Національна академія наук України
Інститут держави і права імені В. М.Корецького

Відділ проблем цивільного,
трудового та підприємницького права

ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНІ ВІДНОСИНИ В АСПЕКТІ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції
(м. Київ 22 листопада 2021 року)

Київ
Інтерсервіс
2022

УДК 34
З-78

Рекомендовано до друку вченою радою Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України (Протокол № 4 від 5 травня 2022 р.)

З-78 Зобов'язальні відносини в аспекті рекодифікації Цивільного кодексу України: перспективи правового регулювання. Зб. наук. праць. Матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конф. (м. Київ, 22 листопада 2021 року). /за.заг.ред. О.В. Скрипнюка, Н.М. Пархоменко, А.Ю. Бабаскіна, М.В. Венецької, П.С. Демченка. Київ: Інтерсервіс, 2022 р., 98 с.

ISBN 978-966-999-248-2

У збірнику наукових праць представлені доповіді і повідомлення, подані на Всеукраїнську науково-практичну конференцію «Зобов'язальні відносини в аспекті рекодифікації цивільного кодексу України: перспективи правового регулювання» (м. Київ, 22 листопада 2021 року)

УДК 34

ISBN 978-966-999-248-2

© Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2022

The National Academy of Sciences of Ukraine
Koretsky Institute of State and Law

Department of Problems of the Civil,
Labour and Commercial Law

BINDING RELATIONS IN THE ASPECT OF THE REGULATIONOF THE CIVIL CODE OF UKRAINE: PROSPECTS OF THE LEGAL REGULATION

Materials of the All-Ukrainian scientific-practice conference
(Kyiv, November 22, 2021)

Kyiv
Interservice
2022

UDC 34
3-78

Recommended for print by the Academic Council
of the Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine
(Record № 4, May 5, 2022)

3-38 **Binding Relations in the Aspect of the Regulation of the Civil Code of Ukraine: Prospects of the Legal Regulation.** / Collection of Academic Works. Materials of the All-Ukrainian scientific-practice conference (Kyiv, November 22, 2021). Editorial board: O.V. Skrypniuk, N.M. Parkhomenko, A.Yi. Babaskin, M.V. Venetska, P.S. Demchenko. Kyiv: Interservice, 2022. 98 p.

ISBN 978-966-999-248-2

The edited volume features the presentation of papers submitted to the All-Ukrainian scientific-practice juridical conference "Binding Relations in the Aspect of the Regulation of the Civil Code of Ukraine: Prospects of the Legal Regulation" (Kyiv, November 22, 2021)

UDC 34

ISBN 978-966-999-248-2 © Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, 2022

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО

Положення Цивільного кодексу України (2003), присвячені правовому регулюванню зобов'язальних відносин, пройшли перевірку часом, практикою їх застосування (насамперед, судами, у т.ч. ЄСПЛ), та об'єктивною доктринальною оцінкою. На переконання цивілістів - науковців та практиків, чинний ЦК України об'єктивно є Кодексом, заснованим на продуманій та послідовній науковій концепції, істотних недоліків якої за часи дії ЦК України виявлено не було.

Інтереси стабільності цивільно-правового регулювання суспільних відносин у сфері цивільного обороту в Україні вимагають збереження ролі ЦК України як основного кодифікованого акту цивільного законодавства у системі цивільного законодавства України та дбайливого збереження на майбутнє більшої частини його норм. Разом з тим, з дати введення в дію ЦК України минув вже значний період часу, протягом якого в країні відбулися важливі економічні, соціальні та політичні перетворення в умовах євроінтеграції, які не отримали в ЦК України належного відображення, оскільки більшість змін, внесених до ЦК України за ці часи носила в цілому фрагментарний та ситуативний характер.

В той же час практика застосування норм ЦК України судами показала, що частина положень ЦК України, присвячених правовому регулюванню зобов'язальних відносин, потребує доповнення та деталізації, відсутність яких не може сама по собі бути заповнена судовим тлумаченням, від чого безпосередньо залежить якість правового регулювання зазначених правовідносин. Крім того розвиток сучасної ринкової економіки, зокрема, фінансових ринків потребує від національного законодавця адекватного рівня регулювання цивільних правовідносин, що вимагає оновлення цивільного законодавства України (його рекодифікації) з урахуванням потреб адаптації норм цивільного законодавства України до норм актів законодавства

Європейського співтовариства та його гармонізації з модельними правилами європейського приватного права (Принципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права, Проєкт Загальної системи координат 2009 р., Принципи європейського контрактного права, Принципи європейського деліктного права тощо). Вказаним і визначаються основні цілі та напрямки оновлення цивільного законодавства України.

Зобов‘язальне право в цілому, та договірне право зокрема, є тією підгалуззю цивільного права, яке регулює правові відносини між суб'єктами цивільних правовідносин практично у всіх сферах життя та господарювання, забезпечує унормування горизонтальних рівноправних зв‘язків суб‘єктів господарської діяльності на засадах розумності та справедливості, визначає межі здійснення цивільних прав учасниками товарного обороту, має на меті забнзпесчення добросовісного виконання своїх обов‘язків учасниками зобов‘язальних відносин.

В основу формування таких цілей та напрямків були покладені ідеї науковців та практиків щодо системного (а не фрагментарного) оновлення ЦК України. Саме це вбачається із змісту Концепції оновлення Цивільного кодексу України, підготовленого членами Робочої групи, утвореної постановою Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 р. № 650, та тих завдань, що були поставлені перед членами Робочої групи у п. 4 вказаної Постанови Уряду України. При цьому, як вказують члени Робочої групи, перелічені в Концепції оновлення Цивільного кодексу України пропозиції є предметом обговорення, за результатами якого члени Робочої групи розраховують на конструктивні ініціативи правничої спільноти.

Внаслідок вказаного в умовах триваючого процесу рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України зростає не тільки роль наукового середовища як розробника національної доктрини цивільного права, а й роль наукових конференцій, в ході яких відбувається обмін думками

науковців та практиків з приводу цілей та напрямків сучасного розвитку цивільного законодавства України.

В зв'язку із вищевказаним щиро вітаю учасників наукової конференції «Зобов'язальні відносини в аспекті рекодифікації Цивільного кодексу України перспективи правового регулювання» (22 листопада 2021р. – відділ проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України) та бажаю всім учасникам творчого натхнення та успіхів і досягнень на тернистій науковій ниві.

Завідувач відділу проблем цивільного,
трудового та підприємницького права
Інституту держави і права
імені В.М. Корецького НАН України
д.ю.н., ст. н. с. ***А.Ю. Бабаскін***

А.Ю. Бабаскін
(м. Київ)

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПЛАТІЖНОГО РАХУНКУ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Закон України «Про платіжні послуги» від 30 червня 2021 р. № 1591-IX (надалі – Закон), що набув чинності 1 липня 2021р., буде введений в дію з 01 серпня 2022р. [1] Із введенням Закону у дію в Україні відбудеться розширення кола фінансових платіжних послуг та кола їх надавачів. При цьому, згідно з перехідними та прикінцевими положеннями Закону в ЦК України буде запроваджена конструкція договору платіжного рахунку (пар. 3 гл. 72 ЦК України). Враховуючи місце розташування пар. 3 гл. 72 ЦК України у структурі Кодексу, та норми ч. 3 ст. 1076-9 ЦК України, які передбачають субсидіарне застосування до відносин сторін у зв'язку з відкриттям, обслуговуванням та закриттям платіжного рахунку положень пар. 1 гл. 72 ЦК України, можна дійти висновку, що договір платіжного рахунку є видом договору банківського рахунку, які співвідносяться як вид та рід. Цей договір є договором про надання платіжних послуг, який укладається між надавачем платіжних послуг та користувачем відповідно до вимог законодавства, на узгоджених сторонами умовах в письмовій формі (паперовій або електронній), у т.ч. шляхом приєднання користувача до договору, розміщеного у доступному для клієнта місці у надавача платіжних послуг та на його веб-сайті в мережі Інтернет (ч. 2 ст. 29 Закону) [1]. Він є також правовою підставою для відкриття небанківським надавачем платіжних послуг користувачу платіжних послуг платіжного рахунку, який використовується останнім виключно для цілей виконання платіжних операцій відповідно до умов договору та вимог законодавства. Зазначимо, що підхід національного законодавця в цьому питанні суттєво не відрізняється від легальної дефініції поняття «платіжний рахунок», що наведена у Директиві (ЄС) 2015/2366 Європейського парламенту та Ради від 25.11.2015 про платіжні послуги на

внутрішньому ринку, та про внесення змін до Директив 2002/65/ЄС, 2009/110/ЄС і 2013/36/ЄС та Регламент (ЄС) № 1093/2010, яка скасовує Директиву 2007/64/ЄС. Остання визначає платіжний рахунок як «рахунок, що відкритий на ім'я одного або декількох користувачів платіжних послуг для виконання платіжних операцій» (п. 12 ч. 1 ст. 4) [2].

Характеризуючи договір платіжного рахунку слід зазначити таке.

Такий договір характеризується, перш за все, особливістю суб'єктного складу сторін. Якщо стороною договору банківського рахунку з боку надавача фінансових послуг є банк (ч. 1 ст. 1066 ЦК України) [3], за договором платіжного рахунку такою стороною є виключно небанківський надавач платіжних послуг. Легальне визначення вказаного поняття наведено в Законі лише через таку ознаку, як його відмінність від банку за допомогою відсильної норми, яка відсилає до норм, що визначають перелік таких юридичних осіб (п. 40 ч. 1 ст. 1 Закону). Відповідно з цим певна деталізація вказаного поняття надається законодавцем шляхом віднесення до нього низки надавачів платіжних послуг, перелічених у п.п. 2-7 ч. 1 ст. 10 Закону (платіжні установи (у тому числі малі платіжні установи); філії іноземних платіжних установ; установи електронних грошей; фінансові установи, що мають право на надання платіжних послуг; оператори поштового зв'язку; надавачі нефінансових платіжних послуг) [1].

З огляду на вказане та з урахуванням норм ч. 1 ст. 5, ч. 2 ст. 63 Закону, можна дійти висновку, що право надавати платіжні послуги на підставі договору платіжного рахунку мають лише небанківські надавачі платіжних послуг, які отримали ліцензію НБУ на надання фінансових послуг, перелічених у пп.1 – 3 ч. 1 ст. 5 Закону.

Однак не всі із перелічених у п.п. 2-7 ч. 1 ст. 10 Закону небанківських надавачів платіжних послуг можуть отримати відповідну ліцензію та бути стороною договору платіжного рахунку. Вказане зумовлено тим, що в силу Закону платіжні установи (у т.ч. малі платіжні установи), оператори поштового зв'язку, установи електронних грошей, акредитовані філії

іноземної платіжної установи мають право надавати платіжні послуги, пов'язані із відкриттям, веденням платіжного рахунку (зарахування коштів, видача коштів з рахунку готівкою, виконання інших платіжних операцій, закриттям платіжного рахунку), які має право здійснювати небанківський надавач платіжних послуг згідно з отриманою ним ліцензією на надання платіжних послуг (ч.ч. 5, 8 ст. 10 Закону) [1]. На відміну від цього «інші фінансові установи», що діють на підставі ліцензії на провадження діяльності з надання фінансових послуг у випадках, визначених Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та законами з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг, мають право надавати лише послугу переказу коштів без відкриття рахунків та послугу з еквайрингу (ч. 6 ст. 10 Закону) [1]. Внаслідок цього вони не можуть виступати надавачем платіжних послуг за договором платіжного рахунку. Не можуть виступати таким надавачем і «надавачі нефінансових платіжних послуг», оскільки на відміну від цього платіжні послуги віднесені Законом до фінансових послуг (п. 8 ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг») [4].

Що ж до особи користувача платіжних послуг, то згідно з п. 28 ч. 1 ст. 1 Закону такою особою може бути фізична або юридична особа, яка отримує чи має намір отримати платіжну послугу як платник або отримувач (або обидва одночасно) [1]. При цьому конкретний перелік таких користувачів визначається Законом, який відносить до нього: резидентів України, у числі яких: юридичні особи з місцезнаходженням на території України, які провадять діяльність відповідно до законодавства України; їх відокремлені підрозділи; відокремлені підрозділи юридичних осіб - нерезидентів, які здійснюють підприємницьку діяльність на території України від імені юридичної особи – нерезидента; фізичні особи - підприємці, фізичні особи, а також нерезиденти України - фізичні особи (пп. 2, 3 ч. 1 ст. 64 Закону) [1]. Відтак, на відміну від договору банківського рахунку, на підставі якого банком може бути відкритий поточний рахунок юридичній особі -

нерезиденту (ч. 3 ст. 4 Закону України «Про валюту і валютні операції» [5], п. 28 Положення про заходи захисту та визначення порядку здійснення окремих операцій в іноземній валюті, затвердженого постановою Правління НБУ від 02 січня 2019 р. № 5) [6], можливість відкриття платіжного рахунку юридичним особам – нерезидентам, які не мають відокремленого підрозділу, що здійснює підприємницьку діяльність на території України від імені юридичної особи – нерезидента, Законом не передбачена.

Серед інших відмінностей договору платіжного рахунку від договору банківського рахунку, зокрема, слід зазначити такі: а) час знаходження коштів на платіжному рахунку користувача обмежений законом лише часом, необхідним для виконання конкретної платіжної операції; б) нарахування процентів на залишок коштів на платіжному рахунку користувача імперативно заборонено законом; в) кошти, що отримані від користувачів для цілей виконання платіжних операцій на платіжному рахунку, не можуть використовуватись небанківськими надавачами платіжних послуг для здійснення кредитних операцій або бути предметом приватного обтяження; г) користувачі платіжних послуг не набувають правового статусу вкладника, а їх кошти на платіжному рахунку - статусу вкладу у розумінні ст. 2 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», внаслідок чого користувачі не мають гарантій, встановлених ст. 26 зазначеного Закону [7]. На відміну від вказаного Закон лише надає небанківським надавачам платіжних послуг право забезпечувати збереження коштів користувачів шляхом страхування власної відповідальності на випадок неможливості виконання фінансових зобов’язань перед користувачами, або забезпечувати такі кошти банківською гарантією на умовах, що дадуть змогу користувачам отримати від страхової компанії або банку-гаранта відшкодування в розмірі, еквівалентному сумі фінансових зобов’язань (ч. 3 ст. 20 Закону) [1].

Список використаних джерел

1. Про платіжні послуги: Закон України від 30.06.2021 р №1591- IX URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1591-20#Text. (дата звернення: 13.10.2021р.)
2. Директива (ЄС) 2015/2366 Європейського парламенту та Ради від 25.11.2015 про платіжні послуги на внутрішньому ринку, та про внесення змін до Директив 2002/65/ЄС, 2009/110/ЄС та 2013/36/ЄС і Регламент (ЄС) № 1093/2010, та про скасування Директиви 2007/64/ЄС. URL. https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/55-GOEEI/es-20152366.pdf (дата звернення: 13.10.2021 р.)
3. Цивільний Кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435- IV (із змін. та доп. станом на 01.01.2022 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення:15.02.2022 р.)
4. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 р. № 2664-III (із змін. та доп. станом на 11.02.2022 р.) URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text. (дата звернення: 15.02.2021р.)
5. Про валюту і валютні операції: Закон України від 21.06.2018 р. № 2473-VIII (із змін. та доп. станом на 22.11.2021 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2473-19#Text. (дата звернення: 15.02.2022р.)
6. Офіційний вісник України. 2019 р. № 14. стор. 52. стаття 511. код акта 93390/2019.
7. Про систему гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 23.02.2012 р. № 4452-VI (із змін. та доп. станом на 05.08.2021 р.) URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4452-17#Text (дата звернення: 13.10.2021 р.)

А.В. Коструба
(Івано-Франківськ)

ФОРМУЛА ТЛУМАЧЕННЯ ЗМІСТУ ДОГОВОРУ: ПРИВАТНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

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 XX століття Є. М. Трубецкой стверджував, що для застосування права недостатньо упевнитися в існуванні юридичної норми – потрібно встановити точний зміст тієї норми, яку потрібно застосувати [1].

Однак синергетичний контекст побудови правової системи сучасного світу, фактор його самоорганізованості свідчить про зміну парадигми сприйняття норми права як базового елементу 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 має обмежені рамки нормативного регулювання. Переважним, в такому випадку, виступає каузально-правове (індивідуальне) регулювання, під яким, на думку Міннікеса І. А., 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 [2, с. 21]. 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 договір (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 невипадково, адже норма права є загально обов'язковою, що виключає будь-яку суб'єктивність як в процесі її формуванні, так і в процесі сприйнятті 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. При цьому, волевиявлення сторони договору має відповідати його внутрішній волі та бути спрямованим на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним. В такому разі інтерпретація змісту договору виключає будь-яке об'єктивне сприйняття його змісту. Тлумачення змісту договору є суб'єктивованим, передбачає встановлення дійсного волевиявлення його сторін. При інтерпретації його змісту, основна ідея полягає в проведені 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, Л. К. Веретельник підкреслює, що 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 [3, с. 281; 4, с. 22].

Звідси, як вказує В. Я. Ященко, 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 випливає 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 сторінтоб'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 [5, с. 112].

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 за формулою 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 у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 12 травня 2021 року у справі № 310/9140/19

[6] 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)*. Є. В. Васьковський зазначає на те, що 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 [7, с. 291-292]. Прикладом застосування формули може стати 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, a fortiori, а також формула еквівалентності зустрічного задоволення, що потребує свого комплексного застосування.

Список використаних джерел

1. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. СПб.: Юридический институт, 1998. 183 с;

2. Минникес И. А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ). Автореф. дисс. доктора юрид наук. 12.00.01., ГОУ ВПО «Уральская государственная юридическая академия», Екатеринбург 2009, - 54 с;

3. Веретельник Л.К. Тлумачення цивільно-правового договору / Л.К. Веретельник // *Вісник ХНУВС*. – 2011. – № 1 (52). – С. 279-289;

4. Давидова І. В. До питання про засади тлумачення змісту господарського договору/ І.В. Давидова // *Часопис цивілістики*. –2016. - №23. - с. 22 - 25;

5. Ященко В. А. Принципи та правила тлумачення договору/ В.А. Ященко // *Науковий вісник Львівського національного університету внутрішніх справ*. Серія юридична. – 2017. - №1. - с. 110 – 119$

6. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 12 травня 2021 року по справі № 310/9140/19 URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96933190 (дата звернення:05.10.2021 р.)

7. Васьковський Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и приминении гражданских законов. – М.: АО «ЦентрЮрИнформР», 2002. – 508 с.

М.В. Венецька
(м.Київ)

ПРОБЛЕМИ ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ ГАРАНТІЇ ЯК СПОСОБУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ‘ЯЗАНЬ

В силу приписів статті 560 Цивільного кодексу України (ЦК) третьою особою, яка відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником є гарант. Так, згідно з положеннями статті 569 ЦК гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторові, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником. У науковій літературі висловлювалась точка зору про те, що суброгація є окремим випадком регресу, водночас різниця між суброгацію і регресом, на наш погляд, полягає в тому, що право регресу виникає як таке в момент задоволення вимог кредитора особою, яка не є заподіювачем шкоди, і має місце новація, оскільки виникли нові права зворотньої вимоги, у той же час у разі суброгації права особи, що задовольнила вимоги кредитора, не є новими правами, це є права кредитора, що перейшли до нього, у зв'язку з чим суброгація є випадком заміни осіб у зобов'язанні.

Слід визнати, що останнім часом гарантія як спосіб забезпечення виконання зобов‘язань отримала досить широке застосування, особливо, з огляду на вимогу їх надання в процедурах здійснення публічних закупівель. Правове регулювання гарантії чинним ЦК істотно відрізняється від її унормування ЦК УРСР, яке мало більшою мірою характер різновиду поруки.

Формулювання частини 1 статті 560 ЦК, згідно з якою за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку навіть дало окремим науковцям підстави для висновку про те, що гарантією може бути забезпечено будь-яке зобов‘язання, у тому числі і не грошове [1, с. 68], хоча гарантом може бути лише фінансова установа, і, відповідно до статті 563 ЦК у разі порушення боржником зобов'язання,

забезпеченого гарантією, гарант зобов'язаний сплатити кредиторові саме і лише грошову суму відповідно до умов гарантії. Подальше уточнення цитованого твердження про те, що «відповідальність гаранта перед кредитором носить виключно грошовий характер» не додає розуміння значення і сенсу гарантії, оскільки, по-перше, гарант не несе відповідальності перед кредитором, а виконує свої зобов‘язання за гарантією: і, по-друге, не є зрозумілим, яким чином негрошове зобов‘язання «носить грошовий характер».

Гарант як фінансова установа не може гарантувати виконання обов‘язку в натурі (передачу речі, виконання робіт, надання послуг); він може гарантувати лише виконання обов‘язку з відшкодування спричиненої шкоди, виплати штрафних санкцій тощо, тобто лише у тому разі, коли негрошове зобов‘язання з підстав неналежного виконання трансформувалось у зобов‘язання з відшкодування завданих таким невиконанням збитків, які власне і є грошовим виразом спричиненої шкоди, що, однак, зовсім не означає, що гарантією може забезпечуватись негрошове зобов‘язання.

Доречним також видається звернути увагу на наявну господарську практику, коли кредитор, який отримав грошове виконання від гаранта, посилаючись на абстрактний характер гарантії і її незалежність від основного зобов‘язання, звертається потім в суд з позовом про отримання того ж самого відшкодування від боржника.

Більше того, окремими судовими актами гарантія ототожнюється із штрафними санкціями. Так, у мотивувальній частині рішення Господарського суду м. Києва від 02.02.2018 року у справі № 910/21641/17 [2] зроблено висновок про те, «…. що враховуючи правову природу гарантії (її автономність та відсутність залежності від обставин припинення основного зобов'язання, про що зокрема свідчать також положення ч. 3 ст. 565 та ст. 568 ЦКУ) та характер основного зобов'язання, яке забезпечене гарантією (негрошове зобов'язання) - виплата гарантом суми, на яку видано гарантію, жодним чином не може зараховуватись в рахунок виконання основного

зобов'язання та відповідно впливати на його чинність/припинення… Таким чином, гарантія, по суті, носить штрафний характер (як форма забезпечення виконання зобов'язання) та передбачає для боржника можливі додаткові майнові втрати у випадку невиконання/неналежного виконання ним зобов'язань, передбачених основним договором, яка полягає у тому, що гарант в межах суми, сплаченої ним за гарантією, набуває прав зворотної вимоги (регресу) до боржника».

Дійсно, відповідно до приписів статті 562 ЦК зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання, тобто, на відміну від інших видів забезпечення виконання зобов‘язання, гарантія має автономний, самостійний, абстрактний характер. Слід підкреслити, що абстрактність зобов‘язання (англ. Abstract obligation) означає лише те, що таке зобов'язання укладається шляхом відповіді боржника на питання кредитора без вказівки на підставу такого зобов'язання. У римському праві сучасному поняттю абстрактного зобов‘язання відповідало поняття «стипуляція» (вербальний договір). В даний час під абстрактним зобов‘язанням розуміється договірне одностороннє зобов'язання, в силу якого боржник зобов'язується виконати дію, що становить зміст цього зобов'язання; боржник за абстрактним зобов‘язанням вправі робити тільки такі заперечення проти пропонованих до нього вимог, які випливають із самого змісту зобов'язання, але не має права оскаржувати основне зобов‘язання.

Відтак, окрім того, що неустойка (у тому числі – штрафна) є окремим способом забезпечення, виконання гарантом зобов‘язання боржника перед кредитором не може тлумачитись інакше, ніж виконання такого зобов‘язання третьою особою, яка набуває у результаті такого виконання права регресу до боржника, а повторне стягнення такого виконання з боржника має розглядатись як безпідставне збагачення.

Видається цілком обґрунтованим пропонувати внести уточнення до статті 560 ЦК стосовно того, що гарантією може забезпечуватись лише грошове зобов‘язання.

Список використаних джерел

1. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / ред. О. В. Дзера [та ін.]. - 2-ге вид., перероб. і допов. - К. : Юрінком Інтер, 2006 – Т.2. 1087 с.
2. Рішення Господарського Суду м. Києва по справі №910/21641/17 від 02.02.2018 URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/72148606 (дата звернення: 01.10.2021р.)

І.Ф. Севрюкова
(м. Київ)

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРИНЦИПУ ГЛАСНОСТІ (ПУБЛІЧНОСТІ) ІПОТЕКИ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Принципи іпотеки належать до основних категорійних понять цього складного юридичного та соціального явища, складають його базис та потребують додаткового детального вивчення та аналізу не зважаючи на той факт, що неодноразово були предметом досліджень.

Принципи іпотеки достатньо обгрунтовано представлені, зокрема, у працях І.І. Пучковської. Автор, виокремлює наступні принципи іпотеки: спеціальності, обов'язковості, гласності (публічності), достовірності, безповоротності та старшинства.

Разом з тим, принцип гласності (публічності) представлено в іпотечному законодавстві надто суперечливо і потребує особливої уваги. Як підкреслює І.І. Пучковська, принцип гласності (публічності) закріплений у правилах про доступність іпотечних книг всім зацікавленим особам для ознайомлення з її змістом. З книги зацікавлена особа може довідатися не тільки про економічні (технічні) характеристики нерухомості, але і права інших осіб на нерухомість – право оренди, застави, сервітуту і т.п [1, с.37].

Суттєве значення принципу гласності (публічності) для учасників майнового обороту складно переоцінити. Деякі вчені неодноразово детально зупинялися на правовій природі та характерних ознаках цього принципу.

Зокрема, О.О. Нігреєва підкреслює, що публічність, гласність іпотеки, як правило, гарантується щодо заставленого майна її реєстрацією у відповідних відкритих для широкого загалу реєстрах. За відсутністю такої реєстрації втрачається самий сенс встановлення іпотеки. Позбавлена публічності іпотека не здатна гарантувати інтереси будь-яких третіх осіб, які можуть бути зацікавлені у заставленому майні, бо не дає їм можливості отримати вичерпну інформацію щодо його юридичного стану [2, с.279-281] .

Слід підкреслити, що принципи іпотеки встановлені, насамперед, з метою чіткої характеристики такого обтяження права власності, яким є іпотека і захисту права власності від неправомірного обтяження.

Втім, зміст принципу гласності (публічності) іпотеки у відповідних нормах сучасного українського цивільного законодавства, спрямованого на регулювання іпотечних відносин на засадах добросовісності, розумності та справедливості, сформульовано, на нашу думку, не зовсім коректно.

У частині першій статті 23 Закону України «Про іпотеку» від 05. 06. 2003 р. № 898-IV встановлено, що «у разі переходу права власності (права господарського відання) на предмет іпотеки від іпотекодавця до іншої особи, у тому числі в порядку спадкування чи правонаступництва, іпотека є дійсною для набувача відповідного нерухомого майна, навіть у тому випадку, якщо до його відома не доведена інформація про обтяження майна іпотекою». При цьому, у Законі зазначається, що вказані положення «визнано такими, що відповідають Конституції України (є конституційними), згідно з Рішенням Конституційного Суду № 8-р/2020 від 14.07.2020».

Втім, у вищезазначеному Рішенні Конституційного суду наводиться аргумент, що «набувач предмета іпотеки не позбавлений можливості отримувати інформацію про обтяження майна іпотекою самостійно або за допомогою третіх осіб та здатний виявити розумну обачність, щоб убезпечити себе від негативних наслідків, пов’язаних із набуттям статусу іпотекодавця, у тому числі і тих, що можуть настати у разі невиконання основного зобов’язання. Хоча обтяження майна іпотекою і впливає на можливість реалізації набувачем іпотечного майна свого конституційного права власності через обмежену правомочність розпоряджатися предметом іпотеки, втручання у таке право є мінімальним та спрямоване на врахування інтересів усіх суб’єктів вказаних правовідносин» [3].

Вказане твердження, на нашу думку є не зовсім правильним.

Набувач майна може отримати помилкову інформацію, а може також отримати інформацію про відсутність іпотеки внаслідок визнання договору

іпотеки недійсним судом першої інстанції та повернення іпотечного обтяження на підставі рішення апеляційної інстанції тощо. Таким чином, набувач майна, який отримав інформацію про відсутність іпотеки, буде нести всі негативні наслідки, пов'язані з обтяженням його майна вказаним видом застави.

Частина перша статті 23 Закону України «Про іпотеку» від 5.06. 2003 року № 898-IV порушує не лише принцип гласності (публічності) іпотеки, а і принцип достовірності іпотеки.

І.І. Пучковська, звертаючи увагу на сутність принципу достовірності, зазначала: «принцип достовірності забезпечується тим, що установи, які ведуть іпотечні книги (суди, іпотечні установи), повинні в кожному конкретному випадку перевіряти законність акта, що встановлює майнові права на нерухомість» [1, с.68]. Дійсно, держава гарантує достовірність відомостей про обтяження майна іпотекою будь-якій особі, зацікавленій у придбанні майна у власність. Власнику гарантується державою право власності без обтяження іпотекою, якщо запис про таке обтяження відсутній у відповідних державних реєстрах.

У зв'язку з цим слід погодитись із точкою зору М.В. Андріанова, який наголошує на тому, що державою гарантується відкритість забезпечувальних прав (обтяжень). Публічність речового забезпечення реалізується шляхом реєстрації забезпечувальних угод у спеціальних реєстрах [4, с. 18].

Державна реєстрація виконує найважливішу функцію у формуванні іпотечних правовідносин, які виникають з моменту її вчинення про що чітко зазначено у законі.

У ч.2 статті 3 Закону України «Про іпотеку» від 5.06. 2003 року № 898-IV зазначено, що взаємні права і обов'язки іпотекодавця та іпотекодержателя виникають з моменту державної реєстрації іпотеки відповідно до закону.

Разом з тим, правознавці звертають увагу на деякі проблеми системи реєстрації в Україні. «Однією з найбільш суттєвих та наболілих є проблема «наповнення» реєстрів, у тому числі «переміщення» інформації з попередніх

реєстрів... Незважаючи на те, що в останні роки прийнято цілий ряд нормативно-правових актів, загальна система реєстрації не працює як єдиний механізм» [5].

З метою встановлення більш чіткої змістовної характеристики принципу гласності (публічності) іпотеки пропонуємо наступне уточнення частини першої статті 23 Закону України «Про іпотеку» від 05. 06. 2003 р. № 898-IV: «у разі переходу права власності (права господарського відання) на предмет іпотеки від іпотекодавця до іншої особи, у тому числі в порядку спадкування чи правонаступництва, іпотека не є дійсною для набувача відповідного нерухомого майна у тому випадку, якщо він отримав інформацію про відсутність обтяження майна іпотекою».

Відтак, можна зробити висновок, що зміст законодавчих положень стосовно деяких основних принципів іпотечних правовідносин потребує зміни та доопрацювання.

Список використаних джерел

1. Пучковская И.И. Ипотека: залог недвижимости / И. Пучковская. – Харьков: Консум, 1997. – 138 с.

2. Нігреєва О.О. Щодо публічності як необхідної ознаки іпотеки. Актуальні питання реформування правової системи України : Зб. наук. ст. за матеріалами V Міжнар. наук.-практ. конф. , м. Луцьк, 30-31 трав. 2008 р.. - Луцьк:Волин. обл. друкарня, 2008.- С. 279-281

3. Рішення Конституційного Суду України по справі № 3-67/2019 (1457/19) (справа за конституційною скаргою Дерменжи Андрія Вікторовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 23 Закону України «Про Іпотеку») №8-рп/2020 від 14.07.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-20#n58 (дата звернення:07.10.2021 р.)

4. Андріанов М.В. Засоби та правовий режим забезпечення кредитних зобов’язань. автореф….дис. на здоб. наук.ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ,2006, 20 с.

5. Кот А., Буртовой А. Госрегистрация вещных прав на недвижимое имущество и их обременений: новый порядок.// Архів журналу «Commercial Property». URL https://commercialproperty.ua/cp-articles/gosregistratsiya-veshchnykh-prav-na-nedvizhimoe-ushchestvo-i-ikh-obremeneniy-novyy-poryadok/ (дата звернення:07.10.2021 р.)

О.П. Волошинович
(Київ)

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВАМИ КРЕДИТОРА ПРИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПОЗАСУДОВЕ ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Починаючи з кризи 2008 року, банківські установи в Україні зіштовхнулись з необхідністю реалізаціїї їхніх прав як іпотекодержателів. Чинний Закон України «Про іпотеку» прийнятий у 2003 році, з подальшими змінами, містить дві основні можливості задоволення вимог іпотекодержателя за рахунок іпотечного майна: позасудове звернення стягнення на майно і, власне, судове. Враховуючи, що предметом аналізу є саме позасудовий спосіб звернення стягнення на майно, коротко зупинимось на судовому способі звернення стягнення та причинах різкого зросту популярності застосування саме позасудового способу.

Так, судовий спосіб закріплений у ст. 39 Закону України «Про іпотеку» передбачає реалізацію предмета іпотеки у чітко визначений судом спосіб. Водночас, внаслідок прийняття Великою Палатою Верховного Суду Постанови від 21 березня 2018 року у справі №760/14438/15-ц було сформульовані висновки, які полягали в тому, що з урахуванням вимог статей 328, 335, 392 ЦК України у контексті статей 36, 37 Закону України «Про іпотеку» суди не наділені повноваженнями звертати стягнення на предмет іпотеки шляхом визнання права власності на нього за іпотекодержателем. Таким чином, іпотекодержателі опинились в ситуації, коли чи не єдиним «законним» шляхом судового звернення стягнення на предмет іпотеки є його продаж з прилюдних торгів. В часовій перспективі це означає від шести місяців до півтора року судового провадження та три – чотири місця процедури примусового продажу. Натомість позасудове звернення стягнення можна реалізувати приблизно за 60-90 днів. Внаслідок

цього іпотекодержателями активно використовується позасудовий спосіб звернення стягнення на предмет іпотеки.

Крім того, слід зазначити, що «проблемні активи» які є предметом звернення стягнення, як правило, попередньо передаються дочірнім фінансовим компаніям, які не мають ризиків репутаційних втрат банку, а також більш гнучкі в ціновій політиці, оскільки відповідні активи придбаваються ними зі значним дисконтом. Причому, набуття права власності на предмет іпотеки не залежить від наявності чи відсутності судового спору, позовної давності та будь-якої змагальної процедури. Більше того, перелік документів, які на підставі п. 61 «Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25.12.2015 р. №1127, подаються для державної реєстрації права власності на майно не є обтяжливим чи складним. Внаслідок доповнення норми ч. 4 ст. 24 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», починаючи з 2018 року наявність обтяжень не може бути перешкодою для реєстрації права власності за фінансовими установами. Фактично єдиним способом перешкодити такій реєстрації є ухвала суду про забезпечення позову шляхом заборони проведення реєстраційних дій.

Разом з тим, для надання оцінки відповідних дій необхідно визначити, як розуміється добросовісність в сучасній правозастосовчій практиці.

Відповідно до Постанови Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 16 травня 2018 року у справі №449/1154/14 (провадження № 61-1137св18) добросовісність (пункт 6 статті 3 ЦК) - це певний стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення.

Відповідно до вже згаданого «Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» документи, які подаються на державну реєстрацію, фактично обмежуються підтвердженням надсилання

повідомлення іпотекодавця та довідкою іпотекодержателя, що містить відомості про суму боргу за основним зобов'язанням та відомості про вартість предмета іпотеки, визначену суб'єктом оціночної діяльності.

Таким чином, позасудове звернення стягнення залежить виключно від волі іпотекодержателя та державного реєстратора і після проведення реєстрації права власності на предмет іпотеки за іпотекодержателем, іпотекодавець опиняється в ситуації коли він повинен доводити незаконність такої реєстрації, потрапляє в конфлікт з приводу силового (і як правило протиправного) виселення з предмету іпотеки та, в силу тривалості і складності справи, часто не може ефективно захистити свої права. Про актуальність проблеми свідчить і те, що, з, орієнтовно, 300-400 скарг, які щомісяця розглядає Колегія з розгляду скарг у сфері державної реєстрації Міністерства Юстиції України, третину складають скарги на державну реєстрацію права власності на підставі ст. 37 Закону України «Про іпотеку».

Загалом, на практиці позасудове звернення стягнення проводиться наступним чином:

- укладається договір уступки прав вимоги за кредитним договором та договором іпотеки з фінансовою компанією;
- іпотекодержатель надсилає іпотекодержателя повідомленння про позасудове звернення стягнення на предмет іпотеки. На цьому етапі належність адреси не перевіряється і як правило, правонаступники банку використовують інформації, щодо реєстрації місця проживання, яка є неактуальною або проводяться маніпуляції з поштовими документами – описами і т.д., що виключає належне повідомлення іпотекодавця;
- проводиться реєстрація права власності за іпотекодержателем. На цьому етапі приватні нотаріуси, які здійснюють таку реєстрацію, часто не критично підходять до документів які подаються іпотекодержателем, не перевіряють наявність судових спорів, належності повідомлення іпотекодавця, правильності обрахування суми боргу і т.д.;

- після реєстрації права власності, часто, предмет іпотеки повторно відчужується, для створення добросовісності набувача і повторно обтяжується для унеможливлення повернення іпотекодавця в попередній стан;
- наступним етапом є виселення іпотекодавця з займаного ним нерухомого майна і часто саме на цьому етапі іпотекодавцеь дізнається про відчуження належного йому майна та розпочинає активний захист своїх прав.

Таким чином, при позасудовому зверненні на предмет іпотеки, очевидним є дисбаланс між правами та можливостями іпотекодержателя та іплотекодавця, що не відповідає принципу добросовісності, визначеному п. 6 ст.3 Цивільного Кодексу України та наведеними вище висновкам Верховного Суду. Більше того, на нашу думку, діючий на сьогодні механізм позасудового звернення стягнення на майно стимулює вчинення правовпорушень у сфері державної реєстрації, а також часто має наслідком свавільне порушення передбаченого ст. 41 Конституції України, відповідно до якої ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності, право приватної власності є непорушним.

Висновки:

Існуючий на сьогодні порядок позасудового звернення стягнення на предмет іпотеки, потребує негайних змін шляхом викладення ст. 24 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», ст.ст.36, 37 Закону України «Про іпотеку» та п.61 Порядку «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», в нових редакціях, які повинні передбачити:

- безумовний обов‘язок іпотекодержателя щодо належного повідомлення іпотекодавця;
- відмову у державній реєстрації права власності в разі наявності судового спору за позовом іпотекодержателя, предметом якого є звернення стягнення на предмет іпотеки;

- підвищення відповідальності іпотекодержателя за надання неправдивої або спотвореної інформації, щодо суми боргу за договором кредиту (позики) або якщо така сума боргу є спірною;
- відмову у державній реєстрації права власності в разі наявності обтяжень нерухомого майна, зокрема арешту, а також суперечності між наявними обтяженнями;
- права іпотекодавця подати мотивовані заперечення державному реєстратору, щодо реєстрації права власності за іпотекодержателем, в межах позасудової процедури звернення стягнення на предмет іпотеки;
- поширення позовної давності або встановлення присічного строку, щодо реалізації іпотекодержателем права на позасудове звернення стягнення на предмет іпотеки.

Окремо слід зазначити про доцільність внесення змін до чинних процесуальних кодексів для запобігання конфліктів адмінстративної та загальної юрисдикції при вирішення даної категорії спорів.

Список використаних джерел

1. Р.Посікіра, М.Босяк. «Іпотека 2021: Правові висновки». Західно-український консалтинг центр, 2021 р. 188 с.
2. А.Дацьків «Іпотечні турботи. Звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору». *Юридична газета* (№25-26 (679-680) від 24.09.2019 року.
3. Архів рішень, прийняти за результатами розгляду скарг у сфері державної реєстрації (2016 – 2021 рр.)/ Міністерство юстиції України. URL:https://minjust.gov.ua/m/arhiv-rishen-priynyatih-za-rezultatami-rozglyadu-skarg-u-sferi-derjavnoi-reestratsii (дата звернення:13.10.2021 р.)
4. Судова практика Верховного Суду в іпотечних спорах. Узагальнення від 07 серпня 2020 року./Верховний Суд. URL:

https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/ipotechni_spori_Krat.pdf (дата звернення:13.10.2021 р.)

5. Про іпотеку: Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV (із змін. Та доп. станом на 10.12.2021 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#Text (дата звернення:13.10.2021 р.)

6. Цивільний Кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435- IV (із змін. та доп. станом на 01.01.2022 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення:15.02.2022 р.)

О.М. Молявко
(м. Київ)

СПЕЦІАЛЬНІ ПРАВИЛА УКЛАДАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ НЕРУХОМОГО МАЙНА

Договір оренди нерухомого майна – один із найбільше вживаних інститутів цивільного права, що затососвується у повсякденній господарській роботі юридичної особи. Тому питання застосування норм права, що регулюють цей інститут цікавлять усю практикуючу спільноту.

На даний час судова практика визначилася з позицією щодо моменту розірвання договору. У Постанові Верховного суду від 26.02.2020 року у справі № 910/4391/19 визначено, що договір є розірваним із моменту отримання орендарем повідомлення, оскільки відмова від договору найму є одностороннім правочином [1].

Така позиція суду є кроком вперед, тому що захищає орендодавця у ситуації недобросовісної поведінки орендаря, який не сплачує орендну плату. Тепер орендодавець не залежить від підписання орендарем додаткової угоди чи її нотаріального посвідчення.

В розвиток позиції захисту добросовісного орендодавця судом висловлено позицію щодо правил повернення орендованого майна. Так, у постанові Касаційного господарського суду Верховного Суду від 06.02.2020 р. у справі № 915/1429/19, а також у постанові Верховного Суду від 31.01.2020 р. у справі № 916/2724/18 закріплено позицію, яка полягає у тому, що непідписання орендарем акту приймання-передачі не свідчить про перешкоди орнедодавця щодо виконання орендарем свого обов‘язку з підписання акта приймання-передання [2/3]. У справі № 915/1429/19 орендодавець повідомив орендаря про відсутність наміру продовжувати договір оренди й надіслав останньому акт приймання-передання для підписання. Орендар цей акт не повернув, однак стверджував, що після припинення договору об‘єкт оренди він не використовував [2]. Суд став на бік орендодавця, визнавши, що об‘єкт оренди йому повернений не був. Така позиція дозволяє орендодавцеві

захистити свої майнові інтереси застосуванням заходів цивільно-правової відповідальності до недобросовісного орендаря.

Касаційний господарський суд Верховного Суду у своїй постанові від 16.09.2020 р. у справі № 904/5126/19 визначив, що інститут пролонгації договору оренди нерухомого майна (продовження договору на той самий строк і на тих самих умовах), який реалізується внаслідок мовчазної згоди сторін договору, та правовий інститут продовження договору оренди на новий строк внаслідок реалізації переважного права добросовісного орендаря, сутністю якого є укладення договору оренди на новий строк, а не його автоматичне поновлення є взаємовиключними. Тому при виникненні конфліктних питань при продовженні договору оренди нерухомого майна особою, яка вже користувалася ним раніше, простіше визначити спосіб захисту, оскільки вказана вище позиція суду сприяє реалізації принципу правової визначеності при здійсненні судочинства [4].

Законом України «Про оренду державного та комунального майна» в редакції від 03 жовтня 2019 року інститут оренди нерухомого майна зазнав істотних змін у зв'язку із впровадженням новітніх технологій укладання цього виду договорів [5]. Значна роль у ньому відведена особі балансоутримувача, на якого покладено операційні обов'язки по укладанню та виконанню цього виду договорів. Проте, практично вже виникають певні проблеми при застосуванні норм зазначеного закону.

Так, у постанові Касаційного господарського суду від 01.10.2019 року у справі № 910/4446/19 вказано, що балансоутримувач не може заявляти вимогу про зобов'язання повернути орендоване майно та повідомляти про відсутність наміру продовжити договір – це право належить власнику приміщення [6].

Окремо необхідно зазначити, що висловлені у рішеннях Верховного Суду позиції щодо врегулювання питань, пов'язаних із укладанням та виконанням договору оренди значним чином усунули прогалини у тлумаченні спірних питань, що виникають при реалізації законодавчих норм.

Список використаних джерел

1. Постанова Верховного Суду по справі № 910/4391/19 від 26 лютого 2020 р. URL:https://reyestr.court.gov.ua/Review/87929205 (дата звернення:06.10.2021 р.)
2. Постанова Верховного Суду по справі № 915/1429/19 від 6 лютого 2020 р. URL:https://reyestr.court.gov.ua/Review/87929205 (дата звернення:06.10.2021 р.)
3. Постанова Верховного Суду по справі № 916/2724/18 від 31 січня 2020 р. URL:https://reyestr.court.gov.ua/Review/87426719 (дата звернення:06.10.2021 р.)
4. Постанова Верховного Суду по справі № 904/5126/19 від 16 лютого 2020 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91589617 (дата звернення:06.10.2021 р.)
5. Про оренду державного та комунального майна: Закон України № 157-IX від 03.10.2019 р. (із змін. та доп. станом на 24.11.2021 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-20#Text (дата звернення:06.10.2021 р.)
6. Постанова Верховного Суду по справі № 910/4446/19 від 1 жовтня 2019 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/84697565 (дата звернення:06.10.2021 р.)

І.В. Плавич
(м. Київ)

ГЕНЕЗА РОЗВИТКУ ДОГОВОРУ ПОЗИКИ У РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ ТА ЙОГО ВПЛИВ НА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПОЗИКИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Загальновідомо, що римське приватне право істотно вплинуло на становлення приватного права держав романо-германської (континентальної) системи права. Вказане зумовлено тим, що саме в ньому були сформульовані основні поняття та категорії цивільного права, які в подальшому були реципійовані (лат. «receptio» - прийняття) у цивільне законодавство зазначених держав. Відповідно з цим дослідження розвитку договору позики вимагає дослідження відповідного інституту римського приватного права, у т.ч. процесу його генези (лат.«genesis» - походження, виникнення; розвиток).

На переконання І.А. Покровського вже в примітивному суспільстві виявилась потреба у позиці, яка за відсутністю майна, яке могло бути предано в заставу, задовольнялась за рахунок «особистої позики» [1, С. 385]. Як вказує італійський дослідник Ч.Санфіліппо, «в такому разі особа боржника надавалася кредитору ніби-то по праву застави, в силу застосування манціпації («mancipatio») [2, с. 41]. Для оформлення такої «особистої позики» в стародавньому Римі застосовувався лібральний контракт «nexum» (від лат. - пов'язувавати), який римляни почали використовувати ще до появи Законів XII таблиць. Складність дослідження контракту «nexum» полягає в тому, що письмові джерела часів старовинного Риму не збереглись, а з аналізу п.п. 1-7 таблиці III Законів XII таблиць (451-450 рр. до н.е.) можна побачити лише правові наслідки неповернення боргу боржником за вказаним договором. Отже юридичну природу контракту «nexum» у наявних першоджерелах на думку науковців не розкрито [3, с. 48-49]. Відповідно до існуючих доктринальних підходів в архаїчному суспільстві стародавнього Риму царського періоду зобов'язання регулювалися законами, які мали

сакральний (релігійний) характер, внаслідок чого закони були строго визначені та формальні [4, с. 34]. Сліди такого сакрального права вбачаються в ритуальних обрядах, які вчинялись при укладенні контракту «nexum», який відносився до найбільш старовинної лібральної форми правочину, що вчинявся за допомогою міді та вагів, коли ще була відсутня карбована монета. Незважаючи на те, що договір позики «nexum» вважався безоплатним, в числі додаткових застережень до нього нерідко практикували угоду про проценти. Серед науковців немає єдиної думки з приводу того, що було матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникало на його підставі (лише гроші; гроші та інші замінні речі, тільки замінні речі, але не гроші). Зазначимо, що на наш погляд, в умовах натурального господарства старовинного Риму, позика «nexum» не могла бути виключно грошовою. Архаїчність «nexum», на переконання О.С.Йоффе, була основною перешкодою для швидкого і простого встановлення і здійснення договірних відносин [5, с.28]. До недоліків договору позики «nexum» слід віднести і те, що зобов'язання, яке виникало з формальної угоди «nexum», відрізнялося особливо суворими наслідками для особи боржника (аж до страти чи продажу у рабство) [6, с. 33-34]. Тому з посиленням соціальних конфліктів вищевказані наслідки «nexum» були скасовані законом Петелія (326 р. до н.е.) [7], після чого у кредиторів зник інтерес до контракту «nexum» та останній вийшов з ужитку.

В цілому контракт «nexum» можна охарактеризувати наступним чином: а) «nexum» належав до числа формальних договорів, оскільки тільки точно виконаний лібральний обряд породжував зобов'язання; б) він був вербальним (усним), та таким, що вчиняється в присутності свідків та ваготримача; в) сторонами «nexum» були лише фізичні особи; г) зобов'язання, що виникало на підставі «nexum», було одностороннім; д) зобов'язання, що виникло із «nexum», забезпечувалося позовним захистом; е) відповідальність боржника за «nexum» мала особистий характер; є) «nexum» був безоплатним договором,

але за наявності застереження міг бути і оплатним; ж) за домовленістю сторін «nexum» міг бути строковим або безстроковим договором.

В стародавньому Римі позикові відносини також регулювались вербальним (усним) контрактом «stipulatio», який був відомий вже Законам XII таблиць [8, с. 158]. Стипуляція була формальним договором, формули якого були заздалегідь визначені. З урахуванням вищевказаного стипуляцію – слід охарактеризована як вербальний (усний) правочин, що вчинявся шляхом простої передачі речі в борг, але при цьому вказані дії скріплювалися клятвою, обіцянкою. На відміну від «nexum» вчинення стипуляції не вимагало наявності свідків та представників держави. Стипуляція була абстрактним правочином. Її об'єктом могли бути гроші та замінні речі.

Хоча договір позики «stipulatio» вважався безоплатним, в числі додаткових застережень до нього нерідко практикували угоду про проценти, яка також вчинялась допомогою додаткової стипуляції [9, с. 172]. Принення стипуляційоного зобов'язання також відбувалось шляхом стипуляції, та отримало назву «акцептіляції» [10]. Оскільки контракт «stipulatio» був вербальним (усним), з згодом для забезпечення доказів його вчинення сторонами, з кінця Республіки або з початку принципату, виник звичай підкріплювати стипуляцию письмовим документом («instrumentum», «cautio»).

Оскільки контракт позики «stipulatio» були архаїчним, та занадто обтяженим формальностями, в подальшому римляни перейшли до використання класичного контракту «mutuum», який таких фіормальностей не вимагав. Однак стипуляція збереглася, хоча з часом вимоги до неї були значно спрощені, та використовувалась поряд з контрактом «mutuum». Контракт «mutuum» знайшов своє визнання в якості самостійного договору лише на межі III-II ст. до н.е. [11, с. 364].

В цілому цей договір можна охарактеризувати наступним: а) це реальний договір, однак йому могли передувати пакти («pactum») про його укладення в майбутньому; б) речі передаються кредитором у власність

боржника, в) матеріальним об’єктом вказаного договору є певна кількість грошей або інших замінних речей; г) це договір на підставі якого виникає одностороннє зобов‘язання, за яким боржник має повернути кредитору таку ж грошову суму або таку ж кількість такого ж роду речей, які були отримані; д) зобов‘язання, що виникло із «mutuum», забезпечувалося позовним захистом; є) за домовленістю сторін позикове зобов’язання виникало не тільки внаслідок передання грошей або інших замінних речей, а й внаслідок новації боргу, що виник із інших підстав; е) цей договір був безоплатним, але за домовленістю сторін міг бути і оплатним; ж) цей договір за домовленістю сторін міг бути строковим або безстроковим договором; з) цей договір міг бути оспорений в суді з приводу його безвалютності тощо.

Окрім договору позики («mutuum») в римському приватному праві існували і інші види договору позики. Наприклад, в сфері морської торгівлі отримав поширення договір «морської» або «корабельної позики» («fenus nauticum», «pecunia trajectitia»), який був запозичений римлянами з грецького права [12, с. 7].

До особливостей останньої слід віднести: 1) його застосовання у сфері морської торгівлі; 2) матеріальним об’єктом зобов’язання, що виникало на підставі морської позики, були лише гроші; 3) позичальника за таким договором як правило виступали торговці – мореплавці; д) він був оплатним; 4) позичальник брав на себе зобов‘язання повернути позичену суму грошей лише за умови, якщо корабель благополучно дійде до місця призначення; 5) ризик випадкової загибелі валюти позики з моменту коли корабель вийшов у море та доки боржник не впадав у прострочення, ніс позикодавець, що й зумовлювало більш високий розмір процентної ставки за такою позикою, ніж це було характерно для догвоору позики «mutuum». Існували і інші алеаторні договори позики, наприклад: «foenus quasi nauticum» [13, с. 280-281]. В сфері сільського господарства Риму використовувався договір позики «fenus» [14, с. 202-203].

Розглянута генеза договору позики в римському приватному праві дозволяє дійти наступних висновків:

1. Договір позики є однією із найбільш стародавніх договірних конструкцій, яка була знайома римському приватному праву, ще у період стародавнього Риму, часів царів та ранньої республіки.

2.Правове регулювання договору позики в римському приватному праві із розвитком економічних відносин пройшло тривалий процес еволюції, шляхом відмови від лібрального договору позики «nexum», поступового спрощення порядку укладення формального договору позики «stipulatio», розширення кола осіб які могли бути учасниками позикових відносин, надання позовного захисту реальному та односторонньому договору позики «mutuum», та іншим видам договору позики, зокрема, «fenus», «fenus nauticum», «foenus quasi nauticum».

3.В Римі позикові відносини не тільки піддавались правовому регулюванню з боку римського приватного права, але й в епоху домінату набули основних ознак, якими характеризується договір позики у сучасному цивільному законодавстві України. Зазначене є наслідком рецепції римського приватного права у цивільне законодавство країн континентальної системи права, до якого відноситься цивільне законодавство України. Зокрема, це стосується матеріального об'єкту, істотних умов договору, оплатності та безоплатності договору, новації боргу у позикове зобов'язання, інституту оспорювання договору позики, можливість підтвердження факту укладення договору позики складанням позичальником письмового документу тощо.

Список використаних джерел

1. Покровский И.А. История римского права. Вступит. статья, переводы с лат., научн. ред. и коммент. Рудокваса А. Д. СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад». 1998. 560с.

2. Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: Учебник/Под ред. Д.В.Дожева.М.: Издательство БЕК. 2002. 400 с.

3. Підопригора, О.А., Харитонов, Є.О. Римське право: підруч. / О.А.Підопригора, Є.О.Харитонов. 2-ге вид. К.: Юрінком Інтер. 2009. 528 с.

4. Мировой опыт распространения правовых знаний / автор.-сост. Е. В. Горбачёва, под ред. А. В. Федичева. М.: ФБУ НЦПИ при Минюсте России. 2016. 196 с.

5. Иоффе О.С. Из истории цивилистической мысли (Юриспруденция древнего мира) // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут. 2000. 777 с.

6. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. 608 с.

7. Моммзен Т. История Рима. Т. 1. До битвы при Пидне. Гос. соц.-экономич. изд-во, Москва, 1936. СПб.; «НАУКА». «ЮВЕНТА». 1997.URL. http://ancientrome.ru/publik/article.htm?a=1271072582 (дата звернення:15.02.2022р.)

8. Новицкий И.Б.Основы римского гражданского права. Учебник для вузов. Лекции. М. Издательство ЗЕРЦАЛО. 2000. 400 с.

9. Основи римського приватного права: Підручник / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, М.В. Домашенко та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової та Л. М. Баранової. Х.: Право. 2008. 226 с.

10. Муромцев С. Гражданское право Древнего Рима. М.: Типография А.И.Мамонтова и К°. 1883. С.201. URL. http://books.e-heritage.ru/book/10080928 (дата звернення:20.10.2021р.)

11. Франчози Д. Институционный курс римского права / Перевод с итальянского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут. 2004. 428 с.

12. Пандекты: Обязательственное право. Перевод с немецкого. Т. 3 / Дернбург Г.; Под ред.: Соколовский П.; Гойхбарг А.Г., Элькин Б.И. М.: Университет. тип. 1900. 490 с.

13. Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права: пособие для слушателей. Киев: Товарищество печатного и издательского дела авторов-издателей «Голос». 1919. 279с.

14. Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М.: Издательство Юрайт. 2011. 607с.

Т.Г. Д'яченко
(м. Київ)

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАЛУЧЕННЯ БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ ІЗ ВИДАЧЕЮ ЦІННОГО ПАПЕРУ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

В цивільному законодавстві України договір банківського вкладу є банківським договором, за яким одна сторона (банк), що прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором. При цьому до відносин банку та вкладника за рахунком, на який внесений вклад, застосовуються положення про договір банківського рахунка (гл. 72 ЦК України), якщо інше не встановлено главою 71 ЦК України або не випливає із суті договору банківського вкладу (ч. 1, 3 ст. 1058 ЦК України) [1].

Отже за загальним правилом до відносин, що виникають на підставі договору банківського вкладу, застосовуються положення про договір банківського рахунка. Інше може бути встановлено главою 71 ЦК України або випливати із суті договору банківського вкладу.

Аналогічні підходи демонструє і банківське законодавство України, яке визначає вклад (депозит) - як кошти в готівковій або у безготівковій формі, у валюті України або в іноземній валюті, які розміщені клієнтами на їх іменних рахунках у банку на договірних засадах на визначений строк зберігання або без зазначення такого строку і підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України та умов договору (ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність») [2].

Як відомо банківський рахунок є родовим поняттям, яке має багатофункціональний характер. Внаслідок цього банківські рахунки поділяють науковцями за різними класифікаційними критеріями. Наприклад, науковці виділяють рахунки поточні, розрахункові, бюджетні (особові), кореспондентські, довірчого управління, спеціальні банківські, депозитні, за

вкладами [3, с. 426]. А.Я. Курбатов, залежно від характеру операцій із рахунку, виділяє рахунки загальні (універсальні) та цільові (спеціальні) [4, с.10]. Р.З.Загіров пропонує класифікувати рахунки за характером операцій із рахунку (рахунки універсальні (розрахунковий, поточний), та спеціальні (бюджетний, інвестиційний, спільної діяльніості та ін.). Крім цього, пропонується класифікація по суб‘єкту – власнику рахунку: так, розрізняються рахунки персоніфіковані (конкретних суб‘єктів) та неперсоніфіковані (для певних видів діяльності, розпоряджатися ними має право кілька суб‘єктів) [5, с.11]. Інші науковці вважають, що більш вдалою класифікацію, згідно якої рахунки поділяються на рахунки, що наділені правовим режимом банківського рахунку та «квазібанківські рахунки» - особові рахунки, «що відкриваються на ім‘я конкретного клієнта для ведення аналітичного обліку по балансових рахунках, призначеним для узагальненого відображення операцій кредитної організації із засобами клієнта, що не мають правового режимом банківського рахунку [6, с.77-78]. Як вбачається вказане питання є дискусійним.

Що ж до закону, то за ним банківські рахунки клієнтів банку поділяються на вкладні (депозитні), поточні рахунки, рахунки умовного зберігання (ескроу) та кореспондентські рахунки (ч. 1 ст. 7 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»). Із вказаних рахунків для обліку банківського вкладу, внесеного вкладником при укладенні договору банківського вкладу, письмова форма якого посвідчена видачею вкладнику ощадної книжки, або іншого документу, відмінного від ощадного (депозитного) сертифіката (наприклад, виписка банка, прибуткові касові ордери тощо) банками використовується вкладний (депозитний) рахунок. Вказаний рахунок є іменним рахунком клієнта, що відкривається банком клієнту на договірній основі для зберігання коштів, що передаються клієнтом банку в управління на встановлений строк та під визначений процент (дохід) відповідно до умов договору (п. 7.1.1. ч. 1 ст. 7 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні») (надалі – Вкладний рахунок) [7]. Із

вказаного вбачається, що для залучення банківського вкладу банки відкривають клієнту іменний вкладний рахунок, на якому обліковується сума вкладу. Порядок відкриття банками вкладних рахунків клієнтам визначається нормативно-правовими актами Національного банку України [8].

Як вказує І.А. Безклубий незалежно від того, в якій формі здійснено вклад, банк має здійснити облік цих коштів у балансі, в якому, з одного боку відмічається пасив банку у вигляді певної суми грошового зобов'язання перед вкладником, а з іншого – актив у вигляді еквівалентну грошової суми вкладу, який обліковується на кореспондентському рахунку банку...[9, с.231]. Що ж до залучення банківських вкладів, письмова форма договору за яким підтверджується ощадним (депозитним) сертифікатом, то при залученні таких вкладів банки вкладного рахунку клієнтам не відкривається, на що вже звертали увагу науковці [10], а сума залучених вкладів обліковується на рахунках банка, призначених для обліку номіналу фінансового зобов'язання [11].

Вказане не суперечить закону, оскільки як вже зазначалось останній передбачає, що положення про договір банківського рахунка (гл. 72 ЦК України) не застосовуються до відносин банківського вкладу, зокрема, якщо інше випливає із суті договору банківського вкладу (ч. 3 ст. 1058 ЦК України) [1].

Закон встановлює, що ощадний (депозитний) сертифікат підтверджує суму вкладу, внесеного у банк, і права вкладника (володільця сертифіката) на одержання зі спливом встановленого строку суми вкладу та процентів, встановлених сертифікатом, у банку, який його видав (ч.1 ст. 1065 ЦК України) [1]. Вказаний документ традиційно розглядався в якості боргового цінного паперу (ст. 13 Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок») [12]. Однак, слід взяти до уваги, що у вказаний Закон, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів» від 19.06.2020 р. № 738-IX були внесенні суттєві зміни [13].

Внаслідок цього була не тільки змінена назва вказаного Закону, а й правове регулювання боргових цінних паперів, право випуску яких мають банки.

Зокрема, вказаним Законом банкам надано право випускати два виду сертифікатів, що посвідчують відносини позики, жодний з яких не має назви «ощадний (депозитний) сертифікат», а саме: 1) ощадні сертифікати банків; 2) депозитні сертифікати банків. Вказані боргові цінні папери істотно відрізняються один від одного. Зокрема, ощадний сертифікат банку - є цінним папером, який підтверджує суму вкладу, внесеного в банк, і права вкладника (власника сертифіката) на одержання після спливу встановленого строку суми вкладу та процентів, встановлених сертифікатом, у банку, який його видав. Цей цінний папір є неемісійним цінним папером, що видається на певний строк (під проценти, передбачені умовами його видачі). Згідно закону він може бути виключно ордерними та існувати виключно у паперовій формі, а особа, зазначена в ньому, може передати право власності на такий сертифікат іншій особі лише шляхом вчинення повного (іменного) індосаменту (ст. 26 Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки») [14].

В свою чергу депозитний сертифікат банку визначено законом як цінний папір, який підтверджує суму вимоги до банку, що дорівнює номінальній вартості відповідного сертифіката, і права власника сертифіката на одержання після спливу встановленого строку номінальної вартості сертифіката та відсоткового доходу (якщо виплата відсоткового доходу передбачена сертифікатом) у банку, який здійснив його емісію. Вказаний цінний папір є емісійним цінним папером, емісія якого здійснюється на певний строк. Він може бути відсотковим або дисконтним. Депозитні сертифікати банків є іменними цінними паперами та можуть існувати виключно в електронній формі. Їх погашення та виплата відсоткового доходу (якщо виплата відсоткового доходу передбачена депозитним сертифікатом банку) здійснюються через депозитарну систему України.

В Україні порядок емісії, обліку, погашення, виплати відсоткового доходу, а також порядок здійснення грошових розрахунків за правочинами

щодо депозитних сертифікатів банків визначаються Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку за погодженням із Національним банком України (ст. 27 Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки») [14].

На цей час вказані відносин регулюються Положенням про порядок здійснення емісії депозитних сертифікатів банку та їх обігу, затвердженим рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 23 червня 2021 р. № 415 (надалі – Положення). Згідно з Положенням емітентом депозитних сертифікатів банку може бути банк, який відповідає вимогам Національного банку України, погодженим НКЦПФР, щодо права банку на здійснення емісії депозитних сертифікатів банку (у разі встановлення таких вимог) (п. 3), а період обігу депозитних сертифікатів банків до погашення в момент їх емісії (видачі) обмежений строком у 397 днів або менше (п. 5) [15].

З вказаного вбачається невідповідність чинних норм ЦК України положенням статей 26, 27 Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки», що зумовлює необхідність приведення ч. 1 ст. 1065 ЦК України у відповідність до норм вказаного Закону.

Список використаних джерел

1. Відомості Верховної Ради України. 2003 р. № 40. стаття 356.
2. Відомості Верховної Ради України. 2001 р. № 5. стаття 30.
3. Гражданское право: в 2 т. / Под ред. Б.М. Гонгало. М.: Статут/ 2016. Т. 2. 528 с.
4. Курбатов А.Я. Банковские счета в российском праве: понятие, виды, правовые режимы: Автореф. дис.… канд. юрид. наук. 12.00.03.М.: 2006. 20 с.
5. Загиров Р. З. Договор банковского счета: проблемы правовой квалификации и регулирования: автореф. дис...канд. юр. наук. 12.00.03. М.: 2002. 29 с.

6. Карасева М.В. Финансовое право. Общая часть: Учебник. Москва: Юристъ, 1999. 256 с.

7. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2346-III (із змін. та доп. станом на 13.02.2022 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2346-14#Text (дата звернення 15.02.2022 р.)

8. Про затвердження Інструкції про порядок відкриття і закриття рахунків клієнтів банків та кореспондентських рахунків банків - резидентів і нерезидентів: Постанова Правління Національного банку України 12 листопада 2003 року № 492 (у редакції постанови Правління Національного банку України від 01 квітня 2019 р. № 56) URL.https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1172-03#Text. (дата звернення:20.10.2021р.)

9. Безклубий І.А. Банківські правочини: Монографія. К.: Видавничий дім «Ін Юре». 2007. 456с. С. 231.

10. Цивільне право: підручник: у 2 т. / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право. 2011. Т. 2. URL: https://westudents.com.ua/glavy/74035-ponyattya-dogovoru-poziki.html.

11. Про затвердження Інструкції з бухгалтерського обліку операцій із фінансовими інструментами в банках України: Постанова Правління Національного банку України від 21.02.2018 р.№ 14. (у редакції від 13.01.2021 р.) URL.https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0014500-18#Text. (дата звернення:20.10.2021 р.)

12. Відомості Верховної Ради України. 2006 р. № 31, стор. 1126. стаття 268.

13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спр ощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструменті в: Закон України від 19.06.2020 р. № 738-IX. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/738-20#Text. (дата звернення:20.10.2021 р.)

14. Про ринки капіталу та організовані товарні ринки: Закон України від 23.02.2006 р. № 3480- IV (із змін. та доп. станом на 05.08.2021 р.) URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#Text. (дата звернення:20.10.2021 р.)

15. Офіційний вісник України. 2021 р. № 68. стор. 161. стаття 4315. код акта 106806/2021.

С.І. Цуркану
(м. Одеса)

ПРОГАЛИНИ В ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ ДОГОВОРУ ПРО УТРИМАННЯ ВІД ВЧИНЕННЯ КОНКУРЕНТНИХ ДІЙ

Прийняття Закону України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» стало точкою відліку для української практики укладення договору про утримання від вчинення конкурентних дій. На сьогоднішній день нормативно-правовому регулюванню даного питання присвячено дві статті закону, які містять істотні умови договору non-compete, визначення конкурентних дій та гарантії вільного волевиявлення при укладенні правочину.

Разом з тим, якщо ми порівняємо українське та іноземне законодавство, побачимо чисельні питання, які залишилися поза увагою законодавця.

Одним із таких питань є можливість дострокового розірвання договору про неконкуренцію.

Процедура дострокового розірвання договору покроково прописана в Комерційному кодексі Німеччини, аналіз статей якого дає змогу виділити види розірвання договору про неконкуренцію в залежності від сторони, яка це процес ініціювала: розірвання за ініціативи фахівця або роботодавця.

Розірвання договору non-compete за бажанням фахівця згідно з німецьким законодавством можливе з двох підстав: 1) у разі порушення трудового договору роботодавцем; 2) якщо трудові відносини припинилися з ініціативи роботодавця, за винятком випадків, коли для такого звільнення існує серйозна причина, що стосується особи працівника. [1]

Процедура розірвання non-compete у Німеччині передбачає обов’язок працівника попередити письмово, протягом одного місяця з дня повідомлення про розірвання трудового договору, що він не вважає себе пов'язаним угодою про неконкуренцію.

Важливо в договорі передбачити можливість розірвання договору про утримання від вчинення конкурентних дій по ініціативі роботодавця без попередньої письмової згоди працівника.

Згідно з Трудовим кодексом Франції, коли право на відмову передбачено в контракті, роботодавець має «розумний» термін, протягом якого він може повідомити працівника про незастосування договору з негативним зобов'язанням, що закінчується в останній день роботи працівника. У разі несвоєчасного повідомлення роботодавцем про свій намір розірвати договір, працівник має право вимагати застосування зобов'язання щодо недопущення конкуренції та виплати йому грошової компенсації [2]. Аналогічне положення міститься в Комерційному кодексі Німеччини з різницею лише визначеності часу на попередження, - впродовж одного року з моменту декларації роботодавця про розірвання договору, зобов'язання про неконкуренцію залишаються в дії.

Цікавою є практика здійснення попередження про розірвання договору non-compete. Федеральний суд з трудових справ Німеччини, розглядаючи спір, зазначив, що попередження про розірвання договору може здійснюватися в електронній формі, яка прирівнюється до письмової. Договір про неконкуренцію вважається розірваним за ініціативою працівника з моменту відправки останнім відповідного повідомлення [3].

Не менш важливим питанням є можливість припинення договірних відносин внаслідок викупу зобов'язання. Працівник повинен мати право викупу від обмежень, сплативши роботодавцю певну винагороду, визначену контрактом. Такий пункт відновлює «статус-кво» обох сторін і узаконює подальшу можливу конкуренцію [4].

В іноземній практиці це називають умовою або договором buyout, який історично здебільшого використовувався в практиці викупу гравців футболу. Відповідно до застереження про викуп, спортивна команда зобов'язана звільнити гравця на користь іншої команди у разі, якщо буде сплачена плата за викуп, встановлена договором buyout [5].

В договорах про неконкуренцію умови про викуп є менш поширеними, але також використовуються. В деяких штатах США на нормативному рівні закріплена обов'язковість включення buyout в договори non-compete щодо окремих категорій працівників. Наприклад, Кодекс бізнесу і торгівлі штату Техас регулює укладення та забезпечення виконання договору про неконкуренцію. Сфера роботи лікарів містять численні додаткові вимоги, які не є необхідними для інших професій. Зокрема, договір non-compete з лікарем повинен містити наступні умови:1) лікарю не може бути відмовлено в доступі до списку пацієнтів, яких він/вона спостерігав або лікував протягом останнього року; 2) госпіталь повинен забезпечити доступ до медичних карт пацієнтів лікаря; 3) договір non-compete повинен містити положення про викуп; 4) лікарю гарантується право надавати постійний догляд за пацієнтом під час гострого захворювання [6]. Інакше кажучи, умова про викуп є істотною умовою договору про неконкуренцію з лікарем, відсутність якої тягне наслідком визнання його недійсним.

Не вирішеним у закордонній законодавчій та правозастосовній практиці залишилось питання розміру buyout. В штаті Техас кодекс закріплює необхідність сплати «розумної ціни» викупу. Проте, за яким принципом має визначатися «розумна ціна» та на який момент залишається незрозумілим [6].

Натомість в штаті Луїзіана встановлена максимальна сума, яка може бути сплачена лікарем згідно з положенням про «викуп» (тобто положення, яке звільняє лікаря від неконкуренції за певну плату), - це сума, що дорівнює одному року зарплати лікаря, що щорічно зменшується пропорційно. На третій рік роботи лікаря сума викупу має становити 0 дол. [7].

Таким чином, на сьогоднішній день в Україні умова buyout в договорі про неконкуренцію залишається на узгодження сторін, виступаючи каталізатором розвитку економічної конкуренції.

В літературі висловлюється думка, що в якості альтернативи договору про утримання від вчинення конкурентних дій доцільно використовувати так звану Garden leave, - спеціальну відпустку. Під час спеціальної відпустки

передбачається, що працівник звільняється від своїх трудових обов'язків (усіх або більшої частини), проте залишається працевлаштованим з обмеженням права на одночасне укладення трудового договору із третіми особами (обмеженням права на сумісництво). Варто зауважити, що Garden leave є дієвим правовим інструментом, адже широко використовується у праві провідних країн, зокрема в США та Об'єднаному Королівстві. Період такої відпустки, як правило, складає 30–90 днів [8].

Звісно, іноземна судова та законодавча практика демонструє й інші проблеми правового регулювання договору non-compete: починаючи від гендерної нерівності виплати компенсації за договором, та закінчуючи впливом договору про неконкуренцію на рівень трудової міграції, економічного та інноваційного розвитку.

Список використаних джерел

1. German Commercial Code. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/englisch_hgb.html (дата звернення:14.11.2021р.)
2. Rousseau-Brunel M-E. , Brébant A. France: Overview Of The Non-Competition Clause In French Employment Law.// Mondaq. Connecting knowledge and people (by 24.09.2021) URL:https://www.mondaq.com/france/employee-benefits-compensation/1114640/overview-of-the-non-competition-clause-in-french-employment-law (дата звернення:14.11.2021 р.)
3. Klumpp C. The Federal Labour Court (Bundesarbeitsgericht (BAG)) has confirmed that the general civil right to rescission trumps the specific rules on post-contractual non-competes in sec. 74 et seq. of the German Commercial Code.// Bird and Bird. News Centre. (by 07-2018) URL:https://www.twobirds.com/en/news/articles/2018/germany/court-decision-on-a-withdrawal-of-a-post-contractual-non-competition-obligation (дата звернення:14.11.2021 р.)

4. Harkusha A., Harkusha Y. Enforceability of non-compete agreements in IT sphere./ A. Harkusha, Y. Harkusha. // III-тя Міжнародна науково-практична конференція «IT- право: проблеми і перспективи розвитку в Україні» м.Львів 27 листопада 2021р. ел. збір тез. URL: http://aphd.ua/publication-767/ (дата звернення:14.11.2021 р.)

5. Buyout Clause (All You Need To Know On Buyout Clauses)./ Incorporated. zone (by 22.12.2020) URL: https://incorporated.zone/buyout-clause/ (дата звернення:14.11.2021 р.)

6. David K. Speed And Timothy Davis. What is a reasonable buyout? Update on physician non-compete agreements in Texas. //Fort Worth Business Press (by 14.09.2018) URL: https://fortworthbusiness.com/health-care/what-is-a-reasonable-buyout-update-on-physician-non-compete-agreements-in-texas/ (дата звернення:14.11.2021 р.)

7. Haynes D. D. Top 10 FAQs on Physician Non-competes in Louisiana./ Haynes D. D.// Phelps (by 30.04.2021) URL: https://www.phelps.com/insights/top-10-faqs-on-physician-noncompetes-in-louisiana.html (дата звернення:14.11.2021 р.)

8. Вавженчук С., Вєршинін Д. Види і критерії дійсності угод про неконкуренцію./ С. Вавженчук, Д. Вєршинін //*Підприємництво, господарство і право*. №1,2020. С.65-70.

А.В. Дзяткевич
(м.Київ)

ПЕРЕДУМОВИ ВИНИКНЕННЯ ІНСТИТУТУ БАНКРУТСТВА ФІЗИЧНИХ ОСІБ

Банкрутство та пов'язані з ним проблеми особливо загострюються в кризові для держави періоди. Так, в Україні в період з 1998 по 2014 роки велика кількість людей через отримані у валюті споживчі кредити , опинялись після істотних коливань курсу долара в скрутному становищі. У ситуації, що складалася, без допомоги з боку держави вони практично не мали можливості цивілізовано впоратися з такими обставинами, а звернення до суду з метою врегулювання неплатоспроможності були вкрай неефективним.

У сучасній Україні процедура банкрутства фізичної особи, яка має споживчі кредити до 2019 року залишається невирішеною, єдиний закон України щодо процедур банкрутства це Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 1999 року, присвячений корпоративному банкрутству та стосувався тільки юридичних осіб ~~або~~ та фізичних осіб-підприємців. З метою звільнення фізичної особи від боргів та майна від заборон, іпотек, які виникли на підставі споживчих кредитів, фізичні особи реєструвалися у якості фізичних осіб-підприємців та починали процедури банкрутства за загальною процедурою, що не призводило до визнання банкрутом боржника. Експертний аналіз свідчить, що весь правовий механізм, що регулював питання банкрутства в нашій державі був застарілим та не відповідав сучасним реаліям.

Також, незадоволені регулюванням процедур банкрутства були і кредитори, оскільки, прогалини в законодавстві до 2019 року все ще дозволяли боржникам ухилятися від виконання своїх зобов'язань, а самі процедури банкрутства були надто тривалими, дорогими та недостатньо ефективними.

У той же час, до впровадження в українське законодавство інституту банкрутства фізичних осіб існувала думка експертів і про те, що через поступки боржникам можуть постраждати кредитні установи. Спираючись на практику застосування таких юридичних процедур у розвинутих країнах, банки хоча і можуть щось втрачати у разі їх погодження на списання частини боргу, однак, в цілому вони виграють за рахунок очищення їх балансів від «безперспективних» боргів та збереження їх клієнтів серед активних учасників споживчого кредитування, а за таким токсичним кредитом отримають більше, ніж отримали би через стягнення у виконавчому провадженні.

Отже, загальною метою впровадження інституту банкрутства фізичної особи для суспільства в цілому було те, що наявність процедури банкрутства фізичної особи стимулюватиме кредиторів ретельніше обирати потенційних боржників, оскільки саме на кредитора покладений обов'язок об'єктивно оцінити здатність повернути борг боржником, який нерідко схильний переоцінювати свої фінансові можливості, усвідомлення особою власної фінансової трагедії, як правило, блокує її продуктивність.Натомість банкрутство фізичної особи направлене на те, щоб повернути боржника від статусу жертви до статусу повноцінного учасника цивільного обороту. Інститут банкрутства фізичних осіб, зазвичай, повинен виконувати запобіжну функцію у сучасних фінансових системах зі значними борговими навантаженнями.

Верховний Суд України у постанові від 21.01.2015 у справі № 6-210цс14 надав оцінку цій судовій практиці та дійшов обґрунтованого висновку, що коли громадянином кредитний договір укладено саме як фізичною особою для задоволення власних потреб (споживчий кредит), а не як фізичною особою - підприємцем для здійснення підприємницької діяльності, то майно, яке забезпечує кредитний договір (квартира, тощо), до ліквідаційної маси банкрута фізичної особи - підприємця не входить.

Аналогічна правова позиція викладена в постанові Верховного Суду від 16.04.2019 у справі № 916/458/14 та в постанові КГС ВС від 04.06.2019 у справі №922/4404/15. На цьому перший етап спроб банкрутства фізичних осіб (споживчого банкрутства) в Україні закінчився.

Аналіз законодавства різних країн говорить про відсутність єдиного підходу до регулювання банкрутства фізичних осіб. Це пов'язано з тим, що на це питання впливають не лише економічні фактори, а й соціальні, культурні та політичні.

Дійсно, в цивілізованих країнах відносно людини, яку оголошують банкрутом, проводять певні процедури для відновлення її платоспроможності – вона продовжує легально працювати і заробляти, не втрачаючи активної соціальної діяльності. При цьому, держава повертає собі економічну одиницю та платника податків.

З огляду на зазначене, можна стверджувати, що метою запровадження інституту банкрутства фізичних осіб було і те, що банкрутство може стати дієвим механізмом як для боржника - фізичної особи, щоб зберегти та акумулювати свої активи чи відновити платоспроможність, так і для кредитора та для запобігання недобросовісного використання цього інституту, – виведення активів в процесі погашення боргів та реалізації майна фізичної особи-банкрута.

Отже, необхідність створення Інституту банкрутства фізичних осіб в Україні давно назріла, що і стало передумовою впровадження інституту банкрутства фізичних осіб та передумовою прийняття Верховною Радою України Кодексу України з процедур банкрутства.

Враховуючи, що інститут банкрутства фізичних осіб є новим для нашої країни, то відповідь на питання, що таке «загроза неплатоспроможності» на даному етапі слід шукати в судовій практиці.

Список використаних джерел

1. Лукашук М. Правове регулювання банкрутства фізичних осіб на підставі Кодексу України з процедур банкрутства./ М.Лукашук// Застосування норм кодексу України з процедур банкрутства. Збірка наукових статей/За загальною редакцією д.ю.н. судді Верховного Суду С.В. Жукова. К: Алерта, 2019. 216 с., С.174 – 181.

2. Поліщук О. Звільнитися від валютно-іпотечних боргів, нарешті, можна!/ О.Поліщук// Мультемедійна платформа іномовлення України від 19.10.2018 р. URL:https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2562422-zvilnitisa-vid-valutnoipotecnih-borgiv-naresti-mozna.html. (дата звернення: 29.10.2021 р.)

3. Гарник Л.Л. Банкрутство фізичних осіб: закордонний досвід і перспективи запровадження в Україні./ Л.Л. Гарник// *Право.UA.* - 2017. № 2, С. 123-127. URL: www.irbis-nbuv.gov.ua›cgi-bin›cgiirbis_64.

4. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-XII (втратив чинність з 21.10.2019 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/784-14. (дата звернення: 29.10.2021 р.)

5. Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII (із змін. та доп. станом на 12.01.2022 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19 (дата звернення: 15.02.2022 р.)

І.Ю. Ніколаєв
(м. Київ)

ПРАВОВІ ВИМОГИ ДО ЗАПОЧАТКУВАННЯ ТА ПРОВАДЖЕННЯ БУДІВЕЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ФОРМІ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Свого часу з прийняттям постанови Кабінету Міністрів України (КМУ) «Про ліквідацію Державної архітектурно-будівельної інспекції» (2020), розпочалась реформа інституційно-правового механізму архітектурно-будівельної галузі. Проведення реформи затягнулось на тривалий строк, що залишило архітектурно-будівельну діяльність без інституційно-правового механізму, і, відповідно, без можливості регулювання однієї з найважливіших для суспільства галузей. Державну будівельно-архітектурну інспекцію (ДАБІ) було остаточно ліквідовано лише у вересні 2021 року, після того, як набрала чинності вже згадана вище постанова КМУ «Про ліквідацію Державної архітектурно-будівельної інспекції» (2020). Також у вересні 2021 року набрала чинності й інша постанова КМУ «Про оптимізацію органів архітектурно-будівельного контролю та нагляду», згідно з якою було створено два нових центральних органи виконавчої влади Державну інспекцію архітектури та містобудування та Державне агентство з технічного регулювання. Однак, на сьогоднішній день Верховною Радою України (ВРУ) досі не прийнято законопроєкт «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення містобудівної діяльності та реформування державного архітектурно-будівельного контролю та нагляду» (2021), що фактично змушує новостворені органи працювати, керуючись вже існуючими нормативно-правовими актами щодо започаткування та провадження будівельної діяльності. Аналіз світової практики регулювання будівельної діяльності дозволяє дійти висновків, що правові вимоги до започаткування та провадження будівельної діяльності повинні мати чітке формулювання та відповідати суспільним потребам сьогодення, а отже й норми існуючих нормативно-правових актів у сфері містобудування мають бути

переглянутими, адже більш сучасне та модернізоване законодавство у сфері державно-приватного партнерства потребує більш удосконалених механізмів започаткування та провадження будівельної діяльності.

На прикладі Канади ми можемо побачити ефективний механізм взаємозв'язку між законодавством у сфері регулювання будівельної діяльності та державно-приватного партнерства. Будівельні стандарти у цій країні розробляються пліч-о-пліч з фаховими науковцями, внаслідок чого у Канаді була створена Національна дослідницька рада (National Research Council,), що складається з комітетів та комісій, зайнятих в різних напрямках проєктування, виконує регулятивну функцію в частині процесів розробки і узгодження будівельних стандартів. Так, від імені Канадської комісії з розробки будівельних і протипожежних стандартів (Canadian Commission on Building and Fire Codes) Рада публікує на своєму сайті п'ять базових моделей основних регулюючих будівельних документів - Національного будівельного стандарту (National Building Code of Canada), Національного стандарту протипожежної безпеки (National Fire Code of Canada), Національного стандарту водопровідної системи (National Plumbing Code), Національного стандарту електропостачання будівель (National Energy Code of Canada for Buildings) і Національного стандарту сільськогосподарського будівництва (National Farm Building Code)[1;2;3;4;5;6]. Найважливішим у формуванні будівельних стандартів Канади є можливість будь-якого представника приватного сектору впливати на процес нормотворчості, що створює сприятливі умови для ведення бізнесу та дає ідеальну можливість налагодження відносин державно-приватного партнерства у сфері будівництва. Для зручності всі канадські будівельні компанії об'єднані в асоціації, які розташовані в кожній провінції. Муніципалітети у великих містах мають окремі будівельні асоціації, наприклад Будівельна асоціація м. Торонто (Toronto Construction Association) [7]. На сайтах цих організацій розміщені реєстри будівельних компаній Канади. Керуючу функцію на цьому рівні виконує Канадська будівельна асоціація (Canadian Construction Association), яка разом з Асоціацією

канадських консалтингових інженерних компаній (Association of Consulting Engineering Companies - Canada), Асоціацією будівельних специфікацій Канади (Construction Specifications Canada) і Королівського архітектурного інституту Канади (Royal Architectural Institute of Canada) утворюють Канадський комітет з будівельної документації (Canadian Construction Documents Committee) [8;9;10;11;12]. Ці документи є основою для здійснення договірних відносин у будівельній галузі на всій території Канади, дозволяють стандартизувати процедури укладення договорів, знизити ризики виникнення додаткових фінансових і тимчасових витрат, а також можливих судових спорів між сторонами договору. Вищенаведена система побудови нормативно-правового забезпечення Канади є обов'язковим елементом провадження та започаткування будівництва у рамках державно-приватного партнерства, яких не вистачає у сучасних українських нормативно-правових документах, що регулюють відносини у сфері започаткування та провадження будівельної діяльності (ЗУ «Про будівельні норми» (2009); ЗУ «Про основи містобудування» (1992).

Започаткування та провадження будівельної діяльності у Німеччині регулюється типовим законом про будівництво (Musterbauordnung). Відповідно до закону, учасниками будівництва є: забудовник, проєктувальник, підрядник та голова будівництва [13]. Відмінною особливістю від українських учасників будівництва є наявність голови будівництва, який стежить за відповідністю будівельних заходів вимогам публічного права, в тому числі за безпечним інженерно-будівельним використанням будівельного майданчика. Експертна оцінка проєктів у будівництві здійснюється державними експертами, які призначаються Палатою архітекторів або Палатою інженерів-будівельників в залежності від розглянутих ними розділів проєктів. Задля ефективності державно-приватного партнерства у Німеччині використовують нормативні документи, на основі яких здійснюється розподіл витрат на період будівництва. Наприклад, основні стандарти (норми) DIN 276 (Витрати, повязані з проєктуванням та спорудженням будівель) і DIN 277 (Площа

основних будівельних споруд); HOAI, в якому відображені етапи роботи проєктувальника; «Порядок передачі замовлення та оформлення договорів на будівельні роботи»; VOB, за допомогою якого проводиться організація під рахунки обсягів робіт, технології виконання цих робіт і способів оплати; Baukosten (статистичні вартісні показники реалізованих інвестиційних проєктів). Проаналізувавши німецький підхід, ми можемо дійти до висновків про необхідність чіткого регулювання розподілу витрат у будівництві на умовах державно-приватного партнерства, чого ми не бачимо, а ні в профільному українському законодавстві (ЗУ «Про державно-приватне партнерство» від 1.08.2010 № 2404-VI), а ні у підзаконних нормативно-правових актах (постанова КМУ «Про деякі питання організації державно-приватного партнерства від 11.04.2011 р. № 384 та ін.). Окремо слід зазначити про необхідність побудови системи учасників будівництва, в якій присутній голова будівництва, відповідальний за якість проведення будівництва відповідно до стандартів публічного права.

Отже, іноземний досвід демонструє, що українські правові вимоги до започаткування та провадження будівельної діяльності у формі державно-приватного партнерства мають бути доповнені задля її якісного функціонування. Перш за все, слід взяти до уваги канадський досвід ведення діалогу приватних партнерів та відповідальних за нормотворчість у будівельній галузі органів під час створення типових стандартів, що значно спрощує процес започаткування будівельної діяльності та її провадження. Також, на прикладі Німеччини, слід вказати на необхідність чіткого регулювання розподілу витрат у будівництві на умовах державно-приватного партнерства та про побудову системи учасників будівництва в якій присутній голова будівництва, відповідальний за якість проведення будівництва відповідно до стандартів публічного права.

Список використаних джерел

1. Національна дослідницька рада Канади URL: http://www.nrccnrc.gc.ca/ eng/rd/index.html (дата звернення 23.09.2021).
2. Національний будівельний стандарт Канади URL: https://www.nrccnrc.gc.ca/eng/publications/codes_centre/2015_national_building_code.html (дата звернення 23.09.2021).
3. Національний стандарт протипожежної безпеки Канади URL: https://www.nrccnrc.gc.ca/eng/publications/codes_centre/2015_national_fire_code.html (дата звернення 23.09.2021).
4. Національний стандарт водопровідної системи Канади URhttps://www.nrccnrc.gc.ca/eng/publications/codes_centre/2015_national_plumbing_code.html (дата звернення 23.09.2021).
5. Національний стандарт електропостачання будівель Канади URL: https://www.nrccnrc.gc.ca/eng/publications/codes_centre/2015_national_energy_code_buildings.html (дата звернення 23.09.2021).
6. Національний стандарт сільськогосподарського будівництва Канади URL: https://www.nrccnrc.gc.ca/eng/publications/codes_centre/1995_national_farm_building_code.html (дата звернення 23.09.2021).
7. Будівельна асоціація м. Торонто URL: www.tcaconnect.com (дата звернення 23.09.2021).
8. Канадська будівельна асоціація URL: www.ccaacc.com (дата звернення 23.09.2021).
9. Асоціація канадських консалтингових інженерних компаній URL: www.acec.ca (дата звернення 23.09.2021).
10. Асоціація будівельних специфікацій Канади URL: www.csc-dcc.ca (дата звернення 23.09.2021).
11. Королівський архітектурний інститут Канади URL: www.raic.org (дата звернення 23.09.2021).

12. Канадський комітет з будівельної документації URL: www.ccdc.org (дата звернення 23.09.2021).

13. Типовий закон ФРН про будівництво (Musterbauordnung) URL: https://www.bauministerkonferenz.de/verzeichnis.aspx?id=991&o=759O986O991 (дата звернення 23.09.202

М.П. Ходаківський
(м. Київ)

ІНФОРМАЦІЯ ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Необхідність актуалізувати питання щодо інформації як об'єкта цивільних прав зумовлена розпочатим в Україні процесом реформування усього цивільного законодавства з метою приведення його у відповідність до світових тенденцій розвитку приватного права. У зв'язку з цим сьогодні виникає потреба у ревізії норм цивільного законодавства. Одним із таких напрямків має стати перегляд тих норм, що визначають правовий режим не лише інформації як такої, але й інформації, яка виступає об'єктом цивільних прав у конкретних правовідносинах.

Проблемами цивільно-правового регулювання відносин щодо інформації в Україні займалося багато дослідників, зокрема: Ч. Н. Азімов, Т. І. Бєгова, І. І. Ващинець, Б. М. Гоголь, А. Г. Дідук, О. А. Дмитренко, Т.В. Івченко, Т.В. Ліснича, А. В. Кодинець, О. В. Кохановська, Е. Н. Насонова, Ю. В. Носік, В. Є. Петров, О. О. Пунда, І. І. Романюк, О. В. Сідей, С. О. Сліпченко, Р. О. Стефанчук, Л. В. Федюк, Н. В. Ходєєва, С. В. Ясечко та інші. Поряд з цим, аналіз досліджень, що проводилися наведеними авторами не вичерпує усієї проблематики щодо інформації як об'єкта цивільних прав. Однією із таких проблем є легальне поняття інформації як об'єкта цивільних прав, а саме ознаки, за якими вона визначається.

Інформація як об'єкт цивільних прав має окреме закріплення у ст. 177 ЦК України. Це вказує на те, що відносини, які виникають щодо інформації мають важливе значення у предметі цивільно-правого регулювання. Відповідно такі відносини мають відповідати ознакам цивільних. Цивільні відносини це не будь-які відносини. Їм, як відомо, властиві певні ознаки. Як вказує О.Р. Шишка такими ознаками є: 1) вони мають бути засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (ч. 1 ст. 1 ЦК України); 2) за своїм характером мають бути

особистими немайновими та майновими (ч. 1 ст. 1 ЦК України); 3) учасниками таких відносин мають бути особи (фізичні та юридичні особи) та/або суб'єкти публічного права (держава Україна, АРК, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права) – ст. 2 ЦК України; 4) вони виникають з підстав, визначених ст. 11 ЦК України; 5) їх об'єктом є матеріальні та нематеріальні блага (ст. 177 ЦК України) [1]. Крім того, аналізована вище стаття вказує і на одну із важливих ознак *інформації* як об'єкта цивільних прав, а саме на те, що вона *є благом*. Тобто, якщо робити висновок від протилежного – інформація, що не відповідає ознакам блага, не може, відповідно до ст. 177 ЦК України, розглядатися як об'єкт цивільних прав. Як зазначає С.О. Сліпченко, для того, щоб будь-яке благо стало об'єктом права, воно повинно мати певні ознаки. Такими ознаками щодо нематеріального об'єкта (блага) є: корисність (здатність задовольняти потреби), яка усвідомлена (відкрита) людиною; доступність до володіння чи належність особі [2]. З цією позицією варто погодитись, оскільки наведені ознаки є необхідними для того, щоб певне нематеріальне благо розглядалося як об'єкт цивільних прав. Наприклад, якщо виходити з того, що інформацією є будь-які відомості та/або дані (ст. 200 ЦК України), якими володіє лише одна особа і про це невідомо нікому, то і праву нічого охороняти, оскільки обов'язок не може виникнути у всіх інших, бо вони не здатні пізнати та усвідомити, як порушити такий обов'язок.

Наступною ознакою інформації як об'єкта цивільних прав є те, що вона є *нематеріальним благом*. На таку ознаку вказує розташування ст. 200 ЦК України, яка стосується поняття інформації і міститься в Главі 15, яка називається «Нематеріальні блага». З цим варто погодитись, адже, як зазначає А. Г. Дідук, інформація є нематеріальна за своєю природою, у тому розумінні, що до неї не можна доторкнутися як до речі (res) чи її не можна відчувати, відповідно нею і не можна володіти (в розумінні corpus - animus), користуватися або розпоряджатись як, наприклад, річчю [3].

Ознаки, які характеризують інформацію як об'єкт цивільних прав містяться в ст. 200 ЦК України. Зокрема, відповідно до ч. 1 інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Аналіз змісту такої норми дозволяє виділити шість груп інформації як об'єкта цивільних прав. Це:

- будь-які відомості та дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях;
- будь-які відомості та дані, які можуть бути збережені в електронному вигляді;
- будь-які відомості, які можуть бути збережені на матеріальних носіях;
- будь-які відомості, які можуть бути збережені в електронному вигляді;
- будь-які дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях;
- будь-які дані, які можуть бути збережені в електронному вигляді.

Відповідно, враховуючи наведене можна дійти висновку, що інформація може стосуватися трьох її проявів. Це можуть бути: відомості; дані; відомості та дані. При цьому відомості та/або дані, відповідно до ЦК України є об'єктами цивільних прав якщо вони потенційно здатні (природно здатні) зберігатися на матеріальних носіях або відображатися в електронному вигляді. Проте тут виникає необхідність певного критичного ставлення до такого формулювання.

У межах такого поняття виникає питання: чи існують взагалі такі відомості та/або дані, які об'єктивно є, але не здатні до їх збереження або відображення? Мабуть ні, оскільки сьогоднішній розвиток науки та техніки дозволяє з будь-чого та будь-кого отримати відомості або дані та зберегти їх на матеріальному носії або відобразити в електронному вигляді. Якщо такі аргументи є вірними, то тоді будь-які відомості та/або дані можна віднести до поняття інформації. Але, видається, таке поняття є досить широким та не враховує ті ознаки, які властиві благу (корисність, усвідомленість людиною та доступність до обладання чи належність особі) як об'єкту цивільних прав. Наприклад, дивлячись у телескоп на Марс можна усвідомлювати, що така

планета містить досить багато різних відомостей та/або даних, проте допоки відомості та/або дані не отримали свого об'єктивного вираження (прояву), вони існують лише як результат розумової діяльності або об'єктивної реальності. При цьому ті відомості та/або дані, які об'єктивно існують, але не доступні до володіння не можуть розглядатися як об'єкт цивільних прав, оскільки такі відомості та/або дані мають бути спочатку усвідомлені людиною.

Інший приклад може стосуватися людини, яка захворіла. Те, що людина своїми органами чуття сприйняла та усвідомила, що її стан є відмінним від стану, коли вона є здоровою та поділилась з іншою особою певними відомостями та/або даними, які інша особа сприйняла і теж усвідомила, може говорити про виникнення інформаційних правовідносин. Проте, це не значить, що з приводу самих причин захворювання виникають теж інформаційні цивільні правовідносини. Це обумовлене тим, що дані про причини захворювання хоча і існують об'єктивно, але вони ще не доступні для їх усвідомлення певною людиною, а тому і об'єкта ще немає.

Ураховуючи наведене, можна констатувати, що відповідно до концепції яка має своє закріплення в ст. 200 ЦК України щодо інформації, остання може розглядатися як об'єкт цивільних прав, якщо: вона містить у собі ознаки відомостей та/або даних (сутнісний критерій); вона здатна до її збереження на матеріальному носії або відображенні в електронному вигляді (здатнісний критерій).

Виявлені в ЦК України ознаки роблять можливим зробити наступний висновок. Об'єктом цивільних правовідносин інформація може розглядатися тоді, коли їй властива сукупність загальних та окремих ознак. До загальних ознак відносяться: нематеріальний характер блага; корисність (здатність задовольняти потреби); здатність бути усвідомленою людиною; доступність до володіння чи належність особі. До окремих ознак: це її належність до відомостей та/або даних; мати здатність бути збереженою на матеріальних носіях або відображеною в електронному вигляді.

Список використаних джерел

1. Шишка О. Р. Відносини, що регулюються цивільним законодавством України./О.Р. Шишка //*Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 15. С. 86–90.

2. Сліпченко С.О. Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами: дис. ... д–ра юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2014. 198 с.

3. Дідук А. Г. Правовий режим конфіденційної інформації: цивільно-правовий аспект : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2008. 21 с.

Ю.Л. Бошицький
(м. Київ)

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ОПТИМІЗАЦІЇ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

В умовах ринкових відносин правове регулювання інтелектуальної творчої діяльності людини є надзвичайно важливими для будь якого суспільства. В Україні є чимало проблемних питань правового регулювання цієї сфери. Можна виділити основні вектори. Зокрема, це неготовність суспільства поважати право інтелектуальної власності, зневага до охорони результатів інтелектуальної праці, а також відсутність дієвих механізмів охорони та захисту результатів інтелектуальної творчості. Сьогодні ми спостерігаємо високий рівень піратства та великі масштаби порушень права інтелектуальної власності. Що стосується нормативно-правового регулювання питань, пов'язаних із введенням в цивільний оборот об'єктів права інтелектуальної власності, то воно є недосконалим. Але найбільш серйозною проблемою в цій галузі є як низький рівень загальної культури громадян України, так низький рівень освіти у сфері інтелектуальної власності. Це є причиною неналежного рівня фахової підготовки суддів, працівників органів МВС, СБУ, митної та податкової служб та інших спеціалістів, діяльність яких пов'язана з відносинами інтелектуальної власності, тощо. Так, наприклад, правове регулювання винахідництва передбачає розширення суспільних відносин, які сприяли б позитивному впливу зовнішніх чинників на темпи прискорення та оптимізації винахідницької справи, на соціальну спрямованість винахідництва, реалізацію й координування інтересів учасників інноваційного циклу між собою та з інтересами суспільства, поєднання механізмів управління економікою та винахідництвом, досягнення єдності соціально значущої мети науково-технічного циклу тощо. В цілому ефективний розвиток створення та використання об'єктів інтелектуальної власності, їх дієва та належна правова охорона залежать, значною мірою, від рівня правової культури громадян. Системного аналізу заслуговує і питання

суперечливості законодавства з інтелектуальної власності, окремі законодавчі акти якого не приведені у відповідність між собою, і це в цілому свідчить про недосконалість нормативно-правової бази регулювання як загальних питань інтелектуальної власності, так і розподілу прав на результати творчої діяльності, виконані за рахунок бюджетних коштів [1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми захисту інтелектуальної власності та підвищення рівня правові культури в цій сфері розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, Андрощук Г. А. Галянтич М. К. Кодинец А. А. Кохановская Е. В. Крижна В. М. Харитонова О. І., Пилипчук В.Г., Орлюк О.П., Панькевич В. М., Бондаренко С. В., Гордієнко С. Г., Довгий С. О., Мироненко Н. М. та ін.

Повнота правового регулювання передбачає створення таких правових гарантій, які можуть забезпечити розвиток і реалізацію різних форм власності в сфері як науково-технічної творчості, так і творчості в цілому. Тому законодавство в цій галузі обов'язково має відповідати певним умовам. По-перше, воно має бути повним, системним і обґрунтованим. Це означає врегулювання законодавством усіх видів і форм відносин, які виникають у процесі винахідницького пошуку й потребують правової регламентації. Водночас повнота законодавства не має зводитися до збільшення кількості нормативних актів. Уніфікація законодавства повинна відбуватися на основі інтеграції, підвищення рівня системності та обґрунтованості правового регулювання. По-друге, правове регулювання творчої діяльності має стати органічною складовою правового регулювання як науково-технічного прогресу, так і всього господарського механізму.

Забезпечення надійних гарантій правової охорони інтелектуальної власності є невід'ємним атрибутом державності будь-якої цивілізованої країни. Для того є достатнє правове підґрунтя: положення Конституції України (ст. 41, 54), норми Цивільного кодексу України (Книга IV «Право інтелектуальної власності»), Господарського, Кримінального, Митного

кодексів України, Кодексу України про адміністративні правопорушення. В Україні діють спеціальні закони у сфері інтелектуальної власності: «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [2], «Про охорону прав на промислові зразки» [3] , «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» [4], «Про охорону прав на сорти рослин» [5], «Про охорону прав на зазначення походження товарів» [6], «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» [7] , «Про авторське право і суміжні права» [8] , «Про захист економічної конкуренції» [9], «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм» [10], «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» [10]. Діє низка підзаконних актів.

За оцінками Всесвітнього економічного форуму, технологіями, що формуватимуть майбутнє світове соціально економічне середовище, є 12 ключових технологій четвертої індустріальної революції. По перше –це штучний інтелект і робототехніка. По-друге, це повсюдні мережеві пункти віддаленого зв'язку. По-третє, це віртуальні та розширені реальності. По-четверте, це виробництво добавок. По-пяте, це блокчейн та розподілені бухгалтерські технології. По-шосте, це нові прогресивні матеріали та наноматеріали. По-сьоме , це накопичення, зберігання та передача енергії. По-восьме, це нові обчислювальні технології. По-дев'яте, це біотехнології. По-десяте, це геоінженерія. По –одинадцяте, це нейротехнології. І по дванадцяте, це космічні технології [11] . Що стосується України, то незважаючи на наявні досягнення у сфері інтелектуальної власності в минулі десятиріччя, Україна продовжує стикатися з рядом проблем, що відносяться до даної сфери. Зокрема, це недостатнє освоєння результатів інтелектуальної творчості та інноваційної діяльності, що становить основу конкурентоспроможної економіки. Низьке використання малими і середніми підприємствами потенціалу інтелектуальної власності, а також недостатньо ефективне державне управління у сфері правової охорони цієї сфери. Рівень взаємодії

державних, професійних та громадських інституцій у сфері правової охорони й захисту інтелектуальної власності залишається вкрай низьким. А рівень рівнем піратства і контрафакції, який представляє підвищений ризик для економічної безпеки країни та здоров'я вітчизняного споживача, вкрай високим. В результаті інтелектуальна власність в Україні сьогодні не розглядається як один із ключових факторів в економічному, соціальному й культурному розвиткові країни, відсутня послідовна політика як у цій сфері, так і в системі науки й освіти, і дуже низький рівень загальної культури і культури у сфері інтелектуальної власності тощо.

Якщо торговельні відносини нашої країни з європейськими економічними структурами в правовому аспекті сприяли приєднанню практично до більшості універсальних міжнародних конвенцій і договорів у сфері охорони інтелектуальної власності, то сьогодні ще залишається ряд питань щодо приєднання до ряду міжнародних конвенцій і договорів та їх виконання. А стосовно реалізації в національному законодавстві принципів Угоди ТРІПС то слід зазначити, що їх ключові положення спрямовані на застосування процедур захисту прав інтелектуальної власності, які не мають створювати бар’єри розвитку економіки та законній торгівлі.

Цілком природно, що законодавство у будь-якій сфері суспільних відносин не може бути ідеальним. Тому торкаючись прогалин, недоліків, суперечливих положень у чинному національному законодавстві в сфері інтелектуальної власності, фактів невідповідності міжнародним, зокрема європейським стандартам, їх потрібно вирішувати комплексно, продумано, враховуючи доцільність, і негайно.

Економічне, політичне, культурне чи будь-яке інше цивілізоване співіснування нашої держави з європейською спільнотою та іншими країнами світу передбачає обов’язкове врахування міжнародних стандартів у різних сферах суспільних відносин, у тому числі й у сфері інтелектуальної власності. Згадані стандарти передбачають певні правила поведінки в аспекті міжнародної торгівлі, захисту прав та інтересів авторів і власників охоронних

документів тощо. Принципи та загальні положення цих правил були встановлені Угодою Світової організації торгівлі про торгові аспекти прав інтелектуальної власності, директивами Ради ЄС. Курс України на інтеграцію з європейською спільнотою, активне членство та співпраця зі Світовою організацією торгівлі потребує забезпечення належної охорони та захисту прав на всі об'єкти інтелектуальної власності на рівні, який існує в економічно розвинених країнах. Надзвичайно велика або навіть і провідна роль у цьому належить правовій культурі наших громадян. Її рівень стосується в цілому всіх об'єктів інтелектуальної власності, однак для конкретизації достатньо обирати один із об'єктів. Поняття «культура» відображає рівень матеріального й духовного поступального розвитку людства. Право є надбанням духовної культури суспільства, а правосвідомість – передумова й складова частина правової культури. Правова культура суспільства – це позитивна якість розвитку правового життя суспільства, що забезпечує його стабільність, подальший прогрес і якість розвитку та обов'язково має бути пов'язаною з такими його атрибутами, як правова ідеологія, правотворчість, законодавство, законність, правопорядок, інститут прав людини, правозастосовна діяльність тощо. Правова культура суспільства містить усі досягнення правового життя суспільства, характеризує його ціннісне зростання, рівень розвитку, досконалість у загальному контексті соціального прогресу. Стосовно зазначеного вище правова культура особистості – це позитивна якість розвитку правового життя особистості, що забезпечує необхідний рівень знання права, розуміння його соціальної цінності, вміння користуватися своїми юридичними правами, усвідомлене виконання своїх юридичних обов'язків. Слід розуміти, що правова культура особистості припускає досягнення необхідного і достатнього рівня знання права, оскільки оволодіти правом у повному обсязі не в змозі навіть юрист-професіонал. Тому певний мінімум знання права – передумова правової культури. Одним із основних засобів вдосконалення культури в сфері права інтелектуальної діяльності є

підвищення якості нормативної бази, посилення наукової обґрунтованості та демократизації правотворчості й правозастосування.

Таке явище значною мірою є наслідком культурно-етичної спадщини минулого, коли в суспільстві переважала державна власність на результат творчості, а результати діяльності в науковій та культурній сферах вважалися надбанням усього народу. Це передусім свідчить про те, що деформація правових понять у значної частини громадян підтримується невибагливістю їх вимог до якості пропозиції, що є нормою для малозабезпечених верств населення. Непоодинокими є випадки, коли через низьку правову та економічну культуру суб'єкти науково-технічної та економічної діяльності добровільно відмовляються від використання існуючих механізмів захисту своїх прав та інтересів як власники інтелектуальних здобутків.

Однак ст. 13 Конституції України проголошує, що «Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання...». Відповідно до конституційного принципу забезпечення доступності судового захисту прав і свобод людини (ст. 55 Конституції України), кожен суб'єкт має право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, посадових і службових осіб. Норми Конституції України є нормами прямої дії, тому для захисту прав людини в сфері інтелектуальної (промислової) власності можна звертатися до суду навіть безпосередньо, спираючись тільки на норми Конституції України.

Виходячи з наведеного вище сьогодні є необхідність формування базових знань з інтелектуальної власності як необхідної складової формування правової культури населення країни і зокрема педагогів, що обумовлено тісним зв'язком діяльності фахівців цієї галузі у науковому та навчальному процесі із застосуванням знань в сфері патентознавства, авторського та суміжних прав. Особливості структури і змісту знань з інтелектуальної власності, наприклад студентів вищих навчальних закладів дає можливість розробити методичні засади формування базових знань з патентознавства, авторських та суміжних прав з метою підготовки їх до майбутньої професійної

діяльності, забезпечивши поглибленими інтегрованими знаннями й навичками їх практичного застосування.

Методичні засади формування базових знань з інтелектуальної власності та правової культури повинні бути втіленими в програмі навчальної дисципліни «Основи інтелектуальної власності». Необхідним для студентів є оволодіння такими фаховими компетентностями як знання основних понять системи правової охорони інтелектуальної власності, складових системи інтелектуальної власності в Україні, знання системи інтелектуальної власності в нормах загального законодавства України тощо. Педагоги повинні вміти визначати алгоритм правової охорони об'єктів патентного права, вміти визначати алгоритм правової охорони об'єктів авторського права тощо. Вони повинні вміти визначати права та обов'язки власників охоронних документів на об'єкти права інтелектуальної власності, вміти визначати вартість предмета ліцензійного договору про передачу прав на використання об'єктів права інтелектуальної власності вміти визначати процедуру захисту прав інтелектуальної власності у разі їх порушення. Все це дозволить реалізувати технологію формування професійних знань з авторських і суміжних прав, патентознавства та, загалом, дозволить реалізувати технологію формування професійних знань правової культури як студентів , так і в цілому населення країни.

Правова охорона за своєю суттю є системою спеціальних процедур, які спрямовані на дослідження відповідності торговельної марки законодавчо закріпленим критеріям та ознакам, яким вона має відповідати як охороноздатний об'єкт промислової власності. Також правову охорону торговельних марок слід розглядати в об'єктивному та суб'єктивному значеннях. Правова охорона в об'єктивному значенні – це сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини у процесі створення та використання торговельної марки. У суб'єктивному значенні правова охорона є комплексом належних особі майнових і немайнових прав.

Щодо співвідношення «охорона» і «захист» у часі, то слід зазначити таке. Поняття «охорона» і «захист» співвідносяться як ціле й частина. Отже, захист прав інтелектуальної власності – це система заходів, спрямованих на визнання, відновлення цих прав та припинення їх порушень, що застосовуються правомочним суб'єктом прав інтелектуальної власності та/або компетентним органом (включаючи застосування до порушників заходів відповідальності). Як свідчать аналіз законодавства та практика діяльності відповідних державних органів, реалізація правової можливості отримання правового захисту може виникнути або в процесі розгляду питання про надання охорони компетентним державним органом, або після отримання охоронного документа, коли є факт неправомірного використання торговельної марки. Таким чином, адміністративно-правовий захист пов'язаний з першою стадією державної патентної системи. Водночас захист права власності на торговельну марку як діяльність відповідних державних органів не слід розглядати тільки в такому юридично-правовому значенні, що він надається визнаним знакам за наявності юридичних фактів, які характеризуються як неправомірне посягання. Держава забезпечує правовий захист, реалізуючи правові можливості на отримання правової охорони, що підтверджено встановленням права конвенційного пріоритету.

Поняття захисту дискусійно трактується серед науковців-юристів. Водночас домінуючою є позиція, що передбачає характеристику останнього як системи заходів, спрямованих на забезпечення недоторканності права, його здійснення та ліквідацію правопорушень. При цьому у разі визначення права на захист основний акцент робиться на його державно-правовому характері, що спрямований на відновлення порушеного права, забезпечення виконання юридичного обов'язку.

Кодекс України про адміністративні правопорушення передбачає відповідальність за здійснення недобросовісної конкуренції, а саме: за незаконне копіювання форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а так само імітацію, копіювання, пряме відтворення товару іншого підприємця,

самовільне використання його імені – тягне за собою накладення штрафу від тридцяти до сорока чотирьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян із конфіскацією виготовленої продукції, знарядь виробництва і сировини чи без такої. Відповідно до ст. 30 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» Антимонопольний комітет України, його територіальні відділення у справах про недобросовіснуконкуренцію приймають обов'язкові для виконання рішення про: визнання факту недобросовісної конкуренції; припинення недобросовісної конкуренції; офіційне спростування поширених неправдивих, неточних або неповних відомостей; накладання штрафів; вилучення товарів із неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого господарюючого суб'єкта.

Санкції застосовуються у разі порушення адміністративних правовідносин чи правовідносин, що охороняються нормами адміністративного права. Вони застосовуються в адміністративному порядку органами, наділеними адміністративними юрисдикційними повноваженнями, і є адміністративним стягненням. Адміністративні санкції призначаються Антимонопольним комітетом України і спрямовані на захист відносин у сфері промислової власності. У законодавстві не встановлено порядок відшкодування збитків у вразі, якщо провадження у справі буде закрито через те, що справа не підлягає розгляду, заявник відмовився від заяви і відмову прийнято органом чи посадовою особою, яка розглядає справу, не доведено вчинення порушення з питань недобросовісної конкуренції. За наявності таких умов діями посадових осіб можуть бути завдані значні збитки. Порядок їх відшкодування можливий лише в судовому порядку і тільки за рахунок державного бюджету.

Незважаючи на помітний прогрес, досягнутий останніми роками у сфері законодавчого забезпечення правової охорони інтелектуальної власності, її недосконалість усе ще є одним із чинників, який перешкоджає створенню в Україні ефективної системи захисту прав інтелектуальної власності.

Посилення правової культури в цілому як фундамент для захисту прав інтелектуальної власності в Україні пов'язано з необхідністю приведенням законодавства України у відповідність до законодавства ЄС згідно з Загальнодержавною програмою адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затвердженою Законом України від 18 березня 2004 року. Враховуючи все вищевикладене, є необхідність подальшого посилення правової культури для захисту прав інтелектуальної власності, підвищення загального рівня підготовки кваліфікованих фахівців з цих питань. Це потребує великого обсягу спеціальних теоретичних знань та практичного досвіду вдосконалення законодавства, спрямованого на охорону права на об'єкти інтелектуальної власності, створення сприятливих умов для розвитку цивілізованого ринку цих об'єктів. Потрібне державне сприяння охороні інтелектуальної власності, що вимагає запровадження організаційно-правових заходів. Для їх здійснення необхідні координація роботи різних органів державної влади, недержавних установ та громадських організацій, визначення подальших шляхів розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні. Економічне відродження нашої країни, орієнтація на розвиток ринкових відносин, прагнення співпраці зі світовим співтовариством потребують чітко визначених перспектив розвитку та удосконалення суспільних відносин у цій важливій сфері. Підвищення культури суспільних відносин у сфері інтелектуальної власності сприятиме оптимізації необхідних умов для творчої інтелектуальної діяльності інженерів, винахідників, науковців, для розвитку цивілізованого ринку результатів їх діяльності, комерціалізації широкого кола різних об'єктів інтелектуальної власності, ведення ефективного та чесного бізнесу тощо. Все це є необхідним для розвитку національної економіки, підвищення рівня добробуту громадян, забезпечення національної безпеки нашої держави і підвищення загального рівня культури наших громадян, що значно поліпшить передумови для євроінтеграції в недалекому майбутньому.

У контексті підвищення правової культури в сфері інтелектуальної власності культурологічні підходи потрібно удосконалити і до підготовки майбутніх юристів. В системі вищої освіти передбачається, що тільки громадянин, який глибоко усвідомив державно-національні інтереси та національні цінності й загальнолюдські надбання, котрий уміє реалізувати свої знання, фахові навички та вміння в полікультурному просторі, має почуття патріотизму, національної свідомості, високі морально-професійні якості, зможе проводити практичну діяльність на належному рівні. Зрозуміло, що і в сфері охорони та захисту інтелектуальної власності.

Рівень культурологічно зорієнтованого розвитку особистості майбутнього юриста виводить на розуміння сутності внутрішнього імперативу професійного обов'язку, тобто пізнання сутності власного обов'язку у кожному явищі, що безпосередньо впливає на якість юридичної діяльності, на рівень правової культури суспільства. Лише високий рівень особистої, а отже, і професійної культури, є засобом, здатним запобігти використанню юристом своїх знань законів для свавілля, спрямованого супроти цих законів. Джерелом будь-якого беззаконня з боку юриста передусім є безкультур'я.

Переосмислення проблеми культурологічної освіти майбутніх юристів виводить на розуміння необхідності докорінного оновлення організації та здійснення професійної підготовки. По-перше, впровадження культурологічної підготовки майбутніх юристів як цілісної соціальної багаторівневої динамічної системи на всіх етапах професійної освіти виховує спеціаліста, який уміє реалізувати свої знання, фахові навички та вміння в полікультурному правовому просторі, має почуття патріотизму, національної свідомості, високі морально-професійні якості, про що свідчить анкетування, експертні оцінки викладачів та студентів юридичного факультету. По-друге, опитування студентів-старшокурсників підтвердило необхідність здійснення фахової підготовки на основі глибоких засад світової і національної культури, що робить правознавця епіцентром впливу об'єктивності на рівень правової культури в країні, зміцнює позиції Української держави на міжнародній арені.

У суспільстві поряд з верховенством права має бути також верховенство правової культури. Адже саме за наявності верховенства культурологічних засад формується професійна свідомість юриста, духовні параметри його юридичних дій. По-третє, логічні умовиводи, заперечення, твердження інтуїтивного чи професійного характеру щодо ефективності культурологічної освіти майбутніх юристів як цілісної динамічної системи виводять на необхідність глибинного аналізу даної проблеми в теорії та методології вищої школи України, на виявлення тенденцій культурологічної освіти в історії та філософії вітчизняної та зарубіжної вищої правової школи, на розробку концепції культурологічної освіти студентів-правознавців (універсальну і індивідуальну), на вивчення індивідуальних особливостей майбутнього юриста, рівня його освіченості та інтелекту, професійної підготовки з метою створення спеціальної методики особистісно-орієнтованого підходу в культурологічній освіті. Нині саме таких підходів до юридичної вищої освіти вимагає суспільно-політична ситуація в Україні.

Важливе і складне завдання освіти – формування у молодої людини гуманістичних орієнтирів і моральних критеріїв, з допомогою яких вона осягає світ людської культури, перетворюючи цей зовнішній світ на внутрішній світ особистості. Зокрема, у підготовці юриста чи не найважливішу роль відіграє саме культурологічне спрямування освіти – формування світоглядної позиції та осягнення культури, тобто синтезу культур. У зв’язку зі сказаним доцільно визначити ціннісний зміст самого права з погляду юридичної аксіології. Враховуючи те, що право є чинником соціального прогресу, стає очевидною інструментальна цінність права, що сприяє функціонуванню різних соціальних інститутів - держави, соціального управління, моралі тощо. Загалом, це все регулює суспільні відносини, забезпечуючи організованість і нормальну життєдіяльність суспільства, соціальний мир, злагоду.

Зокрема, найважливішим ціннісним критерієм права, правової культури, правового закону є мораль, адже будь-який юридичний акт як форма

існування права є водночас і раціональним, оскільки обумовлює зовнішні суспільні межі свободи поведінки людини, ґрунтуючись на об'єктивній реальності й необхідності, і ірраціональним, оскільки звертається передусім до волі людини. Воля ж людини – це її справжнє «я», істинне ядро її сутності; саме тому вона становить основу її свідомості як дещо абсолютно надане та суще, далі якого вона йти не може. Адже вона є сама такою, якою вона бажає, а бажає так, якою вона є. Звідси випливає, що право є мірою свободи й справедливості, гарантом самодостатнього і захищеного від небезпеки життя. В українській правовій системі створено професійно-етичний кодекс адвокатів, який визначив певні вимоги до рівня професійної кваліфікації, честі, гідності, етичних принципів фахівця, адвоката, а саме: а) у стосунках з колегами – принципи поваги, доброї волі, коректності, доброзичливості, відповідальності за рівень власної професійності, готовність надати колезі професійну допомогу; б) у взаємовідносинах з клієнтом – принципи завоювання взаємної довіри, адвокатської таємниці, абсолютної чесності, професійної гідності, стриманості й коректності. Зауважимо, що професіограма адвоката, яка визначає соціально-психологічні особливості його діяльності, – захисника всіх прав та інтересів підсудного, поєднує знання фахівця (уміння виявити мотиви злочину, побічні причини, особливості психіки підзахисного тощо) і морально-етичний зміст його особистості (принциповість, чесність, гуманізм, відчуття біди іншої людини, бажання допомогти їй тощо).

Розпорядженням Кабінету Міністрів України (КМУ) від 10.07.2019 р. № 526-р було затверджено Стратегію розвитку сфери інноваційної діяльності на період до 2030 року, в якій визначені основні напрями інноваційної діяльності, серед яких центральне місце займає підтримка стартапів. Найбільш повний стан інноваційної сфери України у середині поточного десятиріччя наведено у Національній доповіді Інноваційна Україна 2020 [12]. Дана доповідь дає можливість зробити висновок, що найбільш важливим бар'єром для інноваційної діяльності українських підприємств є недолік фінансових

ресурсів, висока вартістю банківських кредитів для фінансування інноваційної діяльності. Низький рівень правової культури в сфері інтелектуальної власності. Тому мабуть Україна залишається однією з небагатьох країн Європи, де фактично відсутні непрямі стимули підтримки інноваційної діяльності та ефективної охорони інтелектуальної власності. Конче необхідно запровадження відповідних стимулів, що відповідають європейській практиці, і створення необхідних інститутів, які б сприяли інноваційному розвитку, оптимізації правової охорони всіх інститутів права інтелектуальної власності. Забезпечення цього є одним із найважливіших завдань законодавчої влади.

Висновки. Підсумовуючи все сказане вище, доцільно шукати шляхи подолання суперечностей, що наявні нині в процесі підготовки юристів-фахівців, шукати на системних засадах створення і впровадження в практику вищої школи інтеграцію юридичної освіти і науки, культурологічну модель підготовки студентів вищої школи права до майбутньої професійної діяльності. Ця модель має бути спрямована на підготовку фахівців у галузі права, спроможних розрізнити право як силу, покликану захистити права і свободи громадян, що відповідає вимогам загальнолюдської моралі, рівності й справедливості в суспільстві: і право як суспільний феномен, що разом з іншими суспільними чинниками формує ідеали та межі цієї свободи.

Список використанних джерел

1. Проблеми правового регулювання прав інтелектуальної власності в Україні / В.М. Панькевич, С.В. Гайдей, В.М. Стратієнко. URL: http://nauka.kushnir.mk.ua/?p=59475 5.(дата звернення:31.10.2021 р.)
2. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15 грудня 1993 року № 3687-XII (із змін та доп. станом на 14.10.2020 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3687-12#Text (дата звернення:31.10.2021 р.)

3. Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 15 грудня 1993 року № 3688-XII (із змін та доп. станом на 14.10.2020 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3688-12#Text (дата звернення:31.10.2021 р.)

4. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 грудня 1993 року № 3689-XII (із змін та доп. станом на 14.10.2020 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12#Text (дата звернення:31.10.2021 р.)

5. Про охорону прав на сорти рослин: Закон України від 21 квітня 1993 року № 3116-XII (із змін та доп. станом на 16.10.2020 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3116-12#Text (дата звернення:31.10.2021 р.)

6. Про охорону прав географічних значень: Закон України від 16 червня 1999 року № 752-XIV (із змін та доп. станом на 14.10.2020 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/752-14 (дата звернення:31.10.2021 р.)

7. Про охорону прав на компонування напівпровідникових виробів: Закон України від 5 листопада 1997 року № 621/97-ВР (із змін та доп. станом на 14.10.2020 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/621/97-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення:31.10.2021 р.)

8. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 року № 3792-XII (із змін та доп. станом на 05.01.2022 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text (дата звернення:15.02.2022 р.)

9. Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм : Закон України від 23 березня 2000 року № 1587-III (втратив чинність з 05.01.2022 р.) URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1587-14#Text (дата звернення:15.02.2022 р.)

10. Про особливості державного регулювання діяльності суб’єктів господарювання, пов’язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування: Закон України від 23 березня 2000 року № 2953-III (із змін та доп. станом на 14.10.2020 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2953-14#Text (дата звернення:31.10.2021 р.)

11. Readiness for the Future of Production Report 2018. (In collaboration with A.T. Kearney)./ World Economic Forum. Committed to Improving the State of

the World. URL: https://www3.weforum.org/docs/FOP_Readiness_Report_2018.pdf (дата звернення: 31.10.2021 р.)

12. Інноваційна Україна 2020: національна доповідь / за заг. ред.В.М. Гейця та ін.; НАН. України. К.: 2015. 336 с.

О.М. Котенко
(м. Київ)

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУРИ ЗОВНІШНЬОГО НЕЗАЛЕЖНОГО ОЦІНЮВАННЯ

Досліджуючи нормативно-правове регулювання у сфері вищої освіти щодо забезпечення якості вищої освіти, потрібно відзначити, що є нормативно-правові документи, які безпосередньо стосуються забезпечення якості вищої освіти, так і такі, що мають опосередкований вплив, проте тою чи іншою мірою визначають такі процеси чи процедури як проведення зовнішнє незалежне оцінювання (далі – ЗНО), за результатами якого здійснюється прийом до закладу вищої освіти. Вагомим інструментом у нормативно-правовому регулюванні забезпечення якості освіти стали Закон України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. та Закон України «Про освіту» від 05.09.2017 р. Однак немає єдиного нормативно-правового акту, який би регулював правове забезпечення ЗНО, а також випадки порушення та способи захисту прав учасників таких правовідносин.

Із 2008 року в Україні запроваджено загальнонаціональне ЗНО. Його запровадження можна розцінювати як суттєву принципову зміну державної освітньої політики, зокрема, в частині запобігання корупції під час вступу до закладу вищої освіти.

Оцінку ЗНО надав комітет Верховної Ради України з питань науки і освіти, який відзначив, що в Україні проведено відповідну роботу щодо забезпечення реалізації конституційних прав громадян на рівний доступ до освіти, аналізу стану системи освіти та прогнозування її розвитку, посилення контролю за дотриманням Державного стандарту загальної середньої освіти [1].

Попри свою позитивну значущість, ЗНО має низку недоліків, зокрема, незадовільну якість тестів, спрямованість їх переважно на перевірку формалізованих знань. Крім того суттєві недоліки притаманні організаційній структурі УЦОЯО, його співпраці з органами управління освітою та закладами

освіти, процедурі реєстрації учасників, підготовці тестових завдань, стимулюванню педагогічних і науково-педагогічних працівників, які залучаються до проведення ЗНО.

Нормативно-правова база для проведення зовнішнього незалежного оцінювання навчальних досягнень випускників закладів загальної середньої освіти є недосконалою, що призводить до порушення прав учасників даних правовідносин.

Одним із найбільш важливих питань, окрім організаційних заходів забезпечення надійності процесу ЗНО, є питання забезпечення ефективних норм правової відповідальності за порушення порядку проведення зовнішнього незалежного оцінювання.

Порядком проведення зовнішнього незалежного оцінювання та моніторингу якості освіти, затвердженим постановою КМУ від 25.08.2004 р. № 1095, передбачено право учасника ЗНО оскаржити процедуру проведення зовнішнього незалежного оцінювання [2]. Однак передбачено, що така апеляція подається в день проведення зовнішнього незалежного оцінювання в пункті проведення зовнішнього незалежного оцінювання до виходу особи з нього. Реального результату для конкретного учасника така апеляція не приносить. Наслідком розгляду заяви в кращому випадку можуть стати напрацювання рекомендацій щодо покращення процедури ЗНО.

Велика кількість правопорушень, які виникають у цій сфері залишається безкарною, оскільки ті норми законодавства, які на сьогодні діють в державі та можуть бути застосовані до порушників порядку проведення ЗНО, не охоплюють увесь діапазон правопорушень, які можуть виникнути як в ході проведення ЗНО, так і при оцінюванні його результатів.

Актуальною залишається і проблема щодо юридичної легітимності сертифікату, який видається на підставі результатів ЗНО, оскільки його немає у переліку документів про освіту, і жоден нотаріус не засвідчує його копії. За підробку даного документа законодавством не передбачається

відповідальності, але, в той же час, право на вступ до закладу вищої освіти дають лише сертифікати.

Виходячи з вищевикладеного, зовнішнє незалежне оцінювання потребує покращення як в аспекті нормативного врегулювання, так і його організаційно-процедурних питань. Нагальною є потреба законодавчого унормування порушень та відповідальності учасників ЗНО в процесі його проведення, прийняття відповідних нормативно-правових актів, беручи до уваги досвід більшості країн світу, де успішно функціонують такі системи тестування.

Список використаних джерел

1. Про хід реалізації Законів України «Про освіту», «Про загальну середню освіту» щодо здійснення контролю за атестацією та оцінюванням знань учнів (вихованців) загальноосвітніх навчальних закладів: Рішення комітету Верховної Ради України з питань науки і освіти від 13.02.2008 // *Освіта України*. – № 15, 22 лютого 2008 р.
2. Деякі питання запровадження зовнішнього незалежного оцінювання та моніторингу якості освіти: Постанова Кабінету Міністрів України № 1095 від 25.08.2004 р. Київ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1095-2004-%D0%BF#Text (дата звернення:31.10.2021 р.)

М.П. Дибань
(м. Київ)

ПІДСТАВИ ВІДМОВИ В УКЛАДЕННІ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Аналізуючи сучасний стан працевлаштування в умовах пандемії «COVID-19» варто звернути увагу на порушення трудових прав працівників при укладенні трудового договору. Дійсно, можна побачити, що законодавчий орган нашої держави намагається всіляко реформувати трудове законодавство України, а саме адаптувати його до проблем сьогодення, які виникають на ринку праці.

Особливо нагальним питанням є дотримання таємниці стану здоров’я особи, як конфіденційної інформації про особу, яка влаштовується на роботу в умовах пандемії. Насамперед, право на таємницю про стан здоров’я регламентується ст. 286 Цивільного кодексу України в редакції від 28.10.2021 р., відповідно, якої: 1. Фізична особа має право на таємницю про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при її медичному обстеженні. 2. Забороняється вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування фізичної особи. 3. Фізична особа зобов'язана утримуватися від поширення інформації, зазначеної у частині першій цієї статті, яка стала їй відома у зв'язку з виконанням службових обов'язків або з інших джерел. 4. Фізична особа може бути зобов'язана до проходження медичного огляду у випадках, встановлених законодавством [1]. Також про факти порушення трудових прав працівників при прийнятті на роботу на підставі стану здоров’я свідчить Рішення Конституційного Суду України від 30.10.1997 р. № 5-зп. Підставою для розгляду справи відповідно до ст. 94 Закону України «Про Конституційний Суд України» стала наявність неоднозначного застосування зазначених норм Закону України «Про інформацію» та Закону України «Про прокуратуру» судами загальної юрисдикції, що призвело до порушення конституційних прав і свобод громадянина України. З документів, надісланих

до Конституційного Суду України, та письмових тверджень К. Г. Устименка випливає, що в 1988-1990 роках за клопотанням адміністрації Дніпропетровського залізничного технікуму він перебував на консультативному психіатричному обліку Дніпропетровського міського психоневрологічного диспансеру. Заявник, якому про такий факт стало відомо у липні 1990 року, вважає, що це обмежувало можливості його працевлаштування і завдало йому моральних та матеріальних збитків [2]. Таким чином, потрібно звернутися до змісту ст. 24 Кодексу законів про працю України, яка наголошує на тому, що забороняється укладення трудового договору з громадянином, якому за медичним висновком запропонована робота протипоказана за станом здоров'я. Враховуючи вище вказане, вбачається факт того, що відмова у прийнятті на роботу на підставі стану здоров’я буде правомірною лише у випадку, якщо така робота протипоказана за медичним висновком [3]. Містяться певні обмеженні щодо укладання трудового договору за станом здоров’я і в Законі України «Про психіатричну допомогу» в редакції від 20.12.2018 р., зокрема, відповідно ст. 9: «Особа може бути визнана тимчасово (на строк до п’яти років) або постійно непридатною внаслідок психічного розладу, у тому числі спричиненого вживанням психоактивних речовин, до виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби), що можуть становити безпосередню небезпеку для неї або оточуючих. З метою встановлення придатності особи до виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби) з особливими вимогами до стану її психічного здоров’я вона підлягає обов’язковому попередньому (перед початком діяльності) та періодичним (у процесі діяльності) психіатричним оглядам, у тому числі на предмет вживання психоактивних речовин, або позачерговим (у процесі діяльності) у випадку виникнення психічного розладу в проміжок часу між оглядами [4]. Постановою Кабінету Міністрів України від 27.09.2000 р. № 1465 затверджено Порядок проведення обов'язкових попередніх та періодичних психіатричних оглядів і переліку медичних психіатричних протипоказань щодо виконання окремих видів діяльності

(робіт, професій, служби), що можуть становити безпосередню небезпеку для особи. Як вказано у цій Постанові, медичними психіатричними протипоказаннями для працівників, які для виконання своїх професійних завдань і обов'язків повинні мати дозвіл на право придбання, зберігання, носіння, перевезення і використання зброї, спеціальних засобів індивідуального захисту та активної оборони, боєприпасів, вибухових речовин і матеріалів є усі форми психічних розладів (у тому числі на стадії ремісії) [5].

Отже, проаналізувавши нормативно-правове регулювання даного питання можна підвести підсумок, що на рівні законодавства визначені підстави відмови в укладенні трудового договору. Тому роботодавці не мають права без достатніх правових підстав вимагати під час укладення трудового договору документів та відомостей про стан здоров'я особи, а також відмовляти у прийнятті на роботу, якщо за медичним висновком запропонована робота не протипоказана за станом здоров'я особі.

Список використаних джерел

1. Цивільний Кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435- IV (із змін. та доп. станом на 01.01.2022 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення:15.02.2022 р.)
2. Рішення Конституційного Суду України у справі vd971030 vn5-зп від 30 жовтня 1997 року щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та статті 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К.Г.Устименка) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-97#Text (дата звернення:08.11.2021р.)
3. Кодекс законів про працю України: Закон України від 10.12.1971 № 322-VIII р. (із змін та доп. станом на 15.12.2021 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text (дата звернення:08.11.2021р.)

4. Про психіатричну допомогу: Закон України від 22.02.2000 р. № 1489-III (із змін та доп. станом на 20.12.2018 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1489-14#Text (дата звернення:08.11.2021р.)

5. Про затвердження Порядоку проведення обов'язкових попередніх та періодичних психіатричних оглядів і переліку медичних психіатричних протипоказань щодо виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби), що можуть становити безпосередню небезпеку для особи, яка провадить цю діяльність або оточуючих: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.09.2000 р. № 1465 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1465-2000-%D0%BF#Text (дата звернення:08.11.2021р.)

ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ

1. ***Бабаскін Анатолій Юрійович***, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (м. Київ)

2. ***Бошицький Юрій Ладиславович,*** кандидат юридичних наук, професор,старший науковий співробітник. відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, ректор Київського університету права НАН України (м.Київ)

3. ***Венецька Марина Віталіївна***, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (м.Київ)

4. ***Волошинович Олег Петрович***, аспірант відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України, адвокат (м.Київ)

5. ***Дзяткевич Анастасія Володимирівна***, аспірант відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України, (м.Київ)

6. ***Дибань Максим Петрович***, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права і процесу юридичного факультету Національного авіаційного університету (м.Київ)

7. ***Д'яченко Тетяна Геннадіївна,*** аспірант відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (м.Київ)

8. ***Коструба Анатолій Володимирович,*** доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права навчально-наукового юридичного інституту ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника» (м. Івано-Франківськ)

9. ***Котенко Олена Миколаївна***, завідувач відділу професійної підготовки та післядипломної освіти КЗВО «Одеська академія неперервної освіти Одеської обласної ради», аспірант кафедри цивільного права Національного Університету «Одеська юридична академія» (м. Одеса)

10. ***Молявко Олеся Михайлівна***, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (м.Київ)

11. ***Ніколаєв Іван Юрійович***, аспірант кафедри підприємницького та корпоративного права ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана» (м.Київ)

12. ***Севрюкова Інна Феліксівна***, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України.(м.Київ)

13. ***Плавич Ігор Володимирович,*** аспірант відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (м.Київ)

14. ***Цуркану Сюзанна Іванівна,*** кандидат юридичних наук, доцент, юрист Адвокатського Об'єднання «Digilaw» (м.Одеса)

15. ***Ходаківський Максим Петрович,*** аспірант відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (м. Київ)

ЗМІСТ

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО 5

А.Ю. Бабаскін
Особливості правового регулювання договору платіжного рахунку у цивільному законодавстві України 8

А.В. Коструба
Формула тлумачення змісту договору: приватно-правові аспекти правозастосування 13

М.В. Венецька
Проблеми практики застосування гарантій як способу забезпечення виконання зобов'язань 19

І.Ф. Севрюкова
Деякі проблеми визначення принципу гласності (публічності) іпотеки у цивільному законодавстві України 23

О.П. Волошинович
Зловживання правами кредитора при реалізації права на позасудове звернення стягнення на предмет іпотеки 28

О.М. Молявко
Спеціальні правила укладання та виконання договору оренди нерухомого майна 34

І.В. Плавич
Генеза розвитку договору позики у римському приватному праві та його вплив на правове регулювання договору позики за цивільним законодавством України 37

Т.Г. Д'яченко
Правове регулювання залучення банківського вкладу із видачею цінного паперу у цивільному законодавстві України 44

С.І. Цуркану
Прогалин в правовому регулюванні договору про утримання від вчинення конкурентних дій 51

А.В. Дзяткевич
Передумови виникнення інституту банкрутства фізичних осіб 56

І.Ю. Ніколаєв
Правові вимоги до започаткування та провадження будівельної діяльності у формі державного приватного партнерства 60

М.П. Ходаківський
Інформація як об'єкт цивільних прав 66

Ю.Л. Бошицький
Деякі питання оптимізації правової охорони інтелектуальної власності в Україні 71

О.М. Котенко
Проблеми нормативно-правового регулювання процедури зовнішнього незалежного оцінювання 87

М.П. Дибань
Підстави відмови в укладенні трудового договору: цивільно-правовий аспект 90

ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ 94

наукове видання

ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНІ ВІДНОСИНИ В АСПЕКТІ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції
(м. Київ 22 листопада 2021 року)

Підписано до друку 17.05.2022 р.
Формат 60х84/16. Друк офсетний
Гарнітура TimesNewRoman. Умов. друк. арк.: 5.8
Наклад прим.: 300. Замовлення № 1705/22

Видавець: ТОВ «НВП «Інтерсервіс»
м. Київ, вул. Бориспільська, 9
Свідоцтво: серія ДК № 3534 від 24.07.2009 р.

Виготовлювач: СПД Андрієвська Л. В.
м. Київ, вул. Бориспільська, 9
Свідоцтво: серія В03 № 919546 від 19.09.2004 р.