

Навчально-науковий юридичний інститут
Прикарпатський національний університет імені Василя
Стефаника

ДОГОВІР ЯК УНІВЕРСАЛЬНА ФОРМА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Матеріали

Всеукраїнської науково-практичної онлайн-конференції
присвяченої до 30-річчя
Навчально-наукового юридичного інституту



(м. Івано-Франківськ, 25 березня 2022 р.).

Івано-Франківськ – 2022

Редакційна колегія:

Васильєва Валентина – директорка Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, докторка юридичних наук, професорка, Заслужений юрист України

Гейнц Руслана – завідувачка кафедри цивільного права Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, кандидатка юридичних наук, доцентка

Банасевич Ірина – доцентка кафедри цивільного права Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, кандидатка юридичних наук, доцентка

Гришко Уляна – викладачка кафедри цивільного права навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, кандидатка юридичних наук

Д28

Договір як універсальна форма правового регулювання: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної онлайн-конференції присвяченої до 30-річчя Навчально-наукового юридичного інституту (м. Івано-Франківськ, 25 березня 2022р.). Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2022. 95 с.

У збірнику представлені тези доповідей учасників Всеукраїнської науково-практичної онлайн-конференції присвяченої до 30-річчя Навчально-наукового юридичного інституту «Договір як універсальна форма правового регулювання», яка відбулася 25 березня 2022 року на базі кафедри цивільного права Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника.

© Прикарпатський національний
Університет імені В.Стефаника, 2022

ТЕМАТИЧНИЙ НАПРЯМ:

**«ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ
ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ»**

Завальна Жанна Вікторівна

*докторка юридичних наук, професорка кафедри
цивільно-правових дисциплін Харківського
національного університету імені В. Н. Каразіна*

ДОГОВІРНІ ФОРМИ РЕГУЛЮВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН ПІД ЧАС ВІЙСЬКОВИХ КОНФЛІКТІВ

Договір та договірні конструкції використовуються для врегулювання відносин за всіх історичних часів, не залежно від політичного, економічного чи воєнного стану. Проведені дослідження способів використання договірних форм в суспільстві дає можливість говорити, що використання договірного регулювання під час збройних конфліктів майже не досліджувалась. В зв'язку із зміною парадигми правової світобудови, на фоні початку війни в Україні виникла необхідність постановки проблеми для вивчення питань місце, роль функції, принципи дії договірних форм під час збройних конфліктів. Висновки досліджень з цього приводу ми подаємо у нижче наведених тезах. Перш ніж викласти результати дослідження, необхідно вказати на *методологічні моменти*, які встановлюють логіку точки зору з якої здійснювалось дослідження і робились висновки.

1. Співвідношення договірного та правового регулювання сприймається як самостійних форм регулювання, які можна представити як кола Ейлера, що частково перетинаються.
2. Під час дослідження ми виходили з того, що договірне регулювання відбувається в двох системах: 1) за нормального функціонування держави – співіснування законодавчого та договірного регулювання та їх співвідношення за принципом кіл Ейлера; 2) за наявності збройного конфлікту (війни) – договірне регулювання в рамках «права сили».
3. Характеристики місця, ролі, функцій договірного регулювання в існуючому правопорядку та у військовий час мають місце і на приватному і на публічному рівні, таким чином особливості теорії договірного регулювання суспільних відносин є справедливими і для приватних, і для публічних відносин.

З урахуванням вищевикладених зауважень були сформовані положення що стосуються договірного регулювання суспільних відносин під час збройних конфліктів, а саме:

1. Правосвідомість суб'єкта, який потрапив у військові умови конфліктує з новою реальність – відсутністю усталених правил поведінки встановлених в мирний час. Відбувається розрив між очікуваннями звичного результату і новими наслідками в нових умовах. Правові вимоги до іншої сторони виконати свої зобов'язання залишаються не виконаними. Ризики невиконання будь яких домовленостей є максимальними. Причому дані ризики не тільки об'єктивного характеру, але в більшості своїй суб'єктивні.

2. Договірне регулювання суспільних відносин може спрацьовувати в мирний час тільки за певних умов: добросовісність сторін договору; співпадіння мети, предмету та наступних дій сторін. В критичних умовах військового часу (окупація, осада) дієвим є не правові вимоги, а одна з двох концептуально протилежних дій: силова протидія або задоволення інтересу іншої сторони в повному обсязі.
4. Функції договірного регулювання у мирний час (при наявності правопорядку) і у в конфліктних обставинах (при руйнації чи відсутності правопорядку) різні. В першому випадку, функція встановлення та втримання рамок для інтересів сторін. У другому випадку, при трансформації обсягів інтересу однієї із договірних сторін, вона виходить за рамки наявних домовленостей і договір починає виконувати функцію каталізатора конфлікту, в тому числі військового.
5. Переговорний процес в конфліктний час може тривати доволі довго і використовуватись для затягування конфлікту. Останнє здійснюється з метою посилення своїх договірних позицій, в тому числі застосування сили чи іншої недобросовісних поведінкових актів. Але у військовий час, договір залишається єдиним інструментом виходу на нормальне функціонування сторони та повернення до нормального правопорядку. Договірні форми можуть бути використані для встановлення нового правопорядку тільки за умови урівноважування військової, економічної, політичної сили сторін договору.

Висновок. Договірне регулювання відносин можуть застосовуватись і бути ефективним – забезпечувати досягнення врівноважування інтересів сторін – тільки за наявності діючого правопорядку забезпеченого державними інститутами і суспільством. У військовий час договірне регулювання є вкрай неефективним способом встановлення і підтримання правил поведінки. Ефективність дії договірних форм підвищується із підвищенням рівня військової, економічної, політичної сили сторони, яка захищається.

Дані висновки щодо особливостей договірного регулювання та можливості його використання у військовий час є проміжними і вимагає подальшого наукового дослідження.

Зозуляк Ольга Ігорівна

*докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри цивільного права Навчально-
наукового юридичного інституту
Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника*

СУТНІСТЬ ДОГОВОРУ ЯК ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

В умовах сьогодення суттєво відчувається зростання свободи суб'єктів договірних відносин у реалізації своїх прав та інтересів. І хоча сьогодні виникають нові конструкції цивільно-правових договорів, все ж основна увага науковців прикута до дослідження загальних положень про договір, адже останні поширюються на всі види відносин договірною характеру, що виникають у нашій державі.

Феномен договору полягає у тому, що він виступає правовим засобом, у межах якого інтерес однієї сторони задовольняється тільки через інтерес іншої. Така ситуація породжує загальний інтерес сторін до укладення договору та його належного виконання. З огляду на це, договір, заснований на взаємній зацікавленості сторін, здатний забезпечити таку організацію, порядок та стабільність в економічному обороті, яких неможливо досягти за допомогою найжорсткіших адміністративно-правових засобів. Універсальність конструкції договору дозволяє здійснювати науковий пошук його як цивілістичної категорії у різних наукових напрямках, в тому числі в аспекті його розуміння як форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб. Проте можливість досліджувати договір у зазначеному аспекті неможливо поза межами характеристики існуючих поглядів цього складного цивілістичного явища, аналіз яких буде проведений далі.

Цивілістична література характеризується багатоманітністю поглядів у визначенні цивільно-правового договору. За такого розмаїття підходів щодо розуміння цивільно-правового договору основним виступає його розуміння як правочину. Друга, не менш важлива позиція щодо визначення поняття договору пов'язана із його розумінням як юридичного факту, що закріплено у ст. 11 ЦК України, в якій зазначається, що договір виступає однією із найпоширеніших підстав виникнення цивільно-правових зобов'язань. Наступна позиція, пов'язана із розумінням договору як зобов'язального правовідношення, змістом якого є взаємні права та кореспондуючі обов'язки сторін. У цивілістичній доктрині сформувалась також концепція договору як особливого виду нормативного акту в тих випадках, якщо цей договір має форму типового документа.

Проте, не усі з наведених підходів до розкриття сутності договору матимуть значення при аналізі договору в аспекті форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб. Це стає очевидним при розгляді підходів до

розуміння договору у прив'язці із елементами структури договороздатності юридичної особи. Так от, звертаючись до поняття та змісту договороздатності юридичної особи як сегмента її цивільної правосуб'єктності, слід розкрити роль договору на етапі реалізації кожного із елементів її структури.

При реалізації першого елемента договороздатності юридичної особи як здатності до укладення (зміни, розірвання) договору (окреслена здатність реалізується при розгляді договороздатності юридичної особи в аспекті функціональної спрямованості дій) договору притаманні ознаки юридичного факту.

Реалізація наступного елемента договороздатності юридичної особи – здійснення цивільних прав та обов'язків за договором пов'язана із розумінням його як правовідношення.

Коли ж ідеться про такі елементи договороздатності юридичної особи як виконання договору та відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договору, то на стадії їх реалізації договір набуває характеристик договору-документу, адже закріплює умови виконання договору та передбачає умови цивільно-правової відповідальності за невиконання.

Таким чином, при реалізації елементів договороздатності юридичної особи договір набуває ознак і юридичного факту, і виступає формою існування правовідношення, і нормативного документа.

У сукупності це дає, по-перше, можливість стверджувати про універсальність договору серед усіх видів правових форм реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб, а, по-друге, ще раз переконує в правильності висновків В. В. Луця з приводу того, що в конкретному аналізі юридичних явищ завжди слід розкривати їх сутність, встановлювати, зокрема, що розуміється під поняттям «договір» у тому чи іншому випадку» [1, с. 15].

Наведене, дозволяє констатувати перспективність наукового пізнання феномену договору у вищенаведеному аспекті як з точки зору теорії, так і практики, а також підкреслює універсальний характер договору як правової форми, у якій реалізується цивільна правосуб'єктність юридичних осіб.

Правова модель договору як форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб полягає у тому, що у договорі реалізуються усі елементи договороздатності юридичної особи, а сам договір залежно від етапу реалізації елементів договороздатності набуває характеристик юридичного факту, правовідношення та нормативного документа.

Список використаних джерел

1. Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посібник. 2-е вид., стер. К.: Юрінком Інтер, 2001.

Коструба Анатолій Володимирович

*доктор юридичних наук, професор, професор
кафедри цивільного права Навчально-наукового
юридичного інституту Прикарпатського
національного університету імені Василя
Стефаника*

ФОРМУЛА ТЛУМАЧЕННЯ ЗМІСТУ ДОГОВОРУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Під тлумаченням ми розуміємо процес інтерпретації предмету пізнання через розкриття його сутнісних ознак. Результатом такої екзегези стає суб'єктивне формування сукупності певних суджень, усвідомлення змісту відповідного предмету.

Тлумаченням в праві є процес встановлення змісту норми права, її основної мети і соціальної спрямованості, визначення можливих наслідків її дії. Ще на початку ХХ століття Є. М. Трубецкой стверджував, що для застосування права недостатньо упевнитися в існуванні юридичної норми – потрібно встановити точний зміст тієї норми, яку потрібно застосувати.

Однак синергетичний контекст побудови правової системи сучасного світу, фактор його самоорганізованість свідчить про зміну парадигми сприйняття норми права як базового елемента в регламентації суспільних відносин.

Механізм правового регулювання в різних сферах суспільного життя (приватних або публічних відносинах), має різні прояви. Використання дуальних методів впливу на суспільні відносини визначає характер такого впливу, його зміст. Для публічного права домінуючим фактором моделі виступає імперативність в правовому регулюванні суспільних відносин, що передбачає використання правових засобів, які мають загальнообов'язковий потенціал.

У свою чергу, в сфері приватного права юридичне оформлення соціальних зв'язків між особами набуває обмежені рамки нормативного регулювання. Переважним, в такому випадку, виступає каузально-правове (індивідуальне) регулювання, під яким слід мати правовий вплив на суспільні відносини, пов'язаний з встановленням, зміною або припиненням юридичних прав і обов'язків їх учасників в індивідуальному порядку, спрямований на врегулювання конкретних ситуацій, що вимагають юридичного дозволу, і здійснюється шляхом вчинення односторонніх правомірних юридично значущих дій, укладення договорів, вчинення правочинів тощо. Його правовими засобами виступають ненормативні регулятори, основне місце серед яких займає договір. Наведене дає підстави стверджувати, що поряд з правовою нормою правовим засобом забезпечення дії механізму правового регулювання суспільних відносин виступають alter-нормативні регулятори.

Важливо зауважити, що диспозитивність цивільно-правового регулювання суспільних відносин дає їх учаснику можливість самостійно визначити предмет і засоби правової регламентації відносин, сторони повинні укласти (стаття 6 Цивільного кодексу України). Як форма вирішення соціальних конфліктів в розвиненому суспільстві договір є основним юридичним засобом, який опосередковує базисні соціальні та економічні відносини на засадах справедливості, добросовісності та розумності. Його унікальність полягає в тому, що він надає можливості учасникам цивільних правовідносин закріпити в собі об'єктивні та суб'єктивні підстави розвитку зобов'язальних правовідносин, з настанням яких пов'язується виникнення, зміна або припинення прав, обов'язків або навіть нових цивільних правовідносин між сторонами.

З наведеного вбачається, що в процесі правореалізації інтерпретації свого змісту вимагають не тільки правові норми, але й інші регулятори правових відносин, одним з яких є договір (стаття 213 Цивільного кодексу України). Отже, питання щодо тлумачення змісту правочинів мають як теоретичне, так і практичне значення.

Однак, на відміну від відомих способів тлумачення, які використовуються для інтерпретації змісту правових норм, тлумачення змісту договору відбувається на іншому методологічному підґрунті. Такі способи тлумачення правових норм як граматичне, логічне, історичне, телеологічне тощо розкривають об'єктивну сутність права. За межами такої інтерпретації залишаються суб'єктивні фактори сприйняття змісту правової норми. Це не випадково, отже норма права є загально обов'язковою, що виключає будь-яку суб'єктивність як в процесі її формуванні, так і в процесі сприйняття її змісту.

В свою чергу, договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. В його основі узгоджене волевиявлення сторін. В такому разі інтерпретація змісту договору виключає будь-яке об'єктивне сприйняття його змісту. Тлумачення змісту договору є суб'єктивним, передбачає встановлення дійсного волевиявлення його сторін. При інтерпретації його змісту, основна ідея полягає в проведенні нахилу в бік закріплення поведінки і наміру звичайної розумної людини, що відповідає уявленню про порядного члена громадянського суспільства (стаття 213 Цивільного кодексу України).

В доктрині права при тлумаченні договорів виходять з того, що кожне положення договору повинно тлумачитися з урахуванням всіх інших положень незалежно від їх розташування у тексті договору. Так, незрозумілі положення повинні тлумачитися в такому сенсі, який надає їм дійсності, а не перетворює їх в недійсні. З двох можливих тлумачень перевагу слід віддавати тому тлумаченню, яке найбільшою мірою узгоджується з природою договору, волею сторін на його укладення і виконання. При тлумаченні двозначних положень слід керуватися звичаєм та торговельним звичаєм тієї країни, де був укладений такий договір.

Звідси, серед основних положень одне з перших місць належить **принципу автентичності**. Він означає, що мета, зміст, умови договору, всі процедури, пов'язані з його виконанням, здійснюються за повною принциповою згодою сторін договору. Автентичне тлумачення може бути втілене в з'ясуванні змісту термінів у тексті договору, в додатках до нього, інших документах, що супроводжують договірний процес (заяви, декларації, протоколи тощо).

Наступним принципом, на думку автора, що впливає з автентичності, є **принцип волевиявлення сторін**, тобто їх намір досягти певного результату, який фіксує правдиву волю, намір, бажання, устремління сторін. У разі цього, в процесі тлумачення важливо з'ясувати те, наскільки бажання і наміри об'єктивно відображені у змісті договору.

Ще один важливий принцип тлумачення – **єдності предмета і мети договору**. Тобто, в предметі договору його мета має розкриватися у всіх її складових. Отже, це співвідношення мети і предмета договору вказує на те, що мета є головною категорією, від якої залежить результативність виконання договору.

За допомогою встановлених способів тлумачення можливо з'ясувати сенс договору, встановити наміри його сторін та визначити мету, які прагнуть сторони. Проте, усунути протиріччя змісту та прогалини індивідуального правового регулювання важко. Їх подолання забезпечується іншим юридичним інструментарієм. Одним з таких є інтерпретація змісту правочину по формулі **contra proferentem** (*слова договору повинні тлумачитися проти того, хто їх написав*).

Особа, яка включила ту чи іншу умову в договір, повинна нести ризик, пов'язаний з неясністю такої умови. Це правило застосовується не тільки в тому випадку, коли сторона самостійно розробила відповідну умову, але й тоді, коли сторона скористалася стандартною умовою, що була розроблена третьою особою.

Цей принцип інтерпретації змісту правочинів, в останні часи отримав розгалуженого застосування в сфері судової правотворчості. Прикладом тому постанова Верховного Суду від 12 травня 2021 року у справі № 310/9140/19 в яких послідовно відображена позиція врахування фактору внутрішнього волевиявлення сторони договору в процесі інтерпретації його змісту.

Розвитком цієї ідеї стає **принцип do ut des, do ut facias – facias ut des, facio ut facias** (*даю, щоб ти дав, даю, щоб ти зробив – роблю, щоб ти дав, роблю, щоб ти зробив*), що передбачає еквівалентність зустрічного задоволення, сутність суб'єктивного волевиявлення сторони.

Третьою формулою тлумачення є формула **a fortiori** (*від більшого до меншого і від меншого до більшого*). За допомогою такої формули розкривається наступний принцип інтерпретації: 1) особа, яка управлена чи зобов'язана до більшого, є управленою чи зобов'язаною до меншого; 2) особі, якій заборонено менше, заборонено і більше; 3) те, що є необхідним для меншого, є необхідним для більшого. Прикладом застосування формули може

статі інтерпретація змісту правочину, яким встановлено правило звільнення від відповідальності наймача за повернення речі в гіршому стані ніж отримано, що обумовлено упущенням наймодавця. В такому разі навмисні дії наймодавця щодо погіршення стану речі також стають умовою такого звільнення.

Тлумачення змісту правочину передбачає диференціацію та єдність загальних вимог до тлумачення норм права і специфіку індивідуального правового регулювання суспільних відносин, в основі якого договір. Звичайні способи тлумачення правових норм складають один сегмент інтерпретації змісту договору. Другим не менш важливим стає тлумачення змісту правочину на основі формули інтерпретації *contra proferentem*, а *fortiori*, а також формула еквівалентності зустрічного задоволення, що потребує свого комплексного застосування.

Харитонов Євген Олегович

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Харитонова Олена Іванівна

докторка юридичних наук, професорка, член-кореспондентка НАПрН України, завідувачка кафедри інтелектуальної власності та патентної юстиції Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗАСАДИ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УМОВАХ ВІЙНИ

Заявлена тема дослідження, передовсім, потребує спеціального пояснення терміно-поняття «війна», що вживається тут для позначення сукупності чинників, які впливають на засади договірної регулювання цивільних відносин.

Слід зауважити, що у міжнародних документах не просліджується чітка концепція визначення поняття «війна». Є розбіжності і у вживанні термінології. Так, у Гаазьких конвенціях 1907 року йдеться про застосування норм права «на випадок війни». У Женевському протоколі про заборону застосування на війні задушливих, отруйних чи інших подібних газів і бактеріологічних засобів 1925 року використовується термін «війна». У Женевських конвенціях 1949 року поряд з терміном «війна» використовуються позначення «міжнародний збройний конфлікт» (ст. 2) і «неміжнародний збройний конфлікт» (ст. 3). При цьому більшість дослідників вважає, що поняття «збройний конфлікт» є ширшим і включає поняття «війна». (хоча не кожний збройний конфлікт можна називати війною). Початок війни - це момент фактичного відкриття воєнних дій

або формального оголошення війни, навіть якщо за цим практично не почалися воєнні дії [1].

Фактично війна між Україною та російською федерацією почалася у 2014 році, хоча формального оголошення війни не відбулося до цього часу. Можна припустити, що внаслідок такої «неформальності», а також «гібридності» війни [2], усі ці вісім років договірне регулювання відбувалося на тих самих засадах, що й раніше, без врахування того, що Україна фактично перебувала у стані війни. Більш того, при формуванні концепції оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства України питання сутності та дієвості договірного права практично повністю залишилися поза увагою її розробників, так само, як і учасників відповідної наукової дискусії [3, 4, 5, 6, 7, 8, 9].

Втім, дорікати вітчизняних цивілістів за неуважність тут, очевидно, не варто, оскільки переважна частина юридичної спільноти перебувала у такому «заколісаному» стані, зосереджуючи увагу на дослідженні правового забезпечення євроінтеграційних зусиль України, що здавалося тоді першочерговим завданням.

Однак ситуація докорінно змінилася, коли війна перейшла у фазу загострення, що висунуло вимоги суттєвого підвищення ефективності механізму правового регулювання, зокрема, адекватного регулювання цивільних відносин в умовах запровадження воєнного стану. Варто зазначити, що законодавча влада України досить оперативно зреагувала на виклики, оперативно прийнявши низку законів у цій сфері.

Разом із тим, варто звернути увагу на те, що згідно з частиною 2 ст.4 Цивільного кодексу України (далі ЦК) основним актом цивільного законодавства України є ЦК України, а подання до Верховної Ради України проєкту закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж цей Кодекс, має супроводжуватись одночасним поданням проєкту закону про внесення змін до ЦК України. Поданий проєкт розглядається Верховною Радою одночасно з відповідним проєктом закону про внесення змін до ЦК України.

Крім того, згідно частині 4 ст. 4 ЦК, якщо постанова Кабінету Міністрів України суперечить положенням цього Кодексу, застосовуються відповідні положення цього Кодексу.

Наведені положення ЦК в умовах активної фази війни (запровадження воєнного стану) можуть бути перепорою для активної законотворчості у галузі регулювання цивільних відносин, забезпечення захисту цивільних прав та інтересів учасників цих відносин.

Складна і тривала процедура одночасного прийняття спеціальних законів і відповідного внесення змін у ЦК України, призначена гарантувати зваженість законодавчих рішень у звичайних умовах, у період воєнного часу (а тим більше – запровадження воєнного стану) є непридатною саме внаслідок її ускладненості. Але й ігнорувати її не можна, оскільки це дасть підстави поставити під сумнів легітимність «законів воєнного часу» і, у кожному разі, створить загрозу колізії норм у відповідній сфері.

Вихід з ситуації, що склалася, ми вбачаємо у скасуванні (або призупиненні дії на період запровадження воєнного стану) положень ЦК України, якими передбачається ускладнена процедура прийняття законів у сфері регулювання цивільних відносин.

Крім того, для усунення загрози виникнення колізії в регулюванні цивільних відносин у звичайних умовах і у період воєнного часу / стану, на нашу думку, необхідним є внесення змін і доповнень у розділ I «Основні положення» книги Першої ЦК України «Загальні положення».

Необхідність такого рішення зумовлена тим, що будь-які акти законодавства, які регулюють цивільні відносини (так сам як і практика їхнього застосування), мають відповідати нормам цього розділу книги Першої ЦК України.

Зокрема, що стосується засад договірної регулювання в умовах війни (воєнного стану), то найважливішою з новел, які можуть бути тут зроблені, на нашу думку, має бути прагматична інтерпретація принципу свободи договору, котрий є однією із засад цивільного законодавства.

В ідеальних умовах його існування цей принцип тлумачиться як одна з визначальних ознак приватного права, що підкреслює пріоритет волі та вільного розсуду приватної особи. Будучи вираженою у цивільно-правовому договорі (правочині), така воля є джерелом права, підставою виникнення цивільно-правової норми. (Деякі дослідники трохи ускладнено характеризують цивільно-правовий договір як «індивідуальний договір, що здійснює правове регулювання конкретних цивільних відносин» і є «джерелом цивільного договірної права, якому властиві такі особливості: 1) норми права створюються за умовами сторін договору (свобода договору), крім випадків, передбачених законом; 2) він регулює відносини між сторонами договору інакше, ніж передбачено законом; 3) обов'язковість його застосування для правового регулювання договірних відносин між конкретними учасниками (сторонами та третіми особами договору); 4) здійснює правове регулювання майнових відносин; 5) має перевагу над нормативно-правовим актом за умови, що йому не суперечить [10, с. 266])

Це є важливою умовою нормотворчості в екстремальних умовах, коли органи державної влади з тих чи інших причин не в змозі своєчасно і адекватно реагувати на необхідність врегулювання цивільних відносин. Прогалини, що виникають у такому разі, можуть успішно долатися за допомогою укладення цивільно-правових договорів, не передбачених актами цивільного законодавства.

Водночас, як зазначалося, в реальних умовах буття суспільства (війна, воєнний стан тощо) принцип свободи договору може мати й негативні прояви: не відповідати нормам моралі, сприяти ігноруванню інтересів спільноти тощо.

Враховуючи зазначене, на наш погляд, доцільно внести зміни у пункт третій частини першої статті 3 ЦК «Загальні засади», виклавши його у наступній редакції: «у період воєнного стану принцип свободи договору

реалізується, якщо це не суперечить інтересам суспільства і не загрожує обороноздатності держави».

Список використаних джерел

1. Концептуальні засади та понятійно-категоріальне визначення «гібридної війни» в контексті загроз національній безпеці України. здобувач Довженко А.А.. Електронний ресурс: Розміщено на Allbest.ru; Поняття війни та збройного конфлікту - Міжнародне публічне право - Навчальні матеріали онлайн (pidru4niki.com)

2. Право і громадянське суспільство — ДЕЯКІ ОСНОВИ ПОНЯТТЯ “ГІБРИДНА ВІЙНА” В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ - Власюк В.В., Карман Я.В. (knu.ua)

3. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

4. Оновлення договірного регулювання приватноправових відносин в Україні: монографія / за заг. ред. А.Б. Гриняка, О.О. Кота, М. Д. Пленюк. Київ: НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 488 с.

5. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Оновлення (кодифікація та рекодифікація) цивільного законодавства України: досвід, проблеми та перспективи: монографія. Одеса: Фенікс, 2020. 462 с.

6. Рекодифікація (оновлення) цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи. Матеріали Х Міжнародного цивілістичного форуму. Київ, 2020. 210 с.

7. Рекодифікація цивільного законодавства України в умовах євроінтеграційних процесів : монографія / кол. авт.: Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, Н. Ю. Голубева та ін. Київ : Норма права, 2020. 348 с.

8. Оновлення Цивільного кодексу України: формування підходів: колективна монографія / О.І. Виговський, Н.Ю. Голубева, С.Д. Гринько та ін.; за ред. проф. Довгерта А.С. і проф. Харитонova Є.О. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2020. 674 с.

9. Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу: монографія / за заг. ред. Н.С. Кузнецової. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. 690 с.

10. Панченко С.В. Джерела цивільного договірного права України. Миколаїв-Хмельницький: Видавництво Ірини Гудим, 2021. 264 с. – 318 с.

Шишка Роман Богданович

*доктор юридичних наук, професор, професор
кафедри адміністративного права,
інтелектуальної власності та цивільно-правових
дисциплін Київського інституту інтелектуальної
власності та права Національного університету
«Одеська юридична академія»
(<https://orcid.org/0000-0002-0532-1909>)*

ОКРЕМІ ЗАУВАЖЕННЯ ЩОДО ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

З рекодифікацією ЦК проблеми конструкції договору привернули до себе увагу. З моменту прийняття ЦК 2003 р. сталися зміни і формі договорів, зокрема набули широкого поширення електронні договори та появилася відповідна нормативна їх основа, значно розширилось коло таких договорів, оновилася їх доктринальна основа. Тож виникло питання про відхід від застарілих і нежиттєвих конструкцій і запровадження тих, які набули широкого розповсюдження. Принаймні договір клінінгу чи кейтерингу поширений на практиці більше чим договір ренти.

На його зміст в має вплинути можливе скасування ГК України, який з самого початку мав багато відсильних норм, а з часом їх питома вага лише зростала. Навіть якщо і це станеться саме господарське право і законодавство нікуди не зникне. Але чи варто в ЦК перенести всі норми про господарські договори, зокрема оптову торгівлю. Мабуть що ні, значна частина таких договорів врегульовані на міжнародному рівні, чи спеціальним законодавством України. Так чи інакше наразі представникам цивілістичної науки є чим перейматися і без того, щоб «підливати масла в огонь» і дано тліюче їх протистояння з господарниками чи навпаки.

Йдеться про те, чи варто оновлений ЦК «нашпигувати новими «інститутами та субінститутами договорів, зокрема окрім кредитного договору помістити ще й договір споживчого чи товарного кредитування. Очевидно, що тут повинен бути здоровий компроміс і перенавантажувати ЦК не варто, особливо у випадках якщо є спеціальне законодавство. Тут ЦК, як генеральний акт приватного права, повинен мати консолідуюче значення і попри його диспозитивізм та принцип свободи договору стримувати від надмірної деталізації чи позитивного внормування. Тим більше що останнє має тенденцію до імперативізму, який не притаманний приватному праву.

Більшість договорів у сучасному праві, по суті, є договорами про приєднання де вони відображають інтереси сильної сторони. Укласти такий договір можна лише шляхом приєднання до запропонованих умов. Тож всі спроби деталізувати такий договір здебільше є марними. Стримати апетити сильної сторони ми можемо лише публічними засобами та способами.

Чимало проблем є в термінології договірного права. Зокрема при укладанні договору немає сторін і використання такого терміну є абсурдом.

Слід чітко встановитись, що є оферент та акцептант, а сторона договору і то, як загальна категорія появляється з моменту його укладення. З огляду на це та дію принципу «Леза Оками» у дефініція окремих договорів не слід займатися тавтологією. Якщо у нормах дефініціях ми зазначаємо правове становища сторони договору, то не слід такими повторами ці дефініції перенавантажувати. Тут воно визначається за назвою сторони за принципом: «Як ми човен зазвемо, так він і попливе».

Ми вже неодноразово звертали увагу на логіку побудови системи договорів у чинному ЦК. Якщо Конституція України у її статті 3 визначила пріоритети регулювання, то виникає слушне питання: Чому ми уникнули в ЦК договорів, що спрямовані саме на людину. Не зрозуміло чому в ньому першість надана договорам купівлі продажу?

Досить дивними в ЦК видаються договірні види забезпечення виконання зобов'язань, які виписані перед загальними положеннями про договір. Можна зважати на єдність забезпечення виконання зобов'язань взагалі як акцесорних, проте одні з них здатні забезпечити договірні зобов'язання, а інші ті та другі. Уникнути такої мішанини видається на основі диференціації і віднесення їх до забезпечувальних договорів де і можна виписати всі їх особливості. При тому, слід зважити і на подвійну природу договору довірчого управління майном, який визнано видам чи способом забезпечення виконання зобов'язань.

Чимало нарікань з приводу відсутності окремих конструкцій договорів, зокрема договору ремонту, договору оцінки майна та майнових прав тощо.

Досить архаїчними видаються конструкція договорів з надання послуг. Принаймні їх слід привести до знаменника, хоча б того, що передбачено в Генеральній угоді про торгівлю послугами, та охопити ті, з них які спрямовані на людину та з надання телекомунікаційних та хмарних послуг. Навіть, якщо передбачені в ній фінансові послуги визначені в плані грошових зобов'язань, то все рівно слід зважати на навантаження категорії «фінанси» в їх публічному призначенні чи вимірі і грошей як універсального мірила. Більшість т цих послуг по суті є грошовими, що так чи інакше прив'язані до договору карткового рахунку.

Потребує свого визнання заміщаючі договори, які передбачають домовленості з виконання охоронних деліктних та інших зобов'язань. Вони можуть бути віднесені до видів забезпечення виконання зобов'язань.

Тим не вичерпуються и сучасного договірною права. Головне полягає в тому щоб при моделюванні окремих інститутів та субінститутів договірною права не перезавантажити їх дріб'язком і надати можливість надолужити це договірною практикою і тим розкріпачити принцип свободи договору та його прояви.

Такі загальні, на наш погляд, зауваження можуть посприяти удосконаленню концепту договорів в рекодифікованому ЦК України, та структуризації окремих з них.

Стефанишин Наталія Михайлівна

*кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка
кафедри цивільного права Навчально-наукового
юридичного інституту Прикарпатського
національного університету
імені Василя Стефаника*

МОРАЛЬНІ ЗАСАДИ СУСПІЛЬСТВА ТА ДОГОВІР В СИСТЕМІ ПРАВОВИХ МЕХАНІЗМІВ РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНО- ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Система правового регулювання приватно - правових відносин включає в себе низку правових елементів за допомогою яких дані відносини знаходять своє самостійне місце в об'єктивній дійсності. Важлива роль відводиться договору та моральним засадам суспільства, які взаємодіючи між собою виступають регуляторами суспільних відносин загалом.

Запропонована тематика наукового дослідження є наскрізною та охоплює питання не лише цивілістично-правового характеру, а й «піднімає» питання філософії та соціології права, загальної теорії права тощо. Тому, остання є предметом наукових досліджень вчених у різних галузях права, зокрема, Р.Майданик, С.Погрібний, В.Примак, С.Фурса, П.Рабінович, О.Гришук, Б.Кістяківський та інших.

Правове регулювання суспільних відносин здійснюється на двох рівнях: імперативному (нормативному) та диспозитивному (індивідуальному). Нормативне регулювання спрямоване на упорядкування поведінки людей за допомогою загальних правил, моделей, взірців, еталонів поведінки, які поширюються на всі випадки даного виду і яким повинні підпорядковуватися всі особи, які потрапили в сферу нормативноправової регламентації. Суть індивідуального регулювання полягає в упорядкуванні поведінки людей за допомогою правил поведінки, що стосується конкретного випадку чи певного кола осіб [1, с.10-11].

Майданик Р.А. досліджуючи питання джерел цивільного права зазначає, що в системі правового регулювання цивільних відносин потрібно визначати первинне та вторинне (похідне) правове регулювання. До першого слід віднести законодавство, нормативно-правовий договір, правові звичаї, загальні правові засади (принципи) цивільного права, моральні засади суспільства. До другого – цивільно-правовий договір та судовий прецедент [2, с.55].

Специфічним різновидом соціальних регуляторів цивільних відносин є моральні засади суспільства, вказівка на які міститься у ЦК України. Відповідно до ч.4 ст.13 ЦК - при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. Нормою ч.1ст.19 передбачено, що самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Згідно ч.2 ст.319 ЦК – власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать

закону. При здійсненні своїх права та виконанні обов'язків власник зобов'язаний додержуватися моральних засад суспільства. Ч.1 ст.203 ЦК України встановлено, що зміст правочину не може суперечити Цивільному кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам [3]. Враховуючи вище викладене, вбачається, що по-перше, законодавець закріпив у цивільному законодавстві «моральні засади суспільства» як категорію обмеження здійснення цивільних прав, зокрема, встановленого у ст.3 ЦК України принципу свободи договору. По-друге, ч.1 ст.203 ЦК України вказує на те, що законодавець розуміє моральні засади суспільства як щось окреме від приписів ЦК, інших актів цивільного законодавства (перелічені у ст.4 ЦК України) та інтересів держави і суспільства. Така законодавча позиція виглядає логічною, оскільки моральні засади, закріплені у позитивному законодавстві, втрачають свій статус та, в залежності від ситуації, перетворюються на положення Цивільного кодексу або інших актів цивільного законодавства. На нашу думку, така трансформація може свідчити про те, що суспільна мораль впливає на формування цивільно-правових норм, але при цьому, не може переноситись у чистому вигляді в позитивне право. В зазначеному контексті необхідні додаткові наукові дослідження моральних засад суспільства як соціального джерела цивільного права загалом. Отже, можна зробити висновок про відсутність законодавчих підстав для ототожнення категорії «моральні засади суспільства» із приписами позитивного права. Вважаємо, що під моральними засадами суспільства, у контексті статей 13, 203 ЦК України, необхідно розуміти ті моральні норми, які не закріплені у цивільному законодавстві України. У зв'язку з чим постає питання щодо надання законодавчого визначення категорії «моральні засади суспільства». Але, чи є в цьому необхідність?

Положення про дотримання моральних засад суспільства міститься й в нормах сімейного законодавства. Так, відповідно до ч.9 ст.7 СК України – сімейні відносини врегульовано на засадах справедливості, добросовісності та розумності, відповідно до моральних засад суспільства. Про моральні засади йдеться у ст.ст.3, 7, 9, 11, 56, 97, 111, 151, 155 Сімейного Кодексу України. Моральні засади суспільства мають також важливе значення при врегулюванні сімейних відносин за домовленістю (договором). Відповідно до ст.9 СК – подружжя, батьки дитини, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі, відносини між якими регулює СК, можуть врегульовувати свої відносини за домовленістю (договором), а також, особи, які проживають однією сім'єю, а також родичі за походженням, відносини яких не врегульовані СК, можуть врегульовувати свої сімейні (родинні) відносини за договором, який має бути укладений у письмовій формі. Такий договір є обов'язковим до виконання, якщо він не суперечить вимогам СК, інших законів України та моральним засадам суспільства [4]. Загалом, в сімейному законодавстві окреслена ціла низка договірних конструкцій, що обслуговують сімейні правовідносини, зокрема, шлюбний договір, договір про поділ майна подружжя, договір про виділ майна

подружжя, договір про здійснення батьківських прав та виконання батьківських обов'язків, договір про сплату аліментів та інші.

Таким чином, можемо зробити висновок, що в сімейних відносинах моральні засади отримують правове оформлення «трансформуючись» в положення договору.

Як було зазначено вище, на законодавчому рівні імперативного поняття «моральні засади суспільства» немає. Наявна судова практика також не дає відповіді на поставлене питання та обмежується позицією, що правочин, який суперечить інтересам держави і суспільства, водночас суперечить моральним засадам суспільства. Лише в одному Законі «Про захист суспільної моралі» визначено зміст поняття суспільна мораль - система етичних норм, правил поведінки, що склалися у суспільстві на основі традиційних духовних і культурних цінностей, уявлень про добро, честь, гідність, громадський обов'язок, совість, справедливість – ст.1 вказаного Закону [5].

Науковець С.П. Погрібний зазначає, що моральні засади суспільства — це основні принципи суспільної моралі, тобто визнана і підтримана більшістю членів суспільства система життєвих принципів, поглядів, суджень, оцінки людей, а також відповідних їм норм поведінки, що відображають погляди, які склалися у суспільстві про добро і зло, обов'язок, справедливість і несправедливість, гідність і безчестя, про схвальність і ганебність тощо [6, с.100–101].

С. Бервено наголошує, що рівень вимог, що ставляться до поведінки людини, значно вище в моралі, яка в багатьох випадках вимагає від особистості значно більше, ніж юридичний закон, хоча він і передбачає за деякі протиправні дії суворі санкції. Вона більш вимоглива до поведінки індивіда. Право не в змозі примусити людину бути завжди і у всьому чесною та справедливою. Цього законом не передбачено [7, с.12-14].

Однозначно можемо стверджувати, що однією з основних функцій договору та моральних засад суспільства у їх взаємозв'язку є регулювання суспільних відносин з метою задоволення інтересів відповідних суб'єктів. Вчені філософії права зазначають, що договір і моральні засади суспільства по-різному здійснюють свій регулятивний вплив на особистість, пригнічуючи природну агресивність, стримуючи егоїстичні інстинкти та пристрасті, які спонукають людей до діянь. Так, норми права та положення договору визначають і регулюють зовнішній порядок, а мораль формує соціальні якості особистості. Монополізувавши примус в руках держави, задекларовані норми стримують людей загрозою його застосування. Мораль виховує почуття милосердя, стійкості до спокус, до переважання відчуттів на розумом, до безвілля. Проте, необхідно зауважити, що, мораль не закликає до упокорювання, всепрощення та несупротиву злу. Основним обов'язком моральної людини є захист пригноблених, немічних, нетерпимість до аморальних вчинків [8, с.89-93].

Варто погодитися з думкою Н. Оніщенко, що моральні норми та норми права задекларовані в законі чи договорі не можуть носити суперечливого

характеру, оскільки у механізмі соціального регулювання вони ж виконують одне завдання – упорядкування суспільних відносин. Занепад моралі не може не позначатися на появі дисфункцій правового розвитку в певних просторово-часових вимірах. Саме стабільність моральних норм, моральна «переконаність» суспільства, повага до усталених загальнолюдських канонів поведінки призводять до сприйняття настанов задекларованих положень, поваги до них, до підвищення авторитету цього найбільш дієвого соціального феномену, а, отже, до ефективної дії інститутів громадянського суспільства [9, с. 68].

Однак, все ж залишаються «відкритими» питання про те, що слід відносити до моральних засад суспільства і хто їх визначає? Чому законодавець на нормативному рівні не окреслює, до прикладу, ознак чи переліку моральних засад суспільства, які можуть декларуватися в положеннях договорів, що укладаються в сфері приватно – правових відносин тощо.

Аналіз норм чинного законодавства та наукової літератури дозволяє зробити висновок, що поняття «моральні засади суспільства» – це оціночна правова категорія і визначати зміст даного поняття на законодавчому рівні позбавлено правового сенсу. Адже, як відомо, законодавець обмежує здійснення цивільних прав за допомогою імперативних та оціночних норм. Зазначене пов'язане з неможливістю на законодавчому рівні передбачити всі можливі ситуації та врегулювати їх за допомогою імперативних норм, саме з цих причин у законодавстві закріплюються оціночні поняття та правові положення.

Підсумовуючи наведене, робимо висновок про те, що «моральні засади суспільства» та «договір» є надбанням суспільства загалом, які формуються в залежності від потреб та цінностей людства на відповідному історичному етапі та, в цілому, сприяють розвитку правової свідомості, правової культури та правового виховання громадянського суспільства.

Список використаних джерел

1. Хімчук Н. І. Джерела цивільного права України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. І. Хімчук. Одеса, 2011. 21 с.

2. Майданик Р. А. Вчення про джерела цивільного права України/ Право України. 2017. №6. С.53-63.

3. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435–IV. Дата оновлення: 17.03.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 30.03.2022).

4. Сімейний кодекс України: Закон України від 10.01.2002 р. № 2947–III. Дата оновлення: 19.02.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 30.03.2022).

5. Про захист суспільної моралі: Закон України від 20.11.2003 р. № 1296–IV. Дата оновлення: 13.04.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1296-15#Text> (дата звернення: 30.03.2022).

6. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія / С. О. Погрібний. Київ: Правова єдність, 2009. 304 с.

7. Бервено С. М., Романченко О. М. Співвідношення права і моралі в регулюванні суспільних відносин на сучасному етапі. Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія «ПРАВО». Випуск 23, 2017. С. 12–14.

8. Єліманова О. М. Право та мораль: співвідношення понять в контексті аналізу основних регуляторів суспільних відносин, чинників та наслідків їхнього регулятивного впливу. Часопис Київського університету права. 2014/4. С. 89–93.

9. Оніщенко Н. М., Стоєцький С. В., Сунетін С. О. Право і мораль як соціальні регулятори в контексті розвитку громадянського суспільства: сучасні реалії. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2014. № 10. С. 64–70.

Вінтоняк Наталія Дмитрівна

кандидатка юридичних наук, науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ В УМОВАХ ВОЄНОГО СТАНУ

Виконання договірних зобов'язань під час наявності форс-мажорних обставин, на жаль, останнім часом набуває все більшої актуальності. Спочатку всі стикнулися з пандемією COVID-19, а зараз з військовою агресією Російської Федерації проти України. У зв'язку з останнім на території України з 24 лютого 2022 року введено воєнний стан згідно Указу Президента України № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні» та продовжено згідно Указу Президента України «Про продовження дії воєнного стану в Україні» № 133/2022 від 14 березня 2022 року.

Зрозуміло, що в умовах воєнного стану фізичні та юридичні особи стикаються із тим, що не мають можливості виконати свої договірні зобов'язання в силу різних обставин (виїзд за межі України, мобілізація, фактичне припинення господарської діяльності підприємств, руйнування доріг та іншої інфраструктури тощо). Водночас варто зазначити, що введення воєнного стану не звільняє автоматично всіх сторін договору від виконання зобов'язань. Однак на практиці можна стикнутися із ситуацією, коли одна із сторін договору не виконує взяті зобов'язання посилаючись на форс-мажорні обставини навіть за можливості їх виконання.

Загалом форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили) характеризується, по-перше, як зовнішня до діяльності сторін обставина. По-

друге, надзвичайність події, що стає непереборною силою, означає, що це не рядова, ординарна, звичайна обставина, яка також може спричинювати певні труднощі для сторін. По-третє, непереборна сила – це подія, яку не можна було відвернути засобами, наявними у даної особи в конкретних умовах її діяльності [1, с. 694].

Згідно ст. 617 ЦК України особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Аналогічна норма зазначена у ч. 2 ст. 218 ГК України відповідно до якої учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення. У разі якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності.

Ч. 2 ст. 14 ЗУ «Про торгово-промислові палати в Україні» загроза війни, збройний конфлікт, дії іноземного ворога, загальна військова мобілізація, військові дії, оголошена та неоголошена війна належить до форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили), які визначаються як надзвичайні та невідворотні обставини, що об'єктивно унеможливають виконання зобов'язань, передбачених умовами договору (контракту, угоди тощо), обов'язків згідно із законодавчими та іншими нормативними актами.

Торгово-промислова палата (надалі – ТПП) ухвалила спростити процедуру засвідчення форс-мажорних обставин та довідкою № 20234/02.0-7.1 від 28.02.2022 року (на підставі ст.ст. 14, 14-1 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» від 02.12.1997 № 671/97-ВР, Статуту ТПП України засвідчила форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили): військову агресію Російської Федерації проти України, що стало підставою введення воєнного стану в Україні.

Враховуючи це, ТПП України підтвердила, що зазначені обставини з 24 лютого 2022 року до їх офіційного закінчення, є надзвичайними, невідворотними та об'єктивними обставинами для суб'єктів господарської діяльності та/або фізичних осіб по договору, окремим податковим та/чи іншим зобов'язанням/обов'язком, виконання яких/-го настало згідно з умовами договору, контракту, угоди, законодавчих чи інших нормативних актів і виконання відповідно яких/-го стало неможливим у встановлений термін внаслідок настання таких форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили) [2].

Введення воєнного стану в Україні визнано ТПП форс-мажорною обставиною, яка є підставою для звільнення від відповідальності за порушення

зобов'язання, водночас ключовим є неможливість виконання зобов'язання конкретним суб'єктом господарської діяльності чи фізичною особою.

На сьогоднішній день залишається не визначеним питання, яку силу матиме загальна довідка ТПП у судовій практиці, оскільки за загальною процедурою сертифікат ТПП видається конкретному заявнику. Зокрема, згідно п. 6.2 Регламенту засвідчення Торгово-промисловою палатою України та регіональними торгово-промисловими палатами форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили), затвердженого Рішенням президії ТПП України № 40 (3) від 15.07.2014 року форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили) засвідчуються за заявою зацікавленої особи по кожному окремому договору, контракту, угоді тощо, а також по податкових та інших зобов'язаннях/обов'язках. П. 6.4. Регламенту передбачено перелік документів, які додаються до заяви, а відповідно до п. 6.8. уповноважена особа ТПП України/ регіональної ТПП має право вимагати від зацікавленої особи надання оригіналів документів для огляду, додаткових даних, документів, пояснень, доказів настання форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили) і т. п [3].

Раніше сформована практика щодо форс-мажорних обставин свідчить про те, що як для ТПП, так і для суду основним аргументом було встановлення причинно-наслідкового зв'язку між неможливістю виконання договірних зобов'язань та форс-мажорними обставинами. Для встановлення причинно-наслідкового зв'язку необхідно надати документи, пояснення, докази, які підтверджуватимуть неможливість виконання однією із сторін умов договору. Тому учасникам договірних відносин необхідно враховувати, що у випадку виникнення спору буде враховуватися не лише факт наявності воєнного стану як форс-мажорної обставини, а й неможливість виконання конкретних зобов'язань стороною договору, а також причинно-наслідковий зв'язок між ними (наприклад, порушення логістичних зв'язків, припинення господарської діяльності, пошкодження об'єкта у зв'язку із введенням воєнного стану). Невиконання зобов'язання повинно бути реальним, обґрунтованим та підтверджуватися доказами. Це також може бути офіційна інформація від органів державної влади чи місцевого самоврядування, статті засобів масової інформації, фото або відео підтвердження тощо.

Виконання договірних зобов'язання в умовах воєнного стану повинно також здійснюватися з дотриманням умов конкретного договору щодо форс-мажорних обставин. Нерідко в договорі передбачають порядок повідомлення іншої сторони, строки, вимоги до повідомлення про неможливість виконання зобов'язань.

Зважаючи на наведене варто враховувати, що у випадку, якщо одна із сторін договору звернеться до суду за захистом своїх прав та інтересів у зв'язку з невиконанням іншою стороною взятих зобов'язань, то останній необхідно буде зібрати докази, які підтверджують неможливість виконання конкретних договірних зобов'язань у зв'язку із запровадженням воєнного стану.

Список використаних джерел

1. Цивільне право України: підручник: у 2-х кн. / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. К.: Юрінком Інтер, 2002. Кн. 1. 720 с.
2. Довідка Торгово-промислової палати України № 20234/02.0-7.1 від 28.02.2022 року. URL: <https://uccr.org.ua/uploads/files/621cba543cda9382669631.pdf>.
3. Регламенту засвідчення Торгово-промисловою палатою України та регіональними торгово-промисловими палатами форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили), затверджений Рішенням президії ТПП України № 40 (3) від 15.07.2014 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0040571-14>.

Шишка Юлія Олександрівна

адвокат, м. Київ

ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВОРУ ПРИ РЕСТРУКТУРИЗАЦІЇ БОРГУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

Диспозитивність приватного права слугує широкому врегулюванню приватних відносин на основі договору. Це може бути й використано при банкрутстві фізичної особи, зокрема (неформалізованої чи позасудової) реструктуризації боргу для боржників та кредиторів. Тут є хоч якась надія для кредитора боржника отримати задоволення своїх вимог на основі компромісу.

Відповідно ст.1 Кодексу України з процедур банкрутства [1] реструктуризація боргів боржника - судова процедура у справі про неплатоспроможність фізичної особи, що застосовується з метою відновлення платоспроможності боржника шляхом зміни способу та порядку виконання його зобов'язань згідно з планом реструктуризації боргів боржника. Проте, не завжди доцільно і варто доводити справу до судової реструктуризації, оскільки це затратно та не гарантує досягнення її мети. Більш цивілізованим вбачається договірна реструктуризація, як здебільше, більш гнучка, швидка, дешевою та конфіденційною.

При такій реструктуризації фізично особа-боржник зберігає контроль над своїм майном, його майнові операції не припиняються, він зазнає менших репутаційних втрат, сторони (боржник і кредитори) отримують кращі фінансові результати. До того вона розвантажує судову систему, що дуже актуальним для України з огляду на проблеми формування суддівського корпусу, а також сучасних загроз та викликів.

Щодо останнього, то практика знає види договірної реструктуризації (*out-of-court restructuring* або *workout*), залежно від ступеня залучення держави до реструктуризаційних процесів, як неформалізована реструктуризація, що не регламентована законодавством. Тут застосовуються лише загальні норми договірної права та інше неспеціальне для реструктуризації регулювання і

державні органи не приймають у ній участі. В окремих юрисдикціях практикується гібридна реструктуризація, для якої законодавство встановлює окремі правила, принципи чи процедури, та/або в якій державні органи беруть певну участь (менш активну і вагому, ніж у формалізованих процедурах відновлення платоспроможності та банкрутства). Проте, вони не виключають компромісу між кредитором і боржником на основі договору.

З 2016 р. В Україні зроблено важливі формальні кроки для проведення договірної реструктуризації боргу та розширено її інструментарій. Зокрема, Верховна Рада України прийняла Закон України «Про фінансову реструктуризацію» [3] яким дозволено боржникам і кредиторам використовувати механізм гібридної договірної реструктуризації, а Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку прийняла рішення №950 «Про затвердження Змін до деяких нормативно-правових актів Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (щодо переведення зобов'язань в акції)» [2]. Тим легалізовано конвертацію боргів акціонерних товариств в акції, що є надважливим механізмом для договірної реструктуризації. Відповідно за принципом симетричності акціонери отримали певні можливості з розпорядження належними акціями в тому числі і з використання їх для реструктуризації своїх особистих боргів.

Водночас в українському законодавстві чимало недомовленості в позитивному праві, які потребують вирішення для забезпечення умов для договірної реструктуризації боргу. В її основі могли б стати критерії, що запропоновані у виданні Світового банку «Позасудова реструктуризація боргу» [4] стосовно наявності перешкод та стимулів для позасудової реструктуризації. Передусім йдеться про раціональність та гнучкість законодавства про банкрутство. Слід легалізувати реструктуризаційні переговори та домовленості з них, як запобігання від односторонньої відмови боржника. Оскільки саме боржник є ініціатором такої реструктуризації, то не виключено прийняття до нього особистих санкцій в разі відмови від взятих на себе реструктуризаційним договором зобов'язань.

Варто запозитити досвід, тих країн, де передбачено виняток для договорів про реструктуризацію – боржники не можуть в односторонньому порядку відмовитися від них, спираючись на норми законодавства про банкрутство.

Слід зауважити, що згідно зі ст. 29 Закону України «Про фінансову реструктуризацію», правочини та майнові дії, вчинені під час фінансової реструктуризації, не можуть бути визнані недійсними або спростовані з підстав, якщо судом буде встановлено, що сторони діяли добросовісно й не мали наміру порушити права та законні інтереси інших кредиторів такого боржника. Натомість при договірній реструктуризації поза рамками Закону про фінансову реструктуризацію кредитори несуть ризик того, що у разі ініціювання щодо боржника офіційних процедур згідно з Законом про відновлення платоспроможності договір про реструктуризацію не буде працювати.

Так чи інакше договірна реструктуризація боргів не виключається і слугує інтересам як боржника так і кредитора.

Список використаних джерел

1. Кодекс України з процедур банкрутства : Відомості Верховної Ради (ВВР), 2019, № 19, ст.74. (Дата звернення - 2.03. 2020 р.)
2. Про фінансову реструктуризацію: Закон України від 14.06.2016 № 1414-VIII . URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1414-19#Text/> (Дата звернення - 2.03. 2020 р.)
3. Про затвердження Змін до деяких нормативно-правових актів Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (щодо переведення зобов'язань в акції): Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 14.11.2019 №950 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0065-20#Text> (Дата звернення - 2.03.2020 р.)
4. Garrido, Jose M.. 2012. Out-of-court debt restructuring. World Bank study. Washington, DC: World Bank. URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/417551468159322109/Out-of-court-debt-restructuring>).

ТЕМАТИЧНИЙ НАПРЯМ:

**«ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО
РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ
ДОГОВІРНИХ КОНСТРУКЦІЙ»**

Беляневич Олена Анатоліївна

*докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету імені
Василя Стуса*

ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ КОНТРАКТНИХ ВІДНОСИН З ДОБРОВОЛЬЦЯМИ ДОБРОВОЛЬЧИХ ФОРМУВАНЬ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

1. В основу Закону України «Про основи національного спротиву», прийнятого 16.07.2021 р., тобто у мирний час (далі – Закон), покладено принцип всеохоплюючої оборони, ключовими елементами якої є стійкий опір агресору і використання для відсічі агресії всього потенціалу держави та суспільства. Національний спротив визначається цим Законом як комплекс заходів, які організовуються та здійснюються з метою сприяння обороні України шляхом максимально широкого залучення громадян України до дій, спрямованих на забезпечення воєнної безпеки, суверенітету і територіальної цілісності держави, стримування і відсічі агресії та завдання противнику неприйнятних втрат, з огляду на які він буде змушений припинити збройну агресію проти України (ст. 1 Закону). Складовими національного спротиву є територіальна оборона, рух опору та підготовка громадян України до національного спротиву (ст. 3). З легального визначення територіальної оборони (далі – ТрО) як системи загальнодержавних, воєнних і спеціальних заходів вбачається, що такі заходи здійснюються як у *мирний час*, так і в *особливий період* з метою протидії воєнним загрозам, а також для надання допомоги у захисті населення, територій, навколишнього природного середовища та майна від надзвичайних ситуацій. Однією з численних новел цього Закону є запровадження військово-цивільної складової територіальної оборони та створення добровольчих формувань територіальних громад як її частини. За задумом законодавця добровольче формування (далі – ДФ) територіальної громади є воєнізованим підрозділом, який формується на добровільній основі з громадян України, що проживають у межах території відповідної територіальної громади, та який призначений для участі у підготовці та виконанні завдань територіальної оборони в межах території відповідної територіальної громади. Добровольче формування є формою самоорганізації населення, а його комплектування відбувається на договірній основі шляхом укладення відповідного контракту. З одного боку, це є прикладом універсальності договору як правової форми не лише приватних, але й публічних суспільних відносин, з іншого ж, практика укладення таких контрактів в умовах воєнного стану, запровадженого в Україні Указом Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні» у зв'язку з військовою агресією рф проти України, свідчить про

проблематичність саме договірною регулювання відносин із добровольцями ДФ в умовах воєнного стану.

2. Правові основи комплектування ДФ визначені ст. 9 Закону та детально врегульовані постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про добровольчі формування територіальних громад» від 29.12.2021 р. № 1449 (далі – Положення № 1449). Проблеми застосування законодавства, яке регулює діяльність ДФ територіальних громад, зумовлені, насамперед, тим, що зазначені законодавчі акти є законодавством *мирного часу*. Втім, у мирний час можливо було лише умоглядно створити сучасну модель ефективних ДФ територіальних громад (нехай навіть і з врахуванням найкращого іноземного досвіду всеохоплюючої підготовки та залучення громадян до захисту країни від зовнішніх загроз). В умовах війни, насамперед, на територіях, де велись або ведуться бойові дії, його положення повною мірою виконані бути не можуть. Красномовним є і той факт, що наказ Міністерства оборони України «Про затвердження форми контракту добровольця територіальної оборони та посвідчення добровольця територіальної оборони» № 84 був прийнятий тільки 07. 03.2022 р., тобто лише на 12-й день війни, але й він залишив не вирішеними проблеми в регулюванні відносин із добровольцями ДФ.

Насамперед, виникла проблема легітимізації статусу добровольця та визначення часу, з якого особа його набуває, оскільки відповідно до Положення № 1449 створення та комплектування ДФ відбувається в декілька етапів: 1) проведення зборів ініціативної групи жителів територіальної громади у присутності командира військової частини Сил територіальної оборони Збройних Сил та уповноважених представників органу місцевого самоврядування відповідної територіальної громади з метою утворення ДФ відповідної територіальної громади; 2) проходження спеціальної перевірки кандидата на посаду командира добровольчого формування у СБУ і Національній поліції в порядку, визначеному законодавством, та його призначення; 3) проходження кандидатами у члени ДФ медичного, професійного та психологічного відбору (перевірки) і укладення контракту добровольця ТрО із командиром ДФ. Отже, між датою проведення ініціативних зборів та укладенням контракту добровольця ТрО може пройти значний проміжок часу, якого (часу). Але в умовах війни такого вільного часу може просто не існувати і, вочевидь, що тоді визначений законодавством порядок комплектування ДФ об'єктивно дотриманий бути не може.

Ілюстрацією може бути досвід створення і діяльності ДФ Білогородської СТГ № 2 Бучанського району Київської області, де збори було проведено 08.03. 2022 р., командир ДФ затверджений 20.03. 2022 р., а контракти підписано 21 березня 2022 р. Водночас на території Білогородської СТГ жителями громади-добровольцями вже з 25.02. 2022 р. було облаштовано блокпости і встановлено цілодобове чергування. ДФ здійснювало у координації із ЗСУ захист громади в період активних воєнних дій на території Білогородської СТГ, відомості про добровольців щоденно заносились в журнал бойових дій ЗСУ. Однак, з

26.02.2022 р. по 20.03.2022 р. включно всі добровольці, які виконували завдання ТрО, де-юре добровольцями не вважаються. Така ситуація є типовою і для інших ДФ територіальних громад, які *фактично* встали на захист своїх громад з перших днів широкомасштабного вторгнення РФ в Україну. Відповідно, момент виникнення договірних (контрактних) відносин між добровольцем та командиром ДФ, який діє від імені держави, не збігається із моментом виникнення фактичних відносин участі добровольця у обороні громади. За відсутності ж формалізації відносин між добровольцем та командиром ДФ, на добровольця не поширюються визначені законодавством та контрактом гарантії соціального і правового захисту, передбачені Законом України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей».

Така ситуація має бути обов'язково виправлена державою як вкрай несправедлива щодо власних громадян шляхом, зокрема:

- видання МОУ наказу/роз'яснення, яким передбачити, що в п. 13 контракту зазначається, що датою набрання його чинності є дата подання заяви особою про вступ до добровольчого формування або дата, з якої особа фактично приступила до виконання завдань ТрО;

- внесення змін та доповнень в Положення № 1449 щодо особливостей комплектування добровольчих формувань в умовах воєнного стану. Зокрема, в Положенні також слід передбачити, що особа вважається добровольцем з моменту фактичного виконання завдань ТрО в зоні бойових дій.

Невизначеність правового статусу особи, яка виконувала завдання територіальної оборони громади ДФ до моменту укладення з ним контракту, має негативним наслідком і порушення трудових прав таких осіб (звільнення з роботи, переведення у неоплачувану відпустку, виплата лише частини заробітної плати у зв'язку з відсутністю у контракті дати початку фактичного виконання добровольцем завдань ТрО). Оскільки органи місцевого самоврядування в умовах війни, особливо на територіях ведення бойових дій, не можуть оперативнo вирішувати питання виділення коштів з місцевого бюджету на потреби ДФ територіальної громади, заробітна плата залишається для багатьох добровольців та їх сімей єдиним джерелом існування, так само, як і збереження робочого місця на працюючому підприємстві – головною гарантією їх трудових прав в умовах воєнного стану. В п. 3 Контракту добровольця територіальної оборони, затвердженого наказом МОУ № 84 передбачено, що на добровольця поширюється дія статті 119 Кодексу законів про працю України, водночас в ст. 119 КЗпП така категорія осіб, як добровольці, не зазначена. Оскільки наказ Міністерства оборони України як нормативно-правовий акт центрального органу виконавчої влади не може доповнювати норми Кодексу законів про працю як законодавчого акту вищої юридичної сили, тому прогалина, яка виявилася в ст. 119 КЗпП у воєнний час, має бути усунена законодавцем шляхом внесення доповнень до цієї статті.

Необхідно законодавчо визначити, яким документом підтверджується участь особи у ДФ. Якщо таким документом є контракт, на чому неодноразово

у публічних виступах наголошувало керівництво Сил територіальної оборони ЗСУ, така прогалина усувається шляхом видання відповідного наказу МОУ, та встановлення обов'язку/уповноваження командира ДФ в п. 13 контракту зазначити *фактичну дату* набрання ним чинності, поширивши таким чином його дію на відносини, що виникли до укладення контракту з моменту виникнення фактичних відносин участі особи у обороні територіальної громади. Принагідно зазначимо, що Кабінет Міністрів України надав постанові «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р. № 1448» № 403 від 05.04.2022 р. зворотну дію, визначивши, що пункт 1 постанови КМУ «Про затвердження Порядку застосування членами добровольчих формувань територіальних громад особистої мисливської зброї, стрілецької зброї, інших видів озброєння та боеприпасів до них під час виконання завдань територіальної оборони» від 29.12. 2021 р. № 1448 із змінами застосовується з 24.02.2022 р.

3. Законодавство України про територіальну оборону знаходиться в стані становлення, що зумовлює необхідність його швидких, але продуманих змін з урахуванням набутого в умовах війни досвіду. Регулювання відносин добровольців ДФ територіальних громад має бути диференційованим 1) для мирного та воєнного часу, 2) з урахуванням того, чи виконували добровольці ДФ завдання на ТрО в зоні ведення бойових дій. Якщо Положення № 1449 придатне для застосування в умовах мирного часу, то для умов воєнного стану воно потребує уточнень та доповнень. На наш погляд, в умовах воєнного стану з урахуванням як публічних інтересів, так і з огляду на необхідність дотримання прав добровольців, договірне регулювання відносин, що складаються у зв'язку із виконанням завдань територіальної оборони, має поступитися суто правовим засобам публічного права.

Галантич Микола Костянтинович

*доктор юридичних наук, професор, завідувач
відділу проблем приватного права НДІ
приватного права і підприємництва імені
академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРОМ НАДАННЯ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНИХ ПОСЛУГ

Правова природа будь-якого цивільного договору потребує вивчення підстав виокремлення відповідного договору в системі цивільних договорів, які дозволять виявити його співвідношення із групою цивільних договорів або встановити його самостійність. Класифікації цивільно-правових договорів, як одному із складних напрямів дослідження цивільного права, присвячено праці В. В. Луця та інших учених. Однак проблема щодо визначення критеріїв їхньої класифікації залишається неоднозначною.

Поняття «послуга» в ЦК України згадується як об'єкт правовідносин. В.А. Васильєва визначає послугу як вид суспільного блага, за допомогою якого задовольняються потреби шляхом вчинення дій (здійснення діяльності) суб'єктом, у корисних властивостях якої і полягає суб'єктивний інтерес особи [1, С. 13]. Житлово-комунальна послуга є результатом діяльності, що полягає у корисному соціальному результаті, який задовольняє духовні, фізіологічні, психологічному та інші немайнові блага фізичної особи. З цією метою ст. 9 Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії» визначено, що державні соціальні нормативи у сфері житлово-комунального обслуговування встановлюються з метою визначення державних соціальних гарантій щодо надання житлово-комунальних послуг та розмірів витрат на найм житла, управління житлом і оплату комунальних послуг. Тому мають бути встановлені державні соціальні нормативи, до яких зокрема, вище зазначеним Законом, віднесено граничну норму витрат на управління житлом, оплату комунальних послуг, залежно від отримуваного доходу.

Послугами вважають майже всі види корисної діяльності, яка не створює матеріальних цінностей. Головним критерієм при цьому є невідчутний характер продукту, що виробляється у процесі її надання. Тому послуга корисна не як річ, а як діяльність. Як зазначав В.В. Луць споживання її, зазвичай, відбувається водночас із з процесом її створення [2, с. 55-63].

Щодо визначення послуги у чинному законодавстві України, слід зазначити, що відповідно до п. 17 статті 1 Закону України «Про захист прав споживачів» послуга визначена як діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб. Відповідно до ст. 12 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» договори про надання комунальних послуг можуть затверджуватися окремо для різних моделей організації договірних відносин (індивідуальний договір, індивідуальний договір з обслуговуванням внутрішньобудинкових систем, колективний договір) та для різних категорій споживачів (індивідуальний споживач та колективний споживач).

Однак в законодавстві про житлово-комунальні послуги визначитися з поняттям «колективний споживач», оскільки, як зазначає В.С. Мілаш «У директиві Європейського парламенту та Ради «Про захист прав споживачів у дистанційних контрактах» 38 від 20 травня 1997 р. споживачем вважається будь-яка фізична особа, яка в контрактах, які регулюються Директивою, діє не в цілях своєї комерційної чи професійної діяльності [3, С.67].

Згідно зі статтею 1 Закону України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» послуга – це результат економічної діяльності, яка не створює товар, але продається та купується під час торговельних операцій. Наведені ознаки послуги притаманні і житлово-комунальним послугам.

Житлово-комунальна послуга є об'єктом цивільних правовідносин, оскільки за своїм змістом регулюється нормами цивільного (приватного) права,

виникають між юридично рівними суб'єктами (виконавцем та замовником) договору. На практиці сфера комунальних послуг є сукупністю багатьох видів діяльності, наслідком чого є значна різноманітність видів послуг, які регламентуються спеціальним законодавством України і сторони не знаходяться в юридично рівному становищі, особливо це виявляється при оплаті житлово-комунальних послуг.

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

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» поділяються на житлові і комунальні послуги. Житлова послуга це послуга з управління багатоквартирним будинком, що включає: забезпечення утримання спільного майна багатоквартирного будинку, зокрема прибирання внутрішньобудинкових приміщень та прибудинкової території, виконання санітарно-технічних робіт, обслуговування внутрішньобудинкових систем (крім обслуговування внутрішньобудинкових систем, що використовуються для надання відповідної комунальної послуги у разі укладення індивідуальних договорів з обслуговуванням внутрішньобудинкових систем про надання такої послуги, за умовами яких обслуговування таких систем здійснюється виконавцем), утримання ліфтів тощо; купівлю електричної енергії для забезпечення функціонування спільного майна багатоквартирного будинку; поточний ремонт спільного майна багатоквартирного будинку; інші додаткові послуги, які можуть бути замовлені співвласниками багатоквартирного будинку. Комунальні послуги - послуги з постачання та розподілу природного газу, постачання та розподілу електричної енергії, постачання теплової енергії, постачання гарячої води, централізованого водопостачання, централізованого водовідведення, поводження з побутовими відходами.

Комунальні послуги реалізуються шляхом укладення договорів купівлі-продажу, виконання робіт, надання послуг. Так, постачання електричної енергії пов'язано з купівлею-продажем електричної енергії через приєднану мережу. За своєю юридичною природою вона не є послугою у змісті ЦК України, як і постачання води, газу до кінцевого споживача послуг. Так, само, відповідно до ст.19 Закону України «Про теплопостачання» теплогенеруюча організація має право постачати вироблену теплову енергію безпосередньо споживачу згідно з договором купівлі-продажу.

Хоча послуга «вивезення побутових відходів» віднесена законодавцем також до комунальних послуг. Відповідно до ст. 8. Закону України «Про відходи» власники або наймачі, користувачі, джерел утворення побутових відходів мають укладати договори з виконавцем послуг з вивезення побутових відходів, здійснюють оплату послуг з поводження з побутовими відходами та забезпечують роздільне збирання побутових відходів. Як зазначено у ст. 35-1 Закону України «Про відходи» виконавець послуг з вивезення побутових відходів укладає договори про надання послуг з поводження з побутовими відходами (відходи, що утворюються в процесі життя і діяльності людини в житлових та нежитлових будинках) із споживачами. Але така дія відноситься до виконання робіт, а не виконання послуг, а особа яка виробляє тверді та рідкі відходи (побутові відходи, що утворюються у будинку за відсутності централізованого водопостачання та каналізації і зберігаються у вигрібних ямах) не може іменуватися споживачем, а тільки замовником. Вважаємо, що житлово-комунальна послуга має бути чітко визначена в ЦК України, тим самим буде розмежовано виконання робіт, надання послуг, управління будинком, управління житловим комплексом тощо. Поняття вивезення побутових відходів слід відрізнити від їх утилізації тобто використання відходів для отримання корисної продукції.

Висновки

1. Згідно із чинним цивільно-правовим законодавством договори про надання житлово-комунальних послуг можуть бути віднесені до групи публічних договорів, хоча і потребують свого закріплення. До публічних договорів застосовуються певні правила, відмінні від загальних норм договірної права (ст. 633 ЦК України).

2. Житлово-комунальні послуги мають надаватися професійними (кваліфікованими, сертифікованими) учасниками ринку, оскільки потребують залучення спеціальних знань та допоміжних засобів, і носять тривалий (постійний) характер.

3. Необхідно узгодження положень відповідного спеціального законодавства з нормами ЦК України. Діяльність з утримання в належному стані технічного оснащення та загальних приміщень будинку чи прибудинкової території може включати також і роботи, наприклад, поточний ремонт, обладнання дитячих майданчиків тощо. Якщо така діяльність входить до предмета договору про надання комунальних послуг, тобто включає умови договору підряду, то цей договір набуває характеру змішаного договору.

Договір про надання житлово-комунальних послуг є змішаним договором. 4. Відповідно ч. 2 ст. 628 ЦК України: сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів. До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті договору.

Список використаних джерел

1. Васильєва В.А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг: Автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2006. — 31с.
2. Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 292с.
3. Мілаш В. С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання: монографія / В. С. Мілаш; Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова. – Х.: ХНУМГ, 2014. – 227 с.

Майданик Роман Андрійович

*доктор юридичних наук, професор, професор
кафедри цивільного права Навчально-наукового
інституту права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка*

ФІДУЦІАРНИЙ ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ: МИНУЛЕ, СУЧАСНІСТЬ, МАЙБУТНЄ

Вступ

Україна в умовах європеїзації та глобалізації потребує простої, гнучкої та універсальної правової конструкції, здатної конкурувати з англо-американським трастом як одним із найбільш ефективних інструментів управління майном, що зумовлює необхідність переосмислення фідуції в римському праві і передбачених правом України конструкцій довірчої власності та управління чужим майном, з метою формування уніфікованого інституту фідуціарного управління майном шляхом впровадження конструкції фідуціарного фонду.

У цьому дослідженні проводиться характеристика фідуціарного договору в римському праві (1), висвітлюються договори довірчої власності та управління чужим майном у сучасному праві (2), розглядаються перспективи впровадження договору про фідуціарний фонд у право України (3).

1. Фідуціарний договір у римському праві

У юридичній літературі історичні витoki фідуціарних відносин традиційно пов'язують із фідуціарними правочинами або фідуцією в праві Стародавнього Риму, які передбачали передачу права власності на річ із визначеною метою, з умовою її зворотної передачі або вчинення певної дії на користь відчужувача після настання визначеного юридичного факту.

Римська фідуція полягала у формальній передачі власності на річ (шляхом *mancipatio* або *in jure cessio*) від фідуціанта фідуціарію з метою зберігання (*fiducia cum amico*, з другом) або як забезпечення (*fiducia cum creditore*, з кредитором) з умовою (*pactum fiduciae*), що фідуціарій здійснить

зворотню передачу речі відповідно за проханням або після того, як його буде задоволено [1; С. 242], [тобто повернено].

Римське право розрізняло два види фідучіарних правочинів: фідучія з другом (*fiducia cum amico*) і фідучія з кредитором (*fiducia cum creditore contracta*), тобто фідучіарні правочини з передачею фідучіарного права власності на річ з метою зберігання або як забезпечення попереднього зобов'язання [2; С. 251- 253; 3; С. 507-509].

У першому випадку *fiducia* оформляла договори зберігання, позики, доручення, в другому – слугувала встановленню реальної гарантії зобов'язання. Ця функціональна диференціація вторинна: структура контракту в усіх випадках однакова, реальність ефекту якого в усіх випадках передбачала передачу довіреного майна у фідучіарну власність.

Під фідучіарною власністю необхідно розуміти право, яке набувач отримував від відчужувача внаслідок здійснення ним фідучіарної мансипації або фідучіарної судової цесії.

Окрім *mansipatio*, фідучіарні правочини інколи укладали на підставі іншого також формального абстрактного акту – *in jure cessio* (фідучіарної судової цесії). Результат фідучіарного правочину, що здійснювався на підставі судової цесії, був тотожним фідучіарній мансипації.

За своєю сутністю, фідучіарні відносини були удаваним правочином, за яким власник переносив на набувача право власності незалежно від того, для якої мети робилося те перенесення, вони відірвані від своєї мети [3; С. 108]. Тому фідучіарні відносини виявилися придатною формою для досягнення більш-менш несхожих економічних ефектів, стали основою цілого ряду фідучіарних правочинів [4; С. 101].

Фідучіарні відносини виступали договором чи іншим правочином з умовою. Найбільш часто умовою фідучіарного правочину була умова, що продавець чи інший фідучіант передавав річ у власність іншій особі лише на певний час, а новий власник обіцяв бути її господарем (володарем) лише з певною метою. Набувач (фідучіарій) обіцяв також продати чи іншим чином передати річ колишньому його власнику (фідучіанту) після того, як останній виконає обумовлені угодою дії або коли настане визначена сторонами подія.

Римське право стало одночасно передбачати цілком конкретні юридичні підстави і умови притягнення до відповідальності за порушення фідучіарних угод за допомогою особистого позову (*actio fiducia*) на захист фідучіарного відчужувача, який заявлявся завдяки судовій діяльності преторів.

За римським правом фідучіарій, який використав набуте, зроблене на кошти фідучіанта, на свою користь, відповідає перед ним за преторськими позовами, побудованими за аналогією з позовами про власність або про повернення грошей [5; С. 260].

Річ, яка передавалася внаслідок фідучіарних правочинів, переходила у повну, нічим не обмежену власність набувача.

Об'єкт давньоримської *fiducia*, «відчужувався кредитору за допомогою *mansipatio* ... у власність» [6; С. 112]; «для забезпечення боргу боржник

передавав річ на праві власності» [7; С. 112]; «боржник передавав річ кредитору річ, що заставлялася, шляхом *mancipatio* або *in jure cessio* ... - отже, юридично у його повну власність»; [4; С. 60] «особа, яка набувала права на річ на підставі фідучіарного правочину, ставала звичайним її власником, таким же повним і абсолютним, немовби набула це право за правочинном, не супроводжуваним фідучією, не обтяженим жодною обіцянкою. Право власності, яке набувач отримував на фідучіювану йому річ, не було юридично обмежене ані строком, ані метою» [5; С. 106].

До складу права власності, яке виникало у набувача фідучіарних правочинів, входили (за певними обмеженнями) повноваження володіння, користування і розпорядження.

Фідучіарному власнику після здійснення урочистого правочину належало право володіння. Як відомо, присутність і передача речі в момент здійснення урочистого акту мансипації вважалися необхідною і обов'язковою його умовою. Разом з тим, у випадку, якщо предметом договору виступало рухоме майно, набувач відразу після закінчення фідучіарного правочину отримував право на його фактичне володіння. Якщо ж предметом правочину виступала нерухомість, то фідучіарний власник міг одержати її негайно по закінченні урочистого обряду.

Фідучіарій мав право користуватися переданою річчю. Він міг повністю витратити або як завгодно по-іншому використовувати прибутки, які вона приносила. «Як власник речі він міг довільно користуватись нею, здобувати всілякі прибутки, які тільки вона могла дати» [8; С. 26].

У літературі звертається увага на певну обмеженість прав фідучіарія щодо користування річчю. «Кредитору дозволялося, користуватися доходами із заставленої речі у розмірі законних відсотків» [9; С. 219]. Фідучіарний власник міг розпоряджатися переданою йому річчю (майном) на свій розсуд і без будь-яких суттєвих обмежень. Зокрема, фідучіарій мав право обтяжити річ сервітутами, продати її, обміняти, подарувати навіть до настання обумовленого у фідучіарному правочині терміну. Фідучіант, позбавивши себе права власності, не мав юридичних засобів, щоб завадити новому власнику в його діях щодо розпорядження річчю.

Фідучіарний власник був обмежений у своїх діях переважно морально. «Обов'язок здійснити зворотню мансипацію, складав лише особисте зобов'язання вірителя. Якщо заставадавець виплачував свій борг, то все одно не міг вимагати річ від третьої особи, бо вона придбала її від власника» [10; С. 263].

Цієї самої позиції дотримувалися й інші автори, які звертали увагу на те, що «кредитор, спираючись на своє формальне право власності, міг відмовитись повернути річ навіть після сплати боргу або передати її третій особі; проти останньої боржник не мав ніякого позову, ні речового, тому що ця третя особа набула власність законно, ні особистого, тому що з цією особою боржника ніяких відносин не було» [11; С. 235].

Наведене свідчить, що право власності, яке виникало у набувача фидуціарних договорів, не було особливим правом, воно суттєво не відрізнялося від звичайного права власності.

2. Договори довірчої власності та управління майном у сучасному праві України

Право України передбачає два види [довірчого] управління майном, яке виникає внаслідок закону або договору:

а) управління майном (установник передає майно в управління, залишаючись власником цього майна, а управитель набуває повноваження з управління чужим майном);

б) довірча власність (установник передає в управління майно в довірчу власність управителю; з моменту виникнення в управителя права довірчої власності на майно, припиняється право власності установника на це майно).

Частиною 1 статті 1029 ЦК передбачено, що за договором управління майном одна сторона (установник управління) передає іншій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача).

Статтею 2 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» визначено договір управління майном як договір, за яким установник управління передає управителю у довірчу власність майно з метою досягнення визначених ним цілей та встановлює обмеження щодо окремих дій управителя з управління цим майном.

Вітчизняний законодавець встановив можливість встановлення довірчої власності на підставі договору управління майном без будь-яких обмежень щодо сфери застосування такого правочину для цілей довірчої власності. Застосування принципу свободи договору дає підстави для висновку про допустимість встановлення довірчої власності на підставі договору управління майном для будь-яких цілей, які не суперечать закону або загальним принципам права.

Поняття, механізм і особливості здійснення права довірчої власності при будівництві житла та операціях з нерухомістю регулюються Законом України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» № 978- IV (надалі – Закон).

Законом передбачено два випадки виникнення права довірчої власності внаслідок закону, а саме, у зв'язку зі створенням та діяльністю (а) фонду фінансування будівництва (ФФБ) і (б) фонду операцій з нерухомістю (ФОН).

Право довірчої власності на майно ФФБ і ФОН виникає на підставі договору управління майном, що укладається між інвестором (довірителем, установником) та управителем відповідного фонду.

Закон (ст. 2) визначає договір управління майном як угоду, згідно з якою установник управління передає управителеві в довірчу власність майно з метою

досягнення визначених ним цілей та встановлює обмеження щодо окремих дій управителя з управління цим майном.

На підставі прямої вказівки закону договором управління майном визнається: для ФФБ – договір про участь у ФФБ, для ФОН – договір на придбання сертифікатів ФОН.

ФФБ і ФОН створюються шляхом залучення коштів від фізичних та юридичних осіб (які виступають установниками) для подальшого їх інвестування в будівництво та/або операції з нерухомістю управителями таких фондів.

Метою створення ФФБ є отримання довірцями ФФБ у власність житла. Метою створення ФОН є отримання доходу власниками сертифікатів цього ФОН.

Законодавчі положення про довірчу власність як забезпечення виконання зобов'язання передбачено § 8. Довірча власність глави 49 ЦК (статті 597-1–597-13). Цей вид довірчої власності вважається найбільш вигідним для кредитора та найбільш обтяжливим для боржника способом забезпечення зобов'язання, наслідком якого є набуття права власності кредитором на об'єкт забезпечення [12].

Єдиною підставою встановлення та врегулювання довірчої власності як способу забезпечення зобов'язання є договір про встановлення довірчої власності.

Сторонами цього договору є довірчий власник (кредитор) та довірчий засновник (боржник або інша особа, яка передає своє майно у довірчу власність для забезпечення виконання зобов'язань боржника).

Предметом договору про встановлення довірчої власності є передання на праві довірчої власності майна боржником (довірчим засновником) кредитору (довірчому власнику).

Положеннями частини 3 статті 597-1 ЦК передбачено, що з моменту встановлення довірчої власності право власності особи, яка передала своє майно у довірчу власність, припиняється.

Довірча власність на майно ФФБ і ФОН виникає на підставі договорів управління майном, які укладаються між інвестором (довірцем, установником) та управителем відповідного фонду.

Закон про фінансово-кредитні механізми (ст. 2) визначає договір управління майном як угоду, згідно з якою установник управління передає управителеві в довірчу власність майно з метою досягнення визначених ним цілей та встановлює обмеження щодо окремих дій управителя з управління цим майном.

На підставі прямої вказівки Закону договором управління майном визнається: для ФФБ – договір про участь у ФФБ, для ФОН – договір на придбання сертифікатів ФОН.

За своєю природою договір про участь у ФФБ, як і договір про придбання сентифікатів ФОН, є договором управління майном, переданим у довірчу

власність управителя, на який поширюються положення глави 70 ЦК України «Управління майном».

Договір про участь в ФФБ укладається між довірителем та управителем ФФБ. Довіритель – фізична або юридична особа, яка визнає правила ФФБ та приєднується до них шляхом укладання з управителем (фінансовою організацією) договору про участь у ФФБ та передачі в довірче управління коштів до ФФБ з метою отримання у власність конкретного об'єкту інвестування на умовах правил ФФБ. Іншою стороною договору є управитель ФФБ, яким може бути фінансова організація, яка здійснює управління майном, отриманим у довірчу власність за договором управління майном;

Предметом договору про участь у ФФБ є дії довірителя з передачі у власність управителя грошових коштів до ФФБ виду А або Б з подальшим використанням коштів ФФБ з метою отримання визначеного договором об'єкта інвестування (квартири, приміщення соціально-побутового призначення) у власність довірителя чи визначеного ним вигодонабувача згідно з правилами ФФБ.

За договором про участь у ФФБ довіритель встановлює управління переданим ним майном до ФФБ, повністю визнає і бере на себе зобов'язання виконувати правила ФФБ, затверджені рішенням управителем, які визнаються невід'ємною частиною такого договору.

Правила ФФБ у редакції, що діють на момент укладення цього договору, визнаються його невід'ємною частиною. Згідно із Законом про фінансово-кредитні механізми (ст. 12) після внесення довірителями коштів до фонду управитель вносить зміни та доповнення до правил ФФБ лише з письмової згоди всіх довірителів такого фонду. Згода вважається отриманою, якщо протягом встановленого правилами строку (зокрема, 30 днів) з дня надходження повідомлення управителя про внесення змін і доповнень до правил ФФБ на вказану в договорі адресу довірителя управитель не отримав письмової відповіді довірителя.

Предметом договору про придбання сертифікатів ФОН виступають дії управителя ФОН з оплатної передачі у власність довірителя (покупця) сертифікатів ФОН, які відчужує емітент.

Предмет договору про участь у ФФБ становлять дії довірителя з передачі грошових коштів з метою їх вкладення в об'єкт інвестування з метою придбання житла у власність на умовах цього договору.

Фізична або юридична особа стає довірителем за умови укладення договору про участь у ФФБ та передачі коштів в управління управителю ФФБ.

Учасник ФФБ може бути довірителем в кількох різних ФФБ та в кожному фонді мати кілька рахунків у системі обліку відповідного ФФБ.

Цей договір має ознаки договору приєднання, що викликано особливостями порядку його укладення.

Договір про участь у ФФБ укладається в порядку прийняття (акцепту) довірителем публічної пропозиції (оферти) управителя.

Згідно із Законом (ст. 12) правила ФФБ є публічною пропозицією для вступу до ФФБ особи, яка бажає стати довірителем цього фонду.

Правила фонду (правила ФФБ, правила ФОН) визначено як систему норм, затверджену та оприлюднену управителем цього фонду, якої мають дотримуватися всі суб'єкти системи фінансово-кредитних механізмів будівництва житла для досягнення мети управління майном, визначеної установником управління (ст. 2 Закону).

Як прийняття (акцепту) публічної пропозиції (оферти) для вступу до ФФБ особи, яка бажає стати довірителем цього фонду, необхідно розглядати визнання довірителем правил ФФБ (прямо передбачене чи презюмоване) та належного укладення договору про участь у ФФБ.

Відповідно до Закону (ст. 14) фізична або юридична особа стає довірителем ФФБ за умови передачі коштів в управління управителю ФФБ та укладання з управителем ФФБ договору про участь у ФФБ. Договір про участь у ФФБ укладається за умови надання особою визначених правилами ФФБ документів, які ідентифікують цю особу та підтверджують її правоздатність. Зазначеними документами необхідно вважати паспорт, військовий квиток довірителя-фізичної особи; довіреність представника, свідоцтво про державну реєстрацію, витяг із установчого документу довірителя-юридичної особи.

3. Перспективи впровадження договору про фідучіарний фонд у право України

Концепцією оновлення Цивільного кодексу України пропонується впровадити в ЦК України положення про фідучіарний фонд, [13] який є відносно новим для сучасного європейського права юридичним інститутом, що ґрунтується на ідеї поєднання двох фідучіарних титулів на майно – довірчої власності та управління майном, передбачених положеннями ч. 2 ст. 316 і глави 70 «Управління майном» ЦК (статті 1029–1045).

Впровадження фідучіарного фонду на нормативному рівні викликано потужними економічними потребами. Зокрема, окремі українські інвестори обирають правові режими інших країн, оскільки конструкція трасту забезпечує їм кращі правові та економічні рішення.

Впровадження «українського трасту» надасть можливість створювати аналог трасту в Україні, в країні цивільного права.

ЦК України доцільно передбачити положення про фідучіарний фонд, який функціонально відображатиме англо-американський інститут трасту, розрахований на цивільно-правовий простір. Поняття фідучіарного фонду доцільно розробити на основі моделі трасту в англійському праві (trust) та з урахуванням окремих положень трастоподібних конструкцій країн цивільного права, зокрема фідучіарного управління в праві Німеччини, Литви, Чехії.

Доцільно передбачити дворівневу систему правового регулювання відносин фідучіарного фонду: (1) загальний рівень – ЦК України і (2) спеціальний рівень – спеціальне законодавство. ЦК України має передбачити загальні положення про фідучіарний фонд. Спеціальні положення про

фідуціарний фонд доцільно регулювати спеціальними законами або підзаконними нормативно-правовими актами про фідуціарних управителів та їх діяльність (Постанова Кабінету Міністрів України), а також про фінансове забезпечення зобов'язань щодо фідуціарного управління майном (Положення Національного банку України).

Концепція передбачає, що згідно зі створеним фідуціарним фондом один або кілька установників передають своє майно управителю (управителям), які відокремлюють його від власного майна для управління на користь одного або кількох вигодонабувачів, а за їхньої відсутності – для визначеної суспільно корисної мети.

Фідуціарний фонд виникає з правочину чи іншого правового акту, згідно з яким один або кілька установників (юридична або фізична особа) передає речові права, інші майнові права або сукупність такого майна, існуючого або майбутнього, до фідуціарного (цільового) фонду, який буде управлятися одним або кількома фідуціаріями з певною метою в інтересах одного або кількох вигодонабувачів, а за їх відсутності – для визначеної суспільно корисної мети. Ці права становлять автономне майно, відмінне від інших прав і зобов'язань, що входять до майна фідуціаріїв.

Фідуціарний фонд є єдиним фідуціарним майновим комплексом (фідуціарною майновою масою), управитель якого управляє і здійснює контроль над відокремленим майном [відокремленим від іншого майна управителя, засновника, вигодонабувача та вимог їх кредиторів] за плату, від свого імені та в інтересах вигодонабувача або визначеної суспільно-корисної мети, засновник та/або вигодонабувач мають право на витребування цього майна у випадку неправомірного набуття майна третіми особами, або недобросовісного здійснення прав управителем.

За сферою дії фідуціарний фонд покликаний стати універсальним правовим інститутом, положення якого поширюватимуться на будь-які відносини фідуціарного управління майном, зокрема довірчої власності та управління чужим майном, якщо інше не передбачено законом або правочином про встановлення фідуціарного фонду.

За своєю правовою природою фідуціарний фонд є «цільовим» майном, тобто визначеним певною метою, що передається в довірчу власність управителя, або як управління чужим майном, управитель якого не є власником.

Необхідність уніфікованого розуміння і застосування відносин титульного управління майном зумовлює необхідність розуміння фідуціарного фонду як універсального інституту, що поширюється на будь-які відносини фідуціарного управління майном, зокрема на право довірчої власності та право довірчого управління [чужим] майном, якщо інше не передбачено законом або правочином про встановлення фідуціарного фонду.

У Концепції зазначається, якщо підтримати ідею, що фідуціарний фонд має фідуціарний ефект лише у випадку встановлення довірчої власності на майно фонду, а відтак управління чужим майном не має [необхідного]

фідуціарного характеру, фідуціарний фонд має бути відображений у розділі «Власність», серед інших видів права власності, а управління чужим майном – у розділі «Обмежені речові права», в якому будуть представлені обмежені речові права.

З огляду на єдину фідуціарно-правову природу відносин і необхідність уніфікованого тлумачення та застосування положень про фідуціарне титульне управління майном, заслуговує підтримки впровадження інституту фідуціарного фонду, що охоплюватиме основні фідуціарні правові титули на майно – право довірчої власності і право управління чужим майном, та передбачатиме виключення ч. 2 ст. 316 ЦК і Глави 70 ЦК «Управління майном».

Інститут фідуціарного фонду доцільно регулювати положеннями розділу V книги третьої «Речові права» ЦК, що складатиметься з окремих глав, присвячених загальним положенням і видам фідуціарного фонду, фідуціарній майновій масі, питанням заснування фідуціарного фонду, умовам фідуціарного фонду, повноваженням управителя, засобам правового захисту у випадку невиконання, заміні фідуціаріїв, припиненню і зміні фідуціарного фонду, відносинам із третіми особами та іншим питанням, пов'язаним із фідуціарним фондом.

Особливості фідуціарного фонду як забезпечення виконання зобов'язань може регулюватися положеннями про забезпечувальні речові права у відповідному розділі Книги третьої «Речові права», або Книги четвертої VI «Зобов'язальні права», залежно від того, яка концепція системи забезпечувальних речових прав буде прийнята за основу розробниками проекту Закону про оновлення Цивільного кодексу України – зобов'язально-речова, чи речово-правова.

Фідуціарний фонд створюється внаслідок закону, договору, оплатного або безоплатно, або заповіту, чи іншого одностороннього правочину. У випадках, якщо це передбачено законом, він може також створюватися за рішенням суду.

Якщо установник та управитель є однією і тією самою особою, фідуціарний фонд створюється на підставі безвідкличної односторонньої декларації установника, внесеної до державного реєстру реєстрації прав на майно. Фідуціарний фонд, створений на підставі заповіту, вважається створеним шляхом прийняття управителем його призначення на цю посаду, відповідно до умов, встановлених заповітом.

Фідуціарний фонд може створюватися як фонд-забезпечення і фонд-управління.

Фонд-забезпечення використовується, коли майно передається до фідуціарного майна для забезпечення одного або більше існуючих або майбутніх прав вимоги. Фонд-управління створюється, коли установник може також бути вигодонабувачем.

Фонд-управління є правочином, за яким установник призначає себе чи іншу особу вигодонабувачем за цим правочином і передає управителю майно,

яке буде повернено до майна установника або вигодонабувача після закінчення строку фонду. Фонд-управління створюється як фонд довірчої власності, або як фонд управління чужим майном. Управитель фонду довірчої власності є довірчим власником майна фонду. Власником фонду управління чужим майном є установник або вигодонабувач фонду, управитель управляє фондом на праві управління чужим майном, яке є обмеженим речовим правом.

Фідуціарний фонд створюється як на підставі закону, так і фідуціарного правочину (договору, заповіту, односторонньої декларації), на підставі якого створюється фідуціарний фонд. Існує кілька важливих особливостей фідуціарного правочину. Потребує обговорення питання про те, що фідуціарний правочин підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню. З цього приводу європейські країни мають різні підходи. Так, на відміну від права Румунії, де будь-яка фідуція вважається створеною на підставі нотаріально посвідченої угоди, за правом Франції нотаріально посвідчений правочин вимагається лише для часткової спільної власності між подружжям або у випадку неподільної спільної власності.

У фідуціарному правочині мають обов'язково передбачатися положення, під загрозою його нікчемності, про майно, яке підлягає передачі, тривалість відчуження, ідентифікація засновника, управителя та вигодонабувачів. Якщо фідуціарний правочин схвалений вигодонабувачем, він не може бути змінений або скасований без домовленості з вигодонабувачем або рішенням суду.

Фідуціарний правочин стає зобов'язуючим для третіх осіб лише після його реєстрації в державному реєстрі обтяжень рухомого майна. Якщо передається нерухоме майно, фідуціарний правочин також потребує реєстрації в державному реєстрі речових прав та їх обтяжень.

Заслуговують всебічного аналізу існуючі в праві європейських країн відмінності щодо дії фідуції проти третіх осіб. Так, фідуція вимагається у Румунії у випадку реєстрації в електронному архіві забезпечень на рухоме майно, тоді як у Франції вона виникає у випадку реєстрації в національному реєстрі фідуції, за винятком фідуції вимог щодо передачі фідуції, у цьому випадку вона стає примусово виконуваною проти боржників лише за умови повідомлення, та проти третіх осіб із моменту вчинення угоди.

Важливо, що майно фідуціарного фонду звільнене від процедур банкрутства або будь-якого примусового звернення стягнення з боку кредиторів засновника після укладення або реєстрації фідуціарного правочину.

Управитель фонду довірчої власності є довірчим власником майна фонду. Власником фонду управління чужим майном є установник або вигодонабувач фонду, управитель управляє фондом на праві управління чужим майном, яке є обмеженим речовим правом. Особливість українського фідуціарного фонду полягає в тому, що довірчий управитель не обов'язково має набувати правовий титул довірчої власності. Довірчий управитель набуває право довірчої власності на майно, передане до фідуціарного фонду, якщо договором, заповітом або законом прямо зазначається про це.

З моменту виникнення права довірчої власності припиняється право власності установника на це майно. За відсутності зазначення про довірчу власність, управитель набуває право управління як обмежене речове право, зміст якого становлять повноваження володіння, користування і розпорядження майном, необхідні для управління цим майном.

Майно, яке знаходиться у фідучіарному управлінні, є майном, відокремленим від власного майна управителя та іншого майна, яким він управляє, яке управитель зобов'язаний відокремлено враховувати та реєструвати. Заперечення сторін щодо цього правового положення є нікчемним. На майно, зареєстроване як майно, що управляється відокремлено від власного майна управителя та іншого майна, яким він управляє, поширюються положення про фідучіарне управління майном, поки не доведено протилежне. Будь-яке майно, що замінює майно, яке знаходиться в управлінні, страхове відшкодування, збитки або інші блага і доходи з них, становлять частину майна, яке знаходиться в управлінні, незалежно від того, зареєстровано воно, чи ні.

За загальним правилом, кредитори засновника не можуть звертати стягнення на майно, яке знаходиться у фідучіарному управлінні, за винятком випадку, коли засновник є також вигодонабувачем. Щодо договору між засновником та управителем, кредитори засновника можуть пред'явити позовні вимоги на підставі сучасних положень про позов Пуліана (*actio Pauliana*) відповідно до загальних положень про зобов'язальне право.

Відповідно до положень ЦК України, які відповідають положенням загального права (*common law*), у випадку неспроможності управителя, кредитори управителя не можуть пред'являти вимоги щодо майна, яке знаходиться у фідучіарному управлінні. Ці положення є також застосовними до подружжя, учасників господарських товариств і спадкоємців управителя. Майно, яке знаходиться у фідучіарному управлінні, не є також частиною спадщини управителя. Ці правові положення забезпечують відокремлення майна від управителя, що відображає положення англо-саксонського трасту.

Кредитори вигодонабувача мають право звертатися з позовами до управителя, немов би на підставі правового титулу вигодонабувача. Це можливо лише якщо вигодонабувач має належне право на отримання майна за рахунок майна, яке знаходиться у фідучіарному управлінні.

Засновник і вигодонабувач мають право пред'являти позови проти третіх осіб до яких управитель передав майно в порушення умов фідучіарного управління майном, або недобросовісно передав таке майно. Ці правові положення фактично відображають правові положення загального права про трейсінг (*tracing*) в англійському праві.

Концепцією передбачено, що фідучіарний фонд має строковий характер. При цьому, право України не має традицій довічного і безстрокового управління майном на підставі договору. Строк управління майном встановлюється у договорі управління майном. Якщо сторони не визначили строку договору управління майном, він вважається укладеним на п'ять років.

У разі відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну договору управління майном після закінчення його строку договір вважається продовженим на такий самий строк і на таких самих умовах (ст. 1036 ЦК України).

Такий підхід не є типовим для вітчизняного права, яке передбачає надання земельних ділянок в оренду на строк до 49 років (ст. 19 Земельного кодексу України).

Аналіз світової практики правового регулювання тривалості трасту і трастоподібних конструкцій свідчить про доцільність збільшення максимальної тривалості і впровадження можливості створення довічних трастоподібних конструкцій.

Глобальна тенденція до збільшення тривалості трасту і трастоподібних конструкцій в розвинених правових системах свідчить про доцільність впровадження в праві України фідучіарного фонду тривалістю до 99 років. Такий підхід відповідатиме положенням про тривалість англо-американського трасту та враховуватиме сучасні тенденції щодо тривалості трастоподібних конструкцій в праві європейських країн, що сприятиме впровадженню в право України положень про фідучіарний фонд з урахуванням кращої іноземної практики про трасти і трастоподібні конструкції.

Передбачений Концепцією інститут фідучіарного фонду загалом відповідає положенням про англо-американський траст, за винятком певних непринципових відмінностей. «Український» фідучіарний фонд має ті самі функції як за англійським трастом, передбачає відокремлення майна, трейсінг, правовий статус управителя регулюється дуже подібним чином. З іншого боку, в українській моделі трасту проглядаються кілька незначних відмінностей. За Концепцією договір про встановлення фідучіарного фонду переважно нагадує явно виражений траст (*express trust*). Окремі положення нагадують результативний траст, який може створюватися у виключних випадках, тоді як конструктивний траст і благодійний траст не регулюються. Це, у певному відношенні, є зрозумілим, оскільки за цивільним правом України ці правові ситуації регулюються за допомогою конструкцій набуття майна без достатніх правових підстав (безпідставне збагачення), установ і державних пожертв.

Договір про встановлення фідучіарного фонду повинен вчинятися в письмовій формі, тоді як англо-американський траст може бути створений усно або передбачуваною поведінкою. З огляду на те, що фідучіарний фонд є новим інструментом у праві України, вважаємо обґрунтованим укладення цього договору в обов'язковій письмовій формі. ЦК України не передбачає усно вираженого (*express verbis*) волевиявлення засновника відкликати фідучіарний фонд, тоді як за англо-американським правом засновник трасту має цю можливість протягом його життя, якщо він передбачив це в угоді про траст.

Згідно з Концепцією, за загальним правилом, фідучіарний фонд передбачає оплатний характер договору, тоді як англо-американське право презюмує безоплатність, якщо не передбачено інше.

Проведений аналіз дає підстави для висновку про доцільність впровадження в право України інституту фідучіарного фонду шляхом доповнення Книги 3 «Право власності. Інші речові права» ЦК України новою главою або розділом «Фідучіарний фонд», рамкові положення якого наведені вище.

Список використаної літератури

1. Санфилиппо Чезаре Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д. В. Дождева. М.: Издательство БЕК, 2000. – С. 242.
2. Ефимова Л. Г. Банковское право. Учебное и практическое пособие. Издательство БЕК. Москва, 1994. – С. 251–253.
3. Дождев Д.В. Римское частное право. Инфра. М - НОРМА, Москва – 1997. – С.507–509.
4. Хвостов В. М. История римского права. – М., 1910. – С. 108.
5. Слюсаревський М. М. З історії цивілістичної думки: фідучіарні (довірчі) договори, фідучіарна власність у римському праві. Українське право. – 1998. – № 1. – С. 101.
6. Дернбург Г. Пандекты. Вещное право. Т. 1 Ч. 2 – Спб.,1906. – № 1. – С. 106.
7. Новицкий И. Б. Римское право. – М., 1993. – С. 112.
8. Минервин А. Исходные моменты учения о закладном праве. – Ярославль, 1874. С. 26.
9. Муромцев С. А. Гражданское право древнего Рима. М., 1883. – С. 219.
10. Чиланж К. Ф. Учебник инструкций римского права. М., 1906. – С. 163.
11. Колотинський Н. Д. История римского права. Казань, 1912. – С. 235.
12. Антон Гужва, Договір про встановлення довірчої власності: нові можливості для кредиторів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA013993
13. Концепція оновлення Цивільного кодексу України . Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

Миронова Галина Анатоліївна

докторка юридичних наук, провідний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ДОГОВІР ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Як відомо в Україні триває загальнонаціональна дискусія з предмету напрямів та шляхів рекодифікації Цивільного кодексу. Системне оновлення нормативного масиву пропонується здійснювати, в тому числі, за напрямом «Нові договірні конструкції», до яких віднесено й договори про надання медичних послуг» [1, с. 48].

Особливої актуалізації питання правової визначеності суті відносин при наданні медичної допомоги набули в умовах розпочатої у 2018 році в Україні реформи в організації та фінансуванні галузі охорони здоров'я на нових ідеологічних, економічних та правових засадах. З цього часу терміни «медична послуга» та «медичне обслуговування» стали важливою частиною національного законодавства та набули значного правового навантаження. Ці терміни було застосовано та по-новому визначено у низці нормативно-правових актів, які було прийнято або змінено для потреб правового забезпечення реформи. Зокрема, у спеціальному Законі України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 р. №2168-VIII та основному профільному Законі України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992 р. №2801-XII знайшли відображення нова концептуальна модель, нові правила надання медичних послуг та нова термінологія.

Підключаючись до розпочатого наукового дискурсу, слід зупинитися на окремих питаннях конструкції цивільно-правового договору про надання медичних послуг.

Перш за все, з метою уніфікування термінологічного апарату профільного законодавства необхідно визначити та звести у певну системну картину, усі застосовні поняття – медична допомога, медична послуга, медичне обслуговування. Очевидно, що вказані категорії та ті явища, що за ними стоять, є різновидами єдиного родового поняття «медична діяльність» з акцентом на її медичну, правову або господарську складові. Виходячи з наведеного, медичну допомогу слід розуміти як спеціальну професійну діяльність з профілактики, діагностики, лікування, реабілітації; медичне втручання – як діяльність із застосуванням спеціальних заходів, пов'язаних із впливом медицини на організм людини; медичну послугу – як діяльність суб'єкта господарювання на договірній та відплатній основі; а медичне обслуговування – як ту саму діяльність з надання послуг суб'єктом господарювання на постійній основі.

З огляду на наведене, з метою запобігання зайвого дублювання сутностей та враховуючи викривлене змістовне наповнення понять «медична допомога», «медичне втручання», «лікування», доречно було б взагалі виключити термін «лікування» із правового обігу, а термін «медична допомога» замінити на «медичне втручання» або «медичні послуги» залежно від контексту застосування. Пропоновані кроки, безумовно, посприяють розвантаженню та уніфікації термінологічного апарату правових актів.

Послуга є категорією, якою позначено характер правового зв'язку між сторонами приватних відносин, а медична послуга характеризується як різновид послуг, предметом яких є надання медичної допомоги або здійснення медичного втручання. Медичні послуги зі змістовного боку мають різноманітну суто медичну спрямованість, проте з правового боку є різновидом послуг, ґрунтуються на єдиних приватноправових засадах та регулюються переважно нормами цивільного законодавства, звісно, зважаючи на специфіку суб'єктів та об'єкта правовідносин. Виходячи з цього, правовідносини між пацієнтом та медичним закладом (приватно-практикуючим лікарем) з формально юридичної точки зору в усіх випадках можна вважати саме цивільно-правовими відносинами з надання медичних послуг, які найбільш ефективно регулюються цивільним законодавством.

Слід зазначити, що за відсутності спеціального правового акту або хоча б спеціального розділу у профільному законі «Основи законодавства України про охорону здоров'я» є нагальна потреба сформуванню виважену цивільно-правову конструкцію медичної послуги та викласти систематизовану сукупність норм у вигляді окремої глави в оновленому ЦК України. Цей крок є вкрай важливим для усунення правової невизначеності, що існує як на концептуальному, так і власне нормативному рівнях щодо: кваліфікації відносин з надання медичних послуг, на які поширюються правові норми; учасників відносин з надання медичних послуг, їх обов'язків та прав; правових наслідків порушення зобов'язань. Також необхідно знайти місце для правового регулювання спеціальних правових режимів: інформування щодо змісту послуги; відмови слабкої сторони (пацієнта) від надання послуги; правових наслідків відмови від договору тощо.

За зразок доцільно взяти видатний європейський документ приватноправового змісту «Принципи, визначення та модельні правила європейського приватного права. Проект загальної довідкової схеми» (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference – DCFR). Документ насправді втілює сучасну модель цивільного права та заслуговує на зразкове становище, адже правила, сформульовані в ньому «є продуктом загальноєвропейської цивілістичної думки і забезпечують краще, на думку фахівців різних країн, регулювання відповідних відносин, максимально звільнене від «національної» залежності» [2, с. 2]. Правила, викладені у Частині С «Послуги (Part C. Services)» застосовуються до договорів, за якими одна сторона, постачальник послуг, зобов'язується надавати послугу іншій стороні, клієнту, в обмін на за ціну; та з

відповідними адаптаціями до договорів, згідно з якими постачальник послуг зобов'язується надавати послуги клієнту інакше, ніж в обмін на ціну. Це стосується, зокрема, сфери медичних послуг [3, с. 48].

За представленою схемою, у Главі «Медичні послуги» ЦК Україні потрібно викласти як основні положення про медичні послуги, так і окремі норми, які стосуються спеціальних вимог до надавача щодо кваліфікації, якості та дбайливості; спеціальних режимів екстрених випадків; гарантій немайнових прав учасників відносин прав тощо.

Зокрема, пропонується включити норми, присвячені правовому регулюванню цивільно-правових відносин, які виникають з особистих немайнових прав учасників відносин, і є частиною правовідношення з надання медичних послуг. Так подвійний правовий статус лікаря передбачає, що з одного боку, він є працівником закладу охорони здоров'я (або фізичною особою – підприємцем) та виконує свої трудові та професійні обов'язки, є представником надавача медичних послуг (або послугонадавачем) та зобов'язаною особою. З іншого боку, лікар є фізичною особою, якій належать усі права людини, суб'єктивні цивільні права, у тому числі, особисті немайнові права на повагу до гідності, на індивідуальність, релігійні переконання.

Отже, можна стверджувати, що лікар у процесі виконання своїх професійних обов'язків є учасником особистих немайнових відносин. Тому, будучи представником юридичної особи надавача медичної допомоги, яка є учасником цивільних відносин із пацієнтом (або суб'єктом господарювання), лікар може реалізовувати свою особисту автономію шляхом здійснення своїх особистих немайнових прав. Одним з таких особистих немайнових прав лікаря як людини та фізичної особи є право на відмову від ведення пацієнта з міркувань совісті, яке впливає з фундаментального права людини на свободу релігії, совісті та думки, а також з обов'язку держави поважати це право [4, с. 100 – 110].

Права пацієнта, які походять від прав людини, є важливою складовою цивільно-правового регулювання відносин з надання медичних послуг. Вони потребують врахування та з цієї причини основні засадничі положення, які стосуються здійснення пацієнтом прав на: згоду, відмову, отримання медичної інформації про себе, складання попередніх розпоряджень про медичне втручання, призначення довіреної особи з визначеним обсягом повноважень. Завдяки таким новим інструментам людина як учасник цивільних відносин зможе, зокрема, отримати користь від призначення довіреної особи, яка на підставі договору доручення матиме можливість отримати медичну інформацію про пацієнта або прийняти деякі, обумовлені договором, рішення стосовно вибору методів лікування та ін. Такі цивільно-правові засоби містять нові можливості, подовжуючи автономію пацієнта у часі та просторі при здійсненні ним своїх суб'єктивних прав, зокрема, поширюючи принцип згоди навіть на ті ситуації, в яких воля пацієнта не може бути з різних причин братися до уваги.

У подальшому в спеціальному законі потрібно деталізувати положення і механізми, які можуть бути необхідними для запровадження нових інститутів:

врегулювати процедури введення системи сертифікації, реєстрації та/або повідомлення стосовно видачі, скасування, чинності, припинення дії доручень; передбачити механізми врегулювання конфліктів інтересів довірителя та представника; вирішити, якою мірою завчасні директиви повинні мати обов'язкову силу; розглянути, за яких обставин постійна довіреність втрачає силу та які заходи захисту слід вчинити за таких обставин; вноرمувати питання про ситуації, які виникають у разі істотної зміни обставин тощо.

Як було показано, сектор охорони здоров'я напряду стосується чутливих об'єктів, якими є життя здоров'я, гідність, недоторканність, автономія, незалежність людини, що зумовлює низку особливостей у цивільно-правовому регулюванні відносин із надання медичних послуг. Зокрема, невід'ємними складовими цивільно-правових відносин з надання медичних послуг є не тільки договір про надання медичних послуг, але й такі інші елементи: особисті немайнові відносини між пацієнтом та лікарем; цивільно-правові відносини доручення; дії в інтересі особи без її доручення. Отже, договірні цивільні відносини при наданні медичних послуг формуються та регулюються на підставі договору про надання медичних послуг та договору доручення. Недоговірні цивільно-правові відносини виникають з особистих немайнових прав учасників та з правомірних дій в немайновому інтересі особи без її доручення.

Список використаних джерел

1. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020.
2. Модельные правила европейского частного права (перевод с английского). Под науч. ред. Н. Ю. Расказова. Москва: Статут, 2013.
3. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2009 by sellier. european law publishers GmbH, Munich. P. 302. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. P 302.
4. Миронова Г. А. Модернізація цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги: теоретичні засади та практика імплементації: монографія. К.: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 200 с.

Кочин Володимир Володимирович

науковий консультант судді Конституційного Суду України, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, кандидат юридичних наук, старший дослідник

ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ, ПОВ'ЯЗАНІ З ПРОВАДЖЕННЯМ ВОЛОТЕРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Революція гідності 2014 року в Україні докорінно змінила розуміння людей про громадські ініціативи, сутність та значення самоорганізації осіб, а також межі діяльності «третього сектору». Необхідність захисту суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічного та інформаційної безпеки, відповідно до ч. 1 ст. 17 Конституції України, в умовах обмеженості реалізації цих функцій державою, фактично надало можливість втілити у життя закладений згаданою нормою Основного Закону України принцип – захист України є справою всього Українського народу.

Головним парадоксом організації волонтерської діяльності є легітимація способів формування, управління та діяльності волонтерських організацій на засадах військових традицій (добровільні військові формування), світоглядної спадщини (індивідуальні та колективні ініціативи), а також відродження меценатських проектів, які фактично були зруйновані протягом перебування України у складі СРСР. Поступова легалізація шляхом прийняття відповідних правових актів (головним чином, оновлення редакції Закону України «Про волонтерську діяльність» – далі – Закон) надало можливість до певної міри вфярегулювати ці відносини (встановлення статусу волонтера, його прав та гарантій діяльності; уточнення напрямів волонтерської діяльності; форм волонтерства). Однак, іншим парадоксом залишається фрагментарність меж правового впливу та пошук волонтерами інших шляхів для досягнення суспільних (колективних) інтересів.

Вибір тієї чи іншої форми існування відносин спричинений також формуванням внутрішньої структури самої організації. Так, *Richard Steinberg* пов'язує таку структуру з наступними факторами: 1) вибір шляхів фінансування (продаж та рекламування чи пожертви та збір коштів) внаслідок чого визначається приватна або публічна мета діяльності; 2) вибір між фандрайзингом чи контактною основою, що важко оцінити через недосконалість теорії «контрактного краху» (*contract failure theory*); 3) обрання сплат та зборів, зокрема щодо членства подібно до франшизних відносин або «мережі переваг» (*net benefit*); 4) доступ до капіталу як форми грантових інституцій; 5) особливості трудової участі членів, а також можливості реалізації особистих немайнових інтересів; 6) реалізація майнових прав засновників щодо

створення установи або внаслідок використання форм фандрайзингу; 7) поєднання як особистих немайнових прав щодо асоціації, а також майнових щодо установи [1, с. 22–26].

Зважаючи на зміни у Законі, з 01.04.2015 «волонтерська організація» не є нормативно визначеним поняттям. Зокрема, згідно з ч. 2 ст. 7 Закону волонтери надають волонтерську допомогу на базі організації чи установи, що залучає до своєї діяльності волонтерів, на підставі договору про провадження волонтерської діяльності, укладеного з такою організацією чи установою, або без такого договору.

Залучення волонтерів до співпраці з волонтерськими організаціями є сукупністю організаційно-правових, інформаційних, фінансових та інших заходів, спрямованих на відбір за заздалегідь визначеними параметрами фізичних осіб, які хочуть безоплатно і на добровільних засадах провадити суспільно значиму діяльність [4, с. 36–37].

Законом волонтерська допомога розглядається у вузькому значенні – роботи та послуги, що безоплатно виконуються і надаються волонтерами (абз. 2 ч. 1 ст. 1). З огляду на це, волонтерська допомога на перший погляд може мати ознаки трудових відносин. По-друге, таке вузьке значення за реальних суспільних відносин охоплює не лише ці дві цивілістичні конструкції. Зокрема, волонтерська діяльність є значно ширшою за таким напрямом як надання волонтерської допомоги Збройним Силам України, іншим військовим формуванням, правоохоронним органам, органам державної влади під час дії особливого періоду, правових режимів надзвичайного чи воєнного стану, проведення антитерористичної операції, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях.

Договірне регулювання у широкому розумінні виконує подвійну роль: по-перше, організовує суспільство, починаючи від невеликих груп і до формування окремої інституції – держави (договірна теорія походження держави та суспільний договір [5, с. 55]); по-друге, саморегулює суспільні відносини в межах, наданих правовим регулюванням, внаслідок чого забезпечує (окрім регулюючої функції) соціальну взаємодію самостійних суб'єктів [2, с. 25]. Як результат, інституційно формується держава, а також громадянське суспільство, яке так само має певні «природні» прерогативи, що спираються на відносно автономні механізми саморегуляції, а також за потреби доповнення державних функцій зацікавленими суб'єктами [6, с. 54–55].

Аналіз нормативного регулювання договірних відносин щодо волонтерської діяльності надає можливість стверджувати, що йдеться про форму відносин, а не про їх зміст чи інші особливості, які притаманні договірним відносинам, встановленим ЦК чи ГК України. Так, Законом розмежовуються договори про провадження волонтерської діяльності (ст. 9) та про надання волонтерської допомоги (ст. 10).

За договором про провадження волонтерської діяльності одна сторона (волонтер) зобов'язується за завданням другої сторони (організації чи установи,

що залучає до своєї діяльності волонтерів) особисто безоплатно надавати волонтерську допомогу її отримувачам протягом устанавленого в договорі строку, а зазначена організація чи установа зобов'язується забезпечити волонтеру можливості для здійснення волонтерської діяльності; у договорі може визначатися порядок відшкодування волонтеру витрат, пов'язаних з виконанням договору (ч. 2 ст. 9). Натомість законодавче визначення договору про надання волонтерської допомоги відсутнє та закріплено лише обов'язковість його укладення в письмовій формі за бажанням отримувача волонтерської допомоги (ч. 1, 2 ст. 10).

Звертаємо увагу, що згідно з ч. 1 ст. 8 Закону отримувачами волонтерської допомоги є фізичні та юридичні особи, що є неприбутковими організаціями, які отримують таку допомогу. Зважаючи на застосування саме такого розуміння отримувача, створена реальна можливість надання волонтерської допомоги у тому числі юридичним особам публічного права, зокрема, за такими напрямками, де надання волонтерської допомоги здійснюється на підставі договору, укладеному в порядку визначеному Урядом (постанова № 556 від 05.08.2015): а) сприяння проведенню заходів національного та міжнародного значення, пов'язаних з організацією масових спортивних, культурних та інших видовищних і громадських заходів; б) надання волонтерської допомоги для ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру.

Ю. Кривенко стверджує, що оскільки зміст окремих договорів про виконання робіт або надання послуг може мати різні варіанти, то неможливо розробити єдиний типовий договір щодо волонтерської діяльності [3, с. 22]. Певне, доречніше вести мову про те, що договори про провадження волонтерської діяльності та про надання волонтерської допомоги не можуть бути безпосередньо виокремлені в окрему договірну конструкцію (принаймні ту, що матиме цивільно-правове значення).

Зокрема постанова Уряду № 556 встановлює окремі особливості щодо: провадження організаціями та установами, що залучають до своєї діяльності волонтерів, відповідно до програм та планів (п. 4); послідовності залучення волонтерів (п. 5); завчасного формування списків волонтерів, які пройшли відповідну підготовку (інструктаж) та зазначення старшого групи (п. 10).

Підводячи певні підсумки звертаємо увагу на наступне. Відносини в межах волонтерської організації слід поділити на корпоративні (щодо діяльності самої організації) та трудові (зважаючи на особливості організаційних відносин), а також договірні відносини щодо провадження волонтерської діяльності. Закон потребує змін щодо врегулювання статусу волонтерської організації, в тому числі як сторони договору про надання волонтерської допомоги. Договірні відносини у волонтерській діяльності можуть розглядатися виключно як форма фіксації змісту відповідних відносин, зважаючи на напрями волонтерської діяльності, а не як особлива договірна конструкція.

Список використаних джерел

1. Steinberg R. Nonprofit Organizations and the Market. *The Economics of Nonprofit Enterprises*. За ред.: Steinberg R. Edward Elgar Publishing Limited, 2004. С. 19–39.
2. Гетьман А. П., Борисова В. І., Євсєєв О. П. Договір як універсальна правова конструкція: монографія. За ред.: Гетьман А. П., Борисова В. І. Харків: Право, 2012. 432 с.
3. Кривенко Ю. Цивільно-правовий договір як форма організації волонтерської діяльності. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 9. С. 19–23.
4. Петков С. В., Мельник О. М., Соболев Є. Ю., та ін. Волонтерські організації в Україні: адміністративно-правовий статус та організація діяльності: монографія. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2018. 162 с.
5. Цвік М. В., Петришин О. В., Авраменко Л. В., та ін. Загальна теорія держави і права. За ред.: Цвік М. В., Петришин О. В. Харків: Право, 2011. 584 с.
6. Політична система України в умовах взаємодії громадянського суспільства і правової держави. За ред.: Скрипнюк О. В. Київ - Тернопіль: Підручники і посібники, 2008. 224 с.

Олійник Оксана Степанівна

*кандидатка юридичних наук, доцентка,
заступник директора Навчально-наукового
юридичного інституту Прикарпатського
національного університету імені Василя
Стефаніка*

ІНСТИТУТ ЗАСТАВИ В РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Виникнення та сталий розвиток приватноправової сфери правового регулювання, необхідність ефективного впорядкування цивільних відносин між учасниками цивільного обороту зумовлюють увагу теоретиків та практиків до механізмів стимулювання належного виконання учасниками відповідних правовідносин взятих на себе цивільних прав та обов'язків. Такими механізмами, серед іншого, виступають способи забезпечення виконання зобов'язань.

Як і багато інших цивільно-правових інститутів, способи забезпечення виконання зобов'язань характеризуються тривалою історією виникнення, були відомі і відзначалися високим ступенем розвитку ще за часів римського приватного права та в подальшому успішно реципіювані. Разом з тим, вести мову про єдині усталені погляди щодо їх правового природи у цивілістичній доктрині передчасно. Можна спробувати пояснити це тим, що Цивільний кодекс України 2003 року в рамках Глави 49 «Забезпечення виконання

зобов'язань» обмежується переліком видів забезпечення виконання зобов'язань, наголошуючи, що такий перелік не є вичерпним, оскільки законом чи договором можуть бути передбачені й інші види забезпечення виконання зобов'язань (ч. 2 ст. 546) [1]. Водночас, законодавець уникає узагальненого, універсального підходу щодо того, що необхідно розуміти під способом (видом) забезпечення виконання зобов'язання. Також, на законодавчому рівні відсутні ознаки видів забезпечення, які б сприяли відокремленню вказаного інституту цивільного права від суміжних йому, як от, засоби оперативного впливу, засоби самозахисту чи, навіть, міри цивільно-правової відповідальності [2, с. 18-19]. Аналіз доктрини цивільного права дозволяє зробити висновок про відсутність безспірно визнаних у науці цивільного права ознак, характерних для усіх без винятку видів забезпечення виконання зобов'язання, та наявність труднощів теоретичного характеру у питаннях встановлення співвідношення між видами забезпечення виконання зобов'язання та мірами цивільно-правової відповідальності. З огляду на це, існує необхідність проведення так званої «ревізії» передбачених цивільним законодавством України видів забезпечення виконання зобов'язань [3, с. 310-311]. При цьому, для формування узагальнених підходів до розуміння їх правової природи, видається доречним звернутися до історії розвитку цивільного права, насамперед, римського приватного права на предмет дослідження окремих видів забезпечення виконання зобов'язань, серед яких виділяли завдаток, заставу, неустойку та поруку. Існувало також право притримання, однак воно було ще не сформоване в якості самостійного правового інституту, тому не розглядалося як окремий спосіб забезпечення виконання зобов'язання. Незважаючи на певну організовану систему способів забезпечення виконання зобов'язань, окремого вчення щодо досліджуваних інститутів римськими юристами сформовано не було з огляду на ознаки конкретності та практичності, що були притаманні римському приватному праву загалом. Як зазначалося в науковій літературі «...навіть якщо римський юрист висловлює загальне положення, то він його формує на основі розгляду конкретного випадку. Безумовно, римські юристи залишили й збірники загальних правил (інституції, правила, дигести), однак, такі збірники, зазвичай, є лише подальшою обробкою і узагальненням висновків по конкретних судових справах» [4, с. 8]. Однак, заперечувати значення римського приватного права для подальшого розвитку інституту забезпечення зобов'язань не можна. Його окремі положення стали основою для сучасних кодексів романо-германської правової сім'ї, в тому числі й України.

Як вже нами було згадано, в системі видів забезпечення виконання зобов'язань в римському приватному праві вагоме місце належало інституту застави. У правових нормах того періоду застава розглядалася як дозволена законом чи договором об'єктивна необхідність сторони договору – кредитора – мати ефективні правові механізми спонукання боржника добровільно, своєчасно, належно виконати зобов'язання, взяте на себе, а у випадку неможливості – відшкодувати потерпілій стороні (кредитору) реальні збитки. Безперечно, інститут застави у римському приватному праві різниться у

особливостях із сучасними підходами до розуміння інституту застави, однак, в їх основі лежать одні й ті ж самі підходи та принципи. Відзначимо, що у часи римського приватного права була відсутня єдина дефініція розуміння застави з огляду на її різні історичні форми, що існували й розвивалися у зазначений період. Разом з тим, для усіх форм застави була характерна спільна функція, а саме, забезпечення виконання зобов'язання [5; с. 115]. Виникнення застави було обумовлено необхідністю майнового (речового) забезпечення виконання боржником своїх обов'язків. Серед належного боржнику майна визначалася річ (декілька речей), за рахунок яких при невиконанні боржником своїх обов'язків відшкодовувалися збитки, завдані кредитору. Застава конструювалася як абсолютне право, оскільки навіть при набутті права власності на предмет застави кредитором, заставні відносини не припинялися [5; с. 116]. Як зазначали римські юристи, при реалізації заставних відносин має місце «відповідальність речі», а не особи (D. 20.1.4.) [5; с. 116].

Впродовж історії свого розвитку, заставні відносини багаторазово і різносторонньо змінювалися. У найпростішому вигляді їх еволюція представлена наступним чином: від фидуціарної власності до «закладу», від «закладу» до непосесорних форм (іпотека). Таким чином, найдавнішою формою застави, що виникла в ранній республіканський період, була фидуціарна угода (фидуція), сутність якої полягала в тому, що боржник в рахунок належного виконання зобов'язання передавав кредитору шляхом манципації у власність визначене за домовленістю майно. У випадку належного виконання зобов'язання майно мало бути повернуто боржнику, в протилежному випадку – майно залишалось у кредитора або було реалізовано ним. Обов'язку повернути боржнику надлишок вартості речі після такої реалізації у кредитора не було. Більше того, навіть якщо боржник зі свого боку виконав зобов'язання належним чином, правового обов'язку повернути заставлену річ при фидуції у кредитора не існувало. Такий обов'язок відносився до морально-етичної, а не правової сфери, з огляду на що, відповідна форма застави так і позначалася – та, що заснована на довірі (fides) [5; с. 116-117; 6, с. 118]. Боржник не мав права позову з фидуціарної застави, і хоча згодом преторськими едиктами було зроблено спроби формування особистого позову у випадку невиконання умов фидуції під загрозою застосування щодо недобросовісного кредитора морального безчестя (infamia), становище боржника продовжувало бути невігідним, оскільки право власності на предмет застави ним було втрачено. Таким чином, при укладенні фидуції для кредитора створювалися не правові, а лише моральні зобов'язання. Згодом, з огляду на поширеність відповідних відносин, в республіканський період фидуціарним домовленостям почав надаватися захист через відповідний позов «actio fiduciae». Через «actio fiducia directo» захищалися права кредитора (фидуціанта), а за допомогою «actio fiducia contraria» – права боржника (фидуціарія).

Фидуція – формально-реальний договір, що виступав історичною передумовою та збірним прототипом цілого ряду майбутніх самотійних договорів. Серед причин зникнення фидуції у римському праві пізнього періоду

можна відзначити зменшення значення для римського суспільстві сакральності та символізму, що був характерний для досліджуваних відносин, зникнення «мансіпратіо» та «in iure cessіо», подальший розвиток заставного права та поява закладу «рїгнус», що був більш розвиненою формою реальної гарантії виконання боржником зобов'язання, розвиток зобов'язального права в цілому тощо.

За ручного закладу предмет застави передавався не у власність кредитора, а лише у просте володіння, а з подальшим розвитком торгових відносин під впливом права Греції та Єгипту виникла історично наступна форма застави – іпотека, за якої предмет застави залишався у власності та володінні боржника, і лише у випадку невиконання ним зобов'язання, кредитор міг витребувати заставлену річ, продати її, а із вирученої грошової суми покрити борг, повернувши при цьому боржнику залишок грошей від реалізації заставленого майна [5; с. 118-119].

Кроком у розвитку інституту застави стало також те, що предмет застави можна було заставляти декілька разів, однак заставодержателі (іпотечні кредитори) мали бути повідомлені про попередньо встановлену іпотеку і дати на неї згоду, оскільки було встановлено черговість задоволення вимог у іпотечних відносинах з множинністю осіб. Гарантуванням інтересів кредитора у іпотечних правовідносинах було закріплено Інтердиктом Славіана, відповідно до умов якого, кредитор мав право вимагати в договорі пункт про те, що все приведене, привезене чи вирощене на земельній ділянці боржник не має права вивезти, поки не сплатить заборгованість за договором [6; с. 119].

Отож, викладене свідчить про те, що спільною ознакою для різних форм застави стало право кредитора реалізувати (продати) предмет застави у випадку невиконання зобов'язання з боку боржника. В окремих випадках у праві Юстиніана кредиторіві дозволялося залишити заставлене майно собі, однак, боржник міг впродовж двох років викупити заставлену річ.

Закладені в римському приватному праві положення про інститут застави знайшли своє відображення й продовження у наступних правових системах та можуть відзначатися особливостями залежно від таких критеріїв як предмет застави (рухоме чи нерухоме майно) та виникнення (переходу) права володіння і права власності на предмет застави.

Список використаних джерел

1. 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> (дата звернення: 03.04.2022).
2. Пучковська І. Й. Теоретичні проблеми забезпечення зобов'язань: дис...д-ра юрид. наук. Харків. 2018. 485 с.
3. Пучковська І. Й. Конституційні засади забезпечення виконання договірних зобов'язань. *Теоретичні та практичні проблеми реалізації Конституції України*: тези доп. та наук. повідомл. учасників Всеукр. наук.-

практ. конф. (29 – 30 черв.) / за заг. ред. М. І. Панова. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2006. С. 310–312.

4. Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М.: Юристъ. 1994. 543 с.

5. Борисова В.І., Баранова Л.М. Основи римського приватного права: підручник. Харків: Право, 2008. 224 с.

6. Леонова Л.С. Історія становлення інституту застави в цивільному праві. *Наукові записки*. Том 53. Юридичні науки. 2006. С. 118-121. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/7143/Leonova_Istoriia_stanovlennia_instytutu_zastavy.pdf (дата звернення 04.04.2022).

5. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. 353 с.

Зінич Любомир Васильович

кандидат юридичних наук, викладач кафедри конституційного, міжнародного та адміністративного права, Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

ВИНАХОДИ У СФЕРІ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ ТА ОБОРОНИ ЯК ОБ'ЄКТ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Необхідність дослідження договірних відносин щодо окремої категорії винаходів - «винаходів у сфері національної безпеки та оборони» назріла вже давно, адже одним із напрямів забезпечення обороноздатності держави є саме використання досягнень інтелектуальної діяльності у сфері озброєння та військової техніки. В цьому аспекті цивільно-правові договори відіграють неабияке значення, оскільки надають можливість на взаємовигідних умовах використовувати винахід із забезпеченням інтересів власника патенту і держави.

Все вище сказане зумовлює необхідність дослідження правового статусу винаходів у сфері національної безпеки та оборони і особливостей договірних відносин щодо таких винаходів.

За результатами аналізу Реєстру патентів на винаходи проведеного Зайківським О., Оністрат О. кількість патентів, які можуть стосуватися національної безпеки і оборони може бути не більше тисячі, але навіть, якщо б їх було лише декілька десятків, усе одно потрібно їх ідентифікувати і забезпечити належний контроль з боку держави, щоб запобігти використанню, яке може загрожувати національній безпеці. [1, С.54].

Термін «винахід у сфері національної безпеки та оборони» є у законодавстві провідних країн світу, зокрема Норвегії, де зазначено, що «винахід, важливий для оборони, - це винахід, який вважається важливим для

сфери оборони, наприклад, військова техніка. Вони також відомі як секретні патенти або секретні винаходи» [2].

У Республіці Польща винаходи у сфері національної безпеки та оборони регулюються Наказом Ради Міністрів від 23 липня 2002 р. «Про винаходи і корисні моделі пов'язані з обороною чи безпекою держави». Також визначено пов'язані з обороною або безпекою держави, є, зокрема, рішеннями у сфері: зброї, боєприпасів, вибухових речовин, приладів прицілювання, спостереження та дальності, що використовуються в бойовій техніці, бойових автомобілів, літаків, гелікоптерів та військових кораблів та інші засоби [3].

На сьогодні науковцями відзначається, що інтелектуальний внесок у військову справу не в науці, техніці чи інженерії, а в ідеях. Військові повинні досліджувати спосіб, яким вони хочуть діяти в різних сферах та середовищах та створювати чіткі та узгоджені концепції [4]. Таким чином розуміється інноваційна діяльність у широкому значенні, а не тільки технічні рішення.

Наразі в українському законодавстві немає юридичного визначення поняття «винахід у сфері національної безпеки та оборони», тільки у Законі України «Про державну таємницю» зазначено, що: «до державної таємниці у сфері оборони може бути віднесено відомості про винаходи, дослідження і розробку нових зразків озброєння в інтересах забезпечення національної безпеки і оборони та про результати таких досліджень та розробок» [5].

О.Зайківський та О. Оністрат виділяють Відмінні риси винаходів у галузі національної безпеки та національної оборони: 1) винаходи, які можуть бути використані для потреб національної оборони і мають принципове значення для розробки нової зброї та військової техніки; 2) винаходи, які можуть покращити озброєння та військову техніку, для цілей оборони країни; 3) винаходи, які можуть бути використані при виготовленні або модернізації деталей озброєння та військової техніки, які покращують технічні характеристики цих зразків, удосконалюють озброєння та військову техніку для цілей оборони країни; 4) винаходи на основі яких може бути створені товари та прогресивні технології подвійного призначення, нові види виробництва, продукції та технологічних процесів, що мають важливе значення або суттєво впливають на національну безпеку [6].

Згідно з статтею 638 Цивільного кодексу України (далі - ЦК України) [7] договір вважається укладеним, якщо сторони досягнення згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також всі ті умови, щодо яких за заявою, хоча б однієї з сторін має бути досягнута згода.

Відповідно до ч.3 ст. 424 ЦК України майнові права інтелектуальної власності можуть відповідно до закону бути вкладом до статутного капіталу юридичної особи, предметом договору застави та інших зобов'язань, а також використовуватись в інших цивільних відносинах.

Порядок укладення договорів на використання винаходів регулюється «Інструкцією про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру

відомостей про передачі права власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі)». Ця інструкція визначає процедуру подання, розгляду публікації та внесення до Державного реєстру патентів України на винаходи відомостей про передачу права власності на винахід, корисну модель та надання дозволу (видачу ліцензії) на використання винаходу, корисної моделі [8].

Нерідко винаходи у сфері національної безпеки та оборони у зв'язку з своєю специфікою можуть бути секретними. Якщо йдеться про використання винаходів, які є секретними, то це створює певні особливості, зокрема: 1) оферентом повинен бути власник патенту, а акцептантом можуть бути тільки особи, які отримали дозвіл доступу до секретного винаходу від Державного експерта з питань таємниць; 2) все діловодство пов'язане із секретним винаходом повинне бути також таємним із дотриманням норм Закону України «Про державну таємницю»; 3) власник патенту на секретний винахід не може давати відкриту ліцензію на використання секретного винаходу.

Як підсумок у сучасних умовах ефективність захисту державного суверенітету та територіальної цілісності України значною мірою залежить від використання винаходів у сфері національної безпеки та оборони. Винаходи у сфері національної безпеки та оборони повинні відповідати таким ознакам: 1) можуть бути використані для потреб оборони держави і мають принципове значення для розробки нових видів озброєння та військової техніки; 2) дають змогу вдосконалювати озброєння та військову техніку для потреб оборони; 3) можуть бути використані для створення або модернізації комплектувальних виробів зразків озброєння та військової техніки, які покращують технічні характеристики цих зразків, що вдосконалюють озброєння та військову техніку для потреб оборони; 4) винаходи на основі яких може бути створені товари та прогресивні технології подвійного призначення, нові види виробництва, продукції та технологічних процесів, що мають важливе значення або суттєво впливають на національну безпеку.

Найбільш значною проблемою щодо винаходів у сфері національної безпеки та оборони є відсутність правового регулювання на рівні Закону чи підзаконного акту, який би визначав правовий статус винаходів та контроль з боку держави за використанням таких об'єктів.

Список використаних джерел

1. Зайківський О., Оністрат О. Щодо об'єктів права інтелектуальної власності, які можуть належати до сфери національної безпеки та оборони. Теорія і практика інтелектуальної власності 2/2018. С.46-58.

2. Norwegian industrial property office. URL: https://www-patentstyret.no.translate.google/en/services/patents/inventions-of-importance-to-defence/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=uk&_x_tr_hl=uk&_x_tr_pto=sc (дата звернення: 20.03.2022 р.).

3. Pozporzadzenie Rady Ministrow z dnia 23 lipca 2002 r. <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/wynalazki-i-wzory-uzytkowe->

[dotyczace-obronnosci-lub-bezpieczenstwa-16973122](#) (дата звернення: 18.03.2022 р.).

4. Defence innovation and invention: a vision is always required. URL: <https://www.defenceiq.com/defence-technology/articles/defence-innovation-and-invention-a-vision-is-always-required> (дата звернення: 18.03.2022 р.).

5. Закон України «Про державну таємницю» від 21.01.1994 р. № 3855-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3855-12#Text> (дата звернення: 22.03.2022 р.).

6. Зайківський О., Оністрат О. Алгоритм та критерії відбору винаходів до сфери національної безпеки та оборони. Теорія і практика інтелектуальної власності №5/2019. URL: <http://uran.inprojournal.org/article/view/186320> (дата звернення 20.03.2022 р.).

7. Цивільний кодекс України. Закон України від 16.01.2003. №2120-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 29.03.2022 р.).

8. Інструкція про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі): Наказ Міністерства освіти і науки від 16.07.2001 р. №521. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0644-01#Text> (дата звернення: 18.03.2022 р.).

Башурич Наталія Ярославівна

доктор філософії у галузі 081 Право, асистент кафедри судочинства Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

БЕЗТІЛЕСНА РІЧ ЯК ПРЕДМЕТ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ

Сучасна правова доктрина дуже часто зустрічається із викликами, котрі диктує нам невпинний розвиток інформаційного суспільства. Мало не щодня з'являються нові технології, нові види інформації, об'єкти права інтелектуальної власності, котрі стають невід'ємною частиною суспільного життя і цивільного обороту. Дуже часто подібні об'єкти підпадають під цивільно-правову категорію «безтілесних речей».

Як зазначає Кодинець А.О., у сучасній юриспруденції виділяють два підходи до розуміння поняття «безтілесні речі»:

1. Концепція, згідно з якою під безтілесним майном розуміють майнові права, які лише формально віднесені до речей, хоча насправді матеріальними речами не є.

2. Концепція, згідно з якою сутність безтілесних речей зводиться не лише до майнових прав, а й охоплює собою будь-які «ідеальні», нематеріалізовані об'єкти [2, с. 37].

Друга концепція видається ширшою і справді, на сьогоднішній день фактично до нематеріалізованих об'єктів цивільних прав можна віднести, наприклад, «інформацію» чи деякі об'єкти права інтелектуальної власності, а саме – результати творчої діяльності. Однак тут потрібно враховувати ряд нюансів з приводу того, чи можемо ми у такому разі безтілесні речі прирівнювати за їх правовим статусом до матеріальних речей, котрі є предметом, наприклад, договору купівлі-продажу, договору дарування тощо.

Таке надання нематеріалізованим об'єктам статусу «речі» з усім комплексом речових прав щодо неї, включно з правом власності, можливе на думку прихильників так званої «проприетарної теорії». Однак ми притримуємось позиції, за якою до безтілесних речей більш доцільно застосовувати інститут виключних майнових прав на прикладі інформації як об'єкта права інтелектуальної власності і безтілесної речі. Це зумовлено такими аргументами: 1) право на інформацію та право власності на річ, в якій втілена інформація, не залежать одне від одного; б) при переході права на інформацію не відбувається переходу права власності на форму, в якій вона уречевлена і навпаки; в) річчю, яка виступає формою уречевлення інформації виступає документ, інформаційний продукт, інформаційних ресурс тощо [1, с. 135].

Отже, можна зробити проміжний висновок про те, що до безтілесних речей можна віднести інформацію, результати інтелектуальної діяльності, цифровий контент тощо, однак без застосування до них традиційних правомочностей власності (володіння, користування і розпорядження), натомість є сенс застосовувати до таких об'єктів режим виключних майнових прав, як для об'єктів права інтелектуальної власності.

Варто підтримати позицію Маріц Д.О. з приводу того, що поняття «безтілесної речі» охоплює всі об'єкти, які формально віднесені законом до речей, хоча насправді не є матеріальними, однак є предметом обігу (товарного обороту) у суспільстві [3, с. 18].

Виходячи з усього вище сказаного, потрібно сказати, що такий складний об'єкт, як безтілесна річ, відповідно, не може виступати предметом усіх тих самих цивільно-правових договорів, де предметом є матеріальна річ. Тому можемо вести мову, перш за все, про такі договірні конструкції, як, наприклад, ліцензійний договір, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, договір про патентні пошуки, договір про передачу ноу-хау, договори на проведення інформаційних пошуків, договір про забезпечення науково-технічною інформацією. Це зумовлено тим, що предметом усіх цих договорів зазвичай є або інформація чи майнові права щодо неї, або об'єкти права інтелектуальної власності чи виключні майнові права щодо неї, або цифровий контент тощо.

Подібні договори зазвичай є оплатними, взаємними та консенсуальними. Оплатність визначається сторонами індивідуально, враховуючи специфічний характер договору і його предмета; взаємним він є тому, що зазвичай у подібних договорах обидві сторони мають взаємні права та обов'язки щодо предмета договору і його умов; і консенсуальним, тому що набуває чинності виключно після погодження сторонами усіх істотних умов. Адже безтілесні речі в сучасному розумінні об'єктів, котрі можуть належати до цієї категорії, є цінними у сучасному суспільстві, а тому потребують належного договірної регулювання у відносинах щодо них, відповідної вартісної оцінки і гарантій, котрі встановлюються за допомогою взаємних прав, обов'язків і досягнення тих самих істотних умов.

Як приклад, візьмемо договір про забезпечення науково-технічною інформацією. Предметом досліджуваного договору виступає надання послуг з пошуку і забезпечення науково-технічною інформацією (продукцією). Легальне поняття «інформаційна продукція» міститься у ст. 23 ЗУ «Про інформацію» [4], де вказується, що це «матеріалізований результат інформаційної діяльності, призначений для задоволення потреб суб'єктів інформаційних відносин» [4].

Варто зазначити, що положення про саме матеріалізовану форму й може викликати наукові дискусії про правову природу даного договору, адже, по-перше, розмиває предмет договору інформаційних послуг у співвідношенні іншими типами договорів, по-друге, чітко матеріалізована форма не обов'язкова, а результат надання вказаних послуг може бути відображений і в електронному вигляді і підпадати під категорію «безтілесної речі». Тут вкажемо, що цей матеріалізований вираз не матиме самостійної цінності, оскільки результат надання такої послуги буде спожитий в процесі здійснення особою науково-дослідної чи дослідно-конструкторської діяльності тощо. Тобто науково-технічна інформація, якою забезпечуватиме замовник виконавця може розглядатися як так звана «безтілесна річ» [1, с. 128].

Отже, безтілесні речі, будучи об'єктами цивільних правовідносин, щодо яких не варто застосовувати режим матеріальних речей і усіх правомочностей, котрі з цього витікають, можуть виступати в ролі предмета деяких цивільно-правових договорів. Однак потрібно пам'ятати, що безтілесна річ і матеріальна річ, в якій вона може втілюватися (наприклад, ресурс, що містить цінну інформацію) не залежать одне від одного і мають різний правовий статус у договірних відносинах зокрема. Так, інформація чи твір, як безтілесна річ, може бути предметом ліцензійного договору, а матеріалізований об'єкт, що містить цю саму інформацію чи твір (наприклад, книга) може бути предметом договору купівлі-продажу.

Список використаних джерел

1. Башурин Н. Я. Науково-технічна інформація як об'єкт цивільних правовідносин : дис. ... д-ра філософії в галузі права : 081. Івано-Франківськ, 2021. 206 с. URL: https://svr.pnu.edu.ua/wp-content/uploads/sites/5/2021/09/dis_Bashuryn2.pdf (дата звернення: 12.04.2022).

2. Кодинець А.О. Концепція прав на безтілесні речі: історичний аспект та сучасне розуміння. *Юридична Україна*. №1. 2015. – С. 35-42.

3. Маріц Д. О. Інформація як «безтілесна річ» // *Jurnalul Juridic National: Teorie și Practică*. 2018 August. S. 15-18.

4. [Про інформацію](#): Закон України від 02.10.1992. № 2657-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. ст. 650.

Петечел Надія Михайлівна

кандидатка юридичних наук, викладачка кафедри судочинства, Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

АНАЛІЗ ОЗНАК ДОГОВОРУ МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ

При дослідженні будь-якої договірної конструкції важливим питанням є з'ясування її правових характеристик. З огляду на це, проаналізуємо договір медичного страхування через призму загально визнаних класифікацій.

1) Договір медичного страхування є **двостороннім договором**, оскільки сторони мають взаємні, визначені договором, права та обов'язки. Особливістю такого договору є те, що обов'язок однієї сторони виконати зобов'язання настає пізніше виконання зобов'язання іншою стороною. Тобто, на відміну від обов'язку страхувальника, обов'язок страховика щодо сплати страхової суми в часі настає пізніше або взагалі не настає. Ця особливість пов'язана з роллю страхового ризику.

2) **Оплатність договору медичного страхування** безпосередньо впливає зі змісту статей 9 та 10 ЗУ «Про страхування» [1], яка полягає у здійсненні плати за послугу, яка передбачена договором. Страхувальник сплачує страховий платіж (страховий внесок, страхову премію) страховику, а страховик в разі настання страхового випадку здійснює страхову виплату.

3) Непевність виникнення обов'язку страховика щодо здійснення страхової виплати надає можливість віднести договір медичного страхування до **ризикових (алеаторних) договорів**. Алеаторність договору медичного страхування полягає у заснованій на випадку можливості нееквівалентності первинного і зустрічного надання за цим договором. Умова про страховий ризик не встановлюється сторонами зобов'язання, а визначається імперативними нормами закону, внаслідок чого страховий ризик набуває значення обов'язкового елемента будь-якого зобов'язання зі страхування [2, с. 109-110].

4) Договір медичного страхування **відрізняється від договору, укладеного під відкладальну обставину**, в якому права та обов'язки сторін виникають при настанні певної обставини (ч. 1 ст. 212 ЦК України), хоча правочин і вчинений. У договорі медичного страхування права та обов'язки виникають при безпосередньому вчиненні правочину, але предмет певного обов'язку, тобто

дія, яка вимагається до вчинення зобов'язаною особою, залежить від настання певної обставини (події). При настанні страхового випадку у страховика не виникає нового обов'язку, адже при укладенні договору страхування у нього вже виникає обов'язок здійснити страхову виплату. При настанні страхового випадку страховик лише виконує той обов'язок, який первісно був закладений у зміст договору при його укладенні [3, с. 172].

5) Договір медичного страхування є *остаточним*, тому що завжди безпосередньо породжує права та обов'язки сторін щодо надання конкретних послуг.

6) Відповідно до ст. 985 ЦК України договір медичного страхування *може бути укладений на користь третьої особи*, визначеної страхувальником, для одержання страхової виплати у разі настання страхового випадку. Необхідно зазначити, що ЦК України та ЗУ «Про страхування» передбачаючи можливість страхувальникові укладати договори страхування загалом та договори медичного страхування зокрема на користь третіх осіб, не встановлює жодних правових обмежень щодо третіх осіб, які можуть бути призначені страхувальниками для отримання страхових виплат. Треті особи, на користь яких укладається договір медичного страхування, повинні мати страховий інтерес.

7) Відповідно до ч. 1 ст. 983 ЦК України та ст. 18 ЗУ «Про страхування» договір страхування набирає чинності з моменту внесення страхувальником першого страхового платежу, якщо інше не встановлено договором. Аналіз зазначених норм надає підстави для висновку, що договір медичного страхування може розглядатися як *реальний договір*, якщо умовами договору або законом не визначено його консенсуальний характер. Для укладення реального договору недостатньо досягнення домовленості, сторонам необхідно буде вчинити також певну фактичну дію, спрямовану на виконання стороною свого договірного обов'язку (передати річ, сплатити грошову суму) [4, с. 17]. Отже, як правило, правовстановлюючим фактом, з настанням якого виникають цивільні правовідносини за договором медичного страхування, є внесення страхувальником першого страхового платежу.

8) На практиці поширюється «продаж страхових полісів», у яких усі умови страхового договору передбачені в односторонньому порядку страховиком, так звані стандартні форми договору (страхового полісу) з окремих видів страхування. Придбавши такий поліс, страхувальник погоджується із запропонованими умовами [5, с. 36]. Таким чином, договір медичного страхування є *різновидом договору приєднання*.

9) Договір медичного страхування, враховуючи усі ознаки, які йому притаманні, є *споживчим* (якщо страхувальником виступає фізична особа), однак не може вважатися публічним, оскільки таким відповідно до ЦК України не визнається. Також, при укладенні договору медичного страхування страховиком оцінюються страхові ризики страхувальника в кожному конкретному випадку і на основі цього страховик приймає рішення про укладення відповідного договору чи відмову в його укладенні.

Отже, договір медичного страхування поєднує як загальні ознаки, властиві договору страхування, так і особливі, притаманні лише йому.

Список використаних джерел

1. Про страхування: Закон України від 07.03.1996 р. №85/96-ВР. Дата оновлення: 01.01.2022 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 20.03.2022).
2. Міловська Н. В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. 488 с.
3. Гражданское право: в 2-х т. Том II. Полутом 2. Учеб. / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. 2-е изд. М., 2000. 704 с.
4. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
5. Безсмертна Н. Договір страхування в системі цивільно-правових договорів. *Право України*. 2004. № 3. С. 34–38.

Федорончук Андрій Володимирович

кандидат юридичних наук, викладач кафедри конституційного, міжнародного та адміністративного права Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

ДЕЯКІ АСПЕКТИ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УСНІЙ ФОРМІ

Договір про надання правової допомоги - домовленість, за якою одна сторона (адвокат, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання) зобов'язується здійснити захист, представництво або надати інші види правової допомоги другій стороні (клієнту) на умовах і в порядку, що визначені договором, а клієнт зобов'язується оплатити надання правової допомоги та фактичні витрати, необхідні для виконання договору [1].

Вагоме значення при укладенні договору про надання правової допомоги має форма договору, яка у певних випадках впливає на визначення моменту виникнення взаємних прав та обов'язків сторін.

На сьогоднішній день малодослідженим залишається питання щодо укладення договору про надання правової допомоги в усній формі. З огляду на зазначене, даний напрям наукового пошуку є актуальним і потребує формування нових підходів.

Здійснивши екскурс в минуле, відмітимо, що у Законі України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 № 2887-ХІІ, який вже втратив чинність, не містилося інформації щодо договору про надання правової допомоги та форми в якій він міг бути укладений [2].

У ст. 16 (Форма угоди про надання правової допомоги) попередньої редакції Правил адвокатської етики від 01.10.1999 р. зазначено, що у випадках надання правової допомоги таких видів, як консультації та роз'яснення з правових питань, довідки щодо законодавства, складення окремих правових документів, угода може укладатися в спрощеній письмовій формі (рядок у відомості, тощо) або усній формі, коли правова допомога надається безкоштовно.

Стосовно надання правової допомоги інших видів угода може укладатися в усній формі лише в ситуації, коли укладення письмової угоди є неможливим, а клієнт потребує невідкладного надання правової допомоги. В таких випадках угода підлягає наступному письмовому оформленню.

У всіх інших випадках доручення клієнта на надання йому адвокатом правової допомоги підлягає оформленню у формі письмової угоди про надання правової допомоги [3].

Аналізуючи відповідні положення раніше діючих Правил адвокатської етики варто зазначити наступне:

1. Угода про надання правової допомоги могла бути укладена у письмовій формі, спрощеній письмовій формі та усній формі;

2. Угода про надання правової допомоги могла укладатися в усній формі, якщо правова допомога надавалась безкоштовно;

3. Угода про надання правової допомоги могла укладатися в усній формі лише в ситуації, коли укладення письмової угоди є неможливим, а клієнт потребує невідкладного надання правової допомоги. В таких випадках угода підлягає наступному письмовому оформленню;

Варто звернути увагу на те, що за такої ситуації залишався не визначеним строк протягом якого така угода підлягає наступному письмовому оформленню.

4. Можливість укладання угоди про надання правової допомоги в тій чи іншій формі залежить від виду надання правової допомоги.

У чинних Правилах адвокатської етики, затверджених Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 року (09 червня 2017 року), зі змінами, затвердженими З'їздом адвокатів України 2019 року (15 лютого 2019 року) про можливість укладення договору про надання правової допомоги в усній формі нічого не згадується [4].

Спеціальні вимоги щодо форми договору про надання правової допомоги містяться у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Так, відповідно до ст. 27 вказаного Закону договір про надання правової допомоги укладається в письмовій формі.

Договір про надання правової допомоги може вчинятися усно у випадках:

1) надання усних і письмових консультацій, роз'яснень із правових питань з подальшим записом про це в журналі та врученням клієнту документа, що підтверджує оплату гонорару (винагороди);

2) якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим - з подальшим укладенням договору в письмовій формі протягом трьох днів, а якщо для цього існують об'єктивні перешкоди - у найближчий можливий строк [1].

Аналізуючи відповідні положення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» потрібно звернути увагу на наступне:

1. У другому випадку можливість укладення договору про надання правової допомоги в усній формі носить тимчасовий характер, оскільки обмежена певними строками і в підсумку такий договір має бути укладений у письмовій формі;

2. Можливість укладання договору про надання правової допомоги в усній формі залежить від виду адвокатської діяльності.

Порівнюючи відповідні положення не чинних Правил адвокатської етики та чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», можемо зробити висновок, що у Правилах адвокатської етики нормативно-правове регулювання укладення договору про надання правової допомоги в усній формі є більш ліберальним та таким, що позбавлене певних умовностей. У свою чергу в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» нормативно-правове регулювання укладення договору про надання правової допомоги в усній формі можна охарактеризувати як більш конкретизоване та таке, що фактично звужує можливість укладення договору про надання правової допомоги в усній формі.

З огляду на зазначене, вважаємо, що сучасний підхід щодо можливості укладення договору про надання правової допомоги в усній формі є незбалансованим та необґрунтованим, оскільки не відображає об'єктивного рівня розвитку суспільних відносин у даній сфері, а тому, він має бути переглянутий.

Розглядаючи питання щодо істотних умов та правової природи договору про надання правової допомоги Фоміна О.І. пропонує ст. 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» викласти у такій редакції:

1. Договір про надання правничої допомоги укладається в письмовій формі.

2. Договір про надання правничої допомоги може вчинятися усно у разі:

1) надання усних і письмових консультацій, роз'яснень із юридичних питань з врученням клієнту документа, що підтверджує оплату гонорару (винагороди);

2) якщо клієнт невідкладно потребує надання правничої допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин не є можливим (із подальшим укладанням договору в письмовій формі у найближчий можливий строк) [5].

На нашу думку, такий підхід є слушним і окремі пропозиції можуть бути взяті до уваги, але з певними уточненнями, зокрема, договір про надання правової допомоги може вчинятися усно у разі здійснення таких видів адвокатської діяльності як надання правової інформації, консультацій, роз'яснень з правових питань та інших видів правової допомоги, які не передбачають складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру, з врученням клієнту документа, що підтверджує оплату гонорару (винагороди). Тобто, при укладенні договору про надання правову допомогу в усній формі без обмеження певними строками першочергове значення має вид адвокатської діяльності. Якщо ми говоримо про фактор невідкладності надання правової допомоги як тимчасову усну форму договору про надання правової допомоги, тоді у цьому випадку вид адвокатської діяльності вже не має вирішального значення.

Список використаних джерел

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#n6> (дата звернення: 20.03.2022)

2. Про адвокатуру: Закон України від 19.12.1992 № 2887-XII, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2887-12#o23> (дата звернення: 20.03.2022)

3. Правила адвокатської етики, схвалені Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України від 01.10.1999 р., URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001699-99#Text> (дата звернення: 20.03.2022)

4. Правила адвокатської етики, затверджені звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 року «09» червня 2017 року (зі змінами затвердженими З'їздом адвокатів України 2019 року «15» лютого 2019 року), URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2019-03-15-pravila-2019_5cb72d3191e0e.pdf (дата звернення: 20.03.2022)

5. Фоміна О.І. До питання про суттєві умови та правову природу договору про надання правової допомоги / ЮРИДИЧНИЙ БЮЛЕТЕНЬ. Випуск 7. Ч. 1. 2018, с. 144-148, URL: http://www.lawbulletin.oduvs.od.ua/archive/2018/7_2018/part_1/23.pdf

Запорожченко Аркадій Віталійович

*аспірант, молодший науковий співробітник
відділу правового забезпечення ринкової економіки
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України*

ДВОСТОРОННІЙ ІНВЕСТИЦІЙНИЙ ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ЗАСТОСУВАННЯ РОЗСУДУ МІЖНАРОДНИМ ІНВЕСТИЦІЙНИМ АРБІТРАЖЕМ

За даними Конференції ООН з торгівлі та розвитку, Україна має 64 чинні двосторонні інвестиційні угоди [1]. Двосторонній інвестиційний договір (далі – ДІД) – міжнародна угода, що встановлює умови приватного інвестування громадян і компаній однієї держави в іншу державу [2]. На нашу думку, ДІД, в першу чергу як договір, уособлює консенсуальне узгодження альтернативних розсуду кожної сторони у єдиній угоді, оскільки розсуд сторін виявляється ще під час консультацій які спрямовані на укладення ДІД. Однак, будь-яке узгодження може мати вади, які виявляються після ратифікації договору сторонами в процесі його виконання. Логічно, що дії сторін які суперечать ДІД ведуть до виникнення інвестиційних спорів.

Існує ціла низка інструментів вирішення спорів пов'язаних з інвестиціями, зокрема переговори, комісії з розслідування, посередництво, примирення та добрі послуги, а також суд та арбітраж. Методи мирного врегулювання суперечок поділяють на три категорії: дипломатичні, судові та інституційні. Дипломатичні методи – спроби врегулювання суперечок сторонами самостійно, або за допомогою інших суб'єктів. Судові способи – врегулювання суперечок державними чи арбітражними судами. Інституційні методи передбачають звернення до Організації Об'єднаних Націй або регіональних організацій для врегулювання суперечок [3, с. 11].

За сучасних умов складної політичної та економічної кон'юнктури, широкого залучення іноземних інвестицій в економіку України на одне з провідних місць серед способів вирішення інвестиційних спорів, в першу чергу через швидкість та об'єктивність, виходить міжнародний інвестиційний арбітраж.

Питання чи направляти справу яка стосується фінансів на арбітражний розгляд абсолютно не нове. Так, ще у 1788 році лорд Кен'юн (Lloyd Kenyon, 05.10.1732 – 04.04.1802) мав можливість розглянути питання про наявність юрисдикції арбітражу у справі *Halfhide v. Fenning*. У цій справі заяву про звернення до арбітражу було визнано обґрунтованою, і суд вказав: «Такі звернення дуже вигідні для сторін, оскільки арбітри більш компетентні в урегулюванні складних рахунків» [4, с. 269-270].

В цьому контексті варто зауважити, що інвестиційні спори виникають між двома суб'єктами, які різняться за своїм правовим статусом що створює

певні проблеми, наприклад, визначення застосовного права. Окрім того, спори виникають на підставі ДІД, які можуть містити положення особливого характеру, наприклад, стабілізаційні положення, завірення про священність договору тощо. Відтак, ДІД зумовлюють застосування розсуду під час розгляду спорів що з них виникають у міжнародному інвестиційному арбітражі.

Проілюструвати такі випадки можливо на прикладі спорів що виникли в зв'язку з анексією Криму Російською Федерацією. Так, у справі *Everest Estate LLC et al. v. The Russian Federation* арбітраж прийшов до висновку, що інвестиції не обов'язково повинні знаходитися на території держави-відповідача в момент їх здійснення, якщо згодом вони опиняться на цій території. На думку арбітражу, замість того, щоб відмовляти в захисті згідно ДІД, таке міркування «більш відповідає цілям та завданням ДІД» [5, с. 128]. Таким чином, арбітраж при тлумаченні Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій від 27.11.1998 року (далі – Угода) [6] виходив з «припущення про органічну єдність форми та змісту» [7, с. 714] Угоди, оскільки прямо подібних положень Угода не передбачає. Однак в Угоді містяться положення статті 5 стосовно заборони експропріації інвестицій, «за винятком випадків, коли такі міри приймаються в суспільних інтересах в установленому законодавством порядку, не є дискримінаційними і супроводжуються виплатою швидкої, адекватної й ефективної компенсації» [6], які на думку арбітражу були порушені [8].

Дослідники зазначають, що нині «арбітри залишаються надто залежними від сторін, щоб винести справедливе та юридично обґрунтоване рішення» [9]. На нашу думку, саме через таку залежність і проявляється відмінність арбітражу від державного суду – сторони самостійно встановлюють форму, порядок арбітражу тощо, шляхом домовленості у ДІД. Наприклад стаття 9 (вирішення спорів між Договірною Стороною та інвестором іншої Договірної Сторони) та стаття 10 (Вирішення спорів між Договірними Сторонами) Угоди містять чіткі положення про місце арбітражу, арбітражні установи до яких можливе звернення або ж спосіб створення арбітражу *ad hoc*, порядок призначення арбітрів. При цьому сторони передбачають що порядок розгляду буде запропоновано самим арбітражем [6]. Усі ці положення є нічим іншим, аніж узгодженим розсудом сторін Угоди, який прямо впливає на розсуду арбітражу.

Варто згадати теорію «перевищення повноважень», згідно якої, арбітри не вправі приймати будь-які дії, які не мають санкції сторін, а арбітражне рішення, що винесено з порушенням інтересів сторін не має виконуватись [10, с. 53]. Тому критичне зауваження про залежність арбітрів від сторін виглядає дещо дивним.

Таким чином можна вести мову про те, що ДІД, дійсно є підставою для застосування розсуду інвестиційним арбітражем. Одним з найперших проявів розсуду арбітражу є тлумачення змісту ДІД з метою визначення компетенції на розгляд спору, без цього етапу подальший розгляд є неможливим. Окрім того розсуд сторін який проявляється у положеннях ДІД впливає на подальший

розсуд арбітрів на всіх етапах арбітражного провадження. Зауважимо, що завдяки застосуванню розсуду при тлумаченні змісту Угоди було встановлено порушення її умов, та призначено компенсації сторонам у справі Everest Estate LLC et al. v. The Russian Federation.

Список використаних джерел

1. Ukraine Bilateral Investment Treaties. *International Investment Agreements Navigator*. UNCTAD. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/219/ukraine>
2. Bilateral Investment Treaty. *Wex*. Cornell Law School. URL: https://www.law.cornell.edu/wex/bilateral_investment_treaty
3. Hamza A.M., Todorovic M. Peaceful settlement of disputes, global journal of commerce and mangment prespective. *Global Institute for Research and Education Journal*. 2017. Vol.6(1). p. 11-17
4. Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Chancery: During the Time of Lord Chancellor Thurlow. In 4 Volumes. / Brown, William, Edward T. Thurlow, Alexander W. Rosslyn, Robert Belt, Robert H. E. Henley, and J C. Perkins. Boston: C.C. Little and J. Brown, 1844. Vol. 2. 544 p.
5. Rachkov I.V., Rachkova E.I. Crimea-Related Investment Arbitration Cases against Russia before International Investment Arbitration Tribunals. *Moscow Journal of International Law*. 2020. № 4. p. 119-147. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-119-147>
6. Угода між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій : Угода від 27.11.1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/643_101
7. Гайдюлін О. О. Інститут інтерпретації (ius interpretatio = law of interpretation): методологічні засади цивілістичної теорії: монографія: у 2 т. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. Т. 2. 544 с.
8. Постанова Верховного Суду від 25.01.2019 року по справі № 796/165/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79573187>
9. The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality. *The Backlash Against Investment Arbitration*. / M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung, C. Balchin, eds. London : Kluwer Law International, 2010. URL: <https://ssrn.com/abstract=1733346>
10. Коч О.В. Визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: теоретико-прикладні засади: дис. ... докт. філос. 081 Право. Одеса, 2021. 437 с.

ТЕМАТИЧНИЙ НАПРЯМ:
**«ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА
УЧАСТЮ СПОЖИВАЧІВ»**

Гейнц Руслана Миколаївна

*кандидатка юридичних наук, доцентка,
завідувачка кафедри цивільного права Навчально-
наукового юридичного інституту
Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника*

ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ

Правове регулювання відносин, які виникають з приводу такого особистого немайнового блага як здоров'я завжди залишається актуальним з огляду на його безпосередній вплив на якість життя людини. Додатковим обґрунтуванням зазначеного є те, що на законодавчому рівні поняття здоров'я визначається як стан повного фізичного, психічного і соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб і фізичних вад (ч. 1 ст. 3 Основ законодавства про охорону здоров'я [4]).

Однією із підстав виникнення правовідносин із надання послуг у сфері охорони здоров'я є договір про надання медичних послуг, дослідженням якого присвячені наукові праці С.В. Антонова, А.А. Герц, О. В. Кирилова, Р. А. Майданика, С.Г. Стеценка, І. Я. Сенюти, О.І. Смотров та інших.

Чинне законодавство не містить норм, які визначають поняття, істотні умови, порядок укладення даного договору. Відтак правове регулювання договірних відносин з надання медичних послуг здійснюється положеннями ЦК України та нормативно-правовими актами, які регулюють відносини між споживачем медичної послуги – пацієнтом та послугонадавачем.

Одним із проблемних як теоретичних, так і практичних питань договору про надання медичних послуг є визначення його предмета, який за цивільним законодавством є істотною умовою кожного договору.

На думку Р.А. Майданика предмет договору про надання медичних послуг полягає в зобов'язанні однієї сторони – послугонадавача (приватного закладу охорони здоров'я, лікаря, який практикує приватно) надати медичну послугу другій стороні – замовнику або третій особі (пацієнту), а замовник зобов'язується прийняти послугу та оплатити відповідно до умов договору [3, с. 147].

З огляду на таку характеристику послуги як невіддільність від послугоотримувача, постає питання яким чином повинно відбутися її прийняття? Особливістю медичної послуги є те, що її надання – це цілеспрямований вплив на організм людини, який може включати консультацію, оперативне втручання, медикаментозне лікування тощо. Дії з надання медичних послуг можуть стосуватися профілактики, діагностики, лікування, реабілітації. Споживання послуги розпочинається одночасно з її наданням. Надання послуги – це дії послугонадавача, спрямовані на виконання зобов'язання, що виникло з договору про надання медичних послуг. Цьому

обов'язку кореспондує право пацієнта на отримання медичної послуги, навіть, якщо йдеться про договір надання медичних послуг, укладений на користь третьої особи, якою і є пацієнт.

На думку А.А. Герц предметом договору про надання медичних послуг є дії з надання медичної послуги. При цьому авторка наголошує, що «предметом у договорі буде не лише послуга в розумінні певного блага для одержувача та її кінцевий результат, а також процес надання послуги [1, с. 14]. Таким чином, дослідниця до предмету договору включає і послугу, і дії з її надання. Такий підхід свідчить, що науковець визначає предмет надто широко, включаючи до нього дії, вчинені послугонадавачем на виконання зобов'язання, що виникло з договору. Адже, якщо припустити зворотне, постає логічне питання: що буде включати виконання послугонадавачем умов договору? Вважаємо, що надання медичної послуги – це вчинення послугонадавачем однієї дії та/або їх сукупності у певній послідовності, які спрямовані на отримання пацієнтом медичної послуги. При цьому, як дії послугонадавача, так і дії послугоотримувача будуть впливати на результат медичної послуги.

Якщо проаналізувати запропоновану А.А. Герц дефініцію договору про надання медичних послуг, в який даний договір визначається як домовленість, за якою одна сторона (лікар, медичний заклад) зобов'язується надати відповідну медичну послугу за зверненням іншої сторони (пацієнта), спрямовану на відновлення та підтримання його здоров'я, а пацієнт зобов'язується сплатити за неї грошову суму, визначену у договорі [1, с. 5], то можна зробити висновок, що предмет договору – це медична послуга, а не процес її надання.

В літературі цілком обґрунтовано зазначається, що за своїм предметом цей договір є договором про надання послуги (медичної послуги), яка споживається в процесі вчинення дій або здійснення медичної діяльності [2, с.1112]. На нього поширюються положення глави 63 ЦК України, якщо це не суперечить суті цього зобов'язання. Предметом даного договору є послуга, в отриманні якої є потреба у замовника.

Необхідно наголосити на тому, що пацієнт, звертаючись до лікаря (медичного закладу) прагне отримати медичну послугу, спрямовану на відновлення та підтримання його здоров'я. Лікар володіє професійними знаннями і практичними навиками, які дозволяють задовольнити потребу пацієнта. При цьому, у своїй діяльності лікар зобов'язаний дотримуватись відповідних протоколів лікування. Тому, в процесі надання медичної послуги дії, які будуть вчинятися лікарем можуть змінюватися. Тобто, укладаючи договір, сторони не можуть заздалегідь погодити перелік всіх дій медичних працівників, оскільки вони залежатимуть від перебігу процесу вилікування, реабілітації тощо.

Більше того, специфіка правовідносин щодо надання медичних послуг впливає на особливості предмету договору про надання медичних послуг, зокрема і щодо гарантування безпеки медичної послуги. З цього приводу в літературі цілком слушно зазначається, що «нерідко медичні послуги пов'язані

з можливістю (а інколи і необхідністю) завдання шкоди здоров'ю пацієнта заради припинення або запобігання патологічного впливу хвороби, який несе більшу шкоду. Водночас медичне втручання допускає вірогідність проявів супутніх, побічних шкідливих властивостей такого медичного впливу [2, с.1113]. Виникає питання: в договорі слід погоджувати ці прояви чи дії, які можуть до них призвести? Якщо виходити з того, що предметом договору охоплюються всі дії, які будуть здійснюватися лікарем при наданні медичної послуги, то вчинення дій, що виходять за межі предмета може трактуватися як порушення умов договору. Особливо гостро це може проявитися у тих випадках, коли очікуваного ефекту від надання медичної послуги отримано не буде та/або здоров'я пацієнта погіршиться.

Слід підтримати висловлену в науковій літературі позицію, що «особливість предмета договору надання медичних послуг полягає в тому, що його неможливо звести до конкретно обмеженого кола дій. Жоден лікар повною мірою не може гарантувати не лише результат здійснюваного лікування, а й обсяг медичних дій. Вибір способів і методів лікування хворого зумовлений залежністю такого набору дій від стану здоров'я, анатомічних і фізіологічних особливостей хворого.» впливу [2, с.1117].

Відповідно до положень чинного законодавства послугонадавач медичної послуги може вийти за межі медичної послуги у разі потреби, якщо це викликано метою збереження життя та здоров'я пацієнта. Тому до предмету досліджуваного договору включати перелік дій лікаря на вчинення медичної послуги немає потреби.

З огляду на те, що предмет договору відображає правову мету договору, а сукупність дій з надання медичної послуги обумовлюється її видом, можна зробити висновок, що предметом договору про надання медичних послуг є вид медичної послуги.

Список використаних джерел

1. Герц А.А. Договірні зобов'язання у сфері надання медичних послуг: автореферат дис. ... д.ю.н. за спец. 12.00.03. Львів, 2016. 41 с.

2. Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб / Т.В.Боднар, О.В.Дзера, Н.С.Курнецова та ін.: за ред. О.В.Дзери. К.: Юрінком Інтер. 2009. 1200 с.

3. Майданик Р.А. Договір про надання медичних послуг: загальні положення. Методологічна скарбниця. 2016. № 1. С. 139–158. URL: http://medicallaw.org.ua/fileadmin/user_upload/pdf/15_lekcja.pdf

4. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-ХІІ Дата оновлення: 12.01.2022. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2801-12> (дата звернення 11.03.2022)

Гришко Уляна Петрівна

*кандидатка юридичних наук, викладачка кафедри
цивільного права Навчально -наукового
юридичного інституту Прикарпатського
національного університету імені Василя
Стефаника*

ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ ЗА ДОГОВОРОМ УКЛАДЕНИМ НА ВІДСТАНІ

Стрімкий розвиток товарообороту, спрямованого на реалізацію товарів і послуг за допомогою засобів дистанційного зв'язку, Інтернету (e-commerce), окрім швидкості й зручності обслуговування, містить значні ризики й масові порушення прав споживачів. Відносини, що виникають між покупцем та продавцем (інтернет-магазином) регулюються Законом України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р., зокрема ст. 12 «Права споживача в разі укладення договору поза торговельними або офісними приміщеннями» та ст. 13 «Право споживача у разі укладення договору на відстані», Законом України «Про електронну комерцію» від 03.09.2015р., а також Правилами продажу товарів на замовлення та поза торговельними або офісними приміщеннями від 16.10. 2007 року.

Прийняття у 2015р Закону України «Про електронну комерцію», це вже значний поступ у регулюванні таких договірних відносин у сфері e-commerce, проте з урахуванням активного розвитку «епохи цифровізації» для даних договірних відносин цього недостатньо. Наявний механізм, передбачений нормами чинного законодавства, далеко не завжди може гарантувати стовідсотковий захист споживачів у сфері e-commerce, одночасно створюючи можливість суб'єктам підприємницької діяльності порушувати права споживачів.

Серед основних порушень прав споживачів, які виникають за договором купівлі- продажу укладеним на відстані є: надання споживачам недостовірної та неповної інформації про продукцію, її споживчі властивості, ціну, умови доставки, порушується право споживача на розірвання договору, відмову від продукції, повернення коштів, тощо.

Як зазначає І.І. Банасевич, право на розірвання контракту споживачем є особливим і дієвим способом захисту прав щодо дистанційних контрактів. Проводячи детальний аналіз правової регламентації права на розірвання договору на відстані відповідно до Директиви 2011/83/ЄС та ст.13 Закону України «Про захист прав споживачів», авторка доводить, те що дана Директиви визначає більш сприятливий та детальний порядок реалізації споживачем свого права на розірвання дистанційного контракту на відмінну від Закону України «Про захист прав споживачів» [1, с.6].

Одним із численних порушень прав споживачів за договором укладеним на відстані є відсутність відомостей про суб'єкта підприємницької діяльності,

достатні для його ідентифікації, та відсутність заходів державного нагляду (контролю) Держпродспоживслужбою, у разі порушення суб'єктом господарювання законодавства про захист прав споживачів. Варто передбачити додаткові вимоги до інформації щодо суб'єкта виконання зобов'язань за контрактами, укладеними на торговельних інтернет-майданчиках. А саме, це стосується розуміння поняття «інтернет-майданчик» або «електронний торговельний майданчик» (аналог «online marketplace»), яке у чинному українському законодавстві відсутнє і жодних додаткових положень щодо інформації, яка має бути надана ним споживачу, не встановлено. Однак з огляду на зростання ролі цих суб'єктів у сфері електронної комерції важливим є законодавче регулювання порядку їх діяльності із визначенням сфери їх відповідальності. Торговельні інтернет-майданчики повинні інформувати споживачів, чи є сторонній постачальник торговцем (суб'єктом підприємницької діяльності) чи ні, попереджати споживача про незастосування правил захисту прав споживачів ЄС до контрактів, укладених з особами, що не є торговцями, та пояснювати, хто нестиме відповідальність за невиконання контракту: сторонній постачальник чи сам інтернет майданчик.

Тому, проектом Закону України «Про захист прав споживачів» № 6134 від 05.10.2021, відповідно до Директиви N 2011/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 25.10.2011 передбачено визначення електронного торговельного майданчика (маркетплейса), електронного сервісу порівняння продукції (прайс-агрегатора) та їх відповідальність за наявність/відсутність інформації, яка стосується даних про суб'єктів господарювання, що продають продукцію на веб-сайтах маркетплейса та прайс-агрегатора [2]. У разі ненадання суб'єктом господарювання достовірної інформації на веб-сайті про його найменування, місцезнаходження, що унеможлиблює здійснення заходу державного нагляду (контролю) відповідно до вимог Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» з метою поновлення порушених прав споживачів. Держпродспоживслужбі надано право звертатися до провайдера інтернет-послуг щодо обмеження доступу до веб-сайту (частини веб-сайту, програмного забезпечення) такого суб'єкта господарювання. У випадку отримання Держпродспоживслужбою від суб'єкта господарювання заяви про відновлення доступу до веб-сайту у зв'язку з розміщенням інформації про найменування та місцезнаходження суб'єкта господарювання, Держпродспоживслужба звертається протягом двох робочих днів до провайдера інтернет-послуг з метою відновлення доступу до веб-сайту.

Таким чином, суб'єкти господарювання, що використовують нечесну підприємницьку практику та порушують законодавство про захист прав споживачів не зможуть здійснювати господарську діяльність в електронній торгівлі, поки не забезпечать наявність на веб-сайті достовірної інформації про себе, з метою здійснення заходів щодо поновлення прав споживачів[3].

Цікавим у цьому контексті видається досвід Естонії. З метою захисту прав споживачів за договором укладеним на відстані урядом Естонії створено національний портал для вирішення спорів між споживачами і онлайн-

магазинами та маркетплейсами. У разі систематичного порушення інтернет-магазином норм законодавства про захист прав споживачів, Департамент захисту прав споживачів і технічного нагляду виносить припис провайдеру телекомунікаційних послуг щодо обмеження доступу до веб-інтерфейсу чи блокування доменного імені торговельної платформи. Всі спори вирішуються комісією із споживчих спорів в онлайн- форматі. Для порівняння, в Україні Держпродспоживслужба має схожі з естонським департаментом функції, зокрема цей орган здійснює розгляд скарг споживачів і перевірки виробників, проте періодичні проведення моніторингів Інтернет- магазинів до її повноважень не віднесено [4].

Таким чином, з урахуванням положень європейського законодавства щодо регулювання договору укладеного за допомогою засобів дистанційного зв'язку між споживачем та продавцем, варто визначити у національному законодавстві розуміння понять «інтернет-майданчик» або «електронний торговельний майданчик» та визначити межі їх відповідальності. З цією метою, доцільно було б запровадити цифровий формат комунікації між споживачами, продавцями (виробниками) й органами державної влади, які здійснюють захист прав споживачів створивши спеціальну онлайн-платформу, за допомогою якої споживачі могли б отримувати повну та достовірну інформацію про продавця (інтернет- магазин) та захистити своє право у випадку порушення.

Список використаних джерел

1. Банасевич І.І. Гармонізація приватно- правового законодавства у сфері захисту прав споживачів за дистанційними контрактами. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України: Збірник наукових статей. 2019. Вип. 51. С.3-14. URL: <http://lib.pnu.edu.ua:8080/handle/123456789/8696?mode=full>
2. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0083>
3. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про захист прав споживачів» URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72932
4. Тітамир О. Хто на захисті: як працює система захисту прав споживачів в Естонії. URL: <https://mind.ua/openmind/20230215-hto-na-zahisti-yak-pracyue-sistema-zahistu-prav-spozhyvachiv-v-estoniyi> (дата звернення: 29.12.2021)

ТЕМАТИЧНИЙ НАПРЯМ:

**«КОНЦЕПЦІЯ ЦИВІЛЬНО-
ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ В ІНШИХ
ГАЛУЗЯХ ПРАВА»**

Мироненко Ігор Віталійович

*доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри
цивільного права Навчально-наукового
юридичного інституту Прикарпатського
національного університету ім. В. Стефаника*

МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВОРУ ДЛЯ РЕГУЛЮВАННЯ СУСІДСЬКИХ ВІДНОСИН

Одним із принципів правового регулювання приватноправових відносин є свобода договору. Т.ч. власники та користувачі сусідніх об'єктів нерухомого майна наділяються правом у договірному порядку врегулювати свої правовідносини, в т.ч. щодо вирішення окремих спорів між собою.

Відповідно, постає питання, наскільки широкими є можливості сусідів укладати правочини щодо врегулювання сусідських відносин. Для цього необхідно, насамперед, розглянути правову природу самого «сусідства» (добросусідства).

За загальним правилом, у літературі т.з. «право сусідства» (право добросусідства) розглядається у якості приватноправового інституту, зважаючи на його цивілістичне походження та речово-правову природу [1, с. 229]. Це стосується як вчених-цивілістів, так і фахівців у галузі земельного права. Зокрема І.І. Каракаш розглядає добросусідство в діючому ЗК України як «продовження» інституту «права приватної участі» в російському дореволюційному праві [2, с. 77].

Однак на сьогодні такі скоріше відображають походження права сусідства, вказують на його дійсну сутність.

Справа в тому, що на сьогодні регулювання сусідських відносин фактично містить також публічно-правову складову та передбачає достатньо широке застосування положень адміністративного права. Адже на даний час права та законні інтереси сусідів також захищає ряд норм, які є т.з. «законними обмеженнями на користь суспільства», зокрема будівельні вимоги щодо дотримання протипожежної відстані між спорудами на сусідніх ділянках, санітарні норми щодо обов'язку дотримуватися тиші в нічний час та ін. [1, с. 227-228].

Тому свого часу ще І.Б. Новицький також вказував, що будівельні, пожежні, санітарні вимоги і нормативи, хоча і носять публічний характер, але також поширюються на сферу сусідських відносин [3, с. 6-7]. При цьому слід відзначити, що подібна складова в системі правового регулювання сусідських відносин з'явилася чи не з самих початків появи права сусідства. Так, вже положення Законів XII таблиць в римському приватному праві, які встановлювали мінімально допустимі відстані від межі до огорож, житлових будинків, колодязів та ін. [4, с. 9-10]. Їх можна розглядати як імперативні

приписи адміністративно-правового характеру, праобраз сучасних містобудівельних нормативів.

При цьому публічно-правова складова сусідського права не обмежується лише запровадженням адміністративно-правових за своєю природою приписів, а проявляється також і в застосуванні адміністративно-правових механізмів щодо вирішення сусідських конфліктів. Достатньо згадати, що суб'єкти сусідських відносин часто прагнуть використати публічно-правові, адміністративні важелі щодо вирішення спірних ситуацій (зокрема викликати представників правоохоронних органів чи місцевої влади, подати скаргу до компетентного органу та ін.) [5, с. 196].

Тому на сьогодні важливість адміністративно-правового регулювання у сфері сусідських відносин зростає настільки, що в літературі навіть пропонується виділяти «публічне сусідське право» та «приватне сусідське право». Під публічним сусідським правом розуміються різного роду обмеження щодо користування ділянками (про допустимість споруд певного виду, їх висотність, санітарні вимоги і т.п.), які встановлені положеннями адміністративного права. Подібні положення діють кумулятивно і паралельно з нормами приватного сусідського права. У свою чергу, приватне сусідське право унормовує приватноправові відносини володільців суміжних ділянок [6, с. 77-79].

Виходячи із цього, у літературі наголошується, що слід розрізняти ті аспекти сусідських відносин, які можуть бути врегульовані за домовленістю сторін, та аспекти, щодо яких подібні домовленості сусідів юридичного значення не мають [6, с. 6-12]. Зокрема вказується, що суміжні власники не можуть укласти між собою правочини, що суперечать інтересам суспільства, зокрема один сусід не може підкупувати іншого, щоб той терпів забруднення його земельної ділянки, якщо наслідки такого забруднення виходять за рамки їх суто двосторонніх відносин). Крім цього, законодавець схильний встановлювати публічно-правовий контроль за прийняттям рішень із приводу землекористування, покладаючи його здійснення на адміністративні органи [7, с. 216-217].

Таким чином, межі застосування свободи договору для регулювання сусідських відносин, за загальним правилом, визначаються сферою їх приватноправової складової. Так, чинний ЗК України надає можливість володільцям сусідніх земельних ділянок укласти правочини щодо:

- спільної діяльності щодо використання сусідніх земельних ділянок (ч. 3 ст. 103);
- закріплення спільних меж між земельними ділянками та розподілу витрат на їх встановлення (ч. 1 ст. 106);
- встановлення, утримання та спільного використання межових споруд (ст. 108);
- утримання та ліквідації дерев, які стоять на межі суміжних земельних ділянок (ст. 109).

Список використаних джерел

1. Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. Москва: Статут, 2008. 731 с.
2. Каракаш И. И. Право собственности на землю и право землепользования в Украине: научно-практ. пособие. К.: Истина, 2004. 216 с.
3. Новицкий И. Б. Право соседства. Рамки и значение проблемы. *Право и жизнь*. 1924. Книга 5/6. С. 3-12.
4. Памятники римского права: Законы XII таблиц, Институции Гая, Дигесты Юстиниана. Москва: Зерцало, 1997. 608 с.
5. Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва: Волтерс Клувер, 2007. 256 с.
6. Королев С.В. Право земельных участков и соседское право в Германии. *Имущественные отношения*. 2011. № 2. С. 76-80.
7. Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М.: Юристъ, 1999. С. 384 с.

Логвінова Марія Володимирівна

*кандидатка юридичних наук, доцентка,
докторантка кафедри цивільного права
Навчально-наукового юридичного інституту
Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника*

ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНОВИХ ВІДНОСИН ПОДРУЖЖЯ І ЦИВІЛЬНИХ ПАРТНЕРІВ У ВЕЛИКОБРИТАНІЇ

З метою зниження ризиків виникнення конфліктів та попередження майнових спорів між подружжям/ цивільними партнерами в англосаксонській правовій сім'ї було запроваджено формулу шлюбних договорів (nuptial agreements), різновидами яких є prenup agreement (передшлюбний договір або договір, укладений до шлюбу) та postnup agreement (договір, укладений подружжям після реєстрації шлюбу).

Практика укладення prenup agreement (передшлюбного договору) поширена в країнах з режимом спільної власності подружжя. [1]. При цьому практикуючі адвокати наголошують, що укладення prenup agreement для більшості пар видається «незручною» пропозицією [2], «неромантичним кроком» [3] або розцінюється як довічне зобов'язання. [4] Невбачаючи для себе жодної користі від укладення prenup agreement, англійські, та й американські пари, здебільшого уникають цієї теми. Проте ті особи, які вирішили укласти передшлюбний договір, аргументують таку позицію бажанням у договірних

межах захистити свої активи¹ до реєстрації шлюбу. До речі, особи, які планують зареєструвати цивільне партнерство², також можуть укласти договір, який юристи називають договором доцивільного партнерства (pre-civil partnership agreement) або договором попередньої реєстрації (pre-registration agreement). Проте з метою уніфікації термінології на практиці словосполучення передшлюбні договори включає в себе посилання й на договори доцивільного партнерства. [6]

Після реєстрації шлюбу подружжя може укласти postnup agreement (postnup). Цивільні партнери з свого боку після реєстрації партнерства можуть укласти post-civil partnership agreement (post-registration agreement) – післяреєстраційний договір. При цьому різні за назвою і суб'єктивним складом договори, за змістом в більшості випадків тотожні. Тому з метою практичної доцільності в цій статті будемо називати їх postnup agreement.

У Великобританії під postnup agreement розуміється договір, укладений подружньою парою, умовами якого визначається порядок розподілу грошей та майна подружжя на випадок розірвання шлюбу. При цьому незважаючи на прийняття Парламентом таких актів як Закон сімейного права (Family Law Act) [7] 1996 року та Акт про цивільне партнерство (Civil Partnership Act) 2004 року [5], законодавче регулювання форми та змісту аналізованих договірних конструкцій у Великобританії відсутнє. Прецедентна практика виробила правило про те, що подружжя/цивільні партнери можуть домовитися про поділ будь-яких активів у разі розірвання шлюбу/припинення цивільного партнерства і за умови, що такий поділ є проявом вільної згоди кожної зі сторін. Зазвичай в договорі визначаються такі категорії як «matrimonial property» (майно подружжя), «non-matrimonial property» (не подружнє майно), «joint property» (спільне майно), «separate property» (окреме майно). При цьому під майном подружжя (або спільним майном) розуміються активи, набуті за час шлюбу, та активи, оформлені на спільні імена подружжя/цивільних партнерів, наприклад, «matrimonial home» (будинок подружжя) та спільні банківські рахунки. Окреме майно включає майно, яке набуто у власність до шлюбу, спадщину, подарунки, отримані одним з подружжя за час шлюбу. [6]

На сьогодні практикою вироблений орієнтований перелік об'єктів регулювання prenup/postnup agreements, а саме: 1) нерухомість; 2) заощадження та боргові зобов'язання. У Великобританії звичайною практикою є відкриття подружжям спільного банківського рахунку та наявність індивідуальних/особистих ощадних рахунків, відкритих до або за час шлюбу. У разі розірвання шлюбу суд може ухвалити рішення про поділ всіх банківських заощаджень подружжя, незалежно від того, на чие ім'я були відкриті банківські

¹ Мова йде про власність, грошові заощадження, цінні папери, коштовні речі тощо.

² Відповідно до змін, внесених в Civil Partnership Act 2004 і які набрали чинності з 1 лютого 2021 року, цивільними партнерами вважаються не тільки суб'єкти одностатевих відносин, але й гетеросексуальні пари. [5]

рахунки. Маючи намір уникнути в майбутньому такого судового рішення, подружжю рекомендується укладення передшлюбного договору, в умовах якого можна прописати збереження заощаджень на власне ім'я кожного з подружжя та механізм розподілу заощаджень на свій розсуд. Те саме стосується й боргів; 3) бізнес; 4) поводження з доходами та майбутніми прибутками й відсотками у трастах; 5) майно, набуте в порядку спадкування; 6) майно, набуте подружжям/одним із подружжя до шлюбу або за час шлюбу/цивільного партнерства; 7) надання утримання одному з подружжя (аліменти); 8) фінансове забезпечення наявних дітей. Варто зауважити, що в більшості випадків договором не регулюється фінансове забезпечення майбутніх дітей. Народження дітей, як істотна зміна обставин життя за час шлюбу, є підставою для перегляду умов договору³. Щодо prenup agreement (передшлюбного договору), то пара не може вирішувати в договірному порядку питання про утримання дитини, опіки над нею, оскільки на цьому етапі невідомо, що буде в інтересах дитини на момент можливого припинення відносин. [2; 6]

Слід констатувати, що між договірними конструкціями prenup agreement і postnup agreement не має суттєвих відмінностей, окрім моменту укладення договорів: prenup agreement підписується до шлюбу, postnup agreement – під час перебування у шлюбі. Як стверджує Andi Forsythe, по суті, це один і той самий документ.[2] Проте якщо пара уклала prenup agreement, а з часом офіційно зареєструвала шлюб, то з метою підкріплення фінансових домовленостей пара має право укласти postnup agreement. [8]

Щодо форми prenup agreement, варто зауважити, що договір укладається в простій письмовій формі та має бути підписаний сторонами не менше ніж за 28 днів до дати реєстрації шлюбу чи цивільного партнерства. Postnup agreement також укладається у письмовій формі та підписується кожним з подружжя і двома свідками. [8]

Доречним видається наголосити на тому, що postnup agreements в Англії, Північній Ірландії та Уельсі не мають обов'язкової юридичної сили з огляду на відсутність законодавчої основи. У разі звернення сторін договору до суду із заявою про фінансовий захист, суд наділений широкими повноваженнями, в тому числі й визнанні договору як вагомої обставини у розгляді справи про поділ майна. Ключове значення в цьому контексті має відповідь суду в кожній конкретній справі на питання: *що є справедливим для кожної сторони договору?*

Верховним судом у справах White v White [2000] UKHL 54 [9], Miller v Miller; McFarlane v McFarlane [2006] UKHL 24 [10] встановлено, що справедливість ґрунтується на наступних засадах: 1) **потреба**. Справедливість вимагає забезпечення житла та фінансових потреб обох сторін. Оцінюючи ці потреби, суд повинен враховувати широкий спектр факторів, зокрема вік сторін, працездатність та поточний рівень життя; 2) **компенсація**. Суд повинен з'ясувати, чи змінилося фінансове становище кожного із подружжя в результаті розподілу обов'язків у шлюбі. Наприклад, один із подружжя, можливо,

³ Змістовно договір може містити пункт про підстави для його перегляду.

відмовився від потенційно прибуткової кар'єри, щоб стати основним опікуном дітей у сім'ї, надавши другому з подружжя можливість продовжити кар'єру. В такому випадку справедливість може вимагати від суду присудити компенсацію фінансово слабшій стороні; 3) **спільний доступ**. Шлюб є партнерством, і справедливість вимагає, щоб кожен партнер мав право на рівну частку активів партнерства, якщо немає вагомих причин для протилежного. Однією з таких причин може бути відмінність між майном подружжя, набутим за час шлюбу, і особистим майном (separate property) однією зі сторін або успадкованим майном однією із сторін за час шлюбу.

Справедливість в кожному конкретному випадку суд оцінює за допомогою триетапного тесту, який запропонований Верховним судом у справі Radmacher v Granatino (2010) UKSC 42 : договір має укладатися вільно; сторони повинні повністю усвідомлювати наслідки договору; умови договору повинні бути справедливими для сторін за наявності певних обставин, перелік яких наводиться в пунктах 77-82 цього рішення. [11]

У Шотландії післяшлюбні договори є юридично обов'язковими за умови, що вони дійсно оформлені як договір і є справедливими та розумними на момент їх укладення [12]. З врахуванням зазначеного, ці договори повинні враховуватися судами під час розгляду відповідних спорів. [13]

Таким чином, незважаючи на відсутність законодавчого регулювання договірних відносин між подружжям/цивільними партнерами, факт наявності договору при розгляді заяви про фінансовий захист подружжя береться судами до уваги і зазвичай підтримується за умови, що договір складений належним чином і відповідає наступним гарантіям: 1) обидві сторони⁴ отримали незалежну юридичну консультацію щодо укладення договору. Доречно зауважити, що у разі неохочення однією зі сторін незалежної юридичної консультації, суд може розцінювати такий договір як несправедливий з огляду на те, що сторона не повністю розуміла, що вона підписує; 2) повне розкриття фінансової інформації сторонами; 3) умови договору по суті справедливі та збалансовані; 4) жодна зі сторін не зазнала надмірного тиску або примусу до укладення договору; 5) жодна зі сторін не вчиняла дій з ознаками шахрайства чи введення в оману щодо договору (прикладом таких дій може бути приховування частини своїх активів); 6) обидві сторони мають намір бути юридично пов'язаними умовами договору; 7) наявність дітей та відповідність умов договору їх інтересам⁵. За умови відсутності у подружжя/цивільних партнерів дітей на час підписання postnup agreement, в договорі має відображатися положення про перегляд умов договору у разі їх появи у пари. [14; 15]

⁴ Мова йде про подружжя та цивільних партнерів.

⁵ Для порівняння : ч. 2 ст. 9 Сімейного кодексу України визначені наступні загальні межі договірного регулювання відносин між подружжям: така домовленість не повинна суперечити вимогам СК України, іншим законам та моральним засадам суспільства.

Важливим в контексті дослідження договірних конструкцій регулювання майнових сімейних правовідносин у Великобританії є той факт, що альтернативними видами *postnup agreement* є :

1) договір про спільне проживання (*cohabitation agreement*), який відкритий для пар, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах⁶ і мають намір чітко визначити свої матеріальні інтереси та відповідальність за витрати на проживання;

2) декларація про довіру щодо власності, яка може бути оформлена подружжям окремим документом (*declaration of trust*) або разом із *postnup agreement* чи договором про спільне проживання (*cohabitation agreement*). [15] Декларація про довіру визначає законних/бенефіціарних власників майна та відсоток юридичної/ бенефіціарної частки в цьому майні кожної сторони. [14]

Підсумовуючи, слід відзначити, що сучасні тенденції у сфері регулювання майнових відносин подружжя, цивільних партнерів, фактичного подружжя у Великобританії тісно пов'язані з індивідуальним/персоніфікованим підходом – укладенням договорів, які охоплені узагальненою категорією *nuptial agreements*. При цьому враховуючи той факт, що загальне право Великобританії твориться судами, юридичною практикою вироблено та запроваджено основні засади договірного регулювання таких відносин, здійснено систематизацію договірних конструкцій, чітко окреслені форма та зміст договорів, гарантії їх дійсності. З огляду на ч. 2 ст.7, ст. 9 СК України видається доцільним активно і систематично розвивати в Україні тезу про широке застосування договірного регулювання майнових відносин подружжя та осіб, які проживають однією сім'єю. Адже договір як соціальний регулятор сімейних відносин [16, с. 4] дає можливість уникнути в майбутньому майнових суперечок, довготривалих судових процесів, взаємних образ та непорозумінь. Договір не унеможливить розірвання шлюбу, але упередить будь-які маніпуляції та надасть гарантії у захисті майнових інтересів кожної зі сторін.

Список використаних джерел

1. Community Property vs. Separate Property. URL: <https://www.findlaw.com/family/divorce/community-property-overview.html> (дата звернення: 10.04.2022)

2. Andi Forsythe. What needs to be included in a prenup/postnup? 17 November 2020. URL: <https://www.thelawsuperstore.co.uk/family/help-and-advice/what-needs-to-be-included-in-a-prenup-postnup> (дата звернення: 12.04.2022)

3. Top five myths about nuptial agreements. *Forsters Family team*. URL: <https://www.forsters.co.uk/nuptial-agreements/top-five-myths-about-nuptial-agreements> (дата звернення: 13.04.2022)

⁶ Мова йде про пари, які спільно проживають разом багато років, але не зареєстрували ні шлюб, ні цивільне партнерство.

4. What is a Postnuptial Agreement? By FindLaw Staff | Reviewed by Hal Armstrong, Esq | Last updated November 18, 2021. URL: <https://www.findlaw.com/family/marriage/what-is-a-postnuptial-agreement.html> (дата звернення: 14.04.2022)
5. Civil Partnership Act (2004). Parliament of United Kingdom. 2004. Chapter 1. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/section/1> (дата звернення: 14.04.2022)
6. Nuptial agreements: overview. By Practical Law Family. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-521-8765?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-521-8765?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (дата звернення: 14. 04. 2022)
7. Family Law Act (1996). URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/contents> (дата звернення: 14.04. 2022)
8. Postnuptial Agreements. URL: <https://www.wiselaw.co.uk/prenuptial-agreements/postnuptial-agreements/> (дата звернення: 13.04.2022)
9. House of lords. Judgments – White White v. White (Conjoined Appeals) on 26 October 2000. URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd001026/white-1.htm> (дата звернення: 15.04.2022)
10. House of lords. Opinions of the Lords of appeal for judgment in the cause Miller v Miller; McFarlane v McFarlane on 24 May 2006 UKHL 24. URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060524/mill.pdf> (дата звернення: 15.04.2022).
11. The Supreme Court of the United Kingdom. Judgment Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant) 20 Oct 2010. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0031-judgment.pdf> (дата звернення: 15.04.2022).
12. Adnan Mahmood. How to make a Postnuptial agreement (postnup)? URL: <https://www.rocketlawyer.com/gb/en/documents/postnuptial-agreement> (дата звернення: 10.04.2022).
13. What is a postnup? By Andi Forsythe In Relationship advice. 13 November 2020. URL: <https://www.thelawsuperstore.co.uk/family/help-and-advice/what-is-a-postnup> (дата звернення: 10.04.2022).
14. Amy Langlois. What is a post-nuptial agreement and do I need to have one? Posted 9 Jun 2021. URL: <https://www.fretens.co.uk/site/blog/family-blog/what-is-a-postnuptial-agreement-do-i-need-one-divorce-family> (дата звернення: 13.04.2022).
15. Hannah Viet (senior associate, solicitor and mediator). Postnuptial Agreements. URL: <https://www.familylawpartners.co.uk/what-we-do/living-together/post-nuptial-agreements/> (дата звернення: 14.04.2022)
16. Ватрас В. А. Джерела сімейного права : дис. ... д-ра юр. наук : 12.00.03. Тернопіль: ЗУНУ, 2020. 516 с. URL:

Схаб-Бучинська Тетяна Ярославівна

кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри цивільного права Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

ДО ПИТАННЯ ПРО РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ «СІМЕЙНИЙ ДОГОВІР» ТА «СІМЕЙНО-ПРАВОВА ДОМОВЛЕНІСТЬ»

Із моменту набрання чинності Сімейним кодексом України відносини у сім'ї почали все менше контролюватися державою, і дедалі більше регулюватися договором. Так, у частині 2 статті 7 Сімейного кодексу України закріплено положення про те, що сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю (договором) між їх учасниками. Тобто, учасники сімейних правовідносин набули більшої свободи при укладенні та виборі договорів і врегулюванні ним відносин між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї тощо.

Відносини між згадуваними суб'єктами базуються на повсякденних домовленостях, які здебільшого не регулюються законодавством, а базуються на взаєморозумінні, повазі та любові один до одного. Однак, мають місце і ті «домовленості», які потребують стороннього впливу, а також визначеної законом форми. Тому, нашим завданням є розмежувати поняття «домовленість» та «договір», адже у сімейному праві не проведена чітка межа, яка б чітко визначала завершення домовленості та початок укладення договору, адже й договори можуть укладатися в усній формі. Підтвердженням даної думки є, вже згадувана стаття 7 Сімейного кодексу України, де закріплене положення про те, що сімейні відносини регулюються за домовленістю (договором) сторін. Тобто законодавець або ототожнює поняття «договір» та «домовленість», або ж пріоритет, все таки, надає домовленості, адже у назві даної статті термін «договір» міститься у дужках, що свідчить про вторинність його важливості.

Проблематикою вивчення правової природи сімейного договору та розмежуванням понять «договір» та «домовленість» займалися такі вчені як Т. В. Бондар, В. А. Ватрас, А. О. Дутко, І. В. Жилінкова, В. В. Луць, О. В. Михальнюк, О. М. Пономаренко, М. Д. Пленюк, О. В. Розгон, З. В. Ромовська, В. М. Чернега, С. І. Шимон та інші.

Так, у статті 9 Сімейного кодексу України йдеться про те що подружжя, батьки дитини, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі можуть врегулювати свої відносини за домовленістю (договором), якщо це не суперечить вимогам законодавства та моральним засадам суспільства. Також, ч. 2 цієї статті надає

можливість особам, які проживають однією сім'єю, а також родичам за походженням регулювати свої сімейні (родинні) відносини за договором, який має бути укладений у письмовій формі. Такий договір є обов'язковим до виконання, якщо він не суперечить вимогам даного кодифікованого акту, інших законів України та моральним засадам суспільства [1]. Із цієї норми стає зрозумілим, що на думку законодавця, відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї повинні базуватися більше на домовленостях, рідше - договорах, а родичі за походженням повинні врегульовувати свої відносини договором, який має бути укладений у письмовій формі. Хоча аналізуючи Сімейний кодекс України, де фрагментарно закріплені поіменовані сімейні договори можна із впевненістю сказати, що сторонами у таких договірних конструкціях є подружжя, батьки дитини, батьки та діти та укладаються вони у письмовій формі і потребують нотаріального посвідчення. Свідченням цього є ряд договорів, зокрема, договір про порядок користування житловим будинком, квартирою, іншою будівлею чи спорудою, земельною ділянкою (ч.2 ст. 66 СК України); договір про поділ житлового будинку, квартири, іншого нерухомого майна, а також про виділ нерухомого майна дружині, чоловікові зі складу усього майна подружжя (ч.2. ст. 69 СК України); договір подружжя про надання утримання (ч.1. ст. 78 СК України); шлюбний договір (ст. 94 СК України); договір між подружжям про розмір аліментів на дитину (ч.2. ст. 109 СК України); договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини (ч.4 ст. 157 СК України); договір про припинення права на аліменти для дитини (абз. 2. ч. 1. ст. 190 СК України), та інші. Тому ті договори, які закріплені у Сімейному кодексі України укладаються саме у письмовій формі із нотаріальним посвідченням. Всі інші домовленості між учасниками сімейних відносин можуть одночасно іменуватися й договорами, укладеними в усній формі.

З приводу розмежування понять «домовленість» та «договір» у науці сімейного права існують спори між науковцями. Одна група вчених вважають, що не варто наголошувати на домовленості, адже договір це завжди домовленість двох осіб, і законодавчий підхід закріплений у ст.ст. 7, 9 Сімейного кодексу України не є вдалим і потребує певних змін. Їх опоненти сходяться на думці, що необхідно говорити як про договір, так і про домовленість, адже таке розмежування відділяє щоденні сімейні домовленості (які продукти харчування купити, що приготувати на вечерю, дозволити чи заборонити дитині відвідувати небезпечне видовище тощо) від небуденних, серйозних договорів, потреба укладення яких виникає не щодня [2]. Однак, так як законодавець не закріпив чіткого тлумачення поняття «домовленість», то й відповідно, буде проблематично з'ясувати які договори є «буденними», а які «серйозними». Тому ст. 7, 9 даного кодифікованого акту дещо «дисонує» із загальними положеннями договірного права. Так, О. М. Пономаренко, міркуючи про домовленості, зазначає, що «такі угоди не належать до сфери правового регулювання, вони перебувають за межами права» [3, с. 72]. Не підтримує ототожнення договору та домовленості й О. В. Михальнюк, а також

авторка доводить, що й тлумачити поняття договір не варто через термін домовленість, адже визначення сімейного договору через поняття «домовленості» сторін значно звужить сферу застосування введеного в законодавство нового інституту сімейного права до рівня врегулювання буденних справ. Більше того, такий підхід суперечить прямо закріпленим у СК України поіменованим договірним конструкціям, що спрямовані на регулювання далеко не буденних сімейних справ, а серйозних питань поділу майна подружжя, утримання подружжя, дітей, визначення місця проживання дитини тощо [4, с. 86].

Розмежує і водночас розтлумачує дані поняття В. М. Чернега, яка вважає, що сімейно-правовий договір резонно трактувати як поіменовану (визначену в законі) або непоіменовану (не визначену в законі, але таку, що корелюється з основними засадами сімейного законодавства та моральними засадами суспільства) згоду сторін, що зумовлює виникнення, зміну або припинення здебільшого майнових сімейних прав та обов'язків, але не допускає односторонню відмову від неї. А сутність сімейно-правової домовленості, на думку авторки, є згода сторін, що зумовлює виникнення, зміну або припинення особистих немайнових і майнових сімейних прав та обов'язків і може допускати односторонню відмову від неї [5, с. 103]. На думку М. Д. Пленюк домовленість і договір не слід ні протиставляти одне одному, ні ототожнювати з договором. Саме домовленість, якщо вона досягнута з дотриманням вимог, установлених законом, є підставою виникнення договірної зобов'язання, яка трансформується у договір. Відмінність домовленості від договору полягає і в тому що від домовленості будь яка сторона може відмовитися, оскільки відсутні будь-які гарантії виконання зобов'язання. Натомість відмовитися від договору за відсутності гарантій виконання навряд чи можливо. Законодавець, зазначаючи про домовленість учасників, мав на увазі одиничний акт, мета якого полягає у виникненні правових наслідків, що реалізовуватиметься у вигляді юридично спрямованої дії на встановлення, зміну та припинення прав та обов'язків [6, с. 105]. Однак, цікавою є думка С. І. Шимон, яка вважає, що домовленість і договір мають спільні риси (вияв ініціативи та взаємної волі учасників сімейних відносин), вони є юридичними діями, які можуть зумовити виникнення сімейних прав та обов'язків. У вузькому (конкретному) значенні домовленість, на думку авторки, існує виключно в усній формі й не має такої ж сталої правової гарантії, як договір, бо не може бути забезпечена силою державного примусу. Вона дійсна лише доти, доки її зміст бажаний для всіх учасників сімейного правовідношення і підтримується їхньою взаємною згодою [7]. Однак, ми вважаємо, що не варто надавати законодавцю такої важливості поняттю «домовленість», адже вона завжди є усною і жодних правових наслідків для сторін не спричиняє. Тому й не має змісту вести мову на законодавчому рівні про домовленості, які існують між сторонами. У законодавстві потрібно закріплювати виключно ті норми, які б регулювали ту чи іншу сферу відносин між їх учасниками.

Тому ми вважаємо, що поняття «домовленість» потрібно видалити із ч.2. ст.7 Сімейного кодексу України і подати її в наступній редакції: «Сімейні відносини можуть бути врегульовані за договором між їх учасниками».

Список використаних джерел

1. Сімейний кодекс: Закон України від 10.01.2002р. Дата оновлення: 01.12.2021, 1871-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>
2. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: наук.-практ. коментар. Київ. Правова єдність, 2009. 432 с.
3. Пономаренко О. М. Щодо визначення поняття сімейного договору. Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди «Право». Вип. 24. 2016. С. 64-72. URL: [file:///C:/Users/1040/Downloads/Процевский_24-064-072%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/1040/Downloads/Процевский_24-064-072%20(2).pdf)
4. Михальнюк О. В. Договори в сімейному праві України. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2013. № 10. С. 84-91. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2013_10_15file:///C:/Users/1040/Downloads/bmju_2013_10_15%20\(3\).pdf](http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2013_10_15file:///C:/Users/1040/Downloads/bmju_2013_10_15%20(3).pdf)
5. Чернега В. М. Сутність і систематика сімейно-правових домовленостей. Юридичний науковий електронний журнал. №1. 2021 С. 100-103. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2021/24.pdf
6. Пленюк М. Д. Договір як підстава виникнення зобов'язань: нотатки до наукової дискусії. Питання розвитку договірних відносин. С. 102-105. URL: file:///C:/Users/1040/Downloads/Prip_2016_15_27.pdf
7. Шимон С. Поняття і юридичне значення «домовленості» як волевиявлення суб'єктів цивільного права. URL: <http://pravoznavec.com.ua/period/article/14111/%D1#chapter>

ЗМІСТ

ТЕМАТИЧНИЙ НАПРЯМ «ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ»	3
Завальна Жанна Вікторівна <i>ДОГОВІРНІ ФОРМИ РЕГУЛЮВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН ПІД ЧАС ВІЙСЬКОВИХ КОНФЛІКТІВ.....</i>	<i>4</i>
Зозуляк Ольга Ігорівна <i>СУТНІСТЬ ДОГОВОРУ ЯК ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ</i>	<i>6</i>
Коструба Анатолій Володимирович <i>ФОРМУЛА ТЛУМАЧЕННЯ ЗМІСТУ ДОГОВОРУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ</i>	<i>8</i>
Харитонов Євген Олегович, Харитонova Олена Іванівна <i>ЗАСАДИ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УМОВАХ ВІЙНИ.....</i>	<i>11</i>
Шишка Роман Богданович <i>ОКРЕМІ ЗАУВАЖЕННЯ ЩОДО ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ</i>	<i>15</i>
Стефанишин Наталія Михайлівна <i>МОРАЛЬНІ ЗАСАДИ СУСПІЛЬСТВА ТА ДОГОВІР В СИСТЕМІ ПРАВОВИХ МЕХАНІЗМІВ РЕУЛЮВАННЯ ПРИВАТНО- ПРАВОВИХ ВІДНОСИН</i>	<i>17</i>
Вінтоняк Наталія Дмитрівна <i>ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ В УМОВАХ ВОЄНОГО СТАНУ</i>	<i>21</i>
Шишка Юлія Олександрівна <i>ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВОРУ ПРИ РЕСТРУКТУРИЗАЦІЇ БОРГУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ</i>	<i>24</i>
ТЕМАТИЧНИЙ НАПРЯМ «ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ДОГОВІРНИХ КОНСТРУКЦІЙ»	27
Беляневич Олена Анатоліївна <i>ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ КОНТРАКТНИХ ВІДНОСИН З ДОБРОВОЛЬЦЯМИ ДОБРОВОЛЬЧИХ ФОРМУВАНЬ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ.....</i>	<i>28</i>
Галянтич Микола Костянтинівич <i>ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРОМ НАДАННЯ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНИХ ПОСЛУГ</i>	<i>31</i>
Майданик Роман Андрійович <i>ФІДУЦІАРНИЙ ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ: МИНУЛЕ, СУЧАСНІСТЬ, МАЙБУТНЄ</i>	<i>35</i>
Миронова Галина Анатоліївна <i>ДОГОВІР ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ</i>	<i>48</i>

Кочин Володимир Володимирович	
<i>ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ, ПОВ'ЯЗАНІ З ПРОВАДЖЕННЯМ ВОЛОТЕРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ.....</i>	<i>52</i>
Олійник Оксана Степанівна	
<i>ІНСТИТУТ ЗАСТАВИ В РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ</i>	<i>55</i>
Зінич Любомир Васильович	
<i>ВИНАХОДИ У СФЕРІ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ ТА ОБОРОНИ ЯК ОБ'ЄКТ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ</i>	<i>59</i>
Башурин Наталя Ярославівна	
<i>БЕЗТІЛЕСНА РІЧ ЯК ПРЕДМЕТ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ.....</i>	<i>62</i>
Петечел Надія Михайлівна	
<i>АНАЛІЗ ОЗНАК ДОГОВОРУ МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ.....</i>	<i>65</i>
Федорончук Андрій Володимирович	
<i>ДЕЯКІ АСПЕКТИ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УСНІЙ ФОРМІ</i>	<i>67</i>
Запороженко Аркадій Віталійович	
<i>ДВОСТОРОННІЙ ІНВЕСТИЦІЙНИЙ ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ЗАСТОСУВАННЯ РОЗСУДУ МІЖНАРОДНИМ ІНВЕСТИЦІЙНИМ АРБІТРАЖЕМ.....</i>	<i>71</i>
ТЕМАТИЧНИЙ НАПРЯМ «ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА УЧАСТЮ СПОЖИВАЧІВ»	74
Гейнц Руслана Миколаївна	
<i>ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ.....</i>	<i>75</i>
Гришко Уляна Петрівна	
<i>ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ ЗА ДОГОВОРОМ УКЛАДЕНИМ НА ВІДСТАНІ.....</i>	<i>78</i>
ТЕМАТИЧНИЙ НАПРЯМ «КОНЦЕПЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ В ІНШИХ ГАЛУЗЯХ ПРАВА».....	81
Мироненко Ігор Віталійович	
<i>МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВОРУ ДЛЯ РЕГУЛЮВАННЯ СУСІДСЬКИХ ВІДНОСИН</i>	<i>82</i>
Логвінова Марія Володимирівна	
<i>ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНОВИХ ВІДНОСИН ПОДРУЖЖЯ І ЦИВІЛЬНИХ ПАРТНЕРІВ У ВЕЛИКОБРИТАНІЇ</i>	<i>84</i>
Схаб-Бучинська Тетяна Ярославівна	
<i>ДО ПИТАННЯ ПРО РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ «СІМЕЙНИЙ ДОГОВІР» ТА «СІМЕЙНО-ПРАВОВА ДОМОВЛЕНІСТЬ».....</i>	<i>90</i>

Наукове видання

ДОГОВІР ЯК УНІВЕРСАЛЬНА ФОРМА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Матеріали

Всеукраїнської науково-практичної онлайн-конференції
присвяченої до 30-річчя
Навчально-наукового юридичного інституту
(*м. Івано-Франківськ, 25 березня 2022 р.*)

В редакції авторів наукових статей

Комп'ютерна верстка: Ігор КОЗИЧ
Правка: Уляна ГРИШКО

Підписано до друку 10.04.22 Формат 60x84/16. Папір офсетний.
ум.друк.арк. 20,5 Наклад 100 прим. Зам. №14/20-21.

Віддруковано в навчально-науковому юридичному інституті ДВНЗ
«Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника» 76018,
м.Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а e-mail: lawdept@pu.if.ua