

Факультет
правничих
наук



НАЦІОНАЛЬНИЙ
УНІВЕРСИТЕТ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА
АКАДЕМІЯ»

Кафедра
приватного
права

ЗАХИСТ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

збірник
наукових праць
учасників
круглого столу

04 лютого 2022 року
Київ, Україна

УДК 347; 347.9; 349.2; 341.9.

Організаційний комітет:

Ханик-Посполітак Роксолана Юріївна, кандидат юридичних наук, доцент, завідувачка кафедри приватного права Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Федосєєва Тетяна Романівна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри приватного права Національного університету «Києво-Могилянська академія».

Захист прав та інтересів в умовах реформування приватного права в Україні: збірник наукових праць учасників круглого столу (04 лютого 2022 року). – Київ: Національний університет «Києво-Могилянська академія», 2022. 117 с.

У збірнику представлено тези наукових доповідей учасників круглого столу, присвяченого висвітленню актуальних питань захисту прав та інтересів в умовах реформування приватного права в Україні.

@ Національний університет «Києво-Могилянська академія», 2022

@ Колектив авторів, 2022

ЗМІСТ

Бичкова Світлана Сергіївна

Процесуальні форми примирення в цивільному судочинстві
України.....6

Бобрик Володимир Іванович

Поняття «цивільної справи».....11

Білянська Наталія Володимирівна

Особливості правового регулювання сурогатного материнства в Україні та
світі.....19

Білянський Сергій Васильович

Захист права власності: окремі аспекти.....22

Гусаров Костянтин Володимирович

Питання судової практики визначення юрисдикції корпоративних спорів.....26

Демковський Павло Юрійович

Захист корпоративних прав держави в умовах реформування приватного
права.....30

Дзера Ірина Олександрівна

Реформування підстав та способів захисту цивільних прав та інтересів в
умовах рекодифікації ЦК України.....35

Кутна Оксана Олегівна

Проблеми визнання пандемії COVID-19 як форс-мажорної обставини.....40

Кирдан Богдан Васильович

Принципи здійснення медіації в Україні.....46

Музика Леся Анатоліївна

Захист прав дитини у сучасній судовій практиці.....49

Невінчана Валерія Костянтинівна

Реформування законодавства щодо працевлаштування осіб з інвалідністю:
актуальний стан, можливі зміни та пропозиції.....55

Посполітак Володимир Володимирович

Захист прав та інтересів у третейському суді.....62

Подолька Тетяна Олегівна

Свобода творчості та право інтелектуальної власності (співвідношення).....67

Проценко Діана Василівна

Альтернативні механізми захисту інформаційних прав громадян при
порушенні журналістами норм професійної етики в Україні.....71

Русских Павло Іванович

Державна реєстрація права власності як інструмент захисту прав особи.....80

Федосєєва Тетяна Романівна

Неприпустимість суперечливої поведінки учасника судового процесу.....84

Філоненко Анна Ігорівна

Інститут права очікування в умовах рекодифікації Цивільного кодексу
України.....88

Хамітова Вероніка Віталіївна

Окремі проблеми цивільно-правової відповідальності за порушення договору про трансплантацію.....93

Ханик-Посполітак Роксолана Юріївна

«Належний спосіб захисту» vs «ефективний спосіб захисту»: теорія і практика.....98

Хоменко Софія Сергіївна

Визнання недійсним фраздаторного правочину як спосіб захисту прав кредиторів.....101

Яцкевич Іван Іванович

Право виборного органу профспілки вимагати розірвання трудового договору з керівником в умовах реформування трудового законодавства.....106

Sofia Smirnova

Influence of Proportionality within Public Law in the United Kingdom (UK).....112

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ФОРМИ ПРИМИРЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

На превеликий жаль, розгляд і вирішення спорів в судовому порядку, зазвичай, є процесом тривалим, а часто – ще й витратним. У зв'язку із цим все більшої актуалізації набуває питання примирення сторін спору, що стає у нагоді при забезпеченні позасудового захисту прав, свобод та інтересів, а також, у разі звернення до суду за подібним захистом, сприяє його пришвидшенню і розвантаженню судової системи.

На сьогодні у вітчизняному цивільному процесуальному законодавстві закріплено положення, що забезпечують досудове врегулювання спору, врегулювання спору за участю судді, укладення і затвердження мирової угоди, встановлюють обов'язок суду сприяти примиренню сторін тощо.

Проте законодавець не визначає, що саме слід вважати примиренням у цивільному судочинстві і не окреслює його процесуальних форм. Тому науковці посідають різні позиції при вирішенні відповідного.

Так, цікавий підхід до типізації примирних процедур в цивілістичному процесі аргументувала О. М. Здрок, серед яких можна назвати ті, які можуть бути застосовані після відкриття судом провадження у справі: 1) класична процедура укладання мирової угоди; 2) активне судове посередництво, інтегроване в юрисдикційну діяльність суду; 3) активне судове посередництво, диференційоване від юрисдикційної діяльності суду; 4) делеговане судове посередництво [3, с. 7].

Усі такі процедури тією чи іншою мірою можуть застосовуватися і в нашій державі.

С. Я. Фурса свого часу підкреслювала: українське законодавство передбачає можливість вирішення спору мирним шляхом, зокрема, через укладення мирової угоди у цивільному судочинстві [8, с. 6].

А. Г. Гулик наполягає на тому, що ЦПК України «знає тільки одну примирну процедуру – урегулювання спору за участю судді», хоча і застерігає: не зважаючи на нормативне закріплення лише цієї процедури, розмірковуючи про можливу систему примирних процедур, не можна нею обмежуватися [2, с. 185].

На думку, Є. В. Куницького, примирення сторін у цивільному процесі може відбуватися у чотирьох процесуальних формах:

- 1) мирова угода;
- 2) відмова від позову, заяви (скарги);
- 3) визнання позову, скарги;
- 4) відкликання заяви (скарги) або залишення позовної заяви без розгляду з ініціативи позивача [4, с. 20].

Частково можна погодитися з аргументами до наведених підходів щодо процесуальних форм примирення в цивільному судочинстві. Проте, вбачається, законодавець не обмежує примирення лише однією процедурою. З приводу ж розширеного погляду на примирні процедури зацентруємо, що ми виходимо з позиції обов'язкової наявності взаємної домовленості між сторонами задля забезпечення примирення між ними. Усупереч цьому, наприклад, при визнанні позову відповідач погоджується з вимогами позивача повністю або частково, внаслідок чого «йде на поступку», водночас, позивач не вчиняє йому назустріч жодних дій [1, с. 141].

Деякі науковці вважають, що мирова угода не є примірною процедурою, а процесуальним результатом примирення як деякого процесу, що, найчастіше, має тривалий характер [12, с. 276].

Дійсно, у вузькому значенні, мирова угода є домовленістю сторін цивільної справи, яка набуває ознак процесуального результату примирення тільки у разі її затвердження судом. Проте, на наш погляд, у процесуальному законодавстві мирова угода розглядається у дещо ширшому значенні, позначаючи весь процес укладення та затвердження відповідної домовленості

сторін цивільної справи. Хоча, беззаперечно, точніше позначати відповідну форму примирення як укладення та затвердження мирової угоди.

З огляду на зазначене, вважаємо, процесуальними формами примирення в цивільному судочинстві, закріпленими на сьогодні на законодавчому рівні, є: врегулювання спору за участю судді та укладення і затвердження мирової угоди.

Відразу наголосимо, що указані процесуальні форми примирення не є взаємовиключними. Сторони можуть скористатися однією з них, поєднати одну з указаних форм із позасудовою процедурою примирення, використати спочатку одну, а потім, якщо не дійшли згоди, в подальшому – звернутися до іншої, хоча і з певними, передбаченими законом обмеженнями.

Ще звернімо увагу на те, що й дотепер вчені не можуть дійти одностайності у тому, чим є врегулювання спору за участю судді. Одні стверджують, що відповідна процедура є судовим розглядом справи, альтернативною позовному провадженню судовою процедурою, самостійним видом провадження цивільного судочинства [5, с. 51, 54]; другі наполягають, що провадження щодо врегулювання спору за участю судді слід визнавати стадією цивільного судочинства [10, с. 413]; треті знаходять спільні риси врегулювання спору за участю судді із медіацією і консиліацією, однак доходять висновку, що як такі ця процедура не може бути кваліфікована [11, с. 198–199]; деякі вважають, що введенням законодавцем врегулювання спору за участю судді фактично запропоновано новий вид медіації [9, с. 98]; інші доводять, що указане врегулювання спору є самостійною процедурою примирення, яка відбувається в межах судового розгляду, при цьому відзначаючи, що не всі принципи цивільного судочинства реалізуються під час процедури врегулювання спору (зокрема, принципи гласності, змагальності сторін, фіксації процесу тощо) [6, с. 571, 575]; є й такі, які наполягають на специфічності цієї процесуальної процедури в межах судового розгляду, що уособлює в собі усі необхідні риси примирної процедури, проте має свої ключові відмінності [7, с. 25].

Ми приєднуємося до думки щодо деякої подібності врегулювання спору за участю судді із присудовими медіацією і консиліацією, але також наполягаємо на самостійності відповідної процесуальної форми примирення, яка проводиться за правилами, визначеними ЦПК України, однак поза межами судового розгляду. Однак при цьому врегулювання спору за участю судді не стає альтернативним і самостійним видом цивільного судочинства, оскільки призначається в межах відкритого провадження у цивільній справі, хоча і є підставою для його зупинення. Не можна вважати таку процедуру і стадією цивільного судочинства, адже для її проведення провадження у справі зупиняється і врегулювання проводиться поза його межами. Тому можна вести мову про призначення врегулювання спору за участю судді в процесі провадження у цивільній справі, проте про проведення цієї процедури – уже поза його межами.

Таким чином, не зважаючи на наявність нормативних приписів, які регламентують врегулювання спору за участю судді та укладення і затвердження мирової угоди, правове регулювання таких процесуальних форм потребує подальшого удосконалення задля запобігання правовій невизначеності, забезпечення належної практичної їх реалізації, гарантування ефективного захисту порушених, невизнаних і оспорених прав, свобод та інтересів.

Список використаних джерел:

1. Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: монографія. Київ: Атіка, 2011. 420 с.
2. Гулик А. Г. Примирні процедури як одна з можливих форм оптимізації цивільного судочинства. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 4. С. 184–188.
3. Здрок О. Н. Примирительные процедуры в цивилистическом процессе: автореф. дис. ... д-ра юрид наук: 12.00.15 – гражданский процесс; хозяйственный процесс; арбитражный процесс. Минск, 2019. 52 с.
4. Куницький Є. В. Інститут примирення сторін у цивільному процесі України: дис. ... д-ра філософії: 081 – Право. Київ, 2021. 177 арк.

5. Лесько А. О. Врегулювання спору за участі судді: проблеми і перспективи. *Правова держава*. 2019. № 34. С. 48–56.
6. Татулич І. Ю. Врегулювання спору за участю судді – примирювальна процедура в цивільному судочинстві. *Modern achievements of EU countries and Ukraine in the area of law: collective monograph* / Editorial board: T. Borowiak, A. Wróbel, T. Kolomoiets. Wloclawek, 2020. P. 1. С. 565–583.
7. Тиханський О. Б. Врегулювання цивільного спору за участю судді в цивільному судочинстві України: дис. ... д-ра філософії: 081 – Право. Київ, 2020. 252 с.
8. Фурса С. Медіація в Україні: актуальні питання теорії і практики та необхідність законодавчої регламентації. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2014. № 1 (99). С. 5–8.
9. Фурса С. Я., Фурса Є. І. Врегулювання спору за участі судді – новий зміст медіації. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 2. С. 97–101.
10. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / Берестова І. Е., Бичкова С. С., Білоусов Ю. В. та ін.; за заг. ред. Василюк Н. В., Гулька Б. І., Кота О. О. К.: «Дакор», 2021. 1028 с.
11. Цувіна Т. А. Впровадження інституту присудової медіації як перспективний напрямок реформування цивільного процесуального законодавства України. *Україна на шляху до Європи: реформа цивільного процесуального законодавства: матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф. (Київ, 7 липня 2017 р.)*. Київ: ВД Дакор, 2017. С. 195–200.
12. Чекмарева А. В. Примирительные процедуры в цивилистическом процессе: опыт правоприменения и перспективы развития. *Примирительные процедуры в цивилистическом праве и судопроизводстве: сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф. Ч. 1*. Санкт-Петербург: Астерион, 2019. С. 273–278.

Бобрик Володимир Іванович
доктор юридичних наук, старший
науковий співробітник, завідувач
лабораторії захисту суб'єктивних прав
відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН
України

ПОНЯТТЯ «ЦИВІЛЬНОЇ СПРАВИ»

Одним із базових категорій цивільного судочинства є поняття «справа» («цивільна справа», «судова справа»). Не зважаючи на широке використання терміну «справа» в ЦПК України, так само як і в ГПК України, зазначені Кодекси не закріплюють його визначення. Натомість в КАС України термін «адміністративна справа» визначено як переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір (п. 1 ч. 1 ст. 4). Варто звернути увагу на те, що у всіх цивілістичних процесуальних Кодексах України термін «справа» в багатьох статтях фактично ототожнюється з терміном «спір». Також непоодиноким є їх вживання в одному словосполученні «справи у спорах» (наприклад, ч. 4 ст. 257 КАС України, ч. 1 ст. 20 ГПК України, ч. 4 ст. 274 ЦПК України), що очевидно є тавтологією з огляду на їх співвідношення як видового і родового поняття.

Легальне визначення поняття «судова справа» закріплене в пп. 1.2.1 пункту 1.2 Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затвердженому рішенням Ради суддів України від 26.11.2010 № 30: «судова справа – позовні заяви, скарги, матеріали кримінального провадження, подання та інші передбачені законом процесуальні документи, що подаються до суду і можуть бути предметом судового розгляду, а також судові процесуальні документи, що виготовляються судом» [19]. Подібний «канцеляристський» погляд на поняття цивільної справи поділяє О. М. Чашин, який визначає цивільну справу як сукупність документів, що стосуються до одного цивільно-правового спору, що розміщені в окремому обгортку [24, с. 12]. Проте таке розуміння судової справи не можна визнати

загальним, оскільки воно має спеціальне значення суто для потреб судового діловодства. В ЦПК України таке поняття позначається терміном «матеріали справи» (ч. 2 ст. 8, ч. 9 ст. 14, ч. 7 ст. 33 тощо), який точніше відображає його сутність.

В літературі висловлювались різні думки з приводу поняття цивільної справи. Частина науковців не дають його визначення, а лише вказують на його збірний характер. Так, М. К. Толчєєв вважає, що цивільні справи – це справи, пов’язані з вирішенням судом різноманітних конфліктів, що виникають з широкого спектру правовідносин (цивільних, публічних, трудових, сімейних, житлових земельних тощо) [13, с. 3]. Такого роду дефініції містять в собі коло, адже визначальне поняття («справи, пов’язані») не визначає зміст визначуваного («цивільні справи»).

Традиційний погляд на поняття цивільні справи, на думку М. С. Шакарян, полягає в тому, що такі справи охоплюють значну кількість правових конфліктів, що вирішуються судом, які виникають з різних правовідносин, а також справи окремого провадження, метою яких є захист законних інтересів шляхом встановлення юридичних фактів, правового статусу громадянина або майна [6, с. 8]. Однак і таке визначення містить таку ж саму логічну помилку (частково містить коло), а також є неконкретним з огляду на вживання оціночних понять «значна кількість» і «різні правовідносин».

З огляду на значення рішень ЄСПЛ для української правової системи концепт поняття «справа», на наш погляд, слід виводити з прецедентної практики ЄСПЛ щодо застосування ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [10], в якій закріплено концепт права на справедливий суд. В контексті досліджуваної проблеми слід звернути увагу на два аспекти цього конвенційного права: 1) суд розглядає справи, 2) суд вирішує спори щодо прав та обов’язків цивільного характеру. І якщо перший аспект в юридичній науці є аксіоматичний і не потребує додаткового тлумачення, то з приводу другого аспекту маємо широку практику ЄСПЛ, пов’язану із застосуванням ч. 1 ст. 6 Конвенції. Так, ЄСПЛ вважає, що можливості застосування цієї статті до

цивільних правовідносин, перш за все, залежать від наявності «спору». По-друге, спір має стосуватися «прав та обов'язків», які хоча б навіть суперечливо, але мають визнаватися національним законодавством. І нарешті, по третє, ці «права та обов'язки» мають бути «цивільними» згідно із Конвенцією, хоча ст. 6 не передбачається їх особливий зміст у законодавстві держав-учасників Конвенції [20]. Слід звернути увагу на те, що серед дослідників немає єдності думок з приводу поширення ч. 1 ст. 6 Конвенції на сферу цивільної юрисдикції. Так, Н. Ю. Сакара зазначає, що всі справи, які вирішуються в межах цивільного судочинства, стосуються прав, свобод та інтересів, які підпадають під визначення «цивільні» в контексті ч. 1 ст. 6 Концепції. Однак, враховуючи зміст норм ЦПК, що унеможлиблюють наявність спору про право в справах наказного та окремого провадження, можна стверджувати, пише вказана авторка, що гарантії, закріплені в п. 1 ст. 6 Конвенції, розповсюджуються лише на справи позовного провадження [9, с. 15]. Інша ж дослідниця цього питання Т. А. Цувіна, поділяючи позицію тих науковців, які відстоюють відсутність спору про право у межах наказного та окремого провадження [16], доводить, що ця стаття має поширюватися не тільки на процедуру позовного провадження, але і на процедури наказного та окремого проваджень, а також на добровільний арбітраж такою мірою, якою це не суперечать їх сутності [22, с. 990-999]. Загалом слід відзначити, що практика ЄСПЛ з цього приводу передбачає доволі широке тлумачення «цивільних прав і обов'язків», а тому поширюється й на справи, які в Україні розглядаються в порядку окремого провадження (справа «Горбатюк проти України» [20]; справа «Наталія Михайленко проти України» [1] та інші).

Поняття «цивільна справа» (чи «справа в цивільному судочинстві») слід визначати також з огляду на конституційну засаду, закріплену в ч. 3 ст. 124 Конституції України, відповідно до якої юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи. З такого конституційного положення вбачається, що законодавець до родового поняття «справа», окрім

кримінальних обвинувачень проти особи, що не стосується предмету цієї роботи, включає: а) будь-які спори щодо прав та обов'язків особи; б) інші справи у передбачених законом випадках. Таким чином, поняття «спір» є видовим щодо родового поняття «справа» [3, с. 52-56], яке охоплює також інші передбачені законом справи.

Цивільна юрисдикція згідно з ч. 1 ст. 19 ЦПК України, так само як і згідно з Конституцією України, поширюється, насамперед, на спір про права та обов'язки, що є видом цивільної справи. В юридичній літературі та процесуальному законодавстві спір про права та обов'язки, зазвичай, іменують «спором про право» [2; 11; 14; 15]. Не зважаючи на те, що термін «спір про право» застосовується в ЦПК України (ч. 4 ст. 294, ч. 4 ст. 315), з приводу його правової природи, сутності та змісту серед процесуалістів триває наукова дискусія. Деякі автори вважають, що спір про право є категорією матеріально-правовою [4, с. 11; 17], інші – процесуальною [8, с. 21]. Крім цих поглядів на юридичну природу правового спору, висловлювались думки про те, що спір про право є явищем, що розвивається, тобто перетворюється з матеріально-правового в процесуальне [7, с. 93], а також про існування двох аспектів розуміння поняття спору про право – процесуального та матеріально-правового [6, с. 13]. Саме останній підхід, на наш погляд, найповніше розкриває правову природу спору про право, адже він зароджується та існує в матеріально-правовій площині, проте при зверненні до суду за його вирішенням відповідний спір він набуває ще й процесуальних властивостей, не втрачаючи своєї матеріально-правової сутності та змісту.

З аналізу правової літератури вбачається, що поняття «спір про право» означає наявність розбіжностей (суперечностей) між суб'єктами правовідносин з приводу їх взаємних прав і обов'язків, що вказує на його широке розуміння. В процесуальному ж аспекті спір про право визначається наявністю перешкод на шляху здійснення особою права, які можуть бути усунуті за допомогою рішення суду. Такі перешкоди бувають різноманітними, зокрема, пов'язаними з тим, що зобов'язана особа в добровільному порядку не виконує своїх

обов'язків, а тому реалізація відповідного суб'єктивного права уповноваженої особи буде можливою лише у примусовому порядку або у разі отримання офіційного підтвердження судом певних юридичних фактів чи стану фізичної особи. З цього приводу М. Д. Матієвський зазначає, що поняттям «правовий спір» охоплюється два види спорів, вирішення яких віднесене до відання суду. Ними є спори про право та спори про юридичні факти. Спори про право в цивільному процесі вирішуються в позовному провадженні, спори про юридичні факти – в окремому провадженні [12, с. 107]. Такий підхід до розуміння спір про право є широким, адже передбачає, що такий спір присутній у всіх цивільних справах [2, с. 68].

Як зазначає А. В. Нижний, прослідковується неоднозначне розуміння цього поняття законодавцем та судами, які залежно від виду провадження у цивільному процесі під спором про право розуміють: у позовному провадженні – заявлену до суду вимогу особи, яка вважає, що її права, свободи або інтереси були порушені, не визнані або оспорені, про захист таких прав, свобод або інтересів; у наказному провадженні – недостатню обґрунтованість заявленої до суду вимоги про захист порушених прав заявника внаслідок недостатності доказів порушення його прав або виникнення у нього права вимоги, заперечень боржника проти існування обов'язку перед заявником (кредитором), обґрунтованості таких заперечень тощо; в окремому провадженні – конфлікт інтересів заявника та хоча б однієї із заінтересованих осіб внаслідок заперечення такої особи проти задоволення заяви про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів або неоспорюваних прав, а також можливість виникнення, зміни або припинення прав та обов'язків у третіх осіб внаслідок задоволення відповідної заяви. З огляду на це вказаний автор робить висновок про те, що у всіх трьох видах провадження в цивільному процесі спору про право надають різні характеристики. Оскільки спір про право розглядається виключно у позовному провадженні та в силу цього є критерієм для розмежування справ позовного, наказного та окремого проваджень,

зазначений автор вважає, що загальну концепцію спору про право слід будувати виходячи саме із його розуміння у позовному провадженні [15, с. 31].

Ненашев М. М. ототожнює поняття спору про право та судової справи та визначає спір про право як об'єктивну виражену суперечку двох сторін, яка складається з юридичної вимоги однієї сторони (адресанта), якому протистоїть правове положення другої сторони (адресата), тобто факт-стан особи як суб'єкта права, за яким застосування примусу до нього можливе тільки з санкції державних органів [14].

Досліджуючи співвідношення судової справи та спору про право, В.Г. Перепелюк зазначає, що судова справа – це не просто спір про право, а спір переданий до суду і прийнятий судом до розгляду. Тому справою слід вважати ті елементи спору (сторони, предмет і підстави спору), які визнані судом. Цей автор визначає поняття судової справи (для цивілістичних видів судового процесу) як правове питання, яке виникло з певного виду матеріальних правовідносин і передане на розгляд суду цивільної, господарської чи адміністративної юрисдикції. І в цьому контексті під правовим питанням, на думку В. Г. Перепелюка, слід розуміти будь-яке клопотання про сприяння (в тому числі захист) у реалізації прав, свобод, інтересів приватних осіб, інтересів держави та суспільства. Такі міркування щодо співвідношення спору про право та судової справи, на думку зазначеного автора, є справедливими і для співвідношення безконфліктного (безспірного) правового питання та судової справи з деякими відмінностями, що обумовлені правовою природою безспірних правових питань (відсутність сторін, відсутність спору) [21, с. 9-13].

Таким чином, в цивільному процесуальному законодавстві та науці спостерігається семантична невизначеність з приводу того, що ж саме розглядають і вирішують суди цивільної юрисдикції – спір, справу чи провадження. Цілком підтримуючи вищевказану думку В. Г. Перепелюка, слід наголосити на тому, що в цивільному судочинстві, на відміну від адміністративного та господарського, з огляду на загальну цивільну

юрисдикцію розглядають як спори про право, так і безспірні правові питання, які є як передумовою, так і змістом цивільної справи. При цьому цивільна справа виникає лише у разі передачі особою відповідного правового питання (позову чи заяви) на вирішення суду за встановленою законодавством процедурою та існує лише в межах її розгляду судом. Спір же про право як правовий конфлікт може існувати поза судовою справою (судочинством), як до її відкриття, так і після її припинення.

З огляду на викладене вище, під цивільною справою слід розуміти правове питання, що підпадає під цивільну юрисдикцію (ч. 1 ст. 19 ЦПК України), передане на вирішення суду в порядку цивільного судочинства.

Список використаних джерел:

1. Judgment The European Court of Human Rights 30.05.2013. Case of Nataliya Mikhaylenko v. Ukraine. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22%3A%2249069/11%22%7D>.
2. Бобрик В. І. Поняття «спір про право» в наказному провадженні. Господарсько-правове, цивільно-правове та фінансово-правове забезпечення розвитку сучасної економіки України: зб. доп. та тез повідомл. учасників цивільно-прав. секції всеукр. наук.-практ. конф. (м. Донецьк, 14 листопада 2008 р.); Ред. Кол. С. Г. Кузьменко, О. І. Антонюк. Донецьк: ДЮІ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2008. С. 66-70.
3. Бобрик В. І. Цивільна юрисдикція через призму частини третьої статті 124 Конституції України. Приватне право і підприємництво. 2017. Вип. 17. С. 52-56.
4. Ванеева Л. А. Судебное познание в советском гражданском процессе : учеб. пособие / под ред. Н. А. Чечиной. Владивосток : Дальневосточ. ун-т, 1972. 134 с.
5. Гражданское процессуальное право : учебник / [С. А. Алехина, В. В. Блажеев, А. Т. Боннер и др.] ; под ред. М. С. Шакарян. М. : Велби ; Проспект, 2004. 584 с.
6. Елисейкин П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1974. 31 с.
7. Жеруолис И. А. Сущность советского гражданского процесса / редкол.: А. Булота, С. Вансявичюс, И. Жеруолис, А. Жюрис ; отв. ред. Е. Пальскис. Вильнюс : Минтис, 1969. 204 с.
8. Зайцев И. М. Сущность хозяйственных споров. Саратов : Саратов. ун-т, 1974. 157 с.

9. Комаров В. В., Сакара Н. Ю. Право на справедливий судовий розгляд в цивільному судочинстві : навч. посіб. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2007. 42 с.
10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.
11. Лузан Т. Спір про право як критерій розмежування справ цивільної юрисдикції. *Юридичний вісник*. 2014. № 3. С. 372–376
12. Матиевский М. Д. Спор о праве и гражданское дело. *Правоведение*. 1978. № 2. С. 104–108
13. Настольная книга судьи по гражданским делам. 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. Н. К. Толчеева. М. : Велби ; Проспект, 2008. 650 с.
14. Ненашев М. М. Спор о праве и его место в гражданском процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15. Саратов, 2011. 30 с.
15. Нижний А. В. Спір про право у цивільному процесуальному законодавстві та судовій практиці. *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 3(175). С. 26-34.
16. Окреме провадження: монографія. За ред. В. В. Комарова. Х.: Право, 2011. 312 с.
17. Побирченко И. Г. Хозяйственные споры и формы их разрешения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 1.2.719. Киев, 1971. 31 с.
18. Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затверджене рішенням Ради суддів України від 26.11.2010 № 30. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr030414-10#Text>.
19. Посібник зі статті 6. Право на справедливий суд (цивільна частина). Рада Європи / Європейський Суд з прав людини, 2013. С. 5-14. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf.
20. Рішення ЄСПЛ від 07.11.2019. Справа «Горбатюк проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e60#Text.
21. Уніфікація та диференціація загальних положень цивілістичного процесуального законодавства України : монографія / за заг. ред. В. І. Бобрика. Київ : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2013. 192 с.
22. Цувіна Т. А. Право на суд у цивільному судочинстві. *Форум права*. 2012. № 4. С. 990–999.
23. Чашин А. Н. Гражданский и арбитражный процесс : учебник. М. : Дело и сервис, 2010. 688 с.

Білянська Наталія Володимирівна
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільно-правових
дисциплін Національної академії
внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА В УКРАЇНІ ТА СВІТІ

Сурогатне материнство як репродуктивна практика стає все більш популярним. Сурогатне материнство є інститутом, що має важливе соціальне значення, оскільки сприяє вирішенню проблеми тих людей, які не можуть мати дітей. Збільшення кількості бездітних сімей спричиняють активний попит на послуги репродуктивної медицини в цілому та на сурогатне материнство зокрема.

Термін «сурогатне материнство» використовується дуже широко, але, більш точним формулюванням слід визнати норму, визначену ВООЗ в Женеві у 2001 році: «Гестаційний кур'єр – жінка, у якої вагітність наступила в результаті запліднення ооцитів, що належать третій стороні, сперматозоїдами, що належать третій стороні. Вона виношує плід з тією умовою або договором, що батьками народженої дитини буде одна або обидві людини, чиї гамети використовувалися для запліднення».

Правове забезпечення сурогатного материнства в Україні є одним із законодавчо неврегульованих і складних питань. Так, на сьогодні в Україні немає єдиного кодифікованого акту, що регулював би питання застосування допоміжних репродуктивних технологій. Окремі аспекти здійснення сурогатного материнства передбачені в Цивільному кодексі України, Сімейному кодексі України, Законі України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», Законі України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 17.05.2018, Правилах державної реєстрації актів цивільного стану України, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 18.10.2000 № 52/5, Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затвердженому наказом Міністерства

охорони здоров'я України від 09.09.2013 № 787. Проте, таке фрагментарне правове регулювання не може повною мірою гарантувати належну реалізацію і захист прав та інтересів учасників таких правовідносин.

На сьогодні законодавець не містить навіть визначення «сурогатного материнства», хоча дане поняття зустрічається не в одному нормативно-правовому акті. Аналіз норм чинного законодавства дає змогу припустити, що сурогатне материнство як вид допоміжних репродуктивних технологій – це одна із методик лікування безпліддя, при застосуванні якої жінка добровільно погоджується завагітніти з метою виносити та народити біологічно чужу їй дитину, яка буде потім передана на виховання іншим особам – генетичним батькам, які будуть в подальшому юридично вважатися її батьками.

Відповідно до п. 6.1 Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затвердженому наказом Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 № 787 умовами для проведення сурогатного (замінного) материнства (далі – СМ) є:

- наявність медичних показань до СМ, передбачених законодавством;
- наявність документів, необхідних для проведення СМ;
- подружжя (або один з майбутніх батьків), в інтересах якого здійснюється СМ, повинно (повинен) мати генетичний зв'язок з дитиною;
- сурогатна мати не повинна мати безпосередній генетичний зв'язок з дитиною. Дозволяється виношування вагітності близькими родичами майбутніх батьків (мати, сестра, двоюрідна сестра тощо) [1].

Ще одним недоліком законодавчого забезпечення є неврегульованість істотних умов договору, що укладається між сурогатною матір'ю та біологічними батьками (подружжям), що може призвести до порушень прав як біологічних батьків, так і сурогатної матері, а також самої дитини.

Певні проблемні моменти можуть виникати і під час реєстрації дітей, народжених за програмою сурогатного материнства. Відсутність чіткого регулювання на законодавчому рівні даних питань призводить до зростання випадків незаконних діянь, пов'язаних з народженням дітей з використанням

сурогатного материнства, торгівлею людьми, особливо, коли біологічними батьками виступають громадяни інших країн.

На сьогодні правове забезпечення сурогатного материнства є достатньо складним питанням юридичної практики не лише в Україні.

Сурогатне материнство у світі сприймається по-різному. Умовно країни можна розділити на три групи:

1) ті, в яких таке явище заборонено. Це Франція, Італія, Німеччина, Норвегія, Австрія, Швейцарія, КНР;

2) ті, що дозволяють сурогатне материнство. До них належать Україна, Білорусія, Грузія, Російська Федерація, Казахстан, Фінляндія, ПАР, Польща, США (крім штатів Мічиган, Аризона, Нью-Джерсі). В цих країнах дозволено укладення договорів, відповідно до яких сурогатна матір за свої послуги має право на отримання грошової винагороди;

3) ті, в яких дозволено сурогатне материнство з суттєвими обмеженнями. Це такі країни як Ізраїль, Угорщина, Нідерланди, Австралія, Великобританія, Канада, Данія, Іспанія. Так, в Ізраїлі, сурогатне материнство дозволено лише гетеросексуальним подружнім парам, за умови відсутності кровного споріднення між жінкою та дитиною, та її генетичними батьками. Крім того, такі особи мають належати до однієї релігії, а право на процедуру запліднення можна отримати лише в спеціалізованому комітеті, до складу якого входять соцпрацівники, лікарі та релігійні діячі. В Данії та Угорщині виносити дитину для третіх осіб можна лише їх родичці. У Великобританії допускається лише оплата медичних послуг для сурогатної матері, але без виплати їй грошової винагороди [2].

Як бачимо, на теперішній час сурогатне материнство стало досить поширеним явищем. Сурогатне материнство дало можливість бездітним парам мати генетично рідних до них дітей. На жаль, розвиток медичної науки в таких питаннях дещо випереджає її правову складову. Чітке регулювання на законодавчому рівні даних питань допоможе звести до мінімуму випадки

незаконних діянь та зловживань, що в свою чергу сприятиме належному захисту прав та інтересів учасників правовідносин із сурогатного материнства.

Список використаних джерел:

1. Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні: затв. наказом Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 № 787. *Офіційний вісник України*. 2013. № 82. Стор. 446. Ст 3064.

2. Суррогатное материнство за рубежом. URL: <https://mama-poisk.ru/news/surrogatnoe-materinstvo-za-rubezhom.html#1> (дата звернення: 01.02.2022)

Білянський Сергій Васильович
викладач циклу тактичних дій та
фізичної підготовки поліцейських
Національної академії внутрішніх
справ

ЗАХИСТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Одним із основних правових інститутів кожної держави є інститут права власності, адже його належна регламентація впливає на особливості регулювання інших інститутів цивільного права. Непорушність права приватної власності передбачена перш за все Конституцією України (ст. 41), а також Цивільним кодексом України (далі – ЦК України), в якому однією із засад цивільного законодавства є неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом (ст. 3).

В певних ситуаціях може виникати загроза власності як фізичних, так і юридичних осіб. Тому, саме держава взяла на себе обов'язок забезпечувати захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання (ст. 13 Конституції України).

Захист права приватної власності є невід'ємною частиною гарантованого законодавством захисту цивільних прав та інтересів. Відповідно до ст. 15 ЦК

України, кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання.

Дослідження поняття «захист права власності» завжди посідало важливе місце в юридичній науці взагалі і в цивілістичній зокрема, адже на захист права власності прямо чи опосередковано спрямовані норми багатьох галузей права (цивільного, кримінального, адміністративного тощо). При цьому погляди вчених на це поняття виявилися різними, що зумовлено відмінністю цивільно-правових засобів захисту від інших засобів, відсутністю однозначності у законодавчому врегулюванні захисту права власності, наявністю розбіжностей у тлумаченні понять «правовий захист» та «правова охорона» та іншими обставинами.

На сьогодні юридичною наукою не сформульовано чітких критеріїв щодо змісту захисту цивільних прав загалом і права власності зокрема та його розмежування з правовою охороною цих прав. Ця проблема була і є предметом наукових досліджень багатьох юристів.

Досить поширеною у юридичній літературі є позиція, згідно з якою правовий захист охоплює всю систему правових засобів, спрямованих на забезпечення та здійснення відповідних цивільних прав. Один з прихильників цієї позиції Г. М. Стоякін зазначив, що правовий захист включає в себе: видання норм, які встановлюють права та обов'язки, визначають порядок їх здійснення та захисту і загрожують застосуванням санкцій; діяльність суб'єктів зі здійснення своїх прав та захисту суб'єктивних прав; попереджувальну діяльність державних та громадських організацій та діяльність з реалізації правових санкцій [1, с. 34].

Гнатів О. Б., проводячи дослідження позицій науковців щодо співвідношення понять охорони і захисту суб'єктивних прав, виділила чотири групи поглядів: а) це одне і те ж саме, але водночас різне суб'єктивне право; б) це різні стадії існування суб'єктивного цивільного права; в) це коли суб'єктивне право охорони є ширшим за право на захист; г) навпаки, право на захист є ширшим і охоплює своїм обсягом право охорони [2, с. 13].

Ми схилиємося до позиції, яку відстоюють Р. Б. Шишка [3, с. 247], М. К. Галянич [4, с. 20], яка полягає в тому, що охорона права власності – це встановлення загального правового режиму, а захист права власності – це заходи, що застосовуються у випадках, коли право власності порушене, оспорене чи невизнане.

Особливе значення в питаннях захисту права власності належить судовій практиці.

Відповідно до листа Верховного Суду України «Щодо деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ» від 01.07.2013 зазначено: аналіз законодавства дає підставу для висновку, що абсолютність прав власника зовсім не означає, що ніхто і ніколи не може їх обмежити. Разом із тим, як вбачається зі ст. 319 ЦК України обмеження права власності не підлягає розширеному тлумаченню.

Заслужовує на увагу проблема цивільно-правового захисту майна, що перебуває у спільній власності. Після прийняття 19.06.1992 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду України» розпочалась приватизація житла, яка триває і дотепер. Для забезпечення реалізації житлових прав громадян великій кількості гуртожитків, що перебували у власності і на балансах державних підприємств та установ, надано статус житлових будинків і, відповідно, їх мешканці приватизували кімнати, в яких вони проживали. Надання статусу житлового будинку – це дія юридичного характеру, проте сама споруда конструктивно не змінюється. У мешканців таких будинків (гуртожитків) у спільній власності перебувають приміщення загального користування. Так, на практиці часто спостерігаються випадки порушення прав мешканців вказаних будинків шляхом приватизації майна, що перебуває в їх спільній власності (кладові, побутові приміщення тощо). Відчуження спільного майна відбувається за допомогою житлово-експлуатаційних організацій, на балансі яких перебували раніше будинки.

Схожі проблеми правового режиму спільного майна виникають і у випадках створення об'єднань співвласників багатоквартирного будинку, які останнім часом набувають все більшої популярності.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 02.03.2004 № 4-рп/2004 у справі про права співвласників на допоміжні приміщення багатоквартирних будинків вказав, що допоміжні приміщення (підвали, сараї, кладовки, горища, колясочні тощо) передаються безоплатно у спільну власність громадян одночасно з приватизацією ними квартир (кімнат у квартирах) багатоквартирних будинків. Власники неприватизованих квартир багатоквартирного будинку є співвласниками допоміжних приміщень нарівні з власниками приватизованих квартир [5]. Це означає, що приватизація спільного майна являється перешкодою у здійсненні співвласниками свого права власності.

Підсумовуючи проведений нами короткий аналіз захисту права власності в Україні, можна стверджувати, що, не зважаючи на досить широку правову регламентацію даного інституту та наукові доробки вчених, окремі питання все ж потребують особливої уваги як з боку держави, так і наукової спільноти.

Список використаних джерел:

1. Стоякин Г. М. Понятие защиты гражданских прав. Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав: сборник учёных трудов. 1973. Вып. 27. С. 30–35.
2. Гнатів О.Б. Захист права власності в цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2014. 202 с.
3. Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект. Х. : Вид-во Національного ун-ту внутрішніх справ, 2002. 368 с.
4. Галянтич М. К. Промислова власність: правові засоби охорони та захисту. К. : АПрН України. НДІ приватного права та підприємництва, 2003. 256 с.
5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Ярового Сергія Івановича та інших громадян про офіційне тлумачення положень пункту 2 статті 10 Закону України "Про приватизацію державного житлового фонду" та за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення статей 1, 10 цього Закону

(справа про права співвласників на допоміжні приміщення багатоквартирних будинків) від 02.03.2004 № 4-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-04#Text> (дата звернення: 01.02.2022).

Гусаров Костянтин Володимирович
доктор юрид. наук, професор,
завідувач кафедри
цивільного процесу Національного
юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

ПИТАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ВИЗНАЧЕННЯ ЮРИСДИКЦІЇ КОРПОРАТИВНИХ СПОРІВ

Однією з ключових проблем приватного права при захисті порушених цивільних прав є визначення належного суду для відправлення правосуддя задля реалізації вищевказаного захисту з метою забезпечення права на справедливий суд, визначеного ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Ця норма встановлює необхідність визначення такого суду національним законодавством тієї чи іншої Високої Договірної Сторони. На науковому рівні питанням належного визначення судової юрисдикції приділялась увага, зокрема, В.В. Комаровим [1].

У вказаному контексті варто звернути увагу на практику визначення належної судової юрисдикції справ по спорам, що виникають з корпоративних правовідносин. За загальним правилом, п.п. 3, 4 ч. 1 ст. 20 ГПК України передбачено розгляд таких справ судами господарської юрисдикції. Разом з цим, у судовій практиці, включаючи Верховний Суд, виникає низка питань щодо визначення судової юрисдикції стосовно спорів, які мають ознаки корпоративних, проте детальний їх аналіз допускає суперечливий висновок про безспірність юрисдикції виключно господарських судів. В цьому аспекті звертає увагу одна із справ (№ 759/8676/19), судові рішення по якій є, на час

підготовки даної публікації, предметом розгляду суду касаційної інстанції цивільної юрисдикції. Позовні вимоги, що були розглянуті за правилами ЦПК України, зводились до визнання недійсним договору купівлі-продажу корпоративних прав на частку у статутному капіталі та до поділу спільної сумісної власності подружжя на частки у статутному капіталі, яка відчужена за оспорюваним договором. При цьому виникає питання визначеності можливого вирішення справи за правилами господарського в межах одного провадження.

Дослідження змісту актів правосуддя, що містяться у Єдиному державному реєстрі судових рішень, дозволяє зробити наступні висновки. Проблема визначення судової юрисдикції корпоративних справ та спорів, що витікають з корпоративних правовідносин, є предметом дискусій у науковій та практичній сферах. Достатньо зауважити про великий відсоток справ, які були предметом розгляду Великої Палати Верховного Суду, виникали з приводу визначення належної судової юрисдикції.

Значною мірою вирішення проблеми судової юрисдикції зазначених справ сприяв суддя Верховного Суду Д.Д. Луспенник. Проте стрімкий розвиток суспільних відносин, що врегульовані нормами як сімейного, так і господарського, зокрема корпоративного, права, призводить до необхідності уточнення окремих положень, на яких ґрунтувались підходи до вирішення питань юрисдикції спорів по вищевказаним категоріям справ.

Отже, предметом розгляду справи № 759/8676/19, котра була предметом розгляду судів цивільної юрисдикції, є поділ майна подружжя, визнання недійсним договору купівлі-продажу корпоративних прав, скасування державної реєстрації та визнання права власності частини в праві спільної сумісної власності, що відповідає частці в статутному капіталі господарського товариства. Дану справу розглянули суди першої та апеляційної інстанцій цивільної юрисдикції, ухваливши протилежні за правовими наслідками судові рішення.

Аналіз наданих документів свідчить про оперування учасниками справи як матеріалами вітчизняних судових прецедентів, так і практикою ЄСПЛ. Проте визначення передбаченого ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод незалежного і безстороннього суду, встановленого законом, котрий вирішує спір щодо прав та обов'язків цивільного характеру, цілком залежить від аналізу та тлумачення норм національного законодавства.

З огляду на характер спірних правовідносин та аналіз процесуальних документів, вважаю за доцільне зазначити про ознаки корпоративних правовідносин, що притаманні господарським справам, поряд із певними виключеннями, що ставлять під сумнів загальне визначення юрисдикції корпоративних справ господарським судам. В даному аспекті заслуговує на підтримку позиція В.Ю. Уркевича, відповідно до якої спір підлягає розглядові господарським судом за умови порушення товариством корпоративних прав учасника (акціонера) у справах про визнання договорів недійсними [2]. В доповнення до вказаної позиції, І.В. Ткач пише, що господарському судові підвідомчі корпоративні спори крім провочинів у сімейних та спадкових правовідносинах [3, с. 4, 9].

В доповнення до вказаної точки зору варто зазначити висновки Верховного Суду, сформовані за результатами здійснення правосуддя у 2020 р. З 28.03.2014 р. процесуальний закон визначає юрисдикцію господарського суду щодо розгляду справ, які виникають з корпоративних відносин у спорах між юридичною особою, а не винятково господарським товариством, та її учасниками (засновниками, членами), у тому числі пов'язаними із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності такої особи. Розглядаючи особливості розгляду спорів щодо корпоративних прав як спільного майна подружжя, найвищий судовий орган визначає правовий статус внесених до статутного капіталу грошей як власність товариства, а не як об'єкт сумісної власності подружжя. Корпоративні права, на думку Верховного Суду, виникають у того з подружжя, хто є учасником (акціонером, членом)

юридичної особи, і саме він має право звернення до господарського суду за захистом порушеного права при його порушенні. Разом з цим, у документі, що цитується, наголошується, що по тим аналогічним справам, які є предметом дослідження у даному науковому висновку, питання юрисдикції остаточно не вирішені [4, с. 10, 131, 132].

Проте у справі, що є предметом аналізу у даній публікації, правовідносини щодо визнання недійсними договорів щодо корпоративних прав у зв'язку із поділом майна подружжя має, вважаю, сімейно-правове «підґрунття», і тому підлягає розглядові в порядку цивільного судочинства. На користь наведеної позиції можна вказати і суб'єктний склад, оскільки з позовом звернувся не власник корпоративних прав, пред'явивши позов до господарського товариства, а член сім'ї до відповідача про визнання угод купівлі-продажу вказаних прав недійсною та про поділ сумісного майна у вигляді корпоративних прав.

Список використаних джерел:

1. Комаров, В. В. "Проблема розвитку судових цивільних юрисдикцій." *Конституція України—основа модернізації держави та суспільства: матеріали наук. конф.(м. Харків, 21–22 червня 2001 р.).—Х.: Право. 2001.*
2. Уркевич В. Юрисдикційність корпоративних спорів: правові висновки Великої Палати Верховного Суду: Ел. ресурс: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Vebinar1_2_09_04_2020.pdf
3. Ткач І. Актуальні питання юрисдикційності корпоративних спорів: Ел. ресурс: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Prez_Tkach.pdf
4. Огляд за результатами вивчення практики розгляду Верховним Судом справ щодо корпоративних спорів, корпоративних прав та цінних паперів: Ел. ресурс: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ogla_d_korporatyv_KGS__2020.pdf

Демковський Павло Юрійович
Студент III курсу факультету правничих наук
Національного університету «Києво-Могилянська академія»
Науковий керівник:
д. ю. н., доцент,
доцент кафедри приватного права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»
Музика Леся Анатоліївна

ЗАХИСТ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ ДЕРЖАВИ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Вступ. Дослідження захисту корпоративних прав держави є особливо актуальним в умовах реформування приватного права. Зараз порушується питання щодо підвищення ефективності корпоративного управління об'єктами державної власності. Зміни, що пропонуються законодавцем, безпосередньо пов'язані із удосконалення управління корпоративних прав держави та недопущенням ситуацій їх порушення.

Виклад основного матеріалу. В Концепції оновлення Цивільного кодексу України (далі – Концепція рекодифікації) висловлюється підхід щодо уточнення сфер у яких складаються приватноправові відносини, що регулюються цивільним законодавством і включення до нього корпоративних відносин [1, с. 7]. Окрім цього, пропонується закріплення у ЦК України вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб з одночасною відмовою від деяких їх архаїчних конструкцій (передусім йдеться про підприємства) [1, с. 9].

Поступовим втіленням цих ідей Концепції рекодифікації є Законопроект «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період» від 09.09.2021 року № 6013 (далі – Законопроект № 6013), який від 10 вересня минулого року наданий до ознайомлення [2]. У Законопроекті № 6013 передбачені такі основні законодавчі зміни: (1) заборона реєструвати юридичні особи у формах підприємств та їх поступова реорганізація в організаційно-правові форми

товариств, (2) відмова від інститутів права господарського відання та оперативного управління, і (3) скасування Господарського кодексу України. В межах досліджуваного питання пропонуємо проаналізувати, як окремі запропоновані зміни системи юридичних осіб оновлюють механізми управління та реалізації державою своїх корпоративних прав, і, зі свого боку, сприятимуть подальшому недопущенню порушення корпоративних прав держави.

Відтак, одним із шляхів удосконалення управління в юридичних особах державної власності розглядається відмова від організаційно-правової форми підприємств та із поступовою корпоратизацією шляхом перетворення. Корпоратизація державних підприємств (далі – ДП) не є новим явищем для національного права України. Навпаки, можемо говорити за успішні приклади перетворень ДП в товариства: НАК «Нафтогаз», АТ «Укрпошта», АТ «Укрзалізниця», АТ «Укренерго». 9 грудня 2021 року Кабінет Міністрів України (далі – КМУ) затвердив перетворення ДК «Укроборонпром» в акціонерне товариство [3], а на 2022 рік планується корпоратизація НАЕК «Енергоатом» [4].

Водночас, Д. Задихаймо вбачаючи ризики в законодавчій ініціативі, вважає, що сам перехід права власності від держави, що стосується майна ДП, до самих юридичних осіб, хоча і публічного права, але корпоратизованих в організаційно-правову форму господарських товариств створює юридично опрацьовані можливості для тіньової фактичної приватизації публічного майна [5, с. 143]. Однак, необхідно розуміти, що запропонована в Законопроекті № 6013 корпоратизація ДП, та, фактична приватизація, яка матиме місце на думку Д. Задихайла, відбуваються за різними процесами та з відмінними процедурами, метою та правовими наслідками [6, с. 169].

Держава, внаслідок корпоратизації, не відчужує майно, що перебуває у її власності, та не втрачає будь-якого права на нього, що відбувається після приватизації. Внаслідок корпоратизації ДП і переходу до останнього права власності, у держави виникають корпоративні права щодо такого товариства,

зокрема залишається можливість управління товариством та отримання дивідендів від його діяльності [6, с. 167]. Запропонована корпоратизація, на відміну від приватизації, має на меті змінити організаційно-правову форму управління, відокремивши менеджмент організації та власника організації з метою створення відкритості та прозорості у прийнятті управлінських рішень [7, с. 197-198]. Водночас приватизація є відчуженням майна, що перебуває у державній власності, яка призводить до зміни власника майна (держави) із втратою майнових чи немайнових прав щодо приватизованого майна [6, с. 167].

Крім того, необхідно врахувати вітчизняний позитивний досвід таких реорганізаційних процесів ДП. Так, в Національній економічній стратегії на період до 2030 року затвердженою Постановою КМУ від 03.03.2021 р. № 179 (далі – Економічна стратегія) підкреслюється, що показники прибутковості найбільших ДП покращилися після реформування організаційної структури, як-от: збиток НАК «Нафтогаз» у 2012 р. становив 10,3 млрд. гривень, а у 2019 р. прибуток - 50,7 млрд. гривень. Прибуток АТ «Укрпошта» зріс до 496 млн. гривень у 2019 р. (з 40,5 млн. гривень у 2012 р.). Збиток НЕК «Укренерго» становив 1,2 млрд. гривень у 2014 році, а у 2019 р. прибуток - 1,9 млрд. гривень [9, с. 37]. Що також цікаво, Економічною стратегією до 2030 року ставиться за ціль проведення корпоратизації 100 відсотків ДП [8, с. 44].

Крім, О. Гарагонич висловлює думку, що корпоратизація державних та комунальних підприємств і відмова від права господарського відання та оперативного управління також можуть спричинити втрату державою і територіальними громадами низки джерел наповнення державного і місцевих бюджетів [9, с. 53]. Однак, сучасна ситуація навпаки демонструє збитковість і неефективність великої кількості ДП, що створює значне навантаження на державний бюджет. Крім того, за даними Фонду державного майна України, на сьогодні в Україні близько 3600 ДП, з яких: більше 1360 ДП не провадять фінансово-господарську діяльність; більше 500 ДП знаходяться на тимчасово окупованій території України [8, с. 37]. У Економічній стратегії демонструється, що українські ДП є менш ефективними, ніж ДП в державах-

членах ЄС [8, с. 36]. Середня прибутковість ДП, становила 5,8 відсотка (без НАК «Нафтогаз» у 2019 році - 0,3 відсотка). Прибутковість ДП в окремих європейських державах наступна: Литва - 2 відсотки, Туреччина - 8 відсотків, Швеція - 12,7 відсотка. Однією із цілей Економічної стратегії є ліквідація або реструктуризація 100 відсотків нефункціонуючих ДП до 2030 року [8, с. 44].

До того ж важливим у контексті захисту корпоративних прав держави, є передбачення в Економічній стратегії затвердження вичерпного переліку ДП, що не підлягають приватизації [8 с. 44]. Необхідно підтримати позицію А. Белянєвич, що із ухваленням Закону № 145-ІХ [10] в системі норм правової охорони відносин державної власності утворено прогалину, яка не може бути заповнена будь-яким іншим способом, аніж на рівні відповідного Закону, яким має бути визначений перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації [11, с. 10]. На заповнення цієї прогалини 30 березня 2021 року в першому читанні було прийнято за основу Законопроект «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації» від 02.09.2020 року № 4020 [12, с. 68].

Керівні принципи ОЕСР щодо корпоративного врядування на підприємствах державної форми власності (в редакції 2015 року) серед засад функцій держави як власника визначають, що: (1) органи державної влади повинні спростити і стандартизувати організаційно-правові форми діяльності ДП; (2) практика діяльності ДП має відповідати загальноприйнятим корпоративним нормам; (3) держава повинна дозволити ДП бути повністю автономними в їх операційній діяльності на досягнення визначених цілей та має утриматися від втручання в управління ДП; (4) держава повинна дозволити наглядовим радам ДП виконувати їх функції та має поважати їх незалежність [13, с. 22]. Зміни запропоновані законопроектом № 6013 відповідають названим принципам ОЕСР, зокрема: (1) відбуватиметься поступовий перехід до стандартизованих та сучасних форм товариств із відмовою від ДП; (2) поширивши правове регулювання законодавства про товариства на юридичних осіб державної власності, останні стануть більш конкурентоспроможними на

рівні з іншими учасниками цивільних відносин; (3) це сприятиме автономності в управлінні ДП; (4) утворення наглядових рад, при перетворених ДП, забезпечить незалежний контроль за ефективністю управління юридичної особи. Ба більше, впровадження наглядових рад на ДП є однією із цілей Економічної стратегією до 2030 року [12, с. 43].

Висновок. Отже, сучасна ситуація із організаційно-правовими формами юридичних осіб державної власності та їх управлінням потребує оновлення. Законопроект № 6013 пропонує реформу системи юридичних осіб, шляхом відмови від форми підприємств, проведення корпоратизації ДП та удосконалення механізмів управління корпоративними правами держави. Передбачені зміни сприятимуть сталості та передбачуваності правового регулювання і запобіганню порушенням корпоративних прав держави.

Список використаних джерел:

1. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
2. Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період: Проект Закону України від 09.09.2021 р. № 6013. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72707 (дата звернення: 02.02.2022).
3. Кабмін ухвалив рішення про перетворення «Укроборонпрому» на акціонерне товариство. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2021/12/9/680538/> (дата звернення: 02.02.2022).
4. Корпоратизація Енергоатома відбудеться цього року. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-economy/3380472-korporatizacia-energoatoma-vidbudetsa-cogo-roku-galusenko.html> (дата звернення: 02.02.2022).
5. Задихайло Д. В. Господарсько-правова парадигма регулювання економічних відносин: безальтернативність феномену. *Теорія і практика правознавства*: електрон. наук. фахове вид. 2021. Вип. 2 (20). URL: <http://tlaw.nlu.edu.ua/issue/view/14648> (дата звернення: 02.02.2022).
6. Васильєва В.В., Приватизація та корпоратизація: відмінність процесів та правових наслідків. *Приватне право і підприємництво*. Київ. 2018. Вип. 18. С. 166–169.
7. Вінніченко А. А., Таранич О. В. Корпоратизація як інструмент удосконалення корпоративного управління державних підприємств. *Вісник*

студентського наукового товариства Донецького національного університету імені Василя Стуса. Вінниця. 2021. Вип. 13. С. 197-201.

8. Про затвердження Національної економічної стратегії на період до 2030 року: Постаново Кабінету Міністрів України від 03.03.2021 р. № 179. Дата оновлення: 16.03.2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/179-2021-%D0%BF#Text> (дата звернення: 02.02.2022).

9. Гарагонич О.В. Правова реформа чи скасування Господарського кодексу заради скасування. *Перші наукові читання пам'яті професора Пронської Грацієлли Василівни*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 1 жовт. 2021 р.) Київ: Талком, 2021. С. 49-54.

10. Про визнання таким, що втратив чинність, Закону України «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації»: Закон України від 02.10.2019 р. № 145-IX. Дата оновлення: 06.10.2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-20#Text> (дата звернення: 02.02.2022).

11. Беляневич О.А. Правова охорона державної власності у контексті Конституції України. *Економіка та право*. 2020. № 3. С. 3–12.

12. Деркач Е. М. Форми участі держави в господарській діяльності у сфері транспорту: стан та перспективи законодавчого врегулювання. *Нове українське право*. 2021. № 6. С. 64-70.

13. Керівні принципи ОЕСР щодо корпоративного врядування на підприємствах державної форми власності, редакція 2015 року. doi: <https://doi.org/10.1787/9789264312906-uk> (дата звернення: 02.02.2022).

Дзера Ірина Олександрівна,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри приватного права
Національного університету «Києво-
Могилянська академія»

РЕФОРМУВАННЯ ПІДСТАВ ТА СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ В УМОВАХ РЕКОДИФІКАЦІ ЦК УКРАЇНИ

Загальні засади здійснення права на захист цивільних прав та інтересів передбачені статтями 15 та 16 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК), відповідно до ч. 1 ст. 15 якого кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого немайнового або майнового права та інтересу[1].

Ст. 15 ЦК України визначено підстави для захисту цивільних прав, якими є порушення, невизнання або оспорювання таких прав. На перший погляд,

зазначені підстави є достатніми. Однак, протягом останніх років суб'єкти цивільних правовідносин зіштовхнулися з проблемою неможливості застосування в судовому порядку захисту своїх цивільних прав, щодо яких існує загроза їх порушення у майбутньому іншими суб'єктами. Наприклад, у випадках щільної або висотної забудови навколо приватного житла, здійснення підприємницької, зокрема, виробничої діяльності, яка загрожує погіршенню стану навколишніх земельних ділянок або призводить до зменшення інвестиційної привабливості чи знецінення вартості нерухомості такого регіону. Але у таких випадках ускладнений захист цивільних прав, адже ст. 15 ЦК не передбачено такої підстави для захисту цивільних прав як загроза їх порушення у майбутньому.

Незважаючи на відсутність такої можливості у ст. 15 ЦК, в окремих статтях ЦК все-таки передбачається можливість превентивного захисту – ст. 611 ЦК (право кредитора у негативному зобов'язанні вимагати припинення вчинення боржником дій у разі виникнення реальної загрози порушення такого зобов'язання); ч. 2 ст. 386 ЦК (право власника, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою, звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення нею дій, які можуть порушити його право, або з вимогою про вчинення певних дій для запобігання такому порушенню), а також статті 1163, 1164 ЦК, які регулюють зобов'язання зі створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної чи юридичної особи. Однак слід констатувати певну невідповідність наведених норм статті 15 ЦК, яка визначає вичерпне коло підстав для захисту цивільних прав, серед яких загроза порушення права відсутня. Усунути існуючу колізію між зазначеними нормами можна, зокрема, шляхом внесення змін до ч. 1 ст. 15 ЦКУ, яку, на наш погляд, слід доповнити також підставою для захисту цивільного права як *реальна загроза такому праву у випадках, передбачених Цивільним Кодексом*.

Потребує вдосконалення також норма ч. 2 ст. 16 ЦК. У ній перераховані 10 способів захисту цивільних прав та інтересів, які можна віднести до відповідних матеріально-правових вимог, які може особа застосувати для

реалізації права на захист, передбаченого в ст. 15 ЦК. Законодавцем вони названі способами захисту цивільних прав та інтересів.

У первісній редакції цієї статті зазначалося, що суд «може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом». Особливості такої редакції ст. 16 ЦК спричинили проблему визначення у судовій практиці належного способу захисту у цивільних прав та інтересів. Адже в результаті тлумачення цієї норми можна дійти висновку про те, що цивільне право або інтерес не може бути захищеним способом не передбаченим ст. 16 ЦК, іншим законом або договором. Таке застереження викликало в цивілістичній науці дискусії щодо доцільності доповнення цієї норми [2, с. 301; 3, с. 209; 4, с. 34].

Крім того, навіть в окремих законодавчих актах відсутня єдність у визначенні системи способів захисту цивільних прав та їх інтересів, що впливає у разі їх порушення (невизнання, оспорування) на визначення відповідної системи санкцій та інших правових наслідків.

Так, показовою є ст. 20 ГК України, в ч. 2 якої перераховані основні способи захисту права та законні інтереси суб'єктів господарювання і споживачів, які істотно відрізняються від переліку способів захисту цивільних прав та інтересів викладеного у ст. 16 ЦК України. Зокрема, в ст. 20 ГК передбачено можливість визнання відсутності прав, застосування штрафних санкцій, а також не передбачено визнання правочину недійсним та можливість встановлення іншого способу захисту договором [5].

Подібною є ситуація з ст. 18 Сімейного кодексу України, яка також містить редакційно і змістовно відмінний перелік способів захисту сімейних прав від переліку загальних способів захисту, передбачених в ст. 16 ЦК [6]. Наприклад, в ньому відсутні такі способи як визнання права, визнання «сімейних» правочинів недійсними. Проте важливо відзначити, що ст. 18 СК України передбачила можливість суду застосовувати способи захисту як передбачені законом, так і домовленістю (договором) сторін.

Редакції відповідних норм ЦК, ГК та СК України призводили в судовій практиці до ситуації, в якій Верховний Суд України, як правило, скасовував судові рішення нижчестоящих судів на підставі застосування ними способів захисту, не передбачених законом.

Так чи інакше суперечлива судова практика щодо застосування належних способів захисту, гострі дискусії в цивілістичній науці обумовили реалізацію цієї проблеми на законодавчому рівні, яка завершилась внесенням змін до багатьох законодавчих актів, в тому числі до ст. 16 ЦК України.

Так, 03.10.2017 р. було внесено зміни в ст. 16 ЦК, відповідно до яких суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом чи судом у визначених законом випадках. Новою редакцією цієї статті було надано можливість обрання інших способів захисту цивільних прав та інтересів не лише серед способів, встановлених договором або законом, але і *судом*. Відповідна обставина була також врахована і в ч. 2 ст. 5 ЦПК, яка була викладена у такій редакції: «У випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону.»[7] Аналогічна норма відтворена в ст. 5 ГПК України.

Введення такої норми можна було б визнати прогресивним і позитивним явищем. Однак законодавець не дотримався у даному випадку принципу послідовності, оскільки аналогічні зміни не були внесені до ст. 20 ГК України та ст. 18 СК України. На наш погляд, допущені неузгодженості між нормами матеріального і процесуального права є неприпустимими та відповідні норми мають бути приведені у відповідність.

Внесені до ЦК та ЦПК зміни дають можливість суду застосувати найбільш *ефективний* спосіб захисту порушених цивільних прав у разі, коли такий спосіб захисту не передбачений законом або договором. Проте не можна

не відзначити наявність істотних редакційних та змістовних розбіжностей між змінами, внесеними до ст. 16 ЦК і змінами, внесеними до ст. 5 ЦПК України.

Так, з аналізу ст. 16 ЦК можна дійти висновку, що порушене цивільне право та інтерес може бути захищено не лише способами, передбаченими договором або законом, але і способом, **встановленим судом, але лише у випадках, визначених законом**. Між тим таких випадків допоки що в законі, за винятком ст. 275 ЦК, більше немає. Крім того, зміни, внесені до ст. 5 ЦПК України, є абсолютно протилежні змінам до ст. 16 ЦК України, оскільки дозволяють суду застосовувати будь-які інші способи захисту лише за умови, що вони не суперечать закону. Тобто ЦПК надає значно ширші можливості уповноваженій особі у захисті свого порушеного права та інтересу.

На нашу думку, більш вдалим є доповнення ст. 5 ЦПК, але з певним застереженням, адже обраний судом спосіб захисту не передбачений ні договором, ні законом, не повинен бути забороненим законом, але і водночас не повинен суперечити змісту та правовій природі порушеного (не визнаного, оспорюваного) цивільного права та інтересу.

На підставі викладеного, при здійсненні рекодифікації цивільного законодавства пропонуємо абзац другий ч. 2 статті 16 ЦК викласти у такій редакції: *«Суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом, а у разі його відсутності суд може відповідно до викладеної в позові вимоги застосувати такий спосіб захисту, який не суперечить закону, змісту та правовій природі порушеного права або інтересу, а також характеру порушення»*. При цьому прийняття зазначених змін до ЦК має супроводжуватися приведенням у відповідність з цією нормою відповідних статей ЦПК, ГПК, а також СК та ГК України з метою зазначення в нормах матеріального права та процесуального права однакових способів захисту цивільних прав та інтересів, щоб не допускати в судовій практиці їх різного тлумачення.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (з наступними змінами та доповненнями станом на 04.02.2022). URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
2. Кузнецова Н. С. Гражданское законодательство Украины: проблемы и перспективы совершенствования. *Вибрані праці*. / Н. С. Кузнецова. К.: Юрид. практика, 2014. С. 300–302.
3. Кот О.О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія / О.О. Кот. –К.: Алерта, 2017. –494с.
4. Ярема А.Г. Система способів захисту цивільних прав судом // Вісник Верховного Суду України. -2009. -№ 12 (112). –С. 34-35.
5. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. (з наступними змінами та доповненнями станом на 04.02.2022). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.
6. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. (з наступними змінами та доповненнями станом на 04.02.2022). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
7. Цивільний процесуальний кодекс України в редакції ЗУ від 15.12.2017 (з наступними змінами та доповненнями станом на 04.02.2022). // URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>

Кутна Оксана Олегівна
Студентка III курсу факультету
правничих наук
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

Науковий керівник:
д. ю. н., доцент,
доцент кафедри приватного права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»
Музика Леся Анатоліївна

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАННЯ ПАНДЕМІЇ COVID-19 ЯК ФОРС-МАЖОРНОЇ ОБСТАВИНИ

Вступ. З моменту спалаху коронавірусної хвороби (COVID-19) епідемія поширилася серед різних країн світу та поставила глобальне здоров'я населення під загрозу. Проте, пандемія кинула виклик не тільки глобальному здоров'ю, а й сфері послуг, торгівлі, ринку праці та іншим царинам суспільного життя. Обмежувальні заходи, що застосовуються для уповільнення поширення COVID-19 неодноразово змушували підприємства та організації займати позиції, в яких вони часто були не в змозі виконати свої договірні зобов'язання.

Виклад основного матеріалу. Постановою Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) від 11 березня 2020 р. № 211 «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» [1] на всій території України встановлено карантин. В подальшому було запроваджено низку жорстких обмежень, включаючи заборону роботи суб'єктів господарювання, яка передбачає приймання відвідувачів, зокрема закладів громадського харчування (ресторанів, кафе тощо), торговельно-розважальних центрів, інших закладів розважальної діяльності, фітнес-центрів, закладів культури, торговельного і побутового обслуговування населення.

Відповідно до ч. 1 ст. 617 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 № 435-IV (далі – ЦК) [2] особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що воно сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV (далі – ГК) [3] містить схоже положення: ч. 2 ст. 218 ГК закріплює, що суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання останнього виявилось неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності.

Визначення поняття «форс-мажорні обставини» міститься у Законі України «Про торгово-промислові палати в Україні» від 02.12.1997 № 671/97-ВР [4], який встановлює у ч. 2 ст. 14-1, що такими обставинами є надзвичайні

та невідворотні обставини, що об'єктивно унеможливлюють виконання зобов'язань, передбачених умовами договору (контракту, угоди тощо), обов'язків згідно із законодавчими та іншими нормативними актами. Далі в цій статті закріплено перелік форс-мажорних обставин, серед яких є й епідемія. Ба більше, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 17.03.2020 № 530-IX [5] введення карантину, встановленого КМУ виокремлено як окрему обставину.

Згідно з Законом України «Про торгово-промислові палати в Україні», Торгово-промислова палата України (далі – ТПП) та уповноважені нею регіональні торгово-промислові палати засвідчують форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили) та видають сертифікат про такі обставини.

16 березня 2020 року ТПП на своєму офіційному сайті заявила, що, враховуючи складну ситуацію, в якій опинились більшість суб'єктів господарювання у зв'язку з введенням карантину, з метою спрощення процедури подачі заяви з мінімальним пакетом документів (копія договору, копія наказу (розпорядження) та повідомлення (сповіщення іншої сторони), відправлення може здійснюватись в електронному варіанті на офіційні електронні адреси відповідних ТПП [6].

Проте, сам по собі факт існування карантину на території України та законодавче закріплення цієї обставини в переліку форс-мажорних обставин не є підставою для автоматичного визнання його форс-мажором в кожній конкретній ситуації та підставою для видачі сертифікату. Аби отримати сертифікат ТПП про форс-мажорні обставини, особі необхідно довести причинно-наслідковий зв'язок між обставиною/подією і неможливістю виконання заявником своїх конкретних зобов'язань. Як зазначено у Постанові Північно-західного апеляційного господарського суду від 16 квітня 2019 року № 918/644/18 [7], форс-мажорні обставини не мають "преюдиціальний" (заздалегідь встановлений) характер. При їх виникненні, сторона, яка посилається на дію форс-мажорних обставин, повинна це довести.

Доречною видається перспектива проведення паралелі із досвідом Франції. Хоча пандемія коронавірусу COVID-19 у Франції на законодавчому рівні не була закріплена як форс-мажор, знаковим в цьому контексті є рішення Апеляційного суду міста Кольмар від 12 березня 2020 року [8]. Незважаючи на той факт, що справа стосувалась адміністративного затримання особи, саме в цьому рішенні вперше пандемію коронавірусу COVID-19 (ризик зараження вірусом) було кваліфіковано як форс-мажор. Суд встановив наявність трьох обов'язкових критеріїв: зовнішності, непередбачуваності і непереборності. Втім, ми не можемо стверджувати, що це рішення стало підставою для визнання COVID-19 форс-мажором в усіх випадках, адже настання форс-мажорних обставин вирішується судом у кожному окремому випадку на підставі доказів сторін [9].

Судова практика свідчить про те, що наявність сертифікату ТПП чи уповноваженої нею регіональної торгово-промислової палати не є беззаперечною підставою для звільнення від відповідальності за невиконання зобов'язання. Така позиція прослідковується безпосередньо в Постанові Верховного Суду від 20.10.2021 № 911/3067/20 [10]. У цій судовій справі на підтвердження обставини неможливості користування орендованим майном відповідач послався на запровадження КМУ заборони на роботу суб'єктів господарювання, а також надав сертифікат ТПП про форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили). Проте, суд наголосив, що відповідач не довів повного припинення ним господарської діяльності у період карантину, у тому числі внаслідок відсутності доступу до орендованого майна, тоді як позивач у цей період забезпечив відповідачу доступ до майна та фіксував прохід працівників останнього до приміщення терміналу аеропорту. Окрім цього, в Постанові Верховного Суду від 21.07.2021 № 912/3323/20 [11] наголошено на тому, що існування обставин форс-мажору щодо порушення/невиконання зобов'язань, які виникли внаслідок укладення договору оренди між резидентами України, може доводитися будь-якими доказами.

Аналогічною є практика в зарубіжних країнах (Румунія, Туреччина, Болгарія, Китай), де сертифікати можуть бути використані для обґрунтування позову сторони, однак не мають обов'язкової сили для судів [12]. Така обмежена дія сертифікатів (чи подібних документів) важлива для запобігання зловживання. Це допомагає боротися з тактикою, яку іноді називають “price tagging”, тобто спробами переукласти не вигідну договірну угоду без існування реального сценарію форс-мажорних обставин під прикриттям загальноприйнятого правового принципу [13, с. 93].

Форс-мажорні обставини можуть часто бути визначені сторонами в тексті договорів. Як зазначив президент ТПП України Геннадій Чижиков, наявність у договорах серед форс-мажорів таких обставин як епідемія, надзвичайна ситуація в сфері охорони здоров'я або обмежувальні дії влади, посилює позицію в питаннях визнання фактів, які не дозволяють виконати відповідні зобов'язання, однак при цьому завжди необхідно надати докази причинно-наслідкового зв'язку [14]. Для більшості держав континентального права, як-от: для Італії, Росії, Бельгії, Франції, Люксембургу та ін. характерним є те, що у разі відсутності форс-мажорних застережень в договорах, беруться до уваги положення законодавства щодо доктрини форс-мажору [15], завдяки чому сторони не втрачають можливості захисту своїх прав при відсутності відповідного положення в договорі.

Висновки. Отож, фактичне закріплення карантину серед переліку форс-мажорних обставин не свідчить про автоматичне його визнання в усіх випадках форс-мажорною обставиною. В кожному випадку особа повинна довести, що такі обставини об'єктивно унеможливили виконання зобов'язання. Також, слід враховувати, що наявність сертифікату ТПП не є гарантією позитивного вирішення судового спору, тож не варто нехтувати й іншими доказами.

Список використаних джерел:

1. Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2:

Постанова Кабінету Міністрів України від 11.03.2020 р. № 211. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/211-2020-%D0%BF#Text> (дата звернення: 02.02.2022).

2. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40-44. Ст.356.

3. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18, № 19-20. № 21-22. Ст.144.

4. Про торгово-промислові палати в Україні: Закон України від 02.12.1997 р. № 671/97-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 13. Ст.52.

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19): Закон України від 17.03.2020 р. № 530-IX. Відомості Верховної Ради України. 2020. № 16. Ст.100.

6. Чи визнає ТПП України карантин та спалах коронавірусу форс-мажором. URL: <https://ucci.org.ua/press-center/ucci-news/chi-viznaie-tpp-ukrayini-karantin-ta-spalakh-koronavirusu-fors-mazhorom> (дата звернення: 02.02.2022).

7. Постанова Північно-західного апеляційного господарського суду від 16 квітня 2019 р., судова справа № 918/644/18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/81302465> (дата звернення: 02.02.2022).

8. Colmar, 6th ch., March 12, 2020, no 20/01098.

9. France: First Decision to Declare COVID-19 Outbreak as a Force Majeure Event. URL: <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/france-decision-declare-covid19-force-majeure> (дата звернення: 02.02.2022).

10. Постанова Верховного Суду від 20.10.2021 р., судова справа № 911/3067/20. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/100579201?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress01&_ga=2.170722016.1128728673.1643712493-435149948.1601017685 (дата звернення: 02.02.2022).

11. Постанова Верховного Суду від 21.07.2021 р., судова справа № 912/3323/20. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/99277353?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress01&_ga=2.171403232.1128728673.1643712493-435149948.1601017685 (дата звернення: 02.02.2022).

12. Regional: COVID-19 as Force Majeure in Aviation Contracts. Comparative Analysis across 10 Jurisdictions. URL: <https://www.kinstellar.com/insights/detail/1059/regional-covid-19-as-force-majeure-in-aviation-contracts-comparative-analysis-across-10-jurisdictions> (дата звернення: 02.02.2022).

13. Berger K. P., Behn D. (2020). Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study. McGill Journal of Dispute Resolution, 4, 79-130.

14. Поширення коронавірусу в певних випадках може бути визнано форс-мажором для виконання економічних угод. URL: <https://ucci.org.ua/press-center/ucci-news/poshirennia-koronavirusu-v-pevnikh-vipadkakh-mozhe-buti-viznano-fors-mazhorom-dlia-vikonannia-ekonomichnikh-ugod> (дата звернення: 02.02.2022).

15. Covid-19 coronavirus: multi-jurisdictional survey on force majeure and equivalent doctrine. URL: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/covid-19-coronavirus-multi-jurisdictional-survey-on-force-majeure-and-equivalent-doctrines> (дата звернення: 02.02.2022).

*Кирдан Богдан Васильович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
цивільно-правових дисциплін Національної
академії внутрішніх справ*

ПРИНЦИПИ ЗДІЙСНЕННЯ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ

Прийнятий Верховною Радою України 16 листопада 2021 року Закон України «Про медіацію» (далі - Закон) закріпив інститут медіації, як спосіб альтернативного врегулювання спору (конфлікту). Відповідно до Закону передбачено, що під медіацією слід розуміти позасудову добровільну, конфіденційну, структуровану процедуру, під час якої сторони за допомогою медіатора (медіаторів) намагаються запобігти виникненню або врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів. Однією із складових частин в інституті медіації є принципи медіації, деякі аспекти яких ми проаналізуємо у статті.

Так, відповідно до ст. 4 Закону медіація проводиться за взаємною згодою сторін медіації з урахуванням принципів добровільності, конфіденційності, нейтральності, незалежності та неупередженості медіатора, самовизначення та рівності прав сторін медіації. Особливістю є те, що принципи медіації поширюються на стадію підготовки до медіації.

Відповідно до ст. 5 Закону першим та на нашу думку для медіації є основним принцип **добровільності**. Так, участь у медіації є добровільним волевиявленням учасників медіації. Ніхто не може бути примушений до врегулювання конфлікту (спору) шляхом проведення медіації. Саме внутрішнє переконання сторін є ключовим фактором для прийняття рішення для врегулювання спору альтернативним шляхом судовому. Крім того, Закон передбачає можливість сторін та медіатора у будь-який момент відмовитися від участі в медіації.

Проте таке положення також може призвести до часткового затягування судового процесу, оскільки відповідно до п. 5 ч. 5 ст. 198 ЦПК України суд може оголосити перерву у підготовчому засіданні, у разі необхідності, у випадку якщо сторони домовилися провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації, а також відповідно до п.4-1 ч. 1 ст.251 ЦПК України суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі звернення обох сторін з клопотанням про зупинення провадження у справі у зв'язку з проведенням медіації. Також особливістю даного принципу є те, що участь сторони в медіації не може вважатися визнанням такою стороною вини, позовних вимог або відмовою від позовних вимог.

Наступним принципом медіації є **конфіденційність**, під якою в контексті Закону розуміється заборона медіатора та інших учасників медіації, а також суб'єктів, що забезпечують проведення медіації, розголошувати конфіденційну інформацію, якщо інше не встановлено законом або якщо всі сторони медіації не домовилися у письмовій формі про інше.

Крім того, Закон визначає перелік інформації, яка є конфіденційною інформацією, а саме: вся інформація, яка стала відома під час підготовки до медіації та проведення медіації, зокрема про пропозицію та готовність сторін конфлікту (спору) до участі у медіації, факти та обставини, висловлені судження та пропозиції сторін медіації щодо врегулювання конфлікту (спору), зміст угоди за результатами медіації. В той же час, медіатор має право розкрити конфіденційну інформацію однієї сторони, якщо отримає дозвіл від іншої. За порушення вказаних вимог особи передбачено відповідальність встановлену законом.

Також Законом передбачено звільнення медіатора від обов'язку збереження отриманої в ході медіаційної процедури конфіденційної інформації у випадку, якщо стороною медіації пред'явлено вимогу (вимоги) щодо невиконання чи неналежного виконання ним умов договору про проведення медіації У такому разі суд, інші органи чи посадові особи, які розглядають вимоги сторони медіації до медіатора або яким стало відомо про пред'явлення

таких вимог, зобов'язані вжити заходів для унеможливлення доступу сторонніх осіб до конфіденційної інформації та її розголошення.

Також реалізація цього принципу передбачає заборону допиту як свідка медіатора у справі (провадженні) щодо інформації, яка стала йому відома під час підготовки до медіації та проведення медіації.

Наступним принципом, які відіграють важливу роль у процедурі медіації є **нейтральність, незалежність та неупередженість медіатора.**

Так, відповідно до ст. 7 Закону під час проведення медіації медіатор повинен бути нейтральним у ставленні до сторін медіації та незалежним від сторін медіації, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, інших фізичних і юридичних осіб.

Медіатор не може: 1) суміщати функцію медіатора з функцією іншого учасника медіації в одному конфлікті (спорі); 2) надавати сторонам медіації консультації та рекомендації щодо прийняття рішення по суті конфлікту (спору); 3) приймати рішення по суті конфлікту (спору) між сторонами медіації; 4) бути представником або захисником будь-якої із сторін у досудовому розслідуванні, судовому, третейському чи арбітражному провадженні у конфлікті (спорі), в якому він є чи був медіатором. Відповідно до Закону неупередженість полягає у допомозі сторонам конфлікту (спору) здійснювати комунікацію, досягати порозуміння та проводити переговори.

Слід звернути увагу на те, що медіатор має право надавати сторонам медіації консультації та рекомендації лише щодо порядку проведення медіації та фіксування її результатів.

Ще одним принципом медіації є **самовизначення та рівність прав сторін медіації.** Так відповідно, до ст.8 Закону сторони медіації самостійно обирають медіатора (медіаторів) та/або суб'єкта, що забезпечує проведення медіації. Сторони медіації самостійно визначають перелік питань, які обговорюватимуться, варіанти врегулювання конфлікту (спору), зміст угоди за результатами медіації, строки та способи її виконання, інші питання щодо конфлікту (спору) та проведення медіації. Інші учасники медіації можуть

надавати консультації та рекомендації сторонам медіації, але рішення приймається виключно сторонами медіації. Особливості проведення медіації за участю неповнолітньої особи або цивільна дієздатність особи якої обмежена відбувається з дотриманням вимог законодавства.

Враховуючи вище викладене, слід зазначити, що під принципами медіації слід розуміти основні засади, керівні положення та ідеї, які є підставою для проведення процедури медіації і спрямовані для запобігання виникненню або врегулюванню конфлікту (спору). За допомогою принципів медіації можемо визначити її призначення в сьогодишньому демократичному суспільстві. Принципи медіації є одним із характерних елементів медіації як правового інституту.

Список використаних джерел:

1. Закон України «Про медіацію» від 16.11.2021 № 1875-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20#Text>.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV (в редакції Закону України від 03.10.2017 р. № 2147-VIII і подальшими змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.

Музика Леся Анатоліївна
*д.ю.н., доцент,
доцент кафедри приватного права
факультету правничих наук
Національного університету «Києво-
Могилянська академія»*

ЗАХИСТ ПРАВ ДИТИНИ У СУЧАСНІЙ СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

В межах цієї доповіді ми зупинимося на одному вкрай складному питанні – стягнення штрафу за несплату аліментів на прикладі однієї судової справи.

Відповідно до ч. 14 ст. 71 Закону «Про виконавче провадження» виконавець має право ухвалити постанову про накладення на боржника штрафу за наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої

перевищує суму відповідних платежів: за три роки – у розмірі 50 відсотків суми заборгованості. Відповідно до судової практики у таких справах [1] дії державних виконавців щодо врахування всього періоду заборгованості під час накладення штрафу визнаються правомірними. Законом «Про виконавче провадження» встановлено, що строк обчислення державним виконавцем заборгованості зі сплати аліментів саме для застосування заходів, передбачених ч. 14 ст. 71 Закону «Про виконавче провадження», обчислюється з дня пред’явлення виконавчого документа до примусового виконання.

Станом на 19 грудня 2018 р. (тобто на день ухвалення державним виконавцем оскаржуваної постанови) боржник Б., за розрахунком від 5 грудня 2018 р., згідно з виконавчим листом мав заборгованість зі сплати аліментів. На час ухвалення державним виконавцем оскаржуваної постанови пункти 3, 12 статті 27 Закону «Про виконавче провадження» у встановленому порядку не визнані такими, що не відповідають Конституції України. І така ситуація є нормальною: стаття Конституції про зворотну дію не може застосовуватися в нашому випадку, оскільки йдеться про правовідносини, що тривають: вони виникли раніше, до законодавчих змін, і продовжуються після набуття чинності Законом від 3 липня 2018 р. № 2475-VIII485. На нашу думку, від моменту набрання чинності цим Законом (28 липня 2018 р.) особу може бути притягнуто до відповідальності навіть тоді, коли частина заборгованості утворилася до набрання чинності законом, і в такому разі вона зобов’язана сплатити штраф за наявну заборгованість зі сплати аліментів. Тобто постанова про накладення зазначеного стягнення виконавця, ухвалена після 28 липня 2018 р., є законною як наслідок юридичних фактів, що виникли у минулому і тривають на момент ухвалення відповідного правового акта. Щодо аналізованого випадку має застосовуватись принцип негайної дії закону в часі. Якщо заборгованість зі сплати аліментів існує, то починаючи з 28 липня 2018 р., на особу може бути накладено штраф на всю суму заборгованості, яка утворилася, зокрема, і до моменту набрання Законом чинності.

Ця справа пройшла всі інстанції і крапку у ній постановив ВС. Резонансним і неправивим, на нашу думку, є рішення Великої Палати Верховного Суду від 14 грудня 2021 р. [2]. Наш боржник у цій справі оскаржував накладення на нього штрафу за наявну заборгованість зі сплати аліментів. У касаційній інстанції він апелював до невірної, на його думку, підсудності. Вважав, що такі справи мають розглядатися в порядку адміністративного судочинства. Суд аргументував, що ні, ці справи мають розглядатися в порядку цивільного судочинства. Але суду було цього замало і він вийшов за межі вимог скарги і вирішив з'ясувати, чи справедливою є постанова державного виконавця про накладення штрафу. Загалом визначивши, що штраф мав би стягуватися, зворотної дії закону у цьому випадку немає. Але у цій конкретній справі суд відмовив у стягненні штрафу.

Сумнівним і таким, що порушує принцип верховенства права і принцип найкращих інтересів дитини, видається положення аналізованого рішення про те, що Велика Палата Верховного Суду вважає, що оскаржувана постанова державного виконавця не може вважатися *справедливою* (виділено нами. – А. М., Л. М.), оскільки заборгованість зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за три роки, виникла не з вини боржника, а з вини державного виконавця, який неправильно визначав розмір аліментів та базу їх стягнення.

Суд аналізував наявні у матеріалах справи розрахунки заборгованості і дійшов помилкового висновку про те, що оскільки розрахунки здійснювалися державним виконавцем, яка неправильно застосовувала методiku нарахування аліментів, то й вина платника аліментів у такому випадку відсутня. На жаль, суд повністю проігнорував період заборгованості, коли платник взагалі не здійснював сплату аліментів. Півтора року у розрахунках заборгованості значаться нулі. І у цей період боржник сплачував аліменти не через виконавчу службу (про що є підтвердження у матеріалах справи). А отже державний виконавець винна у тому, що «не бачила» ці нулі і зазначала про відсутність заборгованості. А боржник у свою чергу винний у несплаті аліментів.

Потрібно наголосити, що у такий спосіб в аналізованому рішенні Верховний Суд проігнорував свою ж власну позицію, висловлену у 2018 р. Так, у своєму рішенні від 17 жовтня 2018 р. Верховний Суд наголосив на презумпції вини платника аліментів у виникненні заборгованості з їх сплати [3]. Це є підставою для застосування до боржника відповідальності, передбаченої ч. 1 ст. 196 СК України. І суди мають враховувати зазначену презумпцію при встановленні доведеності вини боржника.

В цій справі апеляційний суд не врахував, що доказів щодо звільнення від обов'язку утримувати дитину відповідач не надав. Крім того, боржник був обізнаний зі змістом рішення суду про стягнення з нього аліментів на утримання дітей та знав про звій обов'язок щодо їх сплати, однак доказів на підтвердження неможливості сплачувати аліменти, у зв'язку із чим заборгованість утворилась з незалежних від нього причин, зокрема внаслідок несвоечасної виплати заробітної плати, затримки або неправильного перерахування аліментів банком, не надав. Водночас ВС зазначив, що посилення суду на відповідальність головного бухгалтера ТОВ, де працював боржник, саме по собі не виключає вини платника аліментів – відповідача, який знав про наявність рішення суду щодо стягнення з нього аліментів. Крім того, боржник був директором ТОВ і разом з головним бухгалтером несе відповідальність за фінансову діяльність на підприємстві.

Верховний Суд вчергове наголосив на обов'язковості рішення суду, зокрема у частині його виконання. Відповідно до прецедентної практики Європейського суду з прав людини право виконання судового рішення є складовою права на доступ до суду, передбаченого ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, для цілей якої виконання рішення, ухваленого будь-яким судом, має розцінюватися як невід'ємна частина судового розгляду (рішення від 20 липня 2004 р. у справі «Шмалько проти України» [4]). Конституція України визначає, що судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України. До основних засад судочинства віднесено обов'язковість рішень суду

(ч. 5 ст. 124, п. 9 ч. 3 ст. 129). Таким чином, боржник зобов'язаний сплачувати аліменти – обов'язок надавати дитині допомогу у такій формі батьки несуть не лише на підставі рішення суду, а й з самого факту народження дитини згідно з вимогами СК України. Все це свідчить про наявність презумпції вини платника аліментів.

Це рішення було дуже прогресивне, таким що відповідає дійсним інтересам дитини і усталеній практиці ЄСПЛ [5]. Однак минуло якихось три роки і ВС проігнорував власну позицію, наявні у матеріалах справи докази вини боржника (повна несплата аліментів протягом тривалого часу), загальний принцип найкращих інтересів дитини і відповідну практику ЄСПЛ як джерело права України [6, с. 17; 7, с. 223].

Адже предметом основної турботи та основним обов'язком батьків є забезпечення інтересів своєї дитини [8, с. 172]. Здійснюючи свої права та виконуючи обов'язки, батьки повинні передусім дбати про інтереси дитини, всупереч яким не можуть здійснюватися батьківські права (статті 150, 155 СК України). На підставі аналізу зазначених норм та з урахуванням практики Європейського суду з прав людини Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України дійшла важливого висновку, що в рішеннях стосовно дітей їх найкращі інтереси повинні мати першочергове значення. При цьому найкращі інтереси дитини можуть, залежно від їх характеру та серйозності, перевищувати інтереси батьків (постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 29 листопада 2017 р. у справі № 6-1945цс17) [9].

Справедливо мало би бути дотримання прав та інтересів дитини. А суд взагалі проігнорував це і зосередився на «справедливості» для боржника.

На сам кінець, потрібно наголосити, що такий штраф стягується на користь стягувача аліментів. Тобто, фактично й надається дитині. Жаль, що суд повернувся до багаторічної практики нехтування правами дитини.

Список використаних джерел:

1. Див., зокрема: Рішення Другого апеляційного адміністративного суду у місті Харкові від 19 лютого 2019 р. Справа № 440/4100/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79955193484>

2. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Великої Палати Верховного Суду від 14 грудня 2021 р. Справа № 2610/27695/2012. Провадження № 14-37цс21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102221948>

3. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 17 жовтня 2018 р. Справа № 359/9950/16-ц. Провадження № 61-29146св18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/77473468>

4. Рішення Європейського Суду з прав людини. Справа «Шмалько проти України» від 20 липня 2004 р. (Заява № 60750/00). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_226

5. Рішення Європейського Суду з прав людини. Справа «Хант проти України» від 7 грудня 2006 р. (Заява № 31111/04). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_126

6. Petryshyn, O.V., Petryshyn, O.O., & Hyliaka, O.S. (2021). The problem of non-implementation of judgements of the European Court of Human Rights in Ukraine in the context of the rule of law (methodological and comparanive aspects). *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(2), 17-24.

7. Tur, O.T., Kravchyk, M.B., Nastasiak, I.Yu., Sirant, M.M., Stetsyuk, N.V. (2021). Practice of applying international principles in private law relations. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(4), 223-231.

8. Pleniuk, M.D. & Vodopian, T.V. (2020). The rights of the child in medical relations: addressing the matter of the concept. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 27(4), 172-184.

9. Висновки Верховного Суду України, викладені в постановах, прийнятих за результатами розгляду справ із підстав, передбачених пунктами 1, 2, 4 частини першої статті 355 ЦПК України, за II півріччя 2017 р. URL: https://protocol.ua/ua/visnovki_verhovnogo_sudu_ukraini_vikladeni_v_postanovah_priynyatih_za_rezultatami_rozglyadu_sprav_iz_pidstav_peredbachenih_punktami_1_2_4_chastini_pershoi_statti_355_tspk_ukraini_za_ii_pivrichchya_2017_r/

Невінчана Валерія Костянтинівна
студентка першого року навчання
магістерської програми «Право»
факультету правничих наук
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ: АКТУАЛЬНИЙ СТАН, МОЖЛИВІ ЗМІНИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

Не піддається ніяким сумнівам важливість доступу до трудової діяльності, адже можливість бути частиною соціуму і реалізація власного потенціалу мають ключові значення для кожної людини. Що ж стосується осіб з певними вадами здоров'я, то для них праця – це ще й матеріальна самостійність, шанс самоствердитись, віднайти сенс життя, знов мати цілі і почати відчувати себе необхідною складовою суспільства. Саме тому на сьогоднішній день право на працю визначається одним з найважливіших прав, закріплених у Конституції України [1, с. 282].

Однак навіть такий обсяг нормативного підґрунтя, на жаль, не виключає перешкод для працевлаштування осіб з розладами здоров'я. Не можемо не відзначити деякі з них:

- першою і найголовнішою проблемою – є усталена думка соціуму і роботодавців в тому числі, що особи з інвалідністю не здатні до продуктивної праці і завдають більше клопоту, аніж результату;

- геть мала кількість робочих місць у певному населеному пункті, де мешкає особа. Різна кількість пропозицій працевлаштування різниться залежно від області/регіону/міста, а тому ставить людей у нерівне становище. Загалом, віддаленість місця роботи від житла відіграє ключову роль для особи з обмеженими можливостями самостійного переміщення;

- абсолютно невідходяща форма праці, адже зазвичай вакансії створюються штучно і зовсім не відповідають можливостям людини;

- висновок МСЕК значно звужує перспективи робітника з інвалідністю, адже вказує лишень коло допустимих робіт для особи, залишаючи поза увагою набагато більший шматок дозволених форм роботи. Через це, роботодавці не можуть порушувати законодавство і взяти на роботу особу з інвалідністю на посаду, що не зазначена в індивідуальній програмі реабілітації. Логічніше було б, звичайно, вказувати недопустимі види робіт, а не навпаки;

- останнє, але не менш важливе, – це ставлення самих працівників, адже отримавши безліч відмов і розчарувавшись у пошуках роботи, люди не очікують нічого хорошого. Саме тому й зникає мотивація, прогресує усамітнення і соціальна дезадаптація [2, с. 168-169].

Останній пункт тісно пов'язаний з необізнаністю осіб щодо гарантованих їм законом прав. Зокрема, слід наголосити на найважливіших з них:

- згідно зі ст. 26 Кодексу законів про працю України (далі КЗпП України) випробування не встановлюється при прийнятті на роботу осіб з інвалідністю, направлених на роботу відповідно до рекомендації медико-соціальної експертизи [3];

- відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 55, ч. 4 ст. 63 та ч. 2 ст. 172 КЗпП України залучення осіб з інвалідністю до надурочних робіт та робіт у нічний час без їх згоди не допускається [3];

- відповідно до ст. 9 Закону України «Про охорону праці» за працівниками, які втратили працездатність у зв'язку з нещасним випадком на виробництві або професійним захворюванням, зберігаються місце роботи (посада) та середня заробітна плата на весь період до відновлення працездатності або до встановлення стійкої втрати професійної працездатності¹ [4];

- Законом України «Про відпустки» (а саме статтями 6 та 25) особам з інвалідністю I і II груп надається щорічна основна відпустка тривалістю 30 календарних днів, а особам з інвалідністю III групи - 26 календарних днів [5].

¹ Зазначена гарантія стосується працівників, з якими стався нещасний випадок на виробництві, яка діє ДО встановлення стійкої втрати працездатності (інвалідності). Тобто ця гарантія стосується загального, а не лише спеціального суб'єкта – працівників з інвалідністю.

На практиці проблема непрацевлаштованості виглядає трохи інакше, адже дуже часто особи з інвалідністю просто не звертаються до центру зайнятості і тому роботодавці просто не в змозі виконати необхідний норматив (відповідно до ст. 18 та 19 ЗУ «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні») і справа тут зовсім не в небажанні це робити. Щодо цієї позиції нещодавно висловився Касаційний адміністративний суд Верховного Суду². У своїй постанові Суд звернув увагу на те, що «...обов'язок підприємства щодо створення робочих місць для осіб з інвалідністю не супроводжується його обов'язком підбирати і працевлаштовувати таких осіб на створені робочі місця. Такий обов'язок покладається на органи працевлаштування, що перелічені в частині першій статті 18 Закону № 875-ХІІ». Тобто, як зазначає суд: «Підприємство не несе відповідальності за невиконання нормативу працевлаштування осіб з інвалідністю, якщо воно вжило необхідних заходів по створенню для них робочих місць, зокрема, створило робочі місця для таких осіб та своєчасно, достовірно, в повному обсязі проінформувало відповідні установи, але фактично не працевлаштувало особу з інвалідністю з причин незалежних від нього: відсутність осіб з інвалідністю, їх відмова від працевлаштування на підприємство, бездіяльність державних установ, які повинні сприяти працевлаштуванню осіб з інвалідністю».

Задля якісного реформування законодавства варто неодмінно звернутись до зарубіжного досвіду. До прикладу, у Швеції задіяно до праці 68% осіб з інвалідністю, що є підставою звернути увагу на досвід цієї країни. Як пише Оксана Трюхан у своїй статті: «Уряд стимулює роботодавців не наданням податкових пільг підприємствам, а виплатою індивідуальних дотацій на кожному працевлаштовану особу з інвалідністю. Роботодавець або приватна особа, в тому числі з інвалідністю, може отримати до 100 тисяч крон на рік на необхідне для трудової діяльності обладнання» [6, с. 256]. Найбільш позитивним та

² Постанова Касаційного адміністративного суду Верховного суду від 03.11.2021 по справі № 360/1849/19 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100823819>

дієвим вважаємо досвід Бельгії, де соціальні служби роблять усе, аби належним чином проінформувати соціум, у тому числі й осіб з інвалідністю, членів їх сімей і роботодавців щодо доступу до отримання різного роду допомоги. Також органи соціального захисту інформують громадськість про існування різних служб для допомоги людям з вадами здоров'я. Як зазначає В. А. Оверчук: «Багато інформації щодо процедури отримання статусу інваліда, соціальних пільг, можливостей працевлаштування, корисних контактів знаходиться на спеціально створених сайтах соціальних служб» [7, с. 15].

Загалом, вважаємо за потрібне запозичити досвід європейських розвинутих держав, а саме:

- змінити примус на заохочення створювати додаткові робочі місця для осіб з інвалідністю. Замість відшкодування ЄСВ, було б краще компенсувати частину заробітної платні такого працівника, або ж за рахунок держави обладнати робоче місце;

- доцільно було б, звичайно, змінити ставлення суспільства (в тому числі роботодавців) до осіб з вадами здоров'я, адже наявність стереотипів – одна з найголовніших проблем сьогодення. Серед найпоширеніших упереджень, можна виділити: побоювання роботодавців, що інвалідність особи спричинить неякісне виконання трудових зобов'язань, постійну відсутність на робочому місці, непомірно дороге переобладнання робочого місця. З огляду на це необхідно проводити регулярні кампанії, підвищувати обізнаність суспільства та спростовувати усі здогадки та міфи про працездатність осіб з вадами здоров'я;

- потрібно також розвивати антидискримінаційне законодавство, посилювати реабілітацію та професійно-технічне навчання осіб з інвалідністю задля найкомфортнішого для них повернення у нормальне суспільне життя.

Наразі Україна знаходиться в процесі реформування законодавства, адже взяла на себе зобов'язання створити суспільне середовище рівних можливостей для осіб з інвалідністю та інтегрувати їх у суспільне життя. У 2020 році закінчилась Державна цільова програма “Національний план дій щодо

реалізації Конвенції про права осіб з інвалідністю” на період до 2020 року”, яка була затверджена постановою КМУ від 01.08.2012 № 706 на виконання вимог Конвенції ООН. На сайті Міністерства соціальної політики України у серпні 2021 року було розміщено Заключний звіт про результати виконання Державної цільової програми. За усі роки була проведено реформування законодавства, зокрема замінено дискримінаційні визначення „інвалід” і „інваліди” на „особа з інвалідністю” та „особи з інвалідністю”. Більше того, як зазначається на веб-порталі Міністерства соціальної політики України: «Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 07.04.2021 № 285-р затверджено Національний план дій з реалізації Конвенції про права осіб з інвалідністю на період до 2025 року»³. Загалом планується кардинально змінити ставлення до осіб з вадами здоров'я та їх становище у суспільстві на краще.

У затвердженому Національному плані дій з реалізації Конвенції про права осіб з інвалідністю на період до 2025 року плануються, зокрема, такі дії, які стосуються саме працівників-осіб з особливим потребами:

- проведення інформаційних кампаній, спрямованих на підвищення рівня обізнаності громадян та представників засобів масової інформації про права і можливості осіб з інвалідністю та зменшення стереотипів щодо них;
- забезпечення ефективного доступу осіб з інвалідністю та інших маломобільних груп населення на рівні з іншими особами до об'єктів громадського і цивільного призначення, благоустрою, транспортної інфраструктури, дорожнього сервісу, транспорту та інформації;
- проведення заходів з підвищення рівня обізнаності серед роботодавців державного та приватного секторів з метою зміни негативних усталених стереотипів щодо осіб з інвалідністю, особливо на ринку праці, підвищення рівня їх обізнаності з питань недопустимості трудової дискримінації стосовно осіб з інвалідністю, зокрема жінок з інвалідністю, та висвітлення важливості забезпечення принципу інклюзивності у сфері зайнятості;

³ Міністерство соціальної політики України «Реалізація норм Конвенції про права осіб з інвалідністю»
URL: <https://www.msp.gov.ua/timeline/Realizaciya-norm-Konvencii-pro-prava-osib-z-invalidnistyu.html>

- розроблення заходів щодо заохочення та підтримки працевлаштування та зайнятості на ринку праці осіб з інвалідністю, зокрема з інтелектуальними та психічними порушеннями;

- проведення інформаційно-роз'яснювальних кампаній для популяризації працевлаштування осіб з інвалідністю, підвищення рівня поінформованості та боротьби із стигматизацією і стереотипами, з якими стикаються особи з інвалідністю, зокрема на робочому місці [8].

Наразі також очікує свого розгляду Проект Закону про внесення змін до деяких законів України щодо створення сприятливих умов для працевлаштування осіб з інвалідністю № 5344 від 07.04.2021. Автори пропонують ряд змін, зокрема, щодо вибіркового підходу до працевлаштування осіб з інвалідністю перших груп, іншого способу квотування робочих місць для працевлаштування людей з особливостями здоров'я, тощо. Однак, вважаємо не всі законодавчі ініціативи вдалимими, а саме:

- пропонується (відповідно ст. 18 Закон України „Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні”) підбирати робоче місце для особи «на підприємстві, установі та організації, у фізичної особи-підприємця, де працювала особа *«до настання інвалідності»* замість *«де настала інвалідність»*. Беззаперечно, це надає більше гарантій працівнику, однак якщо особа отримала травму, результатом якої стала інвалідність, поза межами робочого місця, то чому це повинно відображатись на підприємстві, яке, до прикладу, не має можливості / ресурсів переобладнати місце роботи абощо;

- у ст. 17 вищезазначеного Закону пропонується замінити обов'язок роботодавця, що передбачає підготовку робочого місця для працівника, а саме «адаптацію основного і додаткового обладнання, технічного оснащення і пристосування тощо з урахуванням обмежених можливостей осіб з інвалідністю» на здійснення заходів з «розумного пристосування». Така норма є досить розпливчастою, коли для гарантування права на працевлаштування необхідні чіткість та зрозумілість дій для облаштування робочого місця особи з інвалідністю;

- також не відповідає загальним тенденціям сучасності й зміна до ст. 18 Закону України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні», адже обмежує можливість особи працювати вдома лише якщо вона за станом здоров'я не має змоги працювати на підприємстві. Чинна ж редакція не має такого уточнення, і ми вважаємо це правильним, адже у людини можуть скластися різні життєві обставини за яких вона не має можливості працювати саме на робочому місці;

- загалом, позитивним є впровадження «цільової фінансової санкції», замість адміністративно-господарських санкцій, адже норма урівнює в обов'язках усі підприємства. Тобто наразі на бюджетні установи не поширюється норма щодо сплати адміністративно-господарських санкцій відповідно до Господарського кодексу України, однак ініціатива авторів законопроекту передбачає запровадження справедливого підходу щодо відповідальності за невиконання встановленої квоти;

- також пропонується запровадити електронну форму звіту про працевлаштування осіб з інвалідністю та створити певний механізм прийому на роботу та проведення конкурсу на державні посади осіб з певними вадами здоров'я.

Вважаємо, що спроба осучаснити законодавство та надати більше гарантій особам з інвалідністю є, неодмінно, позитивною, однак законопроекту не вистачає комплексності та впровадження реальних дій щодо підтримки вразливого прошарку населення. Законотворцям необхідно налагодити постійний діалог влади з суспільством, а саме представниками організацій осіб з інвалідністю. І тільки на основі ретельного вивчення і врахування потреб людей можна говорити про предметну та ефективну зміну законодавства і дійсно, а не ілюзорну, підтримку громадян.

Список використаних джерел:

1. Невєдрова Н. В. «Проблеми працевлаштування людей з інвалідністю в Україні» // Тези доповідей XVII міжнародної науково-

практичної конференції / Актуальні проблеми працевлаштування. Київ, 2017. С. 282-284.

2. Створене посилання: Оверчук В. А. «Чинники впливу і показники працевлаштування осіб з інвалідністю за сприяння державної служби зайнятості» // Науковий погляд: економіка та управління. 2019. № 63. С. 166-172.

3. Кодекс законів про працю України: Кодекс України від 10.12.1971, №322-08. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>

4. Про охорону праці: Закон України від 14.10.1992, №2694-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12#Text>

5. Про відпустки: Закон України від 15.11.1996, №504/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/504/96-вр#Text>

6. Трюхан О. А. «Захист трудових прав осіб з інвалідністю в зарубіжних країнах: досвід для України» // Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції / Донецький національний університет імені Василя Стуса. Хмельницький, 2019. С. 254-262.

7. Оверчук В. А. «Міжнародний досвід у сфері працевлаштування осіб з інвалідністю» // Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2018 (Випуск № 22, частина 3). С. 14-17.

8. Про затвердження Національного плану дій з реалізації Конвенції про права осіб з інвалідністю на період до 2025 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 07.04.2021 № 285-р URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/285-2021-р#Text>

**Посполітак Володимир
Володимирович**
Кандидат юридичних наук,
доцент кафедри приватного права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»,
завідувач кафедри
гуманітарного розвитку
ВНПЗ «Міжнародний інститут
менеджменту (МІМ-Київ)»

ЗАХИСТ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ У ТРЕТЕЙСЬКОМУ СУДІ

Без наявності правових механізмів захисту права та охоронюваного законом інтересу особи залишатимуться декларативними.

Відповідно до ст.15 ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання; має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Зокрема, згідно ч. 1 ст. 16 ЦК України за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу особа має право звернутися до суду.[1]

Стаття 16 ЦК України не конкретизує, який суд може здійснити захист, а використовує родове поняття «суд». Тому одним з таких судів, який може ефективно захищати права та охоронювані законом інтереси, може бути третейський суд.

Діяльність третейських судів регулюється Законом України «Про третейські суди». [2] Третейський суд відноситься до недержавної форми судочинства.

Як відомо перевагами розгляду справ третейським судом є:

- оперативність та швидкість, відсутність бюрократичних та корупційних проявів;
- конфіденційність третейського розгляду;
- право сторін призначати третейських суддів та визначати місце третейського розгляду;
- незалежність третейських суддів, підкорення їх тільки закону;
- остаточний характер рішення та можливість оскарження цього рішення лише з процесуальних підстав, передбачених Законом України «Про третейські суди»;
- негайне набрання чинності рішенням;
- мінімізація витрат на третейський розгляд.

Однак, незважаючи на такі переваги розгляду справ третейським судом порівняно з державними судами, кількість справ, які ними розглядаються, є дуже низькою.

Згідно статистики, яка наведена Фондацією DE JURE станом на 2018 рік, всього в Україні з 2004 р. було зареєстровано 515 третейських судів, 21 з яких

припинив діяльність, 83 — не отримують кореспонденцію за містом реєстрації, лише 33 — мають оприлюднені положення, регламенти та списки суддів. Встановлено, що за всю історію розгляд справ здійснювали 248 третейських судів, решта діяльності не вели. За останні неповні два роки (2017—2018) справи розглядали, а отже, фактично діють 39 третейських судів.[3]

Варто констатувати, що незважаючи на зміни до Конституції України 2016 року щодо досудового врегулювання спору, ЦПК України та ГПК України 2017 року в частині можливості передачі розгляду справи до третейського суду, всплеску кількості розгляду справ третейськими судами не відбулося.

При цьому варто погодитися з думкою Т. Шепеля про те, що питання розвитку третейських судів є актуальним для України вже тривалий час. [4]

Спроби збільшити кількість звернень до третейських судів за допомогою законодавчих змін робилися неодноразово. Серед останніх законопроектів це:

- Про внесення змін до Закону України «Про третейські суди щодо приведення норм Закону до вимог міжнародних правил арбітражу та чинного законодавства, підвищення прозорості діяльності третейських судів, розширення їх використання юридичними та фізичними особами (реєстраційний номер 3460 від 12.05.2020, знято з розгляду); [5]

- Проект Закону про внесення змін до деяких законів України (щодо вдосконалення порядку утворення та діяльності третейських судів з метою відновлення довіри до третейського розгляду) (реєстраційний номер 3045 від 10.02.2020, знято з розгляду); [6]

- Проект Закону про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку утворення та діяльності третейських судів з метою відновлення довіри до третейського розгляду (реєстраційний номер 3411 від 29.04.2020, готується до другого читання) [7]

Однак можна погодитися з думкою багатьох фахівців у цій сфері, [8] що спроба, а точніше мета з якою було розроблено законопроекти, зокрема 3045, не є доречною, виправданою, достатньо обґрунтованою та актуальною.

Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки також заторкує питання третейського судочинства. [9] Зокрема, цим документом в частині альтернативного (позасудового) та досудового врегулювання спорів пропонується «удосконалення порядку утворення та діяльності третейських судів, у тому числі щодо підвищення вимог до засновників третейських судів, зміцнення інституційних можливостей третейського самоврядування, розширення підвідомчості справ третейським судам, поширення гарантій конфіденційності на третейських суддів» (пункт 4.1.5). Фактично йдеться про те, що й пропонують вищезазначені законопроекти.

Однак, на нашу думку, усі ці пропозиції будуть мало сприяти розвитку третейського судочинства в Україні. Як зазначає, Т. Шепель і в багато в чому можна погодитися з його думками, зокрема в частині браку інформації, що «широкому розвитку третейського розгляду заважає необізнаність про саму наявність такого інструменту та брак інформації про третейські суди, а також шлейф недовіри до них, який тягнеться з часів зловживань з нерухомістю і активного застосування судів банківськими установами». [4]

Однак, незважаючи на значну недовіру до державних судів, особи все таки звертаються до них. Проблеми з чесністю/довірою є щодо й до окремих нотаріусів, державних та приватних виконавців, державних реєстраторів. Але особи все ж таки звертаються до них. То ж проблема напевно криється десь інакше. І не стільки в законодавчих проблемах, хоча жоден закон не є досконалим, наприклад в обмеженні підсудності справ третейським судам й діяльності третейських судів *ad hoc*, скільки в поінформованості суспільства про цей механізм.

Отже, третейські суди в Україні можуть бути належним та ефективним механізмом захисту прав та охоронюваних законом інтересів фізичних та юридичних осіб. Однак, вважаємо, для цього доцільно розширити підвідомчість справ третейським судам, удосконалити питання створення та здійснення

судочинства третейськими судами ad hoc та поінформованості суспільства про цей механізм захист права та інтересів.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення 30.01.2022 р.)
2. Закон України «Про третейські суди», URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення 30.01.2022 р.)
3. Третейські суди в Україні: стан розвитку, статистика, практика та перспективи. – Київ, 2018. – 52 с., URL: https://drive.google.com/file/d/13NY3gi24TbJcJronM_6_YKbO-O9b2PTN/view
4. Тарас Шепель. Недержавні суди у судовій реформі: шлях в майбутнє чи екскурс в минуле? – Українська правда від 29.07.2020 р., URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2020/07/29/7261108/>
5. Про внесення змін до Закону України «Про третейські суди щодо приведення норм Закону до вимог міжнародних правил арбітражу та чинного законодавства, підвищення прозорості діяльності третейських судів, розширення їх використання юридичними та фізичними особами (реєстраційний номер 3460 від 12.05.2020), URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68803
6. Проект Закону про внесення змін до деяких законів України (щодо вдосконалення порядку утворення та діяльності третейських судів з метою відновлення довіри до третейського розгляду) (реєстраційний номер 3045 від 10.02.2020), URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68103
7. Проект Закону про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку утворення та діяльності третейських судів з метою відновлення довіри до третейського розгляду (реєстраційний номер 3411 від 29.04.2020), URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68714
8. Реформа третейських судів: магія змін? - Юридична газета Online від 05 лютого 2020 р., URL: <https://yur-gazeta.com/golovna/reforma-treteyskih-sudiv-magiya-zmin.html>
9. Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки, затверджена указом Президента України від 11 червня 2021 року № 231/2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/2021#Text> (дата звернення 30.01.2022)

*Подолька Тетяна Олегівна
студентка 2 року навчання
магістерської програми «Право»
факультету правничих наук
Національного університету «Києво-
Могилянська академія»*

СВОБОДА ТВОРЧОСТІ ТА ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ (СПІВВІДНОШЕННЯ)

Творчість уже давно є базовою потребою людини та буде надалі. Це доводять як перші малюнки первісних людей на скелях, так і сучасні твори культури та мистецтва. За умов інформаційного суспільства роль творчості вагома, а отже право на творчість та її результати потребує посиленої правової охорони.

Актуальним питанням станом на сьогодні є співвідношення свободи творчості та права інтелектуальної власності. Норма статті 54 Конституції України говорить як про вільний вибір форм, видів та проявів творчості, так і про право на її захист та результат [1]. На нашу думку, право інтелектуальної власності може як взаємодоповнювати свободу творчості, так і суперечити їй. Адже свобода одного творця закінчується там, де починається свобода іншого творця.

Свобода творчості належить до другого покоління прав людини (стаття 15 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права), а саме до культурних прав) [2; 3, с. 279 – 280]. Хоча поняття «свободи творчості» тісно пов'язане із правом першого покоління на свободу вираження поглядів і переконань (ч. 2 ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права говорить про свободу одержувати та поширювати будь-які ідеї незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір) [2]. «Фактично свобода творчості, захищена як окреме основне право або як підкатегорія свободи вираження поглядів, часто має переваги від сильного конституційного або

загальноприйнятого захисту на національному або регіональному рівні, а в демократичному суспільстві можуть бути обмежена лише за чітко визначених умов» [4, с. 316, 321]. Одним із таких обмежень слугує право інтелектуальної власності інших творців на їхні об'єкти.

Всеволод Речицький зазначав: «Свобода творчості є пов'язаною з інтелектуальною свободою індивіда. Запорукою успішності творця є відсутність обмежень на мету і предмет його розумових зусиль і уяви. Тому ефективність творчості перевіряється не цензурою, а ринком [5]».

У статті 15 Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права (1966) міститься визнання державами-учасниками цього Пакту права кожного на участь в культурному житті, яке також передбачає можливість користуватися результатами наукового поступу, знаходити захист для своїх «моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з будь-якими науковими, літературними чи художніми працями» [2], автором яких індивід є. «Остання формула часом бачиться такою, що вимагає захисту інтелектуальної власності, але Комітет з економічних, соціальних і культурних прав тлумачить її як таку, що захищає передовсім моральні права авторів і «засвідчує внутрішньо особистий характер кожного витвору людського розуму, з чого випливає довгочасний зв'язок між творцями та їхнім творінням [3, с. 279 – 280; 6].» «Пакт юридично зобов'язує «поважати свободу, безумовно необхідну для наукових досліджень і творчої діяльності», а також визнає «користь, що її дають заохочення і розвиток міжнародних контактів та співробітництва в науковій і культурній сферах» [7, с. 74].

Право інтелектуальної власності стосується більше економічних аспектів (щодо майнових прав – отримання прибутку від результатів інтелектуальної власності) чи аспектів честі, гідності та ділової репутації (щодо немайнових прав – право бути визнаним автором твору тощо) та є вагомим компонентом свободи творчості.

Безмежність свободи творчості призвела б до конфліктів між творцями об'єктів права інтелектуальної власності та неможливості їх ефективного

вирішення. Саме тому законодавство України містить норми про виключне право творця на розпорядження об'єктом права інтелектуальної власності. Наприклад за ч. 3 ст. 426 Цивільного кодексу України використання об'єкта права інтелектуальної власності іншою особою здійснюється з дозволу особи, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, крім випадків правомірного використання без такого дозволу, передбачених цим Кодексом та іншим законом [8]. Це є втіленням принципу диспозитивності в приватноправових відносинах: творець та особа, яка хоче використати твір, вправі домовитися на умовах, які самі забажають. Міжнародні нормативно-правові акти також дають відповідь, де межа свободи творчості. Наприклад, Бернська конвенція про охорону літературних та художніх творів, говорить про право творця вимагати визнання свого авторства на твір і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні цього твору, а також будь-якому іншому посягання на твір, здатному завдати шкоди честі або репутації автора (стаття 6 bis) [9].

Водночас право інтелектуальної власності творця може протистояти свободі творчості інших осіб. Цікавою є справа Верховного суду Франції *Hugo v. Plon SA*, де спадкоємець Віктора Гюго подав позов проти автора сиквелу на роман «Знедолені» Франсуа Серези та видавця. Суд прийшов до висновку, що свобода творчості автора сиквелу не дозволяє спадкоємцям Гюго заперечувати проти написання сиквелу. До того ж строк захисту прав майнових прав інтелектуальної власності вже минув [10]. Справу було повернуто до судів нижчої інстанції, а Апеляційний суд зробив висновок, що роман «Знедолені» є суспільним надбанням та що неможливо доповнити цей твір, а отже створення сиквелу на такий твір є протиправним [11].

Можна зробити висновок, що право на свободу творчості та право інтелектуальної власності мають спільну мету – захист результатів творчості від неправомірних посягань, до того ж захист інтелектуальної власності є ваговою частиною свободи творчості (особа вільна як в створенні твору, так і в праві заробити на ньому, виборі способів захисту прав на твір, правомірному

використанні творів інших осіб для власної тощо). Водночас ці права можуть суперечити одне одному, адже свобода одного творця не є безмежною, та не може посягати на інтелектуальну власність іншого творця.

Список використаних джерел:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. с. 141.
2. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (1966). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text.
3. Головатий Сергій. Лекції. К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2016. і-xxiv, 760 с. (додатки: бібліографія; глосарій).
4. Copyright on the Human Rights Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression, 45. INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. (2014).
5. Абетка демократії: свобода творчості. 12.10.2015. Всеволод Речицький. URL: <https://khpg.org/1444641832>
6. CESCR General Comment 17: The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is author". UN Economic and Social Council. 12 January 2006. paragraph 12. Retrieved 2 June 2008.
7. Конституційне А Б В. Всеволод Речицький. — Харків: ТОВ «Видавництво «Права людини», 2016. 408 с.
8. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV// Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44.
9. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051#Text
10. Cass., 1e civ., Jan. 30 2007, *Hugo v. Plon SA* (Fr.), 38 INT'L REV. OF INTELL. PROP. & COMP. L. 736, 738 (2007).
11. Hugo heirs lose over 'Les Mis II'. URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/6317941.stm>

Проценко Діана Василівна
старший викладач кафедри приватного
права Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

АЛЬТЕРНАТИВНІ МЕХАНІЗМИ ЗАХИСТУ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН ПРИ ПОРУШЕННІ ЖУРНАЛІСТАМИ НОРМ ПРОФЕСІЙНОЇ ЕТИКИ В УКРАЇНІ

Розвиток технологій в усьому світі зумовив більш швидке та активне поширення та обмін інформацією, відповідно питання дотримання інформаційних прав громадян зокрема у діяльності журналістів також стало суттєво актуальнішим. При цьому саме останні роки збільшилась кількість медіа, особливо так званих “нових медіа” або “конвергентних медіа”, які генерують таку кількість контенту, що звичні методи контролю за дотриманням законодавства та інформаційних прав у діяльності з використанням медіа не виконують свою функцію, так само як і інструменти притягнення до відповідальності у разі відповідних порушень є малоефективними. При цьому сама сфера свободи слова має специфіку в контексті підходів до регулювання, зважаючи на таке:

1. Недоречність та небезпека надмірної визначеності правової рамки для свободи слова: а) є ризик надто буквального трактування положень, які визначені кількісно, це може використовуватись як привід притягати до надмірної відповідальності журналістів, що матиме chilling effect (охолоджувальний ефект) на діяльність медіа і свободу слова; б) конкретні надмірні кількісні показники та інші подібні норми можуть провокувати маніпулювання, коли формальні вимоги виконані, однак цим зловжито, коли “притягнуто” до відповідальності за надмірно деталізованою нормою, але по суті має місце порушення етики; в) етика - означено орієнтирами, набуває визначеності у конкретних справах.

2. Небезпека змішувати оцінки з точки зору права та з точки зору етики, оскільки порушення етики та права - різне за своєю природою і потребує різних санкцій.

Все зазначене зумовлює пошук більш дієвих та ефективних методів вирішення інформаційних спорів загалом та засобів притягнення до відповідальності зокрема.

Наразі окрім звичних способів цивільно-правового захисту прав та інтересів осіб відповідно до ст. 15, 16, 18, 19 Цивільного кодексу України (надалі за текстом – ЦК України), а також специфічних для сфери інформаційно-правових відносин способів захисту, зокрема права на *відповідь та спростування недостовірної інформації* (ст. 277 ЦК України), є способи, які можуть бути застосовані самоврядними інститутами професійної журналістської спільноти.

Відповідно до Положення про Комісію журналістської етики (надалі за текстом – КЖЕ), КЖЕ є корпоративним інститутом громадянського суспільства, що **розглядає конфліктні ситуації етичного та професійного характеру, які виникають в журналістському середовищі та між цим середовищем та громадськістю** у зв'язку з виконанням журналістами свого професійного обов'язку. **Діяльність Комісії спрямована на досягнення таких цілей:** формування культури професійної та чесної журналістики; становлення довіри до ЗМІ; **зміцнення принципу свободи слова** в Україні; встановлення конструктивного **діалогу** між учасниками конфлікту на умовах рівноправ'я сторін; **усвідомлення** широкими колами журналістів міжнародно визнаних **правил поведінки** та необхідності дотримуватися їх у щоденній діяльності; досягнення **точної кваліфікації дій**, що оскаржуються, і формулювання рішень, які застосовуватимуться у майбутньому в якості прецедентів. Відповідно до зазначених цілей визначені і форми рішення, зокрема: (1) **дружнє попередження**, коли діянню властиве таке: ненавмисна помилка; коли порушення носить несистемний характер та не призвело до серйозних негативних наслідків; (2) **заява**, коли діянню властиве таке: порушення права

громадськості на отримання правдивої інформації або загрожують довірі до українських медіа, а також може бути прийнята з ініціативи Комісії за сукупністю; (3) **публічний осуд**, коли діяння властиве таке: грубий, системний, умисний характер порушення, його несумісність з журналістською етикою.

При цьому захист інформаційних прав громадян, засобами, розробленими та доступними професійній спільноті, не забезпечуються примусом і великий відсоток таких рішень не виконується. порушниками у тій частині рішення, що стосується необхідних з їх боку дій.

Останні десятиліття в Україні та світі також активно розвивається сфера альтернативного вирішення спорів. Сердцем таких методів вирішення спорів є медіація, яка серед низки свої переваг передусім має у основі взаємовигідне для сторін спору рішення. З огляду на зазначене її використання у сфері розгляду справ щодо порушення норм журналістської етики може сприяти вищому ступені виконуваності таких рішень.

Медіація – це процедура врегулювання конфлікту (спору) шляхом переговорів сторін конфлікту (спору) за допомогою одного або кількох посередників – медіаторів. **Медіація ґрунтується на принципах:** добровільної участі; самовизначення медіатора і сторін медіації; незалежності та нейтральності медіатора; конфіденційності інформації, отриманої під час медіації, та щодо факту медіації. Проте є поняття **немедіабельності** справ, оскільки як будь-який інструмент медіація має свої обмеження.

Процесуальна можливість медіації. З проаналізованих документів наразі можна зробити висновок, що процедурно медіація при розгляді скарг Комісією можлива. Її до речі пропонувати при комунікації із заявником після прийняття скарги, а також при зверненні до редакції/журналіста, до початку обговорення членами Комісії скарги по суті. **Конфіденційність vs. публічність.** Досягнення згоди у вирішенні ситуації самими сторонами під час медіації є конфіденційним процесом, тому доречно припиняти розгляд скарги після повідомлення про досягнення згоди та уникати оприлюднення скарги та

інформації про досягнення згоди, окрім якщо самі сторони будуть зацікавлені у цьому.

Строки та процесуальні рішення. На час проведення медіації доречно призупиняти розгляд скарги, оскільки інакше мають відбуватись інші дії відповідно до Стандарту роботи зі скаргами. Медіація буде ефективною протягом однієї чи кількох зустрічей, тому не буде суттєво подовжувати строки, проте узгодження організаційних деталей проведення медіації і узгодження кандидатури медіатора, пошук спільно доступних для процедури часових проміжків може потребувати часу. З огляду на це строк у 15 календарних днів виглядає виправдано.

Предметна можливість медіації. Щодо змістовного боку питання про можливість медіації при розгляді скарг, поданих до КЖЕ, то це питання значно складніше через публічний та часто прецедентний характер спорів у сфері порушення журналістської етики. Скарги підлягають оцінці з точки зору того, яка стаття кодексу етики порушена. З огляду на це необхідно оцінити потенційну медіабельність спорів.

Загальні ознаки медіабельності. Медіабельність конфлікту - коли для цього конфлікту буде можливим, допустимим, ефективним застосувати медіацію. Нижче певні характеристики спору розділені на дві групи, коли медіація **допустима**, та коли сторони будуть більш **мотивовані йти** в медіацію. Також характеристики допустимості згруповані за трьома площинами: медіабельність з точки зору **1) процесу, 2) змісту, 3) відносин**, оскільки медіація завжди має у фокусі ці три площини.

Медіабельність: процес.

- *Законодавство не забороняє медіацію у такому спорі;*
- *законодавство не забороняє можливості мирової угоди у такому спорі;*
- *рішення щодо спору мають повноваження прийняти саме ті, хто досяжний для комунікації;*

- *дієдатність сторони, спеціальна правосуб'єктність на участь в медіації чи на укладання угоди за її результатами в межах, в яких досягнута згода; зокрема наявність у представника чи сторони - суб'єкта владних повноважень - дискреційних повноважень;*

- *спір не зачіпає інтереси третіх осіб, які не можуть взяти участь у такому процесі;*

- *спір стосується визначеного, а не невизначеного кола осіб.*

Медіабельність: зміст.

Спір про інтерес, а не про право;

- *структурно у конфлікті присутній перетин на рівні інтересів і потреб сторін (зона спільності), що уможлиблює варіативність щодо можливого рішення;*

- *присутня перспектива оформлення результатів медіації згідно з нормами матеріального та процесуального права (так званий критерій дієвості (виконуваності) медіаційної угоди);*

- *предметно спір не суперечить (в результаті домовленості правочин не має суперечити) моралі та публічному порядку;*

- *спір не стосується питань, щодо яких є потреба у встановленні прецеденту, визначенні норми.*

Медіабельність : відносини (психологічний аспект).

- *культурно сторона допускає взаємовигідність у рішенні, співпрацю, рух назустріч іншій стороні (особа здатна прийняти, не відмовляється від прийняття основоположних принципів і правил медіації);*

- *наявність власної волі і готовності до процедури і пошуку порозуміння (відсутні очевидні ознаки психічних розладів, залежності від алкоголю, наркотиків, іншої залежності, яка не дозволяє особі приймати осмислені рішення);*

- *відсутній надмірний дисбаланс сил, який не уявляється можливим подолати засобами медіації (нерівне становище сторін, фінансова або психологічна залежність однієї сторони від іншої, що також може*

супроводжуватись сильним тиском та погрозами з боку учасника/учасників конфлікту);

- ескалація конфлікту помірна*;
- ширий намір участі (немає ознак свідомого введення в оману та

спроб використати медіацію для неправомірних або аморальних дій).

Примітка:*

Зазвичай про вищий ступінь ескалації конфлікту між сторонами буде свідчити витік інформації про нього у публічний простір з паралельним формуванням “образу ворога”, залученням союзників з числа широкої аудиторії. Проте оскільки у справах, з якими має справу КЖЕ, сам спір починається з факту того, що оприлюднена певна інформація, важливо правильно розмежувати характеристики ескалації конфлікту для таких випадків. Мова про те, що якщо після первинної публікації (що є предметом скарги до КЖЕ) щодо цього факту є вторинна публічна одностороння чи двостороння комунікація між сторонами в інших медіа, соціальних мережах чи в інших публічних місцях, в якій відбувається нищення іміджу іншої сторони, формування її образу як “ворога”, формування “табору союзників” з числа широкого загалу, то ступінь ескалації достатньо високий.

Додатково про високий ступінь ескалації будуть свідчити погрози, зокрема публічні, а далі - і завдання іншій стороні тих чи інших “ударів” як в інформаційній, так і в інших площинах відносин, що згодом будуть мати такий рівень впливу, що загрожуватимуть існуванню / нормальній життєдіяльності іншої сторони.

Наявність описаних ознак свідчить про такий ступінь ескалації, за якого медіація буде малоімовірна, малоефективна та навіть може завдати шкоди слабшій стороні. Проте, більш точну діагностику проводитиме медіатор і прийматиме відповідне рішення. Загальне правило для пропонування медіації таке, що чим менший ступінь ескалації ситуації, тим більш вона медіабельна.

Таким чином, наявність перерахованих вище ознак допустимості свідчитиме про **медіабельність спору**, а відповідно наявність протилежних їм ознак - про **немедіабельність**. При цьому кожна така ознака є самостійною та абсолютною.

На доповнення можна виділити кілька допоміжних чинників, що підвищуватимуть медіабельність справи, в значенні - сприятимуть більшій ефективності медіації, а саме: *потреба впливати на те, як йде процес врегулювання; потреба у конфіденційності вирішення, тобто не приваблювати*

додаткову увагу до ситуації; потреба у швидкому вирішенні; тривалість відносин і взаємозалежність учасників.

Спір про право чи про інтерес. Ознака медіабельності спору в площині “про право чи про інтерес” з огляду на специфіку роботи КЖЕ потребує окремого аналізу. Але спочатку слід пояснити, чому це питання виникає у контексті рішення про медіабельність, а потім співвіднести з функцією та практикою роботи КЖЕ.

Спір про право - це коли у сторін різне переконання щодо того,

- чи є у когось з них те чи інше право/ обов'язок (з огляду на такий склад правомочностей суб'єктивного права, як право на свої дії, чужі дії, право на захист (включно й тоді, коли у особи є лише припущення, що її право порушене, бо іншою стороною обов'язок не виконано);

- наявні чи відсутні між ними певні правовідносини.

В результаті такої розбіжності у розумінні фактична поведінка однієї сторони не відповідає очікуванням іншої сторони, що призводить до конфлікту.

Спір про інтерес - це коли у кількох сторін у результаті певного збігу обставин суб'єктивного чи об'єктивного характеру має місце зіткнення на рівні потреб, які потребують свого задоволення. При цьому кожній стороні потрібно “своє” (дія, бездіяльність, ставлення чи подібне), аби потреби отримали своє задоволення. Власне, оскільки те, що сторони хочуть (не) вчинити самі чи вимагають (не) вчинити іншу сторону для задоволення свого інтересу- не збігається із очікуваннями іншої сторони, тому має місце спір про інтерес.

За загальним правилом - спір про право потребує чіткого та однозначного рішення, а спір про інтерес має багато варіантів рішення, тому медіабельними є саме спори про інтерес. У спорі про право сторони потребують, аби уповноважена особа/установа вирішила, “за ким право”, після чого, якщо немає супутнього спору про інтерес, сторони готові рухатись за приписами відповідно до визначеного “права”.

Однак якщо спір про право є пов'язаним зі спором про інтерес, при цьому у безпечному конфіденційному процесі сторони готові самі визнати, “за ким

право”, то такий спір може бути медіабельним, наприклад якщо одна сторона апелює до наявності у неї права, а інша готова це самостійно визнати. Такий розвиток подій можливий, якщо сторона, перед якою стоїть виклик - визнати право за іншою стороною - у процесі медіації отримала інше бачення, нове розуміння щодо безпеки чи можливості для задоволення власних інтересів, тобто коли заперечення “права” - тепер не єдиний шлях отримати те, що для неї важливо.

Основна задача КЖЕ при розгляді скарги, власне, те, чому подають скаргу і чого очікують заявники, це визначити “за ким право”, для них КЖЕ саме і є тією повноважною для такого рішення установою.

Таким чином є сенс говорити про те, що скарги, подані до КЖЕ, будуть медіабельні, якщо на доповнення до спору про право у конкретній справі матиме місце спір про інтерес або в результаті комунікації члена Комісії, відповідального за роботу з такою скаргою, матиме місце готовність до визнання “права” тими, щодо кого подана скарга. При цьому хоч обидва з описаних варіанти в результаті можуть мати вичерпання інциденту, що призвів до подання скарги, проте останнє швидше можна кваліфікувати як **“примирення за участі члена КЖЕ”** (в межах предмету скарги), а не консенсус, що є в основі **медіації**, коли рішення є взаємовигідним і виходить за межі первинного предмету спору, для чого властиво саме коли є робота у спорі про інтерес..

Ознаками наявності спору про інтерес зокрема можуть виступати дані про те, що заявник чи заявниця формували чи формують запит на відповідь / спростування до редакції/ журналіста, вимога компенсації моральної шкоди чи подібне.

Складність полягає у тому, що важливо ідентифікувати за конкретними статтями Кодексу етики, чи спір про право може поєднуватись зі спором про інтерес.

Для підготовки цього дослідження було проаналізовано 11 справ за поданими до КЖЕ скаргами на предмет їх медіабельності. Прикметно, що у

деяких з них члени КЖЕ пробували застосовувати медіацію, але швидше - медіаційні підходи, а не класичну медіацію, оскільки при пошуку рішення не здійснювався “вихід за межі первинного предмету спору”, а саме останнє є характерною ознакою медіації. Проте, оскільки рішення в результаті було прийнятне для сторін і фактично в певній мірі як рекомендація пропонувалось сторонам членами КЖЕ як фахівцями, що мають профільну експертизу та досвід, то можна говорити, що мала місце **консиліація**, що також є видом альтернативного вирішення спорів, різновидом медіації, що також має назву **оціночна медіація**. Водночас варто визнати, що значна частина справ, з якими працює КЖЕ, є немедіабельними саме тому, що питання стосується необмеженої кількості осіб, є спором про право без елементів спору про інтерес.

Список використаних джерел:

1. Положення про Комісію з журналістської етики.
2. Стандарт роботи Комісії журналістської етики зі скаргами
3. Методологія ухвалення рішень Комісією з журналістської етики
4. Кодекс етики українського журналіста.
5. Медіація у професійній діяльності юриста : підручник / авт. кол.: Т. Білик, Р. Гаврилюк, І. Городиський [та ін.] ; за ред. Н. Крестовської, Л. Романадзе. — Одеса : Екологія, 2019. — 456 с. : іл
6. Мазаракі Н. Щодо поняття медіабельності спору. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 12. С. 258–262

Русских Павло Іванович
здобувач вищої освіти МП «Право»,
Національний університет «Києво-
Могилянська академія»

ДЕРЖАВНА РЕЄСТРАЦІЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЯК ІНСТРУМЕНТ ЗАХИСТУ ПРАВ ОСОБИ

Публічна реєстрація прав на нерухомість - це дуже практична матерія права, яка для відвідувачів нотаріальної контори або державного реєстратора може походити на айсберг, важливість та складність якого вони не до кінця усвідомлюють, отримуючи «на руки», як вершину цієї глиби, лише витяг з реєстру. Разом з тим, всі недосконалості нормативного регулювання процедури реєстрації повною мірою відчують як користувачі, так і реєстратори, про що свідчить наявність актуальних роздумів науковців про цей інститут, а також значної судової та нотаріальної практики з приводу державної реєстрації прав. До важливих проблем в цій галузі можна віднести як практичні складнощі, які виникають через низьку якість електронних державних реєстрів прав на нерухоме майно або велику їх кількість, через що неможливо виконати часові вимоги закону, так і теоретичні - щодо ролі державної реєстрації при переході або набутті права власності, незбалансованість диспозитивних та чітко регламентованих положень законодавства, що призводить до порушень прав особи та використання інституту реєстрації для зловживань правом на шкоду іншим.

Основа регулювання державної реєстрації прав на нерухоме майно, у той формі, яку вона має зараз, а саме - загальнодержавної бази даних в електронній формі, була закладена прийняттям у 2004 році відповідного закону, який станом на сьогодні вже зазнав впливу значних реформ. Спершу, законодавче регулювання встановлювало різну процедуру, як за суб'єктами здійснення реєстраційних дій, так і за предметами такої реєстрації. В свою чергу, здійснення реєстрації нерухомого майна в єдиний електронний реєстр було

покладено на Бюро технічної інвентаризації (БТІ), які до цього вели облік зареєстрованих прав у паперовій формі. Натомість, реєстрація прав на землю аж до 2013 року здійснювалась окремим органом у сфері земельних ресурсів, і велась виключно у паперовій формі. Проте, у 2013 році ця процедура зазнала докорінних змін з появою окремої посади державного реєстратора у штаті органів місцевого самоврядування та надання нотаріусам додатково статусу реєстратора, разом з обов'язком проведення реєстраційних дій одночасно з нотаріальним посвідченням правочину. Також, на землю було поширено правила реєстрації нерухомості – електронна форма з видачею витягу з реєстру замість свідоцтва. БТІ же було перетворено виключно на інженерну структуру. Обрання саме такої організаційно-правової структури, як на мене, до цього часу виглядає не дуже зрозумілою і було б цікаво почути аргументи осіб, які мали вирішальний вплив на закріплення у законодавстві саме її. Аргументувати таке рішення прямим запозиченням положень акті EU і додатковим кроком на шляху до євроінтеграції, виглядає неможливим, оскільки найбільші країни-члени ЕС якраз притримуються процедури від якої ми у 2013 році відійшли і лише Болгарія[1] може бути прикладом схожої системи (нотаріус виступає державним реєстратором у момент укладення правочину з переходу права власності).

Якщо розмірковувати щодо майбутнього вектору розвитку державної реєстрації, то я притримуюсь думки, що ми будемо найближчим часом, в рамках процесу євроінтеграції, все більше запозичувати положення регулювання ЕС. Головною діючою силою щодо погодження та вироблення спільних принципів державної реєстрації з 2010 року є підтримана Європейською комісією неурядова організація – ELRA (European Land Registry Association). Відповідно до інформації з офіційного сайту, наразі до організації приєдналось 31 офіційна реєстраційна організація з 22 країн-членів Європейського Союзу. Основною метою Асоціації є підтримка розвитку та розуміння важливої ролі реєстрації права на землю, нерухомого майна та капіталу в Європі [2]. Головним проектом організації є створення спільного

державного реєстру та запровадження однакових стандартів захищеності на європейському просторі. І хоча акти ELRA мають рекомендаційний характер, проте через авторитетність можна сміливо віднести їх до аки EU, а тому я впевнений, що Україна радо приєднається до лав цієї організації за першої можливості і поступово приведе наше законодавство про державну реєстрацію права на нерухоме майно до спільних принципів –

- Публічність інформації для кожного та оперативність її отримання
- Захищеність реєстру та компетентність особи, яка має право вносити зміни
- Незалежність державного реєстру від політичних, суддівських, адміністративних впливів [3].

Цікавим є питання місця державної реєстрації в системі переходу права власності, а саме про те, хто є власником нерухомого майна в період між реєстрацією та укладенням сторонами правочину. Для визначення відповіді на це питання, слід звернутися до судової практики, яка демонструє єдність позиції у цьому питанні, майже дослівно дотримуючись визначення поняття «державної реєстрації» у відповідному Закону України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень». Відповідний закон визначає нормативну **дефініцію державної реєстрації**, як «офіційне визнання і підтвердження державою фактів набуття, зміни або припинення речових прав на нерухоме майно, обтяжень таких прав шляхом внесення відповідних відомостей до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно».

Таким чином, державна реєстрація права на нерухоме майно, видача свідоцтва про право, самі по собі не породжує, не надає особі, яка звернулась за реєстрацією права без достатньої правової підстави, набуття права власності. Ціль державної реєстрації - це в першу чергу засвідчення, фіксація вже існуючого права власності, що перейшло на законних підставах від одного власника, до іншого і є недопустимим ототожнювати факт набуття права власності із фактом його державної реєстрації. Відповідна позиція була висловлена у багатьох справах, як то **№ 911/1902/19 від 20 травня 2020 р, №**

910/10987/18 від 24.01.2020, у справі № 904/8186/17, № 925/797/17 від 27.06.2018.

До інших важливих проблем з якими стикаються нотаріуси при здійсненні державної реєстрації і які потребують належного вирішення можна віднести такі:

- перевантаженість нотаріусів через необхідність поєднувати дві посади, що призводить до ризиків порушення вимог законодавства;
- непередбачуване відключення реєстрів;
- відсутність достатнього регулювання порядку внесення змін до державного реєстру речових прав, пов'язаних з захистом майнових прав щодо об'єктів, які залишились на тимчасово окупованих територіях;
- формалістичний підхід до регулювання державної реєстрації, що призводить до підвищення значних грошових та часових витрат громадян;
- різні вимоги для державних реєстраторів.

Список використаних джерел:

1) Мартинюк Н.М. - Зарубіжний досвід надання публічних послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно/ Право.ua № 3, 2020, с.180-185 ([Електронний ресурс]: http://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/2020/12/180-_Martynyuk.pdf)

2) Офіційний сайт European Land Registry Association/ DECLARATION OF THE EUROPEAN LAND REGISTRY ASSOCIATION/ ([Електронний ресурс]: <https://www.elra.eu/about-us/landregistry-principles/>)

3) THE ELRA BOARD STATEMENT ON THE REORGANISATION AND RESTRUCTURING OF LAND REGISTRIES/7th Annual Publication of ELRA/ с.4 ([Електронний ресурс]: <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/1.-Alasdair-Lewis-ELRA-Board-Statement.pdf>)

Федосєєва Тетяна Романівна
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри приватного права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

НЕПРИПУСТИМІСТЬ СУПЕРЕЧЛИВОЇ ПОВЕДІНКИ УЧАСНИКА СУДОВОГО ПРОЦЕСУ

Загальноприйнятною вважається така поведінка учасників судового процесу, яка вказує на її відповідність основним засадам і правилам судочинства, зокрема, здійснюється з дотриманням процесуальних прав учасників справи, відповідає правилам етики, професійним стандартам та принципу неприпустимості зловживання процесуальними правами. Разом з тим, поширеною є практика, коли з метою досягнення свого процесуального інтересу учасник судового процесу недобросовісно використовує надані йому законом процесуальні права, допускаючи суперечливість своєї поведінки. Стратегія судового процесу та вибудована на її основі тактика захисту не повинні характеризуватися рисами недобросовісності. Зачасти, суперечлива поведінка має місце ще до звернення до суду, до прикладу, при недотриманні стандарту поведінки стороною договору, яка діє нечесно відносно іншої сторони. При вирішенні спору у суді відповідні факти необхідно виявити, що, зачасти, доволі складно. Не менш утрудненим є доведення їх наявності та застосування правових наслідків такої поведінки.

До загальних засад цивільного законодавства відноситься, серед іншого, справедливість, добросовісність та розумність (п. 6 ч.1 ст. 3 ЦК України) [1].

Цивільне законодавство ґрунтується на вільному здійсненні цивільних прав, а також добросовісності учасників цивільних правовідносин при здійсненні цивільних прав та виконанні обов'язків. Таким чином особа не може отримувати переваги від недобросовісної поведінки [2, с. 279].

Неприпустимість зловживання процесуальними правами є однією із засад (принципів) цивільного судочинства (п. 11 ч. 3 ст. 2 ЦПК України). Відповідно

до ч. 1 ст. 44 ЦПК України учасники судового процесу та їх представники повинні добросовісно користуватися процесуальними правами; зловживання процесуальними правами не допускається [3].

Велика Палата Верховного Суду звертає увагу на висновок про те, що добросовісність (пункт 6 статті 3 ЦК України) - це певний стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення. Доктрина *venire contra factum proprium* (заборони суперечливої поведінки) ґрунтується ще на римській максимі - «*non concedit venire contra factum proprium*» (ніхто не може діяти всупереч своїй попередній поведінці). В основі доктрини *venire contra factum proprium* знаходиться принцип добросовісності. Поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, що не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони, за умови, що інша сторона, яка діє собі на шкоду, розумно покладається на них [4].

Суперечність визначається як становище, за якого що-небудь одне виключає інше, несумісне з ним або протилежне йому; невідповідність чого-небудь чомусь; протиріччя. Суперечливий – такий, який містить суперечність [5, с. 1216]. Відтак суперечливою можна вважати поведінку учасника судового процесу, яка містить протиріччя та характеризується, зокрема, такими його діями, що не відповідають попереднім заявам, містять взаємовиключні позиції та свідчать про недобросовісне користування процесуальними правами.

Аналіз судової практики дозволяє констатувати, що суди все частіше посиляються на доктрину *venire contra factum proprium* (заборони суперечливої поведінки). До прикладу, у справі № 915/411/19 Верховний Суд вказує на поведінку позивача, який займає взаємовиключні правові позиції, зокрема, щодо, з однієї сторони, неукладеності договору про надання інформаційно-консультаційних послуг № 26-04/18 від 26.04.2018, з іншої - ставлення під сумнів форми договору за відсутності оригіналу такого договору [6].

У справі № 917/803/18 Верховний Суд відзначив, що відповідач, який постійно змінює свою позицію щодо отриманих ним грошових коштів у розмірі

1 554 887,30 грн в такий спосіб діє недобросовісно та з порушенням меж здійснення цивільних прав, встановлених ст. 13 ЦК України, що не відповідає ані конституційним принципам, ані загальним принципам права, встановленим ст. 3 ЦК України. Враховуючи обставини даного спору та поведінку відповідача, який займає взаємовиключні правові позиції з метою неповернення грошових коштів, Верховний Суд погоджується з висновком суду апеляційної інстанції, що вимоги позивача про повернення зазначених коштів на підставі ст. 1212 ЦК України є обґрунтованими та правильно задоволені судом апеляційної інстанції, оскільки правової підстави для перерахування позивачем відповідачу 1 554 887,30 грн не існувало [7].

У справі № 461/9578/15-ц позивачка у письмовій заяві голові міжвідомчої комісії при Галицькій райдержадміністрації м. Львова надала згоду власникам однієї із квартир (другий поверх) в житловому будинку зробити реконструкцію їх квартири (другого поверху) у двоповерховому житловому будинку та переобладнати горище під мансардний поверх, а згодом пред'явила позов, мотивуючи його тим, що жодної згоди як співвласник багатоквартирного будинку на реконструкцію приміщень спільного користування (горища) вона не надавала. Велика Палата Верховного Суду такі дії оцінила як суперечливу поведінку [8].

Застосовуючи у справі принцип добросовісності щодо поведінки боржника, Велика Палата Верховного Суду у справі №904/2104/19 зазначає, що, визнаючи факт існування своїх зобов'язань за укладеним ним договором поруки та їх припинення по закінченню преклюзивного строку згідно із ч.4 ст. 559 ЦК України, боржник діяв недобросовісно, заперечуючи в цілому факт перерахування Банком коштів за кредитним договором позичальнику та стверджуючи про неповноту наданих Банком доказів у справі про банкрутство щодо перерахування спірної суми грошових коштів - 40 000 000 доларів США. Зазначені висновки судів є помилковими і суперечать основному змісту мотивувальних частин рішень судів першої та апеляційної інстанцій про відмову у визнанні спірних грошових вимог як таких, що припинилися

внаслідок дії імперативної норми українського права (статті 559 ЦК України) [9].

Поширеними є й випадки, коли Верховний Суд вказує на необґрунтованість посилань учасника процесу на суперечливу поведінку іншого учасника, до прикладу у справі № 910/8791/20 [10]. Також Верховний Суд звертає увагу на випадки, коли судами першої та/чи апеляційної інстанцій не надається оцінка відповідним доводам учасника процесу, не перевіряється чи заявлена поведінка позивача суперечить принципу добросовісності, чи його дії свідчать про суперечливу поведінку та чи відповідають його попередній позиції щодо виконання своїх зобов'язань тощо, як, наприклад, у Постанові Верховного Суду у справі № 910/17643/19 [11].

На жаль, встановлення факту суперечливої поведінки наразі не відіграє ключову роль у вирішенні спору. Це ілюструє судова практика: до прикладу у справі № 922/1840/19 Верховний Суд вказує, що загальні принципи цивільного законодавства, серед яких і принцип добросовісності, лежать в основі всіх без виключення цивільних правовідносин, проте самі по собі такі принципи не мають ключового значення для вирішення конкретного спору, натомість на їх недотриманні (або дотриманні) суд може наголошувати та акцентувати увагу в якості додаткового аргументу при прийнятті судового рішення за наслідками встановлених обставин справи та здійсненої правової кваліфікації спірних правовідносин за конкретними нормами матеріального права [12].

Таким чином, можна констатувати позитивну динаміку збільшення практики застосування судами доктрини заборони суперечливої поведінки, а також використання учасниками судового розгляду аргументації щодо фактів суперечливої поведінки опонентів. Вказане, загалом, сприяє зменшенню проявів зловживання процесуальними правами та закріпленню правил поведінки, в основі яких закладено добросовісність учасників правовідносин.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення 03.02.2022 р.).
2. Добросовісність: доктрина &судова практика: зб. ст. / за ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. -Харків: ЕКУС, 2021. -358 с.
3. Цивільний процесуальний кодекс України, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення 03.02.2022 р.).
4. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 25 травня 2021 року у справі № 461/9578/15-ц, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97967339> (дата звернення 03.02.2022 р.).
5. Великий тлумачний словник сучасної української мови/уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел.-К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004.- 1440 с.
6. Постанова Верховного Суду від 19 лютого 2020 року у справі № 915/411/19, URL:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/87735731> (дата звернення 03.02.2022 р.).
7. Постанова Верховного Суду від 15 травня 2019 року у справі № 917/803/18, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81844300> (дата звернення 03.02.2022 р.).
8. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 25 травня 2021 року у справі № 461/9578/15-ц, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97967339> (дата звернення 03.02.2022 р.).
9. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 листопада 2021 року у справі № 904/2104/19, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101990860> (дата звернення 03.02.2022 р.).
10. Постанова Верховного Суду від 19 жовтня 2021 року у справі № 910/8791/20, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100679618> (дата звернення 03.02.2022 р.).
11. Постанова Верховного Суду від 15 червня 2021 року у справі № 910/17643/19, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97868595> (дата звернення 03.02.2022 р.).
12. Постанова Верховного Суду від 10 червня 2020 року у справі №922/1840/19, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89767961> (дата звернення 03.02.2022 р.).

Філоненко Анна Ігорівна
студентка III курсу факультету
правничих наук
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

Науковий керівник:
Д. ю. н., доцент,
доцент кафедри приватного права
Музика Леся Анатоліївна

ІНСТИТУТ ПРАВА ОЧІКУВАННЯ В УМОВАХ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Вперше у національній судовій практиці про інститут права очікування було зазначено у постанові Верховного Суду України від 30 січня 2013 року [1]. Поява цього інституту пояснюється нагальною потребою врегулювати перш за все відносини у сфері інвестиційного будівництва (фінансування будівництва), захистити права інвесторів, які до 2013 року не були захищені належним чином.

До винесення вище зазначеної постанови, виникнення права власності на об'єкт будівництва було пов'язано безпосередньо з об'єктом будівництва і виникало в той момент, коли виникав сам об'єкт. З таких розумінь, право власності виникає в той момент, коли об'єкт будівництва буде вже побудовано. Допоки триває будівництво – у інвестора ще не виникає суб'єктивного цивільного права, однак у нього існує дещо більше, аніж просто інтерес.

Практика показує, що суди почали виходити з того, що поки триває процес будівництва – у інвестора є право очікування. В такий спосіб суди почали захищати інвесторів, визначивши, що на певний момент їм належить право очікування, яке в майбутньому переросте в право власності (судова справа № 754/11053/21 від 21 грудня 2021 року [2], № 643/18325/15-ц від 14 червня 2016 [3], № 754/15607/20 від 17 серпня 2021 року [4] про визнання майнового (речового) права на об'єкт незавершеного будівництва, судова справа № 754/11751/21 від 6 грудня 2021 року про визнання майнового права, у

тому числі прав на отримання в натурі та оформлення у власність після завершення будівництва [5]). З цього випливає, що право очікування – це майнове право, яке пов'язують з майбутніми майновими наслідками (вигодами).

Суд у постанові визначив, що « ... майнове право, яке можна визначити як «право очікування», є складовою майна як об'єкта цивільних прав. Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, та яке засвідчує правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому» [1]. Отже, з цього рішення можна зробити висновок, що:

- у інвестора наявне майнове право;
- воно є складовою майна як об'єкта цивільних прав;
- майнове право – це обмежене речове право, яке не є тотожним речовому праву на чуже майно;

- інвестор наділений певними, але не всіма правами власника майна. Права власності на майно ще не має, однак це майнове право засвідчує правомочність його власника отримати право власності на відповідне майно у майбутньому.

Вважаємо за необхідне звернути увагу на хибу (спірне положення, невдале положення), яку допустив Верховний Суд України, визначаючи у постанові від 30 січня 2013 року загальне визначення майнового права як обмеженого речового права. Варто було вказати, що у цій постанові йдеться про майнове право лише у відповідному контексті, а не про загальне визначення майнового права, яке відсутнє у національному законодавстві (не беручи до уваги частину другу статті 190 ЦК України).

Варто також зазначити, що не доречно у вище зазначеній постанові було визначено суб'єкта права очікування як власника майна. Так, у пункті 3.16 "Концепції оновлення Цивільного кодексу України" визначається, що «обмежене речове право очікування є правом особи, яка володіє річчю з метою

наступного придбання на неї права власності, у разі виконання *володільцем* умов, зазначених у договорі або в законі» [6, с. 23-24]. Роман Майданник у зв'язку з цим зазначає, «цивільне законодавство України недостатньо чітко визначає статус покупця (набувача) при передачі йому речі до переходу права власності. Правозастосовна практика звертає увагу на фігуру набувача («майбутнього власника») як законного володільця і суб'єкта права очікування.

Наведене свідчить, що судовою практикою в Україні введено фігуру «законного володільця» вже існуючого нерухомого майна і встановлено заборону на розпорядження цим майном» [7, с. 96]. Отже, можна зробити висновок, що правильніше було б зазначити у постанові замість *власника* майна – законного володільця, майбутнього власника, носія або володаря обмеженого речового права.

Як вже було зазначено вище, це судові рішення внесло ясність у питання, яке було неоднозначним у правовій доктрині, а саме: чи є тотожними і взаємозамінними поняття «речові права на чуже майно» та «право очікування». Так, суд встановив, що «майнові права на нерухомість, що є об'єктом будівництва (інвестування), не є речовими правами на чуже майно, оскільки об'єктом цих прав не є «чуже майно», а також не є правом власності, оскільки об'єкт будівництва (інвестування) не існує на момент встановлення іпотеки, а тому не може існувати й право власності на нього» [1].

Право очікування – це обмежене речове право, яке понині не передбачено чинним законодавством. Нині триває робота над оновленням цивільного законодавства, а саме Цивільного кодексу України. "Концепція оновлення Цивільного кодексу України" передбачає у пункті 3.27 класифікацію речових прав на право власності та обмежені речові права [6, с. 28]. Не можна погодитись з класифікацією, запропонованою робочою групою, яка працює над новою редакцією Цивільного кодексу України, оскільки напрошується висновок, що обмежені речові права включають в себе речові права на чуже майно. Однак вище ми дійшли до висновку, що обмежені речові права та речові права на чуже майно – не синоніми. Обмежені речові права не можна включати

і ототожнювати з речовими правами на чуже майно чи включати у підвиди права власності, оскільки як такого права власності ще не існує, а воно тільки з'явиться в майбутньому. Доцільно було б позиціонувати обмежені речові права, говорячи про систему речових прав, як такі, що передують появі праву власності та речовим правам на чуже майно, а в майбутньому це право перетвориться або на право власності особи, або на речове право на чуже майно.

Отже, підсумовуючи викладене, маємо надії, що в рекодифікаційному процесі будуть позитивно вирішені проблеми, пов'язані з інститутом права очікування, які досі існують.

Список використаних джерел:

1. Постанова Верховного Суду України від 30 січня 2013 р. № 6-168цс12. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/29620576> (дата звернення: 30.01.2022)
2. Рішення Деснянського районного суду міста Києва від 21 грудня 2021 р., судова справа № 754/11053/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/102290772?q=%22%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%20%D0%BE%D1%87%D1%96%D0%BA%D1%83%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F%22> (дата звернення: 30.01.2022)
3. Рішення Московського районного суду міста Харкова від 14 червня 2016 р., судова справа № 643/18325/15-ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/58348834?q=%22%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%20%D0%BE%D1%87%D1%96%D0%BA%D1%83%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F%22> (дата звернення: 30.01.2022)
4. Рішення Деснянського районного суду міста Києва від 17 серпня 2021 р., судова справа № 754/15607/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/99023661?q=%22%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%20%D0%BE%D1%87%D1%96%D0%BA%D1%83%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F%22> (дата звернення: 30.01.2022)
5. Рішення Деснянського районного суду міста Києва від 6 грудня 2021 р., судова справа № 754/11751/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/101680587?q=%22%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%20%D0%BE%D1%87%D1%96%D0%BA%D1%83%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F%22> (дата звернення: 30.01.2022)
6. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
7. Майданник Р. А. Правомірні очікування як майнове право: практика ЄСПЛ, право України, інших європейських країн. Правомірні очікування: зб. ст. за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: ЕКУС. 2020. С. 137 –146.

Хамітова Вероніка Віталіївна
аспірантка кафедри приватного права
Національного університету «Києво-Могиллянська академія»

Науковий керівник:
доктор юридичних наук,
доцент,
доцент кафедри приватного права
Національного університету «Києво-Могиллянська академія»
Музика Леся Анатоліївна

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ДОГОВОРУ ПРО ТРАНСПЛАНТАЦІЮ

Сьогодні Україна стоїть на порозі трансплантаційної незалежності. Протягом 2021 року було здійснено понад 300 операцій з трансплантації органів, це в чотири рази більше ніж у 2019-му році. 16 грудня 2021 року Верховна Рада України постановила закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, що регулюють питання трансплантації анатомічних матеріалів людині». Він повинен збільшити кількість операцій, донорів та урятованих життів українців. Даний закон закріпив, що до 1 січня 2024 року вся діяльність пов'язана із трансплантаціями здійснюється за рахунок коштів державного бюджету відповідно до рамок пілотного проекту щодо зміни механізму фінансового забезпечення операцій з трансплантації органів [1].

Через це виникає низка питань: яка буде ситуація після 2023 року? За чий кошт будуть здійснюватися такі операції? Чи не є ефективнішим паралельно вводити здійснення трансплантацій за приватний кошт? Наприклад, як слушно зазначає М. С. Брюховецька, застосування приватного договірної регулювання є важливим кроком до чіткого правового регулювання та захисту прав та інтересі суб'єктів даних правовідносин [2, с. 118].

Отже, актуальність вибраної теми дослідження полягає в тому, що іноземна практика щодо закріплення договірного регулювання трансплантаційної діяльності поступово витісняє вплив держави у зазначеній сфері. Саме тому в контексті внесення активних змін у нормативно-правових актах, що стосуються трансплантації та донорства, вбачається доречним аналіз закордонного досвіду правового регулювання договорів у сфері трансплантації.

Насамперед, варто зробити акцент на правовій природі відповідальності за порушення договору про трансплантацію, адже неврегульованість цього аспекту призведе до численних порушення прав суб'єктів цивільних правовідносин.

Одним із перших на законодавчому рівні можливість договірного регулювання трансплантації було закріплено у 6 Розділі ст. 142 Цивільного кодексу Угорщини від 26 червня 2013 року [3]. У нормативно-правовому акті закріплене поняття «суворої цивільної відповідальності» за порушення умов договору про трансплантацію органів. Кодекс встановлює, що відповідальність не може бути скасована через морально-суб'єктні характеристики сторін. Також законодавство Угорщини виділяє компенсацію за моральну та матеріальну шкоду, яку отримав донор чи реципієнт. Якщо донорство здійснювалося посмертно, то компенсацію мають право отримати члени сім'ї донора органів

Цікавим видається законодавче регулювання питання договірної відповідальності в Ірані. У цій країні порушується питання відповідальності у випадку, коли імунна система організму реципієнта відмовляються прийняти трансплантований орган. Хірург, який здійснив трансплантацію, несе цивільну відповідальність за договором, якщо він не здійснив всі можливі заходи для зменшення побічних наслідків для здоров'я особи, та/або реципієнта, якщо він знав та не сказав про можливі індивідуальні реакції. Зобов'язання із відшкодування шкоди, які виникатимуть через погіршення здоров'я у суб'єкта матимуть виключно договірний характер [4, с. 16].

Також цивільне законодавство Ірану вирізняє два види договорів, а саме: «Договір дарування органів між донором і реципієнтом» та «Договір про лікування». У першому випадку прижиттєвого донорства, якщо виникають проблеми під час трансплантації із донорським органом, то таку ситуацію називають «недобросовісністю донора» і він несе відповідальність за всі побічні наслідки. Але тільки у випадку, коли він знав або міг здогадуватися про «не бездоганність пересаженого органу» [4, с. 28].

У другому випадку «договору про лікування» всі види можливої відповідальності закріплені загальними принципами у «Нових законах про ісламські санкції», прийнятих у 2013 році. Відповідно до них хірурги та/або клініка (як юридична особа) повинні виправити всі несприятливі наслідки та виплатити моральну/матеріальну компенсацію [4, с. 29]. Видається актуальним поділ договору про трансплантацію на такі види. Адже різна природа отримання трансплантованого об'єкту, а тому виникає потреба корегувати відповідальність за порушення договору під конкретні правовідносини.

Також Іран поділяє цивільні договори залежно від виду органу, який трансплантується. Наприклад, є окреме регулювання трансплантації органів плода, яєчок та яєчників. Тобто від виду органу може залежати наслідки договірної відповідальності у разі погіршення стану здоров'я реципієнта/донора або порушенні договірного зобов'язання [4, с. 36]. Ця особливість є актуальною для наслідування Україною, адже застосовувати однакові наслідки у разі пересадження печінки та головного мозку не є зовсім коректним. Адже оперативні втручання різняться за своєю складністю та кількістю непередбачуваних ризиків.

У таких країнах, як Кіпр, Норвегія та Польща будь-яка відповідальність покривається за допомогою договору про страхування життя, який є обов'язковим для реципієнта чи прижиттєвого донора, або договору про страхування юридичної особи (приватної клініки). Відшкодування будь-який збитків на Кіпрі передбачено донору або його бенефіціарам [5, с. 102].

В Італії та Португалії операції з трансплантації ще досі покриваються виключно за допомогою державного фінансування, а тому цивільна відповідальність є загальною, як для всіх договорів про надання медичних послуг [5, с. 108]. Але така політика впливає на рівень здійснених трансплантацій, що значно менший порівняно з іншими країнами, в яких закріплене договірне регулювання.

За законодавством штату Міссісіпі, який знаходиться на південному сході США, закріплено, що лікар, який вилучає орган (наприклад, нирку) від живого донора без договору та/або необхідного огляду та інформування, буде нести не тільки кримінальну відповідальність, а й цивільну. Тобто буде повинен відшкодувати моральну та матеріальну шкоду такому донору, чи його сім'ї [6, с. 10].

Відповідальність також визначається за договором дарування, який часто використовується для дарунка органу. В такому разі особа – реципієнт, яка завідомо прийняла такий дарунок і не скористалася ним «вчасно», буде мусити заплатити моральну та матеріальну шкоду донору, та його сім'ї. За статтею 46 Цивільного законодавства штату Міссісіпі вказана можливість донора здійснити дарунок органів конкретній клініці, що буде здійснений після його смерті. За таким договором відповідальність може виникати у юридичної особи (приватної медичної клініки), якщо вона не скористається подарованими органами вчасно і їх строк придатності для використання мине [6, с. 20]. Наведений досвід є актуальним у розрізі обов'язковості включення поняття «вчасності використання органу», та відповідальності за порушення таких строків.

Повертаючись до законодавства України варто наголосити на тому, що у нас відсутня закріпленість поіменованого договору про трансплантацію. Науковець С. В. Михайлов вказує, що дані правовідносини є основною підставою для виникнення цивільно-правового договору про надання медичних послуг. Учений розглядає межі такої договірної відповідальності

послугодавців і питання правової захищеності послугоотримувачів від неналежного надання медичних послуг [7, с. 9].

Отже, український законодавець доки не врахував особливостей процедури трансплантації і не закріпив цей договір, як окремий, а тому ми змушені використовувати загальні положення. Договірна відповідальність буде виникати у разі порушення договірного зобов'язання, у всіх інших випадках за законодавством України буде виникати недоговірна відповідальність. Також метою такого договору є надання послуги, а тому не буде виникати відповідальність, якщо не буде результату покращення стану здоров'я [8, с.80].

Проаналізований зарубіжний досвід правового регулювання договору трансплантації свідчить про те, що договірне регулювання трансплантації працює в багатьох країнах світу. Але правовідносини з трансплантації є складними і пов'язані не лише з правовими чинниками, а і з соціальними, медичними, економічними. Саме тому закріплення даного договору не можливе без аналізу суміжних сфер, та детального закріплення всіх можливих варіантів розвитку подій.

Проаналізована законодавча база може трансформуватися під українські реалії та стати якісним підґрунтям для нововведень у сфері трансплантації. Тому, на мою думку, досить цікавим є досвід Ірану з приводу, по-перше, поділу договору про трансплантацію на види, а також кореляція між органом, що трансплантується і межами договірної відповідальності.

Актуальною для України є також політика залучення страхових компаній для компенсації шкоди. Особливо, коли це стосується приватних клінік, як юридичних осіб.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, що регулюють питання трансплантації анатомічних матеріалів людині: Закон України від 16.12.2021 № 1967-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1967-20#Text> (дата звернення: 27.01.2022).
2. Брюховецька М.С. Загальна характеристика договірного регулювання посмертного донорства. *Право і Безпека*. 2017. № 3. С. 117-120.

3. Civil Code of Hungary. The text of Act V of 2013. URL: <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1300005.tv>
4. Rostami Chelkasari E, Khafi S. Civil Liability Arising from the Rejection of Transplanted Organ. *Iran J Med Law*. 2016. No 10(36), P. 1 – 42.
5. Sapna Khajuria and Saugata Mukherjee. Organ transplantation: legal framework examined. *Journal of the Indian Law Institute*. 2007. Vol. 39, No.4. P. 98 – 31.
6. Jerome F. Leavell. Legal Problems in Organ Transplants. *College of William & Mary Law School William*. 2014. Vol. 30, No. 12. P. 1 – 36.
7. Михайлов С. В. Цивільно-правова відповідальність у сфері надання медичних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2010. 16 с.
8. Свистун Л.Я. Деякі питання цивільно-правової відповідальності у сфері надання медичних послуг. *Право і суспільство*. 2015. № 5. - С. 79-84.

Ханик-Посполітак

Роксолана Юрїївна

кандидат юридичних наук, доцент,

завідувач кафедри

приватного права

Національного університету

«Києво-Могилянська академія»

"НАЛЕЖНИЙ СПОСІБ ЗАХИСТУ" VS

"ЕФЕКТИВНИЙ СПОСІБ ЗАХИСТУ": ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА

У ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод закріплено право на ефективний засіб юридичного захисту. [1] Загальною декларацією прав людини передбачено, що кожна людина має право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами у випадках порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом (ст. 8). [2] Забезпечення ефективного способу захисту будь-якій особі з боку держави закріплено також у п. а) ст. 3 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. [3]

У рішення Конституційного суду України від 30 січня 2003 року зазначено, що правосуддя без ефективного судового захисту неможливо. [4] Ефективний засіб захисту повинен бути як ефективним у законі, так і на

практиці, зокрема, у тому сенсі, щоб його використання не було ускладнене діями або недоглядом органів влади відповідної держави (п. 75 справа «Афанасьєв проти України»).[5]

Категорії «належний спосіб захисту» та «ефективний спосіб захисту» є застосовними до усіх видів судочинства: цивільного, господарського та адміністративного. Однак, аналіз судової практики свідчить, що цими поняттями більше оперують в цивільному та господарському судочинстві.

В юридичній доктрині правова природа, види способів захисту, порядок їхнього застосування досліджуються багатьма вченими, зокрема О. Беяневич, О. Подцерковним, Р. Стефанчуком, Н. Кузнецовою, О. Котом, О. Підпригорою, М. Хоменко, А. Яремою та ін.

Для ефективного судового захисту прав, свобод або законних інтересів особи важливим є обраний позивачем спосіб захисту, який має відповідати природі такого права або охоронюваного законом інтересу, характеру протиправного посягання та бути ефективним. [6, с. 55] Ефективність у цьому разі є оціночним поняттям, і вже на стадії підготовчого провадження суддя має визначитися з питанням про ефективність/неефективність способів захисту права, які визначені законом. [7, с.133]

Питання «ефективності способу захисту» неодноразово піднімалося у низці рішень Верховного Суду. Так, Велика Палата Верховного Суду за результатами розгляду справи № 916/3156/17 визначила, що застосування конкретного способу захисту цивільного права залежить як від змісту права чи інтересу, за захистом якого звернулася особа, так і від характеру його порушення, невизнання або оспорення. Ефективним способом захисту права є такий, що відповідає змісту відповідного права чи інтересу, характеру його порушення, невизнання або оспорення та спричиненим цими діями наслідкам.[8]

У п. 5.5 постанови Великої Палати Верховного Суду від 22 серпня 2018 року у справі № 925/1265/16 зазначається, що «під способами захисту суб'єктивних прав розуміють закріплені законом матеріально правові заходи

охоронного характеру, за допомогою яких проводиться поновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав і вплив на правопорушника». [9] У Постанові Першої судової палати КЦС ВС від 25 квітня 2018 року, справа № 645/3265/13-ц зазначається, що «ефективний спосіб захисту повинен забезпечити поновлення порушеного права, а у разі неможливості такого поновлення - гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування». [10] Майже аналогічне зазначено у постанові КГС ВС від 28 травня 2020 року у справі № 910/7164/19, «ефективний спосіб захисту має бути таким, що відповідає змісту порушеного права, та таким, що забезпечує реальне поновлення прав особи, за захистом яких вона звернулася до суду, відповідно до вимог законодавства». [11]

Отже, категорії «належний спосіб захисту» та «ефективний спосіб захисту» закріплені та визначені в низці міжнародних актів, рішеннях ЄСПЛ та українських судів. Дані категорії не є тотожними, але є взаємопов'язаними. Немає істотних розбіжностей в розумінні цих двох категорій як у теорії, так і на практиці. Суди в своїх рішеннях лише доповнюють розуміння даних категорій в практичній площині щодо конкретної правової ситуації.

«Належний спосіб захисту» це потрібний, необхідний спосіб захисту що відповідає змісту порушеного права, а «ефективний спосіб захисту» повинен призводити до потрібних результатів, а також призводити до найбільшого ефекту в конкретній правовій ситуації.

Список використаних джерел:

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення 31.01.2022)
2. Загальна декларація прав людини, URL: <https://www.coe.int/uk/web/compass/the-universal-declaration-of-human-rights-full-version-> (дата звернення 31.01.2022)
3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1973 року, URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення 31.01.2022)
4. Рішення Конституційного суду України від 30 січня 2003 року, Справа N 1-12/2003, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03#Text> (дата звернення 31.01.2022)

5. Рішення ЄСПЛ справа «Афанасьєв про України» (заява 38722/02) від 05.04.2005 р., URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_239#Text

6. Грицаєнко О.Л. До питання ефективності захисту прав особи в адміністративному судочинстві. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки* Том 31 (70), Ч. 2, № 2, 2020, с. 53-58.

7. Коханська М.Л. Ефективність способів захисту прав у цивільному судочинстві. *Порівняльно-аналітичне право*, № 6, 2019, с. 132-134.

8. Постанова Верховного Суду у справі № 916/3156/17 від 4 червня 2019 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82424016> (дата звернення 31.01.2022).

9. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22 серпня 2018 року у справі № 925/1265/16, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76474144>.

10. Постанова КЦС ВС від 25 квітня 2018 року у справі № 645/3265/13-ц, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74120911>

11. Постанова КГС ВС від 28 травня 2020 року у справі № 910/7164/19, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89485041>

Хоменко Софія Сергіївна

студентка III курсу факультету

правничих наук

Національного університету «Києво-

Могилянська академія»

Науковий керівник:

д. ю. н., доцент,

доцент кафедри приватного права

Національного університету «Києво-

Могилянська академія»

Музика Леся Анатоліївна

ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМ ФРАУДАТОРНОГО ПРАВОЧИНУ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ ПРАВ КРЕДИТОРІВ

Фраудаторні правочини згадуються вперше ще у римському праві, яке містило поняття «*fraus creditorum*», сконструйоване у преторському праві, що у перекладі з латини означає «на шкоду кредиторам».

О. С. Іоффе виділяє *fraus creditorum* як один з найважливіших деліктів, необхідність в якому виникла через те, що коли заходи проти боржника почали виражатись не в особистих обмеженнях, а в зверненні стягнення на майно,

виникла небезпека вчинення боржником дарування, кредитних та інших подібних актів зі спеціальною метою зменшити обсяг примусових платежів, доступних його початковим кредиторам [1, с. 137].

У різні періоди розвитку конструкції «*fraus creditorum*» кредитори могли вимагати таких заходів як: *restitution in integrum ob fraudem*, *interdictum fraudatorium*, *action Pauliana*.

В українському законодавстві правочини на шкоду кредиторам регулюються тільки в певних сферах: 1) у банкрутстві – стаття 42 Кодексу України з процедур банкрутства від 18 жовтня 2018 року; 2) при неплатоспроможності банків - стаття 38 Закону України від 23 лютого 2012 року «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб»; 3) у виконавчому провадженні – частина четверта статті 9 Закону України від 2 червня 2016 року «Про виконавче провадження» [2; 3; 4].

Загальної норми в Цивільному кодексі України від 16.01.2003 року, яка б безпосередньо встановлювала нікчемність або можливість бути визнаними недійсними договорів, які мають такий юридичний дефект, цивільне законодавство не містить [5]. Проте судова практика стосовно подібних правочинів досить багата: судовий реєстр за пошуком «фraudаторний правочин» в цивільному судочинстві видає 272 судових рішення, якщо не враховувати ухвали, якими вирішуються питання, пов'язані з процедурою розгляду справи, та інші процесуальні питання. Серед них 54 рішення – це постанови Верховного Суду, тобто рішення касаційної інстанції.

Як зазначив А. Іванів у своїй презентації «Фіктивність правочинів» у 2018-2019 роках у справах щодо fraudаторних правочинів переважала концепція «класичної фіктивності» або правочинів «про людське око» [6].

Подібну тенденцію легко пояснити: 1) відсутність нормативного регулювання fraudаторних правочинів; 2) існування правових висновків Верховного Суду України, якими ще в 2017 році було здійснено розширювальне тлумачення статті 234 ЦК України; 3) позовні вимоги, адже знову ж таки через відсутність нормативного закріплення позивачі не

посилялись на фраздаторність, а обгрунтовували свої вимоги саме за допомогою фіктивності, посиляючись при цьому на правові висновки суду касаційної інстанції, який до середини 2018 року не застосовував поняття «фраздаторності».

Серед правочинів, які боржники вчиняють на шкоду кредиторам, можливі фіктивні правочини, але ними не вичерпується весь обсяг фраздаторних правочинів, які підлягають оспорюванню зі сторони кредиторів.

Висновки про ототожнення даних понять є помилковими, адже подібний підхід не охоплює усіх можливих ситуацій, наприклад, коли договір був виконаний, оскільки фіктивний правочин – це ніщо інше, як інсценування, покликане створити враження прояву волі осіб зробити щось, що ззовні сприймається як правочин.

Визнаючи недійсним фіктивний правочин, застосовувати реституцію безглуздо, оскільки сторони не виконували те, що становить зміст правочину [7, с. 9]. Проте саме реституція є матеріальним інтересом кредитора – повернути відчужене майно боржнику, аби звернути на нього стягнення та задовольнити свою вимогу. Як писав А. С. Ратнер: при відсутності у кредиторів цього ж таки матеріального інтересу до оспорювання фраздаторних правочинів, вони навряд чи будуть добиватись визнання цих правочинів недійсними, і в результаті на практиці встановиться безповоротність подібних правочинів [8, с. 912].

В свою чергу суддя В. І. Крат неодноразово наголошував на тому, що фраздаторність – це недійсність зі знаком «плюс» - вона має позитивний вплив на цивільний оборот: дозволяє забезпечувати виконання судових рішень та виконання боржниками своїх зобов'язань, а також дозволяє кредитору отримати грошовий еквівалент стягнення, на яке він міг розраховувати, укладаючи договір з боржником [9; 10].

З 2020 року у судових рішеннях все частіше з'являються висновки, що не виключається можливість визнання договору, направленого на уникнення

звернення стягнення на майно боржника, недійсним на підставі загальних засад цивільного законодавства.

Суди починають застосовувати складену юридичну конструкцію, направлену на захист прав кредитора. Спершу подібні правочини кваліфікуються як зловживання правом і визнаються недійсними на підставі загальних принципів цивільного права, насамперед добросовісності, що закріплена пунктом 6 статті 3 ЦК України, а потім посиляються на спеціальну норму, що передбачає підставу визнання правочину недійсним, найчастіше це стаття 228 або стаття 234 ЦК України.

Подібна практика дозволяє визнати недійсним правочин, вчинений на шкоду кредитору із третьою особою, навіть, якщо він реально виконаний, що виключає можливість застосовувати усталену концепцію «класичної фіктивності». Проте навіть вона не виключає великої кількості помилок у судових рішеннях і складність доказування кредитором позовних вимог, що дедалі частіше стає підставою для відмови у задоволенні позову.

На сьогоднішній день в законодавстві великої кількості держав закріплений інститут *actio Pauliana*, що сформувався в римському праві як спосіб захисту прав кредитора від недобросовісного боржника. Серед цих держав, зокрема: Республіка Австрія, Королівство Бельгія, Данія, Французька Республіка, Грецька Республіка, Італійська Республіка, Нідерланди, Королівство Швеція, а також Республіка Польща та Литовська Республіка.

В проаналізованому законодавстві Литви та Польщі закріплені не лише чіткі підстави подання кредитором позову щодо визнання недійсним фраздаторного правочину, а й низка презумпцій недобросовісності боржника, що полегшують кредитору обов'язок доказування [11; 12].

Найбільшою проблемою, яка повною мірою не врегульована ні в ЦК Польщі, ні в ЦК Литви, є незахищеність прав добросовісного набувача за безоплатним договором, який визнається недійсним на підставі його фраздаторності.

Конструкція фраздаторності потребує закріплення в ЦК України, при цьому необхідним є врахування закордонного досвіду. Вона стане ефективним інструментом повернення кредиторам коштів від недобросовісних боржників та розвиватиме фінансову дисципліну. Проте важливо враховувати можливі ризики, насамперед це порушення принципу добросовісності щодо реальних покупців, тому, аби уникнути подібних ситуацій, необхідно на законодавчому рівні закріпити основні ознаки фраздаторних правочинів та чіткі критерії, що мають з'ясовуватись судом при розгляді справи.

Список використаних джерел:

1. Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. Ленинград: Из-во Ленинградского ун-та, 1975. 156 с. URL: <https://legalns.com/download/books/lib/roman-law/book-004.pdf>
2. Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 19. Ст. 74. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>
3. Про систему гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 23.02.2012 р. № 4452-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 50. Ст. 564. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4452-17#Text>
4. Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 р. № 1404-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 30. Ст. 542. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text>
5. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40-44. Ст. 356. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
6. Іванів А. Фіктивність правочинів. Презентація. 2021. URL: https://equity.law/images/publication/news_name/ivaniv-sudovii-forum-2021.pdf
7. Скиданов К. В. Дійсна воля осіб у фіктивних та удаваних правочинах. *Теорія і практика правознавства*. 2013. Вип. 2 С. 1-12. URL: <http://tlaw.nlu.edu.ua/article/download/62909/58357>
8. Ратнер А. С. Оспаривание сделок, совершенных должниками во вред кредиторам. *Вестник Советской Юстиции*. Харьков, 1925. № 23 (57). С. 911-912. URL: <https://naukaprava.ru/catalog/297/4523/35781?view=1>
9. Крат В. І. Фраздаторні конструкції не вичерпуються фраздаторними правочинами. 2021. URL: <https://advokatpost.com/fraudatorni-konstruktsii-ne-vycherpuiutsia-fraudatornumu-pravochynamy-suddia-vasyl-krat/> (дата звернення: 26.01.2022).
10. Крат В. І. Гра з правочинами: за допомогою яких дій боржник намагається унеможливити повернення боргу. 2021. URL:

<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1167934/> (дата звернення: 26.01.2022).

11. Kodeks cywilny: Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Dz. U. 1964. Nr 16. Poz. 93. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19640160093/U/D19640093Lj.pdf> (дата звернення 27.01.2022).

12. Civilinio kodekso: Įstatymas 2000 m. liepos 18 d. Nr. VIII-1864. Žin., 2000, Nr. 74-2262. URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/lt/lt/lt073lt.pdf> (дата звернення 27.01.2022).

Іван Яцкевич

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри
приватного права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»*

ПРАВО ВИБОРНОГО ОРГАНУ ПРОФСПІЛКИ ВИМАГАТИ РОЗІРВАННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ З КЕРІВНИКОМ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У системі реформування законодавства України у соціально-економічній сфері особливе місце займає реформа трудового законодавства. Як відомо, розробка нового трудового кодексу ведеться вже досить тривалий час і поки що у суспільстві та у політичних колах немає консенсусу для прийняття оновленого кодифікованого закону про працю. Натомість сфера колективно-трудова відносин взагалі залишається на периферії процесу оновлення національного законодавства. Разом з тим, у цій сфері є багато нагальних та концептуальних проблем, які мають важливе практичне значення, від вирішення яких залежить подальший розвиток України, економічна стабільність та інвестиційна привабливість.

У цій короткій публікації пропонується звернути увагу на законодавчу ініціативу щодо реформування законодавства про діяльність профспілок. Так,

законопроектом № 2681 від 27.12.2019 зокрема пропонується позбавити профспілки, а точніше виборний орган профспілкової організації, права вимагати у власника або уповноваженого органу розірвати трудовий договір з керівником, який порушує законодавство про працю, профспілки, колективні договори і угоди.

Щоб надати науково-юридичну оцінку таким ініціативам, варто спочатку розібратися з призначенням чинної норми права, якою передбачено право у вимагати розірвання власником (уповноваженим органом) трудового договору з керівником, який порушує законодавство про працю, профспілки чи колективні договори і угоди. Як потрібно розуміти таке право та відповідні повноваження в умовах розбудови ринкової економіки та ринку праці? Чи не означає, закріплене ст. 45 Кодексу законів про працю України, право це «шкідливе», «зайве» втручання представницького органу трудового колективу у господарську компетенцію власника, створюючи при цьому умови для зловживання профспілками своїми правами і гарантіями? Можливо, навпаки – таке право свідчить про реальну можливість громадського контролю за дотриманням законодавства про працю керівником підприємства-роботодавця?

Так, відповідно до ст. 45 КЗпП України, на вимогу виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) власник або уповноважений ним орган *повинен розірвати трудовий договір з керівником підприємства, установи, організації, якщо він порушує законодавство про працю, про колективні договори і угоди*, Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності».

Водночас, власник або керівник можуть оскаржити рішення виборного органу ППО до суду у двотижневий строк з дня отримання рішення. Важливо зазначити, що у випадку оскарження рішення щодо розірвання трудового договору з керівником, виконання вимоги зупиняється до винесення відповідного рішення судом. Якщо ж рішення не оскаржено і не виконано вимогу виборного органу первинної профспілкової організації, то такий орган може оскаржити діяльність або бездіяльність посадових осіб, органів, до

компетенції яких належить розірвання трудового договору з керівником підприємства, установи, організації.

Таким чином, ст. 45 КЗпП України передбачено процедуру зупинення та скасування незаконного, необґрунтованого або безпідставного рішення про висунення вимоги про розірвання трудового договору з керівником. Як показує судова практика, такий контроль є досить ефективним та збалансованим, адже як роботодавець, так і представницький орган колективу працівників можуть захистити свої права та законність рішення у судовому порядку.

Так, Великою Палатою Верховного Суду у рішенні від 06.07.2021 у справі № 910/4508/20 сформовано висновок, що *право оскаржувати бездіяльність власника або уповноваженого ним органу про припинення трудового договору з керівником виникає у профспілки за умови, що така вимога не оскаржена власником або керівником до суду.*

Подібну правову позицію висловлено у Постанові ВП ВС від 06.07.2021 у справі № 910/4508/20. Так, згідно з обставинами справи, Профспілка звернулася до суду з метою оскарження бездіяльності власника та зобов'язати його розірвати трудовий контракт з головою правління банку, однак судом було встановлено, що до звернення Профспілки з позовом у цій справі вимога була оскаржена до суду. Зрештою, суд зазначає, що «... відповідно до ч. 3 ст. 45 КЗпП України у Профспілки не виникло права на звернення до суду з позовом у цій справі про визнання протиправною бездіяльності КМУ, яка полягає в нерозірванні трудового договору з головою правління банку, та зобов'язання розірвати трудовий договір».

На практиці застосування положень ст. 45 КЗпП України часто супроводжується спірними позиціями щодо кола осіб, на які може поширюватися вимога, так і щодо кола суб'єктів, уповноважених висувати власнику вимогу розірвати трудовий договір з керівником, зокрема щодо профспілки, яка діє на підприємстві, але не брала участі у колективних переговорах щодо укладення колективного договору.

Постановами Касаційного цивільного суду Верховного Суду підтверджено висновок про те, що положення КЗпП України не передбачають, що вимога про звільнення у разі порушення законодавства про працю, умов колективного договору керівником може бути заявлена лише тією профспілкою, яка була стороною колективного договору (постанови КЦС ВС від 26.05.2021 у справі № 201/1426/20; КЦС ВС від 03.02.2021 у справі №213/4925/19).

Так, у справі № 201/1426/20 голова правління Банку оскаржив рішення ППОС АТ КБ «ПриватБанк», оскільки у профспілки відсутнє право на його прийняття (немає колективного договору). Рішенням суду першої та апеляційної інстанцій позов задоволено. Постановою КЦС ВС від 26.05.2021 у цій справі закріплено висновок, що *положення КЗпП України не передбачають, що вимога про звільнення у разі порушення законодавства про працю, умов колективного договору керівником може бути заявлена лише тією профспілкою, яка було стороною колективного договору.*

У відповідності з обставинами справи №213/4925/19 рішення про вимогу ПС «Професійна спілка чесних працівників» до наглядової ради ПрАТ «Інгулецький гірничо-збагачувальний комбінат» розірвати ТД (контракт) з генеральним директором було оскаржено останнім до суду. Апеляційний суд залишив в силі рішення першої інстанції про задоволення позову і виходив із того, що ПС «Професійна спілка чесних працівників» не приймала участі в укладенні колективного договору. Однак КЦС ВС у постанові від 03.02.2021 по цій справі зазначає, що *на підприємстві можуть діяти декілька профспілок, які є рівними перед законом і мають рівні права щодо здійснення представництва та захисту прав і інтересів членів профспілки.* Проте ВС залишив в силі рішення попередніх інстанцій, оскільки порушень, які викладені в оспорюваному рішенні профактиву, не виявлено.

Отже, судова практика доводить дієвість механізмів судового контролю у випадку реалізації профспілкою права вимагати розірвання трудового договору з керівником у передбачених Законом випадках.

Попри цілком збалансований судовий контроль за дотриманням законодавства щодо вимоги профспілки розірвати трудовий договір з керівником, який порушує трудове законодавство, існує ціла низка проблем, зумовлених необхідністю оновлення законодавства. Важливо, щоб при прийнятті нових та оновленні існуючих положень законодавства у сфері правового регулювання діяльності як профспілок, так і роботодавців, відбувалося узгодження правового регулювання.

Зокрема, необхідно узгодити положення Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» з урахуванням останніх змін щодо здійснення керівником Товариства своїх повноважень на підставі цивільно-правового договору з положеннями ст. 45 КЗпП України з метою усунення колізій та сприяння ефективному застосуванню відповідних норм права. Так, ст. 39 Закону № 1667-IX, з одноосібним виконавчим органом та кожним членом колегіального виконавчого органу укладається *цивільно-правовий або трудовий договір* (контракт). Договір (контракт), що укладається з одноосібним виконавчим органом та членом колегіального виконавчого органу, від імені товариства підписує особа, уповноважена на таке підписання загальними зборами учасників. Повноваження одноосібного виконавчого органу чи голови колегіального виконавчого органу можуть бути припинені або він може бути тимчасово відсторонений від виконання своїх повноважень *лише шляхом обрання нового одноосібного виконавчого органу чи голови колегіального виконавчого органу або тимчасових виконувачів їхніх обов'язків*. Крім того, зазначена стаття містить положення, згідно з якими повноваження виконавчого органу товариства може виконувати юридична особа, зареєстрована відповідно до законодавства України (особа, яка здійснює функції управління).

Отже виникає питання, яким чином застосовувати положення ст. 45 КЗпП України до керівника, з яким укладено не трудовий договір (контракт), а договір цивільно-правового характеру, чи взагалі функції виконавчого органу товариства покладено на юридичну особу?

Більше того, не вирішують проблемні питання щодо права профспілок з метою забезпечення дотримання трудового законодавства вимагати розірвання трудового договору з керівником, який порушує таке законодавство, і зміни до законодавства про діяльність профспілок. Так, відповідно до законопроекту № 2681 від 27.12.2019 в частині виключення повноважень профспілки висувати вимогу про розірвання трудового договору з керівником суперечить положенням ст. 45 КЗпП України та наведеним у пояснювальній записці намірам авторів законопроекту щодо сприяння захисту прав працівників (Законопроект №2681 від 17.12.2019).

З огляду на вищезазначене, можемо зробити **висновок**, що збереження повноважень профспілки обґрунтовано вимагати розірвання трудового договору з керівником, який порушує законодавство про працю не перешкоджає модернізації трудових відносин та трудового законодавства, а чинне законодавство містить дієвий механізм запобігання зловживанню таким правом, що підтверджується судовою практикою.

Разом з тим, необхідно узгодити положення корпоративного законодавства з трудовим в частині припинення повноважень з керівником товариства. Пропонуємо внести зміни до законодавства та поширити право вимагати розірвання трудового договору з керівником, який порушує законодавство про працю, незалежно від того, на підставі якого договору він працює.

Водночас, ми підтримуємо позицію про те, що керівник має належати до суб'єктів корпоративних відносин, бути представником власника у відносинах з трудовим колективом, таким чином позбавивши його подвійного правового статусу – як сторони договірних трудових відносин та корпоративних, що значно полегшить правозастосування, у тому числі й у правовідносинах роботодавця з профспілковою організацією.

Sofia Smirnova

Influence of Proportionality within Public Law in the United Kingdom **(UK)**

Introduction

In order to effectively present an analysis of the influences of proportionality standards, it is imperative to, firstly, define the principle. Proportionality, in general terms, involved the balancing of private citizens' interests 'adversely affected by public authorities against the public interests which those measures are intended to promote' (Purchase & Chambers, 2021). The doctrine requires that the means employed by a decision-maker, usually a public body or government authority, to achieve a legitimate aim, must be no more than is necessary to achieve that aim. Such a definition emerges from a general move of domestic courts, in view of the *Human Rights Act (HRA) 1998*, in developing a judicial scrutiny regarding decisions that affect fundamental human rights of citizens. Proportionality can further be defined through comparison with the standards of *Wednesbury* unreasonableness, deriving from the case of *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation (1948)* and distinguished from proportionality as an approach of rationality.

Emergence and development of the proportionality standards in the courts of the United Kingdom

The proportionality doctrine, first emerging from continental European courts and used as a standard by the European Court of Human Rights (ECtHR) 'to determine the legality of state interference with [protected] rights' (Purchase & Chambers, 2021) was met with much criticism in UK courts. Prominent comments from Lord Ackner's judgment in *ex Parte Brind (1991)* present a refusal to accept proportionality as an independent JR ground, stating that 'unless and until Parliament

incorporates the convention [i.e. the ECHR] into domestic law... there appears to me to be at present no basis upon which the proportionality doctrine applied by the European Court can be followed by the courts of this country' (Lord Ackner, 1991). The emergence of proportionality standards in UK courts was contextualised by a wider movement towards the development of greater discretionary powers for the judiciary against a historical background of orthodox judicial constraints. This process of change in 'judicial attitudes towards fundamental rights [and] acceptance of legitimate expectations' (Craig, 1998: 68) was coupled with the plausibility of the 'possible inclusion of proportionality as a head of review in its own right' (Ibid.). Interestingly, and in complete opposition to Lord Ackner's opinion, such changes, Craig clarifies, did not emerge as a result of 'legislative intent' (Ibid.) but rather emerged as a 'categorically judicial creation' (Ibid.) in an attempt to balance the interests of citizens adversely affected by public decisions. The House of Lords in the case of *R (Daly) v Secretary of State (2001)*, in which a prisoner challenged his rights to confidential legal counsel during cell searches, established one of the first such movements towards proportionality. Their Lordships held that proportionality was the appropriate standard of review in claims brought under the HRA 1998. Since then, similar cases on the violation of privacy rights of citizens have also applied proportionality as the suitable review standard, such as in the cases of *R (Unison) v Lord Chancellor (2017)* and *R (Youssef) v Secretary of State (2016)*.

Current degree of influence of proportionality as a standard of review in public law

The last few decades have seen a distinct trend towards the use of proportionality as a consideration in Judicial Review (JR) cases. In this context, the incorporation of broad proportionality principles, in which judges are to have 'regard to a legitimate aim pursued by the public body in the public interest' (*Laws LJ, Nadarajah and Abdi, 2005*) seems relatively logical, considering the purpose of such cases is largely to balance the powers of the Executive and the interests of the people they affect. The JR ground of legitimate expectation has been the centre of much of

the conversation on the utilisation of proportionality, particularly with regards to procedural and substantive expectation, which are traditionally treated as separate types of legitimate expectation, with the former based on a promise or practice and the latter on a tangible benefit by public authority. Proportionality simplifies such categorisations, making no distinction between the two and proposing a more general question of whether ‘denial of the expectation in the circumstances is proportionate to a legitimate aim pursued’ (Ibid.,). In this regard, such an approach allows proportionality to stand as a separate standard of review.

Significantly, proportionality does not present a limitless prerogative for UK courts, as some critics may argue. It must be understood that similar limitations to that of other JR grounds are also applicable to proportionality, arguably attempting to avoid conflicts with constitutional principles of parliamentary sovereignty the separation of powers. This is for two main reasons. Firstly, proportionality can be applied in varying degrees of intensity, allowing for a reasonable application of the standard based on the facts of each case, and secondly, proportionality is further limited, as are other grounds of JR respectively, by the impact of high policy decisions, in which UK courts have been proactive in drawing a line in the application of proportionality if it were seemingly outside the bounds of judicial competence. These matters provide UK domestic courts, in my opinion, with sufficient constraints in the use of proportionality as a legal test to complement other JR grounds effectively in order to fulfil its purpose of balancing some of the inequalities in decision-making between citizens and public authorities.

Firstly, in the context of human rights issues, proportionality applications present a greatly advantageous method of judicial scrutiny, one that was described, albeit *obiter dictum*, in *Pham v Secretary of State* (2015) as a ‘more forensic and precise legal test than the *Wednesbury*’ standard. Their Lordships exercised their judicial discretion in the application of the proportionality standard of review and marked, arguably, the most direct engagement of the UK Supreme Court, albeit *obiter*, with proportionality. The advantage of proportionality in this case allowed for

the judges to determine the appropriate level of intensity with which they utilise the proportionality standard, allowing for certain controls to be placed on such a significant constitutional development. Nevertheless, perhaps to legitimise its use further, albeit needing not a direct legislative intent for its use, an address of proportionality in JR must be held by a larger panel of the Supreme Court. Lord Neuberger, in *Keyu v Secretary of State* (2015), clarified that any possible replacement in domestic law of the *Wednesbury* unreasonableness standard with proportionality should ‘only be sanctioned by a full panel of the UK Supreme Court’, which I would agree with. However, in my view, such a formal address would only be required if proportionality were to fully replace other standards of review, and need not be a necessity whilst it is integrated to merely complement the other standards as a discretion, rather than a prerogative of domestic courts.

Secondly, it has been evident in recent cases that, as is often the approach of the courts with higher policy matters, the proportionality standard is refrained from being applied and the traditional rationality *Wednesbury* approach is reverted to. Issues of high policy include matters largely relating to international politics, diplomacy and national security, as exemplified in *Re Finucane’s Application* (2015). In this case, following a review application after the murder of a well-known Northern Irish lawyer by a loyalist paramilitary group, the Supreme Court held that the decision not to hold a public inquiry in an attempt to proportion the interests of the applicant (the deceased’s wife) was justified in light of national security interests. This case provides a direct limitation on the use of proportionality for review, but such a limitation seems appropriate. If the trend towards the wider establishment of proportionality for JR were to continue, it seems reasonable that the same limitations that would be applied to other JR grounds, regarding the competence of courts to rule on matters of parliamentary sovereignty, were to also restrict the use of proportionality.

Conclusion

Overall, the cases discussed above are seemingly the most significant in the assessment of the emergence and development of proportionality from continental Europe and throughout UK domestic courts. Albeit a more intense method of review, proportionality presents with it various advantages, particularly in light of the *HRA 1998*. The recent, and in my opinion worrying, discussions of the Conservative party in the UK surrounding the potential repeal of the *HRA 1998* present an even greater need for the integration of proportionality as a judicial discretionary tool in JR cases. In the hopes of its further development, proportionality will enable a greater balancing of interests of citizens' rights, which continue to be adversely affected by the decisions of public authorities in the UK. This opportunity of such constitutional significance must not be missed.

**ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ
УЧАСНИКІВ КРУГЛОГО СТОЛУ**

**«ЗАХИСТ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ В УМОВАХ
РЕФОРМУВАННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ»**

04 лютого 2022 року

Київ, Україна

Матеріали подано в авторській редакції

*НаУКМА, факультет правничих наук, кафедра приватного права. Електронний збірник.
Київ, лютий 2022 року.*