

**РЕКОДИФІКАЦІЯ
ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

**КОНЦЕПЦІЯ ОНОВЛЕННЯ
ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

Київ • 2020

УДК 347(477)
ББК 67.404 (4УКР)
К 65

К 65 **Концепція оновлення Цивільного кодексу України.** Київ:
Видавничий дім “АртЕк”, 2020. 128 с.

ISBN 978-617-7814-77-0

Концепція щодо основних напрямів системного оновлення Цивільного кодексу України, яка підготовлена членами Робочої групи, утвореної постановою Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 р. № 650.

Видання розраховане на широке коло читачів.

УДК 347(477)
ББК 67.404 (4УКР)

ISBN 978-617-7814-77-0

© Робоча група, 2020

АВТОРИ КОНЦЕПЦІЇ

Концепція підготовлена членами Робочої групи, утвореної постановою Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 р. № 650¹:

Довгерт Анатолій Степанович — професор кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, науковий координатор робочої групи;

Кузнєцова Наталія Семенівна — віцепрезидент — керівник Київського регіонального центру Національної академії правових наук України, науковий координатор робочої групи;

Хоменко Михайло Михайлович — доцент кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, секретар робочої групи;

Буджи Ганна Володимирівна — директор Юридичної компанії «ВігоЛекс»;

Захватаєв Володимир Микитович — співробітник Центру порівняльного та зарубіжного права Київського регіонального центру Національної академії правових наук України;

Калакура Віктор Ярославович — завідувач кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Капіца Юрій Михайлович — директор Центру досліджень інтелектуальної власності та трансферу технологій Національної академії наук України;

Кот Олексій Олександрович — провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України;

Кохановська Олена Велеонівна — професор кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Майданик Роман Андрійович — завідувач кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Стефанчук Руслан Олексійович — Перший заступник Голови Верховної Ради України.

¹ Персональний склад робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України затверджено наказом Міністерства юстиції України від 24.07.2019 р. № 2771/7/1.

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

- GISG** — Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 року (UN Convention on Contracts for International Sale of Goods).
- DCFR, Проект європейського приватного права** — «Принципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права» Проект Загальної системи координат 2009 р. (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference).
- PECL, Принципи Ландо** — Принципи європейського контрактного права (Principles of European Contract Law).
- PETL** — Принципи європейського деліктного права (Principles of European Tort Law).
- ВГСУ** — Вищий господарський суд України.
- ВС** — Верховний Суд.
- ВСУ** — Верховний Суд України.
- ГК, ГК України** — Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436–IV.
- ГПК, ГПК України** — Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798–XII.
- ЕКПЛ** — Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод.
- ЄСПЛ** — Європейський суд з прав людини.
- ЄС** — Європейський Союз.
- Закон про МПрП** — Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709–IV.
- КСУ** — Конституційний Суд України.
- МПрП** — міжнародне приватне право.
- НЦУ** — Німецьке цивільне уложення.
- ОНВ** — особисті немайнові відносини.
- ОНП** — особисті немайнові права.
- ПІВ** — право інтелектуальної власності.
- Принципи UNIDROIT** — Принципи міжнародних комерційних контрактів UNIDRUA [ред. 2016 р.].
- Робоча група** — робоча група, утворена постановою Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 р. № 650.
- РП** — речове право.
- СК, СК України** — Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947–III.
- Угода про асоціацію** — Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (ратифіковано Законом від 16 вересня 2014 р. № 1678–VIII).
- ФЦК** — Французький цивільний кодекс.
- ЦК, ЦК України** — Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435–IV.
- ЦПК, ЦПК України** — Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV.

ВСТУП

Останніми роками науковці та практики все частіше обговорюють ідею системного (а не фрагментарного) оновлення ЦК України. На численних наукових заходах та в публікаціях наголошується на тому, що для старту процесу рекодифікації цивільного (приватного) права зараз існують необхідні економічні, політичні та правові передумови.

Автори Концепції оновлення ЦК України (Концепція) вважають, що здійснення рекодифікації впливає із логіки подальшої трансформації суспільства, зокрема формування реальної й ефективної *ринкової економіки* як невід'ємної складової громадянського суспільства та *євроінтеграційної спрямованості* всіх компонентів суспільства. Серед *юридичних чинників та передумов* для початку відповідних робіт автори вбачають такі:

- 1) значний розвиток ринкового законодавства в країні;
- 2) наявність норм-моделей міжнародних актів;
- 3) сучасний досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини — «бастіонів» приватного права;
- 4) законодавчий приклад нових членів ЄС — колишніх країн «соціалістичного табору»;
- 5) необхідний потенціал вітчизняної приватноправової науки (*див. Додаток 1*).

Зважаючи на необхідність подальших приватноправових реформ, Уряд України прийняв відповідні акти щодо оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства України та утворив відповідну Робочу групу. Члени Робочої групи на своїх пленарних засіданнях у 2019–2020 роках розробили та погодили зміст цієї Концепції.

Розробники Концепції виходять з того, що системних змін і суттєвих структурних новацій потребують усі книги чинного ЦК.

Автори пропонують проводити суттєві структурні новації, зважаючи на структуру проектів ЦК 1996–2001 років, які включали Книги «Сімейне право» та «Міжнародне приватне право». Зміст Концепції формувався, зважаючи на беззастережну ліквідацію ГК України. Скасування цього антиринкового акта визначено передумовою подальших рекодифікаційних робіт. Концепція складається з двох частин: у першій — наводяться основні напрями оновлення (рекодифікації) правових масивів, які наразі представлені у шести книгах чинного ЦК України, СК України², кодифікації МПрП; у другій — аналітичні матеріали, що стосуються зазначених кодифікацій. Аналітичні матеріали є невід’ємною складовою Концепції, оскільки на їхній базі було визначено напрями оновлення законодавства. Аналітичні матеріали містять висновки досліджень щодо

- (i) чинників та передумов системного оновлення ЦК України;
- (ii) основних результатів кодифікації цивільного законодавства 2004 року та МПрП 2005 року;
- (iii) огляду та оцінки змін до ЦК після 2004 року та Закону про МПрП після 2005 року;
- (iv) практики застосування приватноправових норм судами;
- (v) ефекту уніфікаційних актів, *acquis* та зарубіжного законодавства у сфері приватного права;
- (vi) очікуваних результатів модернізації (*див. Додатки*).

Перша частина Концепції, яка присвячена основним напрямам оновлення (рекодифікації) ЦК України, складається з пропозицій щодо удосконалення різних за своїм обсягом і значенням правових масивів та конструкцій. Пронумеровані пропозиції не слід розглядати як *numerus clausus*. До проекту увійшли лише ті напрями модернізації, які були предметом обговорення на засіданнях Робочої групи, члени якої розраховують на конструктивні ініціативи правничої спільноти.

² Основні напрями рекодифікації норм сімейного права будуть представлені після обговорення Концепції на етапі її доопрацювання.

1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ (КНИГА ПЕРША ЦК)

Системне оновлення нормативного масиву Книги першої пропонується здійснювати за наступними напрямками:

§ 1.1. Визнання таким, що втратив чинність, ГК України.

Системне оновлення Книги першої, як і ЦК України в цілому, можливе лише за умови скасування ГК України. Останній не відповідає параметрам актів, які регулюють підприємницькі відносини, що за своєю природою є передусім приватноправовими. Аналіз змісту двох кодексів, тривалих наукових дискусій, відповідної судової практики показують наявність таких системних вад ГК, які не тільки істотно перешкоджають економічному розвитку України та її реформуванню відповідно до положень Угоди про асоціацію, але становлять реальну загрозу стратегічним прагненням країни.

Розділ І. Основні положення (глави 1–3)

§ 1.2. Уточнення сфер, у яких складаються приватноправові відносини, що регулюються цивільним законодавством. Вбачається доцільним вказати на додаткові (крім тих, що згадані, наприклад, у ст. 9 ЦК України) сфери соціальної реальності — підприємництво, корпоративну чи інформаційну сфери тощо, у яких складаються приватноправові за своєю природою відносини, що регулюються цивільним законодавством.

§ 1.3. Уточнення положень щодо переліку загальних засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України). У цій найважливішій статті для всієї системи приватного права варто прямо зазначити, що перелік основних засад, по-перше, не є закритим, а по-друге, засади охоплюють не тільки законодавство, але і функціонування всієї приватноправової системи або визначальних її частин. Такий підхід значно збільшить правовий інструментарій для судової практики. Окремі принципи ст. 3 ЦК України можливо уточнити. Наприклад, принцип свободи договору точніше сформулювати як принцип свободи правочину. Вже у процесі нормопроєктування необхідно буде визначитися з місцем розташування таких важливих для сучасного громадянського суспільства принципів: свобода інтелектуальної (творчої) діяльності; свобода інформації та інформаційного обміну; усвідомленої відповідальної взаємодії людини з автономними роботами та штучним інтелектом; неприпустимість втручання в особисте життя фізичної особи, обумовлене розвитком новітніх технологій і розвинути їх в окремих книгах ЦК (наприклад, неприпустимість свавільного втручання у геном людини; неприпустимість свавільного втручання в організм людини та її зародка, сферу репродукції людини; крім того — неприпустимість свавільного втручання у сферу інформації про особу, персональних даних та ін.).

§ 1.4. Співвідношення актів, що регулюють приватноправові відносини (ст. 9 ЦК України). Скасування ГК зумовлює необхідність внесення змін до ст. 9 ЦК України, яка визначає порядок та пріоритети у застосуванні ЦК до врегулювання приватноправових відносин у сферах охорони довкілля, праці, сім'ї, підприємництва тощо.

§ 1.5. Визначення меж здійснення суб'єктивних цивільних прав. З урахуванням актуальної практики застосування положень цивільного законодавства, редакційно повинні бути уточнені підходи до визначення меж здійснення суб'єктивних цивільних прав, зокрема норми ст. 13 ЦК України щодо неприпустимості зловживання правом.

§ 1.6. Уточнення підходів до захисту суб'єктивних цивільних прав. Уточненню підлягають формулювання глави 3 «Захист цивільних прав та інтересів», зокрема окремі положення ст. 16 ЦК України, яка закріплює загальні підходи до захисту цивільних прав та інтересів судом. Враховуючи зміни, які були внесені у ЦПК та ГПК України у контексті проведення судової реформи наприкінці 2017 року, положення зазначеної статті повинні бути уточнені у

площині можливості застосування способів захисту, прямо не передбачених законом або договором. При цьому такі зміни повинні не просто повторювати відповідні положення ЦПК та ГПК, а враховувати останні тенденції розвитку приватного права щодо забезпечення особи права на застосування адекватних та ефективних способів захисту порушених суб'єктивних прав, як цього вимагає ст. 13 ЄКПЛ та практика її застосування ЄСПЛ.

Відповідно до запитів судової практики, ЦК України необхідно доповнити новими способами захисту інформаційних прав особи, персональних даних та конфіденційної інформації про особу, у сфері прав на охорону здоров'я фізичної особи, репродуктивних прав і прав на збереження своєї генетичної ідентичності тощо.

§ 1.7. Загальні засади відшкодування (компенсації) моральної шкоди. Безвідносно до місця майбутнього розташування багатofункціональних положень про відшкодування майнової та немайнової шкоди, окрему увагу слід звернути на об'єктивацію загальних засад відшкодування (компенсації) моральної шкоди, зокрема визначення кола осіб та підстав для відшкодування моральної шкоди в контексті необхідності уникнення ситуацій, коли в результаті вчинення протиправної дії в особи виникатиме обов'язок відшкодування декільком особам (потерпілому, членам сім'ї потерпілого, його близьким родичам тощо).

Розділ II. Особи (глави 4–11)

§ 1.8. Закріплення у ЦК вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб. ЦК України як основоположний акт приватного права, що регулює в тому числі і загальні положення про юридичних осіб, повинен визначати вичерпний перелік їхніх організаційно-правових форм з одночасною відмовою від архаїчних конструкцій юридичних осіб (передусім йдеться про підприємства).

Для юридичних осіб, які зареєстровані в організаційно-правових формах, не передбачених ЦК, повинен бути наданий час для приведення своєї організаційно-правової форми у відповідність до положень ЦК протягом строку, який буде встановлений законом.

§ 1.9. Об'єктивація у ЦК загальних положень щодо усіх форм юридичних осіб. Пропонується повернути до ЦК загальні положення про товариства з обмеженою відповідальністю та окремо зазначити про наявність спеціального регулювання у Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». У ЦК

повинні міститися основні положення (наприклад, про корпоративні права, про корпоративний договір, про відповідальність менеджменту товариства перед його учасниками тощо) для всіх передбачених ним форм юридичних осіб. З цією метою доцільно критично переглянути положення чинного Закону України «Про господарські товариства» та інкорпорувати його положення, що не втратили своєї актуальності, до тексту ЦК, а сам Закон визнати таким, що втратив чинність.

§ 1.10. Уточнення змісту підрозділу про участь держави, Автономної Республіки Крим та територіальних громад у цивільних відносинах. Передусім необхідно виходити з того, що зазначені учасники цивільних відносин є юридичними особами публічного права. Це впливатиме з відкоригованого тексту ст. 2 «Учасники цивільних відносин». Оскільки юридичні особи публічного права далеко не вичерпуються такими їхніми видами, як держава, АРК та територіальні громади, цей підрозділ кодексу буде стосуватися загальних положень про юридичних осіб публічного права. У цьому підрозділі знайдеться місце і для зазначення певних особливостей участі у цивільних відносинах держави, АРК і територіальних громад. Зважаючи на те, що останні є рівноправними (горизонтальними) учасниками цивільних правовідносин, відпадає необхідність у збереженні переважної більшості положень нинішніх глав ЦК України щодо правових форм їх участі у цивільно-правових відносинах, а також особливостей їх відповідальності за своїми зобов'язаннями.

Розділ III. Об'єкти цивільних прав (глави 12–15)

§ 1.11. Речі та майно. Щодо вирішення питань про правову природу речей, їх поділ та місце відповідних положень у системі приватного права *див. § 3.28–3.30.*

§ 1.12. Розширення переліку об'єктів цивільних прав. Положення ЦК щодо об'єктів цивільних прав пропонується розширити, заважаючи на розвиток цивільного обороту та появу в ньому невідомих на момент створення ЦК об'єктів. Передусім йдеться про такі об'єкти: інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні системи тощо; об'єкти прав, що створюються та знаходяться у мережі «Інтернет»; криптовалюта; персональні дані, інформація про особу; автономні роботи, штучний інтелект, цифровий контент тощо.

Доцільно також розширити перелік об'єктів цивільних прав, включивши до нього корпоративні права, які на практиці вже давно стали оборотоздатним об'єктом цивільного обороту, а також об'єкти особистих немайнових прав, які, втілюючись в об'єктивовану форму, набули ознак оборотоздатності і використовуються у комерційній діяльності (*див. § 2.7*). Варто також проаналізувати доцільність включення до переліку об'єктів цивільних прав низки об'єктів, поява яких зумовлена розвитком медицини (зокрема, біологічний матеріал).

§ 1.13. Доповнення новими статтями глави 15. Даний структурний підрозділ пропонується доповнити окремою статтею «Комерційна таємниця» (*див. § 4.4*), а також статтями про загальні положення відносно наведених вище об'єктів, зокрема, це стосується інформації як нематеріального блага — об'єкта цивільних прав, що дозволить запровадити важливі і своєчасні для розвитку суспільства доповнення до низки статей усіх Книг ЦК.

§ 1.14. Удосконалення цивільно-правового режиму окремих об'єктів цивільних прав. Особливості правового режиму окремих об'єктів цивільних прав підлягають удосконаленню. Йдеться, зокрема, про підприємство як єдиний майновий комплекс; тварин та інші живі організми.

Розділ IV. Правочини. Представництво (глави 16–17)

§ 1.15. Перенесення норм щодо поняття, видів договору до Книги першої. З метою оптимального та більш логічного структурування нормативного матеріалу стосовно конструкції договору, пропонується перенести норми щодо поняття договору та його видів, а також форми договору, до Глави 16 ЦК, передбачивши в ній також положення про недійсність договорів (*див. § 5.28, 5.32*). Така пропозиція обґрунтовується передусім змістовним наповненням зазначеної глави, оскільки у ній по суті йдеться про договір як правочин, як юридичний факт, а не як зобов'язання. Таке перенесення буде виглядати доволі органічним, оскільки лівова частка правочинів (за поодинокими винятками на кшталт довіреності та заповіту) охоплюється саме поняттям договору.

§ 1.16. Переосмислення підходів до форми правочину. Положення оновленого ЦК України щодо правочинів повинні забезпечувати повноцінне функціонування відносин у сфері електронної комерції, смартконтрактів, веббанкінгу та враховувати

сучасні тренди цифрової економіки. За таких умов обґрунтованим вбачається перегляд загальних підходів до форми правочину, зокрема щодо визначення кола правочинів, які належить вчиняти у письмовій формі, електронній формі (з урахуванням її специфіки і ролі ЕЦП) та в усній формі (зважаючи на технічні досягнення у передачі даних).

§ 1.17. Перегляд конструкції та змісту § 2 «Правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону» глави 16. Конструкція цього параграфу побудована не через юридичні склади, з якими закон пов'язує недійсність правочину або можливість визнання його недійсним, а через наслідки недійсності правочину, що породжує дискусії і проблеми на практиці. Отже, така конструкція не є виправданою та юридично коректною.

§ 1.18. Розкриття недійсності правочину через положення про недійсність договору. Зважаючи на те, що питання недійсності найчастіше стосуються договору, пропонується їх вирішення через положення про недійсність договорів із застереженням про те, що такі положення з урахуванням вимог розумності застосовуються і до інших правочинів.

§ 1.19. Трансформація підходу до інституту недійсності договору (правочину). Позитивно оцінюючи досвід низки зарубіжних цивільно-правових кодифікацій, доцільно розмежувати підстави недійсності правочину на дві групи:

(1) недодержання вимог, які забезпечують дотримання правопорядку (імперативні норми);

(2) недодержання вимог щодо суб'єктного складу та вільного волевиявлення (принцип автономної волі).

Вочевидь, наведені положення повинні супроводжувати загальне правило про правомірність правочину, закріплене у ст. 204 ЦК України, і становити певні винятки з нього.

§ 1.20. Відмова від цивільно-правової конфіскації. Системний перегляд фундаментальних підходів до інституту цивільно-правової відповідальності обов'язково повинні передбачати виключення з ЦК інституту цивільно-правової конфіскації. Наразі ст. 228 ЦК фактично «реанімувала» ст. 49 ЦК УРСР 1963 р., від якої розробники ЦК принципово відмовилися, замінивши механізм цивільно-правової конфіскації застосуванням реституції із можливим стягненням збитків та компенсації моральної шкоди (ст. 216 ЦК України).

§ 1.21. Реституція чи безпідставне збагачення? Самостійного аналізу та подальшого наукового обґрунтування потребує питання про визначення наслідків недійсності правочину — чи варто залишити модель реституції, як це передбачено чинним ЦК України, чи доречніше передбачити застосування положень п. 1 ч. 3 ст. 1212 ЦК про безпідставне збагачення (*див. § 5.41*).

§ 1.22. Уточнення окремих положень глави 17 «Представництво». Конкретизації підлягають норми, у яких йдеться про наслідки вчинення представником юридично значимих дій з перевищенням повноважень, а також без відповідних повноважень.

Розділ V. Строки та терміни. Позовна давність (глави 18–19)

§ 1.23. Удосконалення поняття позовної давності. Окремі норми ЦК щодо позовної давності підлягають корегуванню. Передусім це стосується ст. 257 ЦК, яка помилково визначає позовну давність як строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу.

§ 1.24. Вимоги, «непідвласні» позовній давності. Перелік вимог, на які позовна давність не поширюється (ст. 267 ЦК України), підлягає перегляду.

§ 1.25. Збільшення строків позовної давності. Перспективним є визначення триваліших строків позовної давності для особливо цінних для усього суспільства об'єктів навколишнього природного середовища — цінних земель, пам'яток природи, природних парків, земель водного і лісового фонду тощо.

2. ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА (КНИГА ДРУГА ЦК)

Оновлення нормативного масиву Книги другої ЦК пропонується здійснювати за наступними напрямками:

§ 2.1. Зміна назви Книги Другої. Чинна редакція ЦК до суб'єктів ОНП відносить не тільки фізичних, але й юридичних осіб та державу, тому варто з одночасним відповідним розширенням предмету регулювання Книги другої змінити її назву на «Особисті немайнові права». Одночасно пропонується скорегувати назву глави 20 «Загальні положення про особисті немайнові права» та глави 22 «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи, та особисті немайнові права юридичної особи та держави».

§ 2.2. Конкретизація особистих немайнових прав юридичної особи. У вітчизняному цивільному законодавстві за юридичною особою закріплені деякі особисті немайнові права (право на ділову репутацію, право на інформацію), проте вони потребують детальнішого регулювання. Такі нематеріальні блага, як найменування та місцезнаходження, теж знаходять своє відображення в ЦК України, хоча й без вказівки на них, як на особисті немайнові права.

§ 2.3. Окрему норму Книги другої пропонується присвятити **взаємопов'язаності особистих немайнових прав фізичної особи та юридичної особи, засновником, учасником якої вона є**, у випадках, коли діяльність однієї асоціюється з іншою, і навпаки (тобто можливість юридичної особи звертатись до суду за захистом за

порушення особистих немайнових прав такої особи, в тому числі після її смерті). Доцільно врегулювати особливості здійснення особистих немайнових прав не тільки юридичними особами приватного права, але й юридичними особами публічного права, до яких, за умови сприйняття концепції участі держави в цивільних відносинах через юридичних осіб, включаються також Держава Україна, Автономна Республіка Крим і територіальні громади (*див. § 1.10*).

§ 2.4. Об'єктивація загальних положень про особисті немайнові права. На рівні загальних положень про ОНП пропонується передбачити положення щодо принципів (основних засад) регулювання ОНВ (інституційні принципи) чи універсального принципу особистих немайнових прав, згідно з яким особистість фізичної особи, включаючи її природні права, підлягають захисту. Кожна особа зобов'язана поважати вільний вибір фізичної особи жити, як вона бажає (за прикладом ст. 81 ЦК Чехії); уточнити особливості здійснення ОНП та їхніх гарантій (зокрема щодо вікових меж здійснення ОНП, а саме здійснення окремих правомочностей самостійно малолітніми особами та недієздатними особами, можливість здійснення окремих правомочностей представником, а також посилення гарантій забезпечення здійснення ОНП); систематизувати спеціальні способи захисту ОНП, закріпивши механізм забезпечення пропорційності їхнього застосування, у випадках, коли це призводить до обмеження інших прав, таких як право на інформацію, право на свободу слова тощо.

§ 2.5. «Укрупнення» особистих немайнових прав. Обґрунтованим вбачається при збереженні плюралістичного підходу щодо системи ОНП провести їх «укрупнення» (право на фізичну недоторканість, право на індивідуальність, право на приватність). З погляду юридичної техніки, це доцільно зробити шляхом поділу глав на відповідні параграфи. Наведене дозволить усунути прогалини та певні колізії, а також позбавить ЦК України статей, які не отримали визнання правозастосовної практики.

Так, розглядаючи ОНП, що забезпечують фізіологічне (природне) існування фізичної особи, доцільно виділити такі ОНП, що забезпечують фізіологічне (природне) існування фізичної особи: право на життя; право на здоров'я; репродуктивні права; право на свободу (свободу природного існування); право на особисту недоторканність; право на особисту безпеку; право на особисту гідність. Вбачається, що окремі із нормативно регламентованих ОНП фізичних осіб, які закріплені у главі 21 ЦК України, або включаються до змісту

вищенаведених прав, або ж виступають гарантіями їх здійснення чи захисту.

ОНП, які забезпечують соціальне буття фізичної особи, можуть бути розділені на право людини на ім'я та пов'язані із ним засоби персоніфікації (індивідуалізації), право на індивідуальність тощо; право на честь та право на репутацію; право на свободу пересування, право на вільний вибір місця проживання, право на свободу літературної, художньої, наукової та технічної творчості, право на вибір роду занять; право на особисту інформацію; право на приватність фізичної особи від зовнішнього втручання з боку соціальної групи.

Положення щодо кожного із зазначених ОНП потребують деталізації із врахуванням напрацювань вітчизняної доктрини, судової практики, а також досвіду законодавчого регулювання ОНВ інших країн.

§ 2.6. Ревізія спеціального законодавства. Окрему увагу під час оновлення Книги другої ЦК слід приділити відповідності інших законів новій редакції норм ЦК шляхом одночасного внесення відповідних змін та доповнень, а також забезпечення узгодженості під час паралельної розробки інших кодифікованих актів, які тією чи іншою мірою регулюють ОНВ (йдеться про Трудовий кодекс України, Медичний кодекс України, Кодекс України з електронних комунікацій тощо).

§ 2.7. Об'єктивація договірних відносин щодо оборотоздатних особистих немайнових об'єктів. Необхідним є забезпечення нормативного регулювання договірних відносин, які виникають з приводу особистих немайнових об'єктів, які, отримавши об'єктивовану форму, набули ознак оборотоздатності. Тим самим забезпечується право фізичної особи використовувати такі об'єкти з комерційною метою та дозволяти іншим таке використання.

З урахуванням досягнень вітчизняної доктрини ОНП, необхідним є приватноправове закріплення можливості комерційного використання ознак, що індивідуалізують фізичну особу, які в наведеному контексті слід тлумачити широко та охоплювати ними не тільки зображення, ім'я, в усій різноманітності змісту цих термінів, а й голос та інші індивідуальні особливості за умови їхньої однозначної асоціації з фізичною особою-носієм та комерційною цінністю їхнього використання.

§ 2.8. Заборона евгеніки, народження генетично ідентичних людей, трансформації генів, крім лікування генетичних захворювань (за прикладом ст. 16⁴ ФЦК).

§ 2.9. Можлива легалізація евтаназії та асистованого самогубства. Пропонується переглянути питання щодо можливості легалізації пасивної евтаназії та асистованого самогубства з урахуванням практики ЄСПЛ³ з паралельним внесенням відповідних змін до Кримінального кодексу України.

§ 2.10. Об'єктивнація репродуктивних прав фізичної особи. Пропонується закріпити на рівні ЦК України репродуктивні права фізичної особи як систему відокремлених особистих немайнових прав, що спрямовані на здійснення репродуктивної функції фізичних осіб та охоплюють: право на репродуктивний вибір; право на репродуктивне здоров'я; право на інформацію про репродуктивні права; право на таємницю здійснення та захисту репродуктивних прав. Спеціальним законом щодо допоміжних репродуктивних технологій визначити умови, порядок їх застосування (за прикладом ст.ст. 311¹⁹, 311²⁰ ФЦК).

§ 2.11. Визначення порядку дослідження генетичних характеристик фізичної особи. Пропонується закріпити порядок дослідження генетичних характеристик лише за письмовою відкличною згодою з метою, визначеною законом, таких як: медична мета та наукові дослідження, ідентифікації за генетичними відбитками лише у випадках та в порядку, передбачених законом (за прикладом ст.ст. 16¹⁰–16¹³ ФЦК).

§ 2.12. Визначення цивільно-правових наслідків зміни статі. Обґрунтованим вбачається визначення цивільно-правових наслідків зміни статі (підстава для припинення шлюбу тощо) (за прикладом ст. 29 ЦК Чехії). Крім того, пропонується чітко встановити, з якого віку, за яких обставин та (або) умов особа має право змінити стать.

§ 2.13. Забезпечення цивільно-правового захисту права на персональні дані та посилення права на приватність. Пропонується забезпечити цивільно-правовий захист права на персональні дані, визначивши його зміст та місце в системі ОНП, з одночасним

³ Див., напр.: *Pretty v. The United Kingdom*, No 2346/02, 29.04.2002; *Haas v. Switzerland*, No 31322/07, 20.01.2011, *Lambert and Others v. France*, No 46043/14, 05.06.2014 та інші.

викладенням Закону України «Про захист персональних даних», з метою приведення його у відповідність до Загального регламенту про захист даних ЄС, зокрема посилити вимоги щодо умов отримання згоди, яка повинна бути явною та чітко відрізнятися від інших тверджень; розширити зміст та перелік прав суб'єкта персональних даних (право на доступ до персональних даних із безоплатним наданням їх копій в електронній формі; право на портативність (мобільність) персональних даних — право вимагати передачі персональних даних іншому володільцю).

Обґрунтованим вбачається посилення права на приватність, зокрема шляхом запровадження права бути забутим, згідно із яким особа має можливість вимагати за певних умов видалення своїх особистих даних із загального доступу, які можуть стати доступні через пошукові системи.

§ 2.14. Об'єктивація «цифрових прав» особи. Під час перегляду нормативного масиву Книги другої ЦК пропонується розвинути положення про «цифрові права» особи як різновиду ОНП, що створюють можливість реалізації інтересів у сфері діджиталізації.

§ 2.15. Конкретизація особливостей здійснення та захисту ОНП осіб зі спеціальними правовими модусами. Більш чіткого нормативного регулювання потребують особливості здійснення та захисту ОНП, якими наділені особи, котрі мають спеціальні правові статуси (правові модуси), зокрема: публічна фізична особа, пацієнт, член сім'ї, творець об'єкта інтелектуальної власності, цифрова (електронна) особа тощо.

§ 2.16. Об'єктивація презумпції невинуватості. Доцільним вбачається закріплення презумпції невинуватості на рівні ЦК та встановлення цивільно-правових способів захисту (в т.ч. припинення порушення та компенсація моральної шкоди) за поширення інформації, яка порушує презумпцію невинуватості (за прикладом ст. 9¹ ФЦК).

3. РЕЧОВЕ ПРАВО (КНИГА ТРЕТЯ ЦК)

§ 3.1. *Зміна назви та структури Книги третьої.* Пропонується повернутися до звичайної назви системи норм щодо речових прав у світових кодифікаціях, у тому числі у проєктах ЦК України 1996–2001 років, а саме — «Речове право». Порівняно з чинним ЦК, його проєкти якісно відрізнялися і в структурному плані: у них були наявні окремі структурні одиниці, присвячені загальним положенням про речове право та володінню. З урахуванням досвіду вітчизняних і зарубіжних кодифікацій та збільшення кола «речових» питань, правовий масив цієї книги бажано поділити на наступні розділи з такими назвами: розділ I «Загальні положення речового права», розділ II «Володіння», розділ III «Власність», розділ IV «Інші речові права». Пропозиції щодо наповнення змістом нових структурних одиниць та правових конструкцій будуть наведені після презентації можливих шляхів оновлення двох наявних Розділів чинного ЦК.

Розділ I. Право власності (глави 23–29)

§ 3.2. *Поняття права власності.* Пропонується передбачити в ЦК України поняття права власності як найбільш повного панування над річчю (майном) у межах, передбачених законом. Кожний зобов'язаний утримуватися від порушення права власності іншого.

§ 3.3. *Зміст права власності.* Зміст права власності полягає в тому, що власник вправі за своїм розсудом вчиняти щодо належного йому майна будь-які дії, але ці дії не повинні суперечити закону й

іншим правовим актам, а також порушувати права та охоронювані законом інтереси інших осіб. Пропонується доповнити ЦК України такими положеннями про зміст права власності:

«Власнику дозволено робити з річчю все, що не заборонено. У визначених законом випадках власник може вчиняти лише дії, які дозволені законом».

§ 3.4. Соціальна функція власності. Пропонується передбачити в ЦК України положення про соціальну функцію власності:

«Власність зобов'язує і власник зобов'язаний, при здійсненні свого права, діяти з належним урахуванням загальних інтересів та індивідуальних інтересів.

Власник не повинен здійснювати своє право власності поза межами, передбаченими для всіх власників такого майна цим або іншим законом, з метою захисту інтересів і безпеки держави, природи, навколишнього середовища та здоров'я людей.

Якщо власник майна підлягає обмеженням з метою захисту інтересів і безпеки держави, природи, навколишнього середовища чи здоров'я людей, які вимагають, щоб він, але не інші власники такого майна, зазнав більшої шкоди, він має право на відшкодування за правилами примусового вилучення майна (експропріації)».

§ 3.5. Обмеження права власності. Пропонується доповнити ЦК України положеннями про обмеження права власності у контексті їхнього речового ефекту:

«Право власності може бути обмежене відповідно до закону. Жодна особа не може бути позбавлена права власності, якщо тільки цього не вимагає публічний інтерес, визначений законом або на підставі закону, з компенсацією, яка не може бути меншою за справедливу компенсацію.

Власник може з метою, яка не заборонена, обмежувати чи обтяжувати його право.

Якщо власник внаслідок правочину встановить заборону відчувувати нерухоме майно чи обтяжувати його, така заборона є чинною щодо третіх осіб, якщо вона зареєстрована в державному реєстрі нерухомого майна та їх обтяжень.

Обмеження права власності на рухоме майно з метою забезпечення вимоги є чинним щодо третіх осіб, якщо воно зареєстроване у відповідному державному реєстрі або якщо третя особа про це знала або могла знати про це».

§ 3.6. Принцип єдиної нерухомої речі. Відповідно до принципу єдиної нерухомої речі земельна ділянка є єдиною нерухомою річчю,

право власності на яку поширюється й на істотні складові частини цієї речі, тісно пов'язані із землею. Обговорюючи переваги та недоліки такого підходу, треба взяти до уваги те, що його доцільно поширювати також на «квартирну» власність і власність на нежитлову частину будівлі, які тісно пов'язані одна з одною.

Розділ II. Речові права на чуже майно (глави 30–34)

Володіння

§ 3.7. Природа володіння. Поняття і місце володіння в системі національного права значною мірою залежить від розуміння правової природи цього інституту, зокрема як фактичного стану, що породжує правові наслідки, або виду речового права. Цивільні кодекси більшості країн прямо не відносять володіння ні до фактичного стану, ні до права, його тлумачення є завданням юридичної науки. Якщо підтримати ідею, що володіння є речовим правом, володіння повинно бути відображено в розділі «Обмежені речові права», в якому будуть представлені такі речові права, як: сервітут, узурфрукт, емфітевзис, суперфіцій, застава, іпотека, інші обмежені речові права.

Заслугує на підтримку визнання володіння фактичним станом, що породжує правові наслідки, а відтак володіння не належить до категорії речових прав.

Визнання володіння фактичним станом, що породжує правові наслідки, зумовлює місце цього інституту в системі речового права та архітектоніку Книги третьої ЦК. У цьому випадку володінню має бути відведено окремий розділ, який слідуватиме за розділом «Загальні положення» та передуватиме розділам, присвяченим речовим правам.

§ 3.8. Структура розділу «Володіння». Пропонується матеріал розділу поділити на дві глави: «Загальні положення» та «Наслідки володіння», які міститимуть положення про придбання, здійснення і види володіння, перетворення виду володіння, добросовісне володіння, презумпції безперервного володіння і власності, захист володіння, наслідки володіння і припинення володіння.

§ 3.9. Зміст володіння. Заслугує на підтримку впровадження в ЦК України положень про володіння як прямого або опосередкованого утримання речі, поєданого з наміром ставитися до неї як до своєї і панувати над нею як власник або суб'єкт обмеженого речового права. Утримання речі не для себе є триманням (*detentio*), яке не захищається законом за правилами про володіння. Володіння є

прямим, якщо фактичне володіння річчю здійснюється володільцем як своєю особисто або через його уповноважену особу. Володіння є опосередкованим, якщо воно фактично здійснюється через носія обмеженого речового права. Цей підхід відповідає тенденції щодо поширення в європейських країнах концепції прямого та опосередкованого володіння (Німеччина, Австрія, Молдова тощо).

§ 3.10. Правові наслідки володіння. Володіння є фактичним станом, що породжує чотири правові наслідки: презумпція власності; набуття права власності на плоди речі, якщо володільець є добросовісним; захист володіння за допомогою речових позовів; набуття володіння внаслідок набувальної давності.

Пропонується передбачити в ЦК України спеціальні засоби (посесорні) захисту володіння, до яких належать такі:

- (1) самозахист;
- (2) позови про відшкодування шкоди;
- (3) повернення володіння;
- (4) припинення порушення володіння; захист кращого володіння за допомогою позовів;
- (5) про повернення володіння та
- (6) про припинення порушення.

Інші речові права

§ 3.11. Нові види обмежених речових прав. Крім зазначених у Книзі третій чинного кодексу видів права на чуже майно — сервітут, емфітевзис та суперфіцій, положення про які заслуговують на уточнення, пропонується передбачити такі види обмежених речових прав, як: узуфрукт, речові обтяження нерухомості переважне право купівлі земельних ділянок, речове право очікування.

Що стосується таких видів обмежених речових прав, як застава, іпотека, притримання (**див. § 5.15**).

§ 3.12. Узуфрукт. Сутність інституту узуфрукту полягає в тому, що його суб'єкт (узуфруктуарій) набуває можливість користуватися обтяженою річчю і вилучати з неї плоди і доходи з умовою забезпечення її цілісності і схоронності. Узуфрукт виникає на підставі закону, за договором або внаслідок набувальної давності, встановлюється щодо будь-яких неспоживних речей, рухомих і нерухомих, які перебувають у цивільному обороті. Річ, яка надана в узуфрукт, може використовуватися як у підприємницькій, так і непідприємницькій діяльності.

§ 3.13. Речові обтяження нерухомого майна. Заслугове на увагу впровадження в ЦК України положень про речові обтяження нерухомого майна як обмеженого речового права. Речове обтяження нерухомості є речовим правом на чужу земельну ділянку або інше нерухоме майно із повноваженням отримання довічних або протягом тривалого періоду періодичних платежів, забезпечених можливістю примусового задоволення вимог за рахунок земельної ділянки або іншого нерухомого майна. За своєю природою речове обтяження нерухомості є рентою, яка виплачується з нерухомості й кваліфікується як доходи, що мають речове походження.

У європейських країнах речові обтяження застосовуються в разі продажу земельної ділянки або підприємства на основі ренти, забезпечення осіб похилого віку, утримання майна в кондомініумі (спільної власності), регулювання сусідських відносин, здійснення сервітутних прав, у відносинах забудови. Поширення отримали речові обтяження купівлі-продажу, житлові, індустріальні тощо.

§ 3.14. Перенесення окремих норм про ренту і довічне утримання до Книги третьої. Передбачені у вітчизняному законодавстві (глава 56 «Рента», ст.ст. 731–743; глава 57 «Довічне утримання (догляд)», ст.ст. 744–758) рента і довічне утримання (догляд) не відносяться до речових прав і регулюються положеннями ЦК України про зобов'язання. У зв'язку з цим, заслугове на увагу ідея про те, щоб норми про ренту і довічне утримання (догляд) щодо нерухомості, передбачені главами 56–57 ЦК України, перенести до відповідного розділу Книги третьої.

§ 3.15. Речове право переважної купівлі земельної ділянки. Пропонується передбачити в ЦК речове право переважної купівлі земельної ділянки в переліку обмежених речових прав з усіма ознаками, властивими цьому інституту права.

Передбачене у вітчизняному законодавстві (ст. 362 ЦК України, ст. 130 ЗК України, ст. 9 Закону України «Про оренду землі») право переважної купівлі не належить до речових прав.

Інститут речового права переважної купівлі є необхідним і значимим у країнах романо-германського права. Під впливом пандектного вчення переважне право купівлі в законодавстві країн континентальної Європи набуло подвійного характеру: у випадку продажу рухомих речей — зобов'язально-правовий, а в разі продажу нерухомості (земельних ділянок) — речово-правовий режим.

§ 3.16. Речове право очікування. 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. Вітчизняною судовою практикою використовується поняття суб'єкта права очікування на отримання речового права на нерухомість у майбутньому. Право очікування є майновим правом, яке є складовою частиною майна як об'єкта цивільних прав. Зазначене майнове право є обмеженим речовим правом, згідно з яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, та засвідчує правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому.

§ 3.17. Добросусідство. Пропонується передбачити в ЦК України положення про добросусідство, які відображені в цивільних кодексах країн континентальної Європи (Німеччина, Швейцарія тощо). Положення про добросусідство передбачають, що власник земельної ділянки не має права забороняти викиди газів, пару, запахів, диму, сажі, тепла, шуму, вібрації та подібних впливів, які надходять з іншої земельної ділянки, якщо вони не впливають або впливають несуттєво на використання його земельної ділянки. При цьому, за загальним правилом, вплив вважається несуттєвим, якщо не перевищено затверджених актами законодавства та нормативно встановленими процедурами меж і цільових показників впливів, встановлених та оцінених відповідно до цих положень.

Критерії прийнятності негативного впливу доцільно визначати спеціальними правилами про добросусідство і правилами, що стосуються відшкодування збитків. У зв'язку з цим, спеціальні правила про добросусідство доцільно викласти у Книзі третій «Речове право», а в Книзі п'ятій «Зобов'язальне право» — правила, що стосуються відшкодування збитків (*див. § 5.42*).

§ 3.18. Відмова від права господарського відання і права оперативного управління та їх заміна ринковими конструкціями. З ліквідацією ГК національне законодавство буде позбавлено права господарського відання та права оперативного управління, які є реліктами соціалістичного минулого, штучно створеними для потреб одержавленої економіки обмеженими речовими правами, які не мають аналогів у розвинених правових системах і не відповідають поняттю речового права.

Наділення майном унітарних державних та комунальних підприємств на праві господарського відання та праві оперативного управління є способом здійснення права власності, перш за все, для публічно-правових утворень, і жодним чином не є юридичною формою економічно необхідної участі однієї особи в праві власності іншої, що є

головною передумовою існування самої категорії речових прав на чуже майно.

Притаманні правам господарського відання та оперативного управління їх встановлення на підставі адміністративного акта органу публічної влади і право власника (держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади) вилучати майно та припиняти ці правові титули на власний розсуд не відповідають традиційним уявленням про речові права на чуже майно.

Квазіречові права радянської доби не можуть використовуватися в умовах ринкової економіки, коли держава та інші юридичні особи публічного права діють у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками, коли ліквідовані «привілейовані» форми власності тощо. В інтересах економічного зростання «радянські» конструкції повинні бути замінені ринковими інструментами у вигляді організаційно-правових форм акціонерних та інших товариств, різних видів договорів, приватноправових конструкцій речових прав.

§ 3.19. Забезпечувальні речові права. ЦК України визнає зобов'язальними правами заставу, іпотеку і притримання, які за своєю природою є речовими правами. Практично всі країни континентальної Європи визнають заставу та іпотеку як речові забезпечувальні права. При цьому в країнах германської правової сім'ї право притримання визнається речовим правом (Німеччина, Австрія, Швейцарія тощо), а в країнах романського типу права — зобов'язальним правом (наприклад, у Молдові).

Більшість країн континентальної Європи визнає речовим забезпечувальним правом інститут забезпечувальної фідучії (Німеччина, Франція тощо).

Забезпечувальні речові права, до яких віднести заставу, іпотеку, притримання та забезпечувальну фідучію (забезпечувальний фідучіарний фонд) можливо навіть виділити в окремий підрозділ (*див. § 5.15*).

Нові розділи та конструкції

До нових розділів і конструкцій тут віднесено фідучіарний фонд та загальні положення речового права. Хоч і не всі ідеї наведених нижче нових розділів та конструкцій знайшли однозначне схвалення на пленарних засіданнях Робочої групи, з метою їх публічного обговорення, вони наводяться у Концепції.

Фідучіарний фонд

§ 3.20. Правова природа фідучіарного фонду. Поняття і місце фідучіарного фонду в системі цивільного права значною мірою залежить від розуміння правової природи цієї правової конструкції, зокрема як цільового майна (тобто визначеного метою), що передається в довірчу власність управителя, або як управління чужим майном, управитель якого не є власником.

Якщо підтримати ідею, що фідучіарний фонд має фідучіарний ефект лише у випадку встановлення довірчої власності на майно фонду, а відтак управління чужим майном не має [необхідного] фідучіарного характеру, фідучіарний фонд повинен бути відображений у розділі «Власність», серед інших видів права власності, а управління чужим майном — у розділі «Обмежені речові права», в якому будуть представлені обмежені речові права.

Якщо розглядати інститут фідучіарного фонду ширше, як такий, що охоплює основні фідучіарні правові титули на майно — право довірчої власності і право управління чужим майном, то за таким підходом ч. 2 ст. 316 ЦК і глава 70 ЦК «Управління майном» підлягають виключенню, а положення про фідучіарний фонд потребують включення до окремого розділу.

§ 3.21. Структура правового масиву про фідучіарний фонд. Фідучіарний фонд регулюватиметься положеннями окремих глав, присвячених загальним положенням і видам фідучіарного фонду, фідучіарній майновій масі, питанням заснування фідучіарного фонду, умовам фідучіарного фонду, повноваженням управителя, засобам правового захисту у випадку невиконання, заміні фідучіаріїв, припиненню і зміні фідучіарного фонду, відносинам із третіми особами та іншим питанням, пов'язаним із фідучіарним фондом.

Особливості фідучіарного фонду як забезпечення зобов'язання регулюватимуться положеннями підрозділу «Забезпечувальні речові права».

§ 3.22. *Поняття та підстави виникнення фідучіарного фонду.*

Фідучіарний фонд створюється на підставі договору (оплатного або безоплатного), заповіту або закону. У випадках, якщо це передбачено законом, він може також створюватися за рішенням суду. Фідучіарний фонд має строковий характер.

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

Фідучіарний фонд може створюватися як фонд довірчої власності, або фонд управління чужим майном. Управитель фонду довірчої власності є довірчим власником майна фонду.

Власником фонду управління чужим майном є установник або вигодонабувач фонду, управитель управляє фондом на праві управління чужим майном, яке є обмеженим речовим правом.

§ 3.23. *Права та обов'язки управителя.* Прийняття майна у фідучіарний фонд покладає на управителя обов'язок з управління фідучіарним фондом; і прийняття фідучіарного фонду є достатнім для виникнення у вигодонабувача його прав.

Управитель зобов'язаний управляти фідучіарним фондом в інтересах вигодонабувача або для досягнення визначеної мети.

Усі правочини, що здійснюються з майном фідучіарного фонду, є предметом самостійного обліку в управителя.

Управитель володіє, користується, розпоряджається майном фідучіарного фонду в інтересах вигодонабувача або визначеної суспільно корисної мети.

§ 3.24. *Права та обов'язки вигодонабувача.* Вигодонабувач має право вимагати або надання належного йому доходу, або виплати вартості плодів і доходів, або майна фідучіарного фонду відповідно до правочину про створення фідучіарного фонду чи закону. Вигодонабувач має право вимагати виконання зобов'язань управителя, які стосуються права вигодонабувача на доходи, плоди та майно фонду, оспорити будь-які дії, які вчинені управителем на шкоду фідучіарному фонду або правам вигодонабувача, а також пред'явити позов замість управителя у випадках, якщо той без достатніх підстав відмовляється пред'явити позов, не пред'являє його або йому будь-що перешкоджає його пред'явити.

Управитель і вигодонабувач несуть солідарну відповідальність за дії, вчинені на шкоду правам кредиторів установника або на шкоду майну фідучіарного фонду.

Загальні положення речового права

§ 3.25. Зміст нового розділу I Книги третьої. Розділ I «Загальні положення речового права» містить поняття, принципи і види речових прав.

Пропонується передбачити в ЦК поняття речового права:

«Речове право є пануванням особи над річчю, що діє проти кожного, якщо інше не передбачено законом».

Речовим правам властиві принципи абсолютності, слідування, визначеності законом переліку і змісту речових прав (*numerous clausus*), переваги (старшинства), публічності.

Речові права покликані «зміцнити» (укріпити) суб'єктивне право на річ, відображають сутність майнового присвоєння, сприяють стабільності та усталеному розвитку майнових відносин. Властива речовим правам публічність (гласність) зумовлює завдання національного правопорядку виявити, визнати та юридично охороняти права, які є речовими за своєю природою.

§ 3.26. Перегляд переліку речових прав, передбачених законом. Широке розуміння речових прав об'єктивно зумовлює тенденцію до розширення їхнього переліку і за необхідності — внесення до нього нових речових прав, залишаючи чинним принцип *numerus clausus*.

§ 3.27. Класифікація речових прав. Речові права поділяються на право власності та обмежені речові права.

§ 3.28. Правова природа речей. Поняття і місце речей у системі цивільного права значною мірою залежить від розуміння правової природи цього об'єкта права, зокрема як об'єкта речового права або об'єкта цивільного права, правові ефекти якого мають місце також і за межами речових прав. Цивільні кодекси європейських країн по-різному вирішують це питання — сучасні акти цивільної кодифікації відносять речі до системи речового права як окремого розділу або складової розділу «Загальні положення», деякі цивільні кодекси розташовують норми про речі у складі глави «Об'єкти цивільних прав».

У новому розділі I Книги третьої можливо передбачити особливості правового режиму окремих видів речей.

§ 3.29. Місце положень про речі в системі речового права. Визнання речі об'єктом речового права зумовлює місце цього об'єкта права в системі речового права та архітектоніку Книги третьої ЦК України. У підрозділі «Речі» вміщуються положення про поняття

майна та речей, їхні властивості та складові частини, цивільний оборот і поділ речей.

§ 3.30. Поділ речей. Передбачений чинним ЦК поділ речей доцільно уточнити або доповнити положеннями про поняття та складові частини нерухомого майна, одиницю кондомініуму, поширення права власності на земельну ділянку, рухомі культурні цінності, нерухоме майно, що зазнало перетворень внаслідок недобросовісних дій набувача тощо.

§ 3.31. Недобросовісне набуття новоствореного нерухомого об'єкта. Пропонується передбачити в ЦК України положення щодо наслідків недобросовісного набуття новоствореного нерухомого об'єкта такого змісту:

«Об'єкт нерухомого майна, створений внаслідок формального поділу, прив'язки до вже наявної нерухомості з використанням її функціональних елементів, в інших випадках недобросовісних дій набувача, не вважається новоствореним об'єктом».

Такий підхід надасть можливість удосконалити захист права власності на нерухоме майно, яке вибуло з володіння власника поза його волею, оскільки передбачатиме необхідність проведення правової оцінки і врахування добросовісності набуття майна набувачем.

4. ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ (КНИГА ЧЕТВЕРТА ЦК)

Основні напрями вдосконалення положень Книги четвертої обумовлені необхідністю:

(1) внесення змін до ЦК України та спеціального законодавства, спрямованих на імплементацію Угоди про асоціацію, адаптацію законодавства України до законодавства ЄС;

(2) врахування національної практики застосування законодавства у сфері інтелектуальної власності;

(3) узгодження положень Книги четвертої між собою та іншими положеннями ЦК України;

(4) врахування відповідного досвіду іноземних країн, зокрема країн ЄС.

§ 4.1. Імплементація положень Угоди про асоціацію та адаптація законодавства України до законодавства ЄС. Умовою ефективної імплементації Угоди про асоціацію, адаптації законодавства є встановлення та прийняття до уваги сукупності норм права ЄС, рішень Суду ЄС та норм законодавства держав-членів ЄС, що забезпечують функціонування відповідних інститутів охорони прав інтелектуальної власності. Під час реалізації Угоди про асоціацію істотним є запровадження однакового з ЄС правового режиму щодо охорони та захисту прав інтелектуальної власності в рамках поглибленої і всеохоплюючої зони вільної торгівлі між Україною та ЄС, а також реалізації мети асоціації з підтримки зусиль України щодо завершення переходу до справжньої ринкової економіки, у тому числі шляхом поступової адаптації її законодавства до *acquis* ЄС (ст. 1 Угоди про асоціацію).

§ 4.2. Удосконалення окремих положень ЦК України та усунення термінологічних розбіжностей. Вказане стосується питань:

(1) визначення способів використання опублікованого твору (ч. 1 ст. 441, ч. 1 ст. 442);

(2) обмеження автором використання творів після його смерті (ч. 4 ст. 442);

(3) узгодження визначення складу майнових прав інтелектуальної власності (ст. 424 та ст.ст. 440, 452, 464, 474, 487, 490, 495 тощо);

(4) узгодження положень § 6 «Застава» глави 49 ЦК України щодо предмета застави з ч. 3 ст. 424 «Майнові права інтелектуальної власності»;

(5) узгодження ч. 2 ст. 430 та ч. 3 ст. 1112 ЦК України стосовно майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням;

(6) уточнення положень ст. 432 щодо захисту права інтелектуальної власності судом відповідно до Директиви 2004/48/ЄС;

(7) уточнення термінології стосовно організації мовлення (ч. 3 ст. 451, ст. 455, ч. 3 ст. 456);

(8) узгодження ч.ч. 4 і 6 ст. 488 ЦК щодо строків чинності майнових прав інтелектуальної власності на сорти рослин та породи тварин;

(9) узгодження термінології щодо строків чинності майнових прав інтелектуальної власності (ст.ст. 447, 466, 467, 476, 468, 477, 497, 488, 498) та щодо положень про правові наслідки припинення строку чинності майнових прав інтелектуальної власності;

(10) узгодження положень щодо передавання майнових прав інтелектуальної власності на комерційне найменування іншій особі лише разом з цілісним майновим комплексом особи, якій ці права належать, або його відповідною частиною (ч. 2 ст. 490 ЦК та положень ст. 191 ЦК «Підприємство як єдиний майновий комплекс»);

(11) визначення ліцензії як одностороннього правочину, а не як договору (ст. 1107) із зазначенням про те, що особа, якій надано ліцензію, зобов'язана дотримуватися умов, на яких її було видано (ст. 1108);

(12) неможливості укладення договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності, предметом якого є права, які на момент укладення договору, ще не виникли (ст. 1113);

(13) уточнення предмета договору комерційної концесії у ст. 1116; узгодження ч.ч. 2 та 3 ст. 1122 ЦК «Особливі умови договору комерційної концесії» стосовно нікчемності умов договору;

(14) уточнення положень ст. 1072 «Черговість списання грошових коштів з рахунка» щодо виплат за авторським договором тощо;

(15) врахування при визначенні збитків у ст. 22 ЦК, крім втрат у вигляді знищення чи пошкодження речі — інших майнових втрат тощо.

§ 4.3. Удосконалення інститутів охорони прав на найменування особи та комерційне (фірмове) найменування. Пропонується уточнити, що комерційне (фірмове) найменування є додатковим до найменування позначенням особи, та може застосовуватися самостійно або складати частину найменування юридичної особи. З метою недопущення введення в оману суб'єктів відносин щодо діяльності певної особи, яка реєструє пізніше та використовує подібне (схоже) найменування або його елементи, відповідний правовий інститут також потребує удосконалення.

§ 4.4. Адаптація правових режимів охорони комерційної таємниці та ноу-хау до законодавства ЄС. Відповідно до Директиви (ЄС) 2016/943 щодо охорони нерозкритого ноу-хау та бізнесової інформації (комерційної таємниці) проти їх неправомірного набуття, використання та розкриття, у складі комерційної таємниці виділяють два види об'єктів: творчого характеру — ноу-хау та нетворчого — бізнесової інформації. У зв'язку з цим, пропонується:

(1) доповнити главу 15 ЦК України окремою статтею «Комерційна таємниця» (*див. § 1.13*);

(2) главу 46 ЦК «Право інтелектуальної власності на комерційну таємницю» замінити Главою «Право інтелектуальної власності на ноу-хау»;

(3) передбачити, що особливості охорони прав на комерційну таємницю визначаються законом.

§ 4.5. Посилення охорони прав на корисні моделі та промислові зразки. Законодавство України з охорони прав на корисні моделі потребує вдосконалення з наближенням до сучасної законодавчої та судової практики провідних держав-членів ЄС, які в інтересах розвитку промисловості та інвестицій забезпечують високий рівень захисту прав на винаходи та унеможливають зловживання правами на корисну модель для обходу винаходу, в тому числі через виключення з правової охорони корисної моделі або визначення корисної моделі як форми охорони прав на винахід з наявністю критерію винахідницького рівня. Інший підхід — розгляд корисної моделі як окремого об'єкта, проте з наявністю критерію

винахідницького рівня (прирівнювання критерію винахідницького кроку до винахідницького рівня) або лише як тривимірного об'єкта.

§ 4.6. Уточнення форми правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності та порядку укладення публічного ліцензійного договору. У зв'язку з широким використанням в іноземних країнах ліцензій відкритого доступу до твору, пропонується у главі 75 ЦК України передбачити можливість укладення правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в електронній формі, а також правила про порядок укладення публічного ліцензійного договору. Такі правила містяться у проекті Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 10 березня 2020 р. (Мінекономіки України).

§ 4.7. Конкретизація змісту майнових прав інтелектуальної власності. Актуальним у рамках оновлення спеціального законодавства з охорони винаходів, корисних моделей, промислових зразків є внесення змін щодо змісту майнових прав інтелектуальної власності, а також узгодження положень спеціального законодавства та положень ЦК України.

5. ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО (КНИГА П'ЯТА ЦК)

Розділ І. Загальні положення про зобов'язання (глави 47–51)

Поняття зобов'язання. Сторони у зобов'язанні (глава 47)

Правовий масив глави 47 ЦК України містить правила з наступних блоків питань: поняття зобов'язання, підстави його виникнення, сторони зобов'язання (ст.ст. 509–511); заміна кредитора і боржника у зобов'язанні (ст.ст. 512–523); валюта зобов'язання та недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання (ст.ст. 524–525).

§ 5.1. Усунення дисбалансу правових положень щодо поняття та заміни сторін зобов'язання. У главі 47 ЦК України очевидним є дисбаланс кількості правових норм, присвячених кожному блоку питань. Таку «асиметричність» пропонується усунути за рахунок виділення із наведеного правового матеріалу нових глав, доповнення їх новими правилами та переміщення ст.ст. 524–525 до інших масивів норм. У главі 47 ЦК України пропонується сконцентрувати правила про поняття, види і принципи зобов'язання, а нові (виділені) глави будуть присвячені підставам виникнення зобов'язання та заміні сторін зобов'язання.

§ 5.2. Доповнення зміненої глави 47 ЦК України додатковими нормами, присвяченими поняттю, видам та принципам зобов'язання. У наведеному контексті доцільно звернутися до DCFR, зокрема до

ст.ст. III.-1:104 «*Co-operation*» та III.-1:105 «*Non-discrimination*». Перша стаття передбачає обов'язок боржника та кредитора співпрацювати у випадках та в обсязі, коли цього можна розумно очікувати у зв'язку з виконанням обов'язку боржника, а друга — розкриває зміст заборони дискримінації у частині зобов'язальних відносин. У розвиток положень ст. 510 ЦК доцільно було б надати визначення солідарних, часткових та спільних прав та обов'язків за прикладом ст. III.-4:202 DCFR, залишивши деталізацію їх здійснення у главі про виконання зобов'язання (*див. § 5.10*).

У проєкті ЦК України стаття про недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання (нинішня ст. 525) характеризувала один із принципів виконання зобов'язань. Якщо принцип «*pacta sunt servanda*» розмішуватиметься не в масиві норм про виконання зобов'язання, а у главі 47 як загальний принцип зобов'язального права, то ст. 525 ЦК України «Недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання» варто залишити у цій главі.

§ 5.3. Астрент. Доцільно доповнити ЦК України положеннями про судову неустойку (астрент), згідно з яким суд може за вимогою позивача зобов'язати відповідача виплатити на користь позивача грошову суму, якщо відповідач не виконає рішення суду. Астрент означає присудження грошових сум як способу забезпечення виконання судового акта, тобто астрент — це неустойка або пеня за неналежне виконання рішення суду. Право на застосування астренту має суд, якщо подано позов про виконання зобов'язання в натурі. Судова неустойка або астрент не може нараховуватися на грошові вимоги.

§ 5.4. Удосконалення норм щодо заміни кредитора у зобов'язанні. Так, ст. 514 ЦК України «Обсяг прав, що переходять до нового кредитора у зобов'язанні» доцільно доповнити положеннями про можливість відступлення прав, що виникнуть у майбутньому — так звані «недозрілі права» (за моделлю договору факторингу). Водночас на рівні закону можливо закріпити недопустимість відступлення невизначених прав вимоги. Слід критично підійти до встановлених ст. 515 ЦК України обмежень відступлення права вимоги. Вбачається допустимим дозволити відступлення будь-яких майнових прав, за винятком ситуацій, коли таке відступлення негативно вплине на іншу сторону в зобов'язанні. Виправданим при цьому є закріплення правила про те, що в таких випадках боржник вправі погодити таку заміну кредитора і тим самим нівелювати дію зазначеного обмеження. Окрім цього, обмеження відступлення

окремих прав вимоги, пов'язаних з особою кредитора, можна прямо закріпити в законі.

§ 5.5. Розмежування договорів про відступлення права вимоги та договору факторингу. Самостійне практичне значення матиме легальне розмежування договорів про відступлення права вимоги та договору факторингу, оскільки сучасна судова практика не завжди правильно кваліфікує зазначені правові моделі, що призводить до оспорування та визнання недійсними договорів про відступлення права вимоги.

§ 5.6. Комплексна заміна сторони в синалагматичних зобов'язаннях. Оскільки на практиці доволі часто відбувається саме заміна сторони в зобов'язанні (а не відступлення права вимоги в чистому вигляді), а також, зважаючи на те, що більшість зобов'язань є синалагматичними (двосторонньо зобов'язуючими), у відповідній главі варто передбачити окремі положення, які б регулювали специфіку «комплексної» заміни сторони в таких синалагматичних зобов'язаннях.

§ 5.7. Конкретизація конструкцій переведення боргу та заміни боржника. Сьогодні більшість положень щодо заміни осіб у зобов'язанні присвячена саме заміні кредитора. Тому питанням переведення боргу та заміни боржника варто приділити додаткову увагу. У ст. 520 ЦК України доцільно закріпити загальні вимоги, що висуваються до згоди кредитора на заміну боржника в зобов'язанні (за прикладом ст. III.-5:203 DCFR). Обґрунтованою є необхідність закріплення та змістовне розкриття окремих моделей заміни боржника в зобов'язанні (повна заміна боржника, неповна заміна боржника та приєднання нового солідарного боржника) на кшталт ст. III.-5:202 DCFR «Види заміни боржника або вступу нових боржників».

§ 5.8. Перенесення ст. 524 ЦК України «Валюта зобов'язання» до іншого масиву норм. Ці положення логічно об'єднати зі ст. 533 ЦК «Валюта виконання грошового зобов'язання», тим самим виводячи їх за межі глави 47 ЦК України.

Виконання зобов'язання (глава 48 ЦК України)

Переважно диспозитивні правила про виконання зобов'язання містяться як у Загальних положеннях про зобов'язання та про договір (розділи I–II Книги п'ятої), так і в інших частинах ЦК України та численних актах цивільного законодавства. У главі 48 ЦК України сконцентровано найзагальніші норми цього правового інституту. Керуючись універсальними і регіональними уніфікаційними документами (Принципи UNIDROIT, PECL, DCFR), напрацюваннями доктрини, сучасної законодавчої і судової практики, оновлення відповідного нормативного масиву глави 48 ЦК України пропонується здійснювати у таких основних напрямах:

(1) структурне удосконалення нормативного матеріалу та покращення його розмежування і взаємодії з іншими главами Загальних положень про зобов'язання та про договір;

(2) уточнення наявних норм про виконання зобов'язання і включення нових відповідно до положень Принципів UNIDROIT, PECL та DCFR;

(3) передбачення спеціальних правил виконання для бізнес-середовища.

§ 5.9. Структурне удосконалення глави 48 ЦК України про виконання зобов'язання. Правовий масив цієї глави хоча і не поділений на параграфи, але в ньому чітко визначаються такі групи норм: засади та загальні умови (модальності) виконання; особливості виконання грошових зобов'язань, особливості виконання зустрічних та альтернативних зобов'язань, особливості виконання зобов'язань з множинністю осіб, підтвердження виконання зобов'язання.

Зарубіжний нормотворчий досвід показує, що кожна із цих груп норм останнім часом має спрямованість до корегування і збільшення. Так, наприклад, усі згадані уніфікаційні документи поряд із главами про виконання включили окремі глави щодо зобов'язань із множинністю боржників і кредиторів. У DCFR питанням множинності осіб присвячена найбільша кількість статей — 19.

Уточнюючи та доповнюючи у процесі рекодифікації нормативний масив глави 48 ЦК України, цілком логічним є групування відповідних норм як мінімум у два параграфи:

§ 1. Засади та загальні модальності виконання зобов'язання;

§ 2. Особливості виконання окремих класифікаційних видів зобов'язань.

До першого параграфа увійшли б принципи виконання, норми про загальні умови виконання (суб'єкти, способи, місце, строк), можливо, норми про підтвердження виконання тощо. Наразі такий

правовий масив у неповному обсязі міститься у ст.ст. 526–532 та ст. 545 ЦК України.

До другого параграфу увійшли б спеціальні норми про виконання окремих видів зобов'язань (частина таких норм нині представлена у ст.ст. 533–544 ЦК України).

§ 5.10. Покращення розмежування і взаємодії нормативного матеріалу між главами. До структурного удосконалення глави 48 ЦК України дотичний напрям оновлення, який полягає в покращенні розмежування і взаємодії нормативного матеріалу між главами загальних положень про зобов'язання та про договір. Оскільки у главі 48 ЦК України передбачаються спеціальні норми виконання окремих видів зобов'язання, то є обґрунтованим розміщення у главі, що їй передує (робоча назва — «Поняття, види і принципи зобов'язання» — *див. §§ 5.1, 5.2*), навести поняття альтернативних, факультативних, зустрічних, з множинністю осіб, грошових, потестативних, натуральних та інших видів зобов'язань. З іншого боку, враховуючи те, що у Принципах UNIDROIT правила про виконання доповнено розділом про ускладнення (*hardship*), постає питання про доцільність закріплення у главі 48 ЦК України аналогічних статей, замість положень ст. 652 ЦК України про зміну або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин (*change of circumstances* — саме така термінологія використана для цього інституту й у спеціальних статтях PECL та DCFR).

§ 5.11. Удосконалення норм глави 48 ЦК України про виконання зобов'язання з урахуванням положень уніфікаційних документів. Якщо порівняти встановлені в ЦК України загальні вимоги до виконання зобов'язання (*умови або модальності виконання щодо суб'єктів, способів, строку та місця*) з відповідними положеннями Принципів UNIDROIT, PECL та DCFR, то з'ясовуються певні відмінності. Наприклад, в українській кодифікації місце виконання зобов'язання не прив'язується до місця звичайного перебування сторони, а питання про дострокове виконання зобов'язання, за загальним правилом, вирішено в інший спосіб. Таким чином, загальні умови виконання зобов'язання у ЦК варто гармонізувати з відповідними положеннями (переважно тотожними) Принципів UNIDROIT, PECL та DCFR. Потенціал загальних норм про виконання зобов'язання першого параграфу глави 48 ЦК України буде значно підсилений завдяки введенню низки новел, зокрема, правил про витрати і дотримання формальностей, пов'язаних з виконанням; правил про розподіл іншого виконання, ніж платіж за

грошовим зобов'язанням; або інших правил, які там відсутні, зважаючи на акти м'якого права і новітні кодифікації країн ЄС.

§ 5.12. Оновлення та введення нових спеціальних норм для окремих класів зобов'язань. Наведена вище методика осучаснення нормативного матеріалу щодо загальних засад і умов виконання зобов'язання поширюється і на оновлення та введення нових спеціальних норм для окремих класів зобов'язань — грошових, зустрічних, альтернативних, факультативних (нині відсутніх) тощо. Через значну кількість норм щодо виконання зобов'язань із множинністю осіб, правотворчі зусилля у цій сфері переростають в окремий напрям рекодифікації.

§ 5.13. Спеціальні правила виконання для бізнес-середовища. Оскільки ЦК поширюється на правовідносини у підприємницькій сфері, у главі 48 передбачається посилення бізнес-конотації (а де треба — «споживчої») окремих статей та формування нових спеціальних правил виконання зобов'язань у відносинах між підприємцями. Наприклад, у ЦК встановлена презумпція часткових зобов'язань із множинністю осіб. Проте, враховуючи підвищений рівень відповідальності підприємців, постає питання про доцільність її заміни на презумпцію солідарних зобов'язань. У підприємницькій сфері доцільно, наприклад, надавати сторонам договору можливість обумовлювати право на відмову від виконання зобов'язання сплатою певної грошової суми іншій стороні зобов'язання тощо.

Забезпечення виконання зобов'язання (глава 49)

§ 5.14. Доповнення загальних положень про забезпечення зобов'язання. Поняття забезпечення зобов'язання відсутнє в чинному ЦК України. Воно може визначатися як додаткове право кредитора для захисту його майнового інтересу у випадку прострочення (неналежності) боржника, яке стимулює боржника до належної поведінки. Забезпечувальне право полягає в покладенні додаткових обтяжень на боржника на випадок невиконання або неналежного виконання, резервуванні майна боржника, за рахунок якого може бути досягнуто виконання, притягненні до виконання поряд із боржником третіх осіб і застосовується до відкритого переліку видів забезпечень зобов'язань, які виникають на підставі закону або правочину. Глава 49 ЦК України має назву «Забезпечення виконання зобов'язання». Пропонується назвати цю главу «Забезпечення виконання зобов'язання». Термін «забезпечення виконання зобов'язання» є умовним, оскільки окремі заходи, які названі законом як такі, не

стосуються виконання основного зобов'язання, а призначені для захисту майнового інтересу кредитора у випадку прострочення (неналежності) боржника (йдеться про поруку і гарантію). Тому коректно використовувати термін «забезпечення зобов'язання».

§ 5.15. Місце способів забезпечення зобов'язання у ЦК України.

У ЦК України положення про забезпечення зобов'язання передбачені в главі, яка містить способи забезпечення зобов'язання; ці норми розташовані в одній книзі, присвяченій зобов'язанням. Місце способів забезпечення зобов'язання у ЦК України залежить від визнання поділу забезпечень зобов'язання на речові та зобов'язальні. Місце іпотеки, застави, притримання і забезпечувальної довірчої власності в ЦК України залежить від вирішення питання про правову природу зазначених способів забезпечення зобов'язання. Якщо виходить із визнання подвійного характеру застави, іпотеки, притримання з урахуванням розмаїття їхніх об'єктів, основне місце цих забезпечувальних прав у ЦК України доцільно визначити у главі «Забезпечення зобов'язання», а в розділі про речові права представити заставу, іпотеку, притримання як обмежені речові права. При цьому самі договори про встановлення застави, іпотеки, притримання регулюються зобов'язальним правом, а право застави, іпотеки, притримання як обтяження — нормами речового права (див. § 3.19).

§ 5.16. Зменшення розміру неустойки. Згідно з ч. 3 ст. 551 ЦК України розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення. Чинне законодавство України не містить переліку виняткових випадків (обставин, які мають істотне значення), за наявності яких судом може бути зменшено неустойку. Норму ст. 551 ЦК України про зменшення неустойки доцільно доповнити правилами, згідно з якими суд має право зменшити розмір неустойки лише за наявності про це заяви боржника; зменшення неустойки, яка підлягає сплаті підприємцем на підставі договору, допускається у виключних випадках в разі доведеності того, що стягнення неустойки у визначеному договором розмірі може викликати отримання кредитором необґрунтованої вигоди.

§ 5.17. Порука. Доцільно передбачити можливість укладення договору поруки в забезпечення як грошових, так і негрошових зобов'язань, виникнення поруки не лише на підставі договору, але й в силу вказівки закону у разі настання визначених ним обставин, визнання співпоручителів боржниками за правилами часткової

множинності осіб пропорційно їх участі в забезпеченні основного зобов'язання.

З метою максимального захисту інтересів кредитора, в ЦК України доцільно передбачити, що у випадках, коли зобов'язання, забезпечене порукою, було змінено без згоди поручителя, що викликало збільшення відповідальності або інші негативні наслідки для поручителя, таке зобов'язання не припиняється, а поручитель відповідає на попередніх умовах; к договору поруки може бути передбачена заздалегідь надана згода поручителя в разі зміни зобов'язання нести відповідальність перед кредитором на змінених умовах і в установлених у такій згоді межах; порука не припиняється у зв'язку зі смертю боржника, реорганізацією юридичної особи-боржника.

§ 5.18. Доповнення правил про заставу. ЦК України (ч. 3 ст. 591) передбачає право заставодержателя залишати за собою предмет застави, але сам порядок залишення застави за заставодержателем не врегульовано, не визначено й момент виникнення права власності заставодержателя. Цю прогалину доцільно усунути шляхом внесення таких правил у зазначену статтю.

Доцільно розглянути питання щодо прийняття норми ЦК України, спрямованої на захист прав третіх осіб, які є добросовісними набувачами заставленого майна (не знали і не могли знати, що майно перебуває в заставі). Якщо добросовісність буде доведена, то в цьому випадку заставу необхідно вважати припиненою, а заставодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, забезпеченого заставою, або заміни предмета застави.

Окремим питанням є приведення у відповідність до ЦК України всіх чинних законодавчих актів, які регулюють відносини щодо застави.

§ 5.19. Незалежна гарантія. Доцільно передбачити в главі 49 ЦК України незалежну гарантію, згідно з якою гарант зобов'язується сплатити бенефіціару визначену грошову суму відповідно до умов наданого гарантом зобов'язання незалежно від дійсності забезпечуваного такою гарантією зобов'язання. Зобов'язання гаранта перед бенефіціаром за цією гарантією не залежить у відносинах між ними не лише від основного зобов'язання, для забезпечення якого видана незалежна гарантія, але й від будь-яких інших зобов'язань, навіть за наявності в гарантії посилання на них.

Незалежні гарантії можуть видавати не лише банки, інші кредитні організації, але й інші підприємницькі організації. На відміну від періоду підготовки і прийняття ЦК України 2003 року,

коли зазначення на спеціальних суб'єктів-гарантів було обґрунтованим, наразі таке обмеження не виправдано звужує сферу використання цього забезпечувального інструменту.

§ 5.20. Забезпечувальний платіж. Доцільно доповнити ЦК України таким новим способом забезпечення зобов'язання, як забезпечувальний платіж, згідно з яким грошове зобов'язання, в тому числі з відшкодування збитків або сплати неустойки за порушення договору, за угодою сторін можуть бути забезпечені шляхом внесення однією зі сторін на користь іншої сторони певної грошової суми (забезпечувальний платіж). Цим платежем може забезпечуватися також і майбутнє зобов'язання. На відміну від інших способів забезпечення, цей забезпечувальний інструмент надає кредитору можливість відшкодувати збитки, отримати неустойку в разі настання передбачених договором обставин без звернення до суду.

Припинення зобов'язання (глава 50)

§ 5.21. Урахування відповідних положень уніфікаційних актів. У контексті рекодифікації глави 50 доцільно врахувати досвід DCFR (норми розділу 5 Книги III «Припинення»), зокрема ст. III.-3:502 «Припинення внаслідок істотного невиконання», ст. III.-3:503 «Припинення після повідомлення з встановленням додаткового терміну виконання», ст. III.-3:504 «Припинення невиконання, що передбачається», ст. III.-3:505 «Припинення при належному завіренні у виконанні», ст. III.-3:506 «Обсяг права на припинення», ст. III.-3:507 «Повідомлення про припинення», ст. III.-3:508 «Втрата права на припинення».

Правові наслідки порушення зобов'язання (глава 51)

Оновлення нормативного масиву глави 51 пропонується здійснювати в таких основних напрямках:

- 1) перегляд нормативного підходу до співвідношення понять «правові наслідки порушення зобов'язання» та «відповідальність»;
- 2) конкретизація правових наслідків порушення зобов'язання з урахуванням положень уніфікаційних документів;
- 3) перегляд підстав, за якими невиконання боржником зобов'язання є виправданим;
- 4) відмова від конструкції штрафної неустойки, передбаченої ч. 1 ст. 624 ЦК України;
- 5) перегляд усталених підходів до сплати відсотків за невиконання зобов'язання;

6) об'єктивація інституту переддоговірної відповідальності.

§ 5.22. Перегляд нормативного підходу до співвідношення понять «правові наслідки порушення зобов'язання» та «відповідальність». Пропонується виключити з назви глави 51 ЦК України словосполучення «відповідальність за порушення зобов'язання». Таким чином, до випадків порушення договірною зобов'язання пропонується використовувати категорію «правові наслідки невиконання зобов'язання». Водночас категорію «відповідальність» пропонується використовувати щодо випадків протиправного завдання шкоди.

§ 5.23. Конкретизація правових наслідків невиконання зобов'язання з урахуванням положень уніфікаційних документів. Актуальною є імплементація положень, закріплених у главі 3 Книги III DCFR — «Способи захисту на випадок невиконання» («*Remedies for non-performance*»), яка передбачає можливість кредитора скористатися будь-яким передбаченим в ній способом захисту, якщо зобов'язання не виконано боржником і невиконання не має виправдання (ст. III.-3:101 DCFR).

Значний інтерес у контексті рекодифікації глави 51 ЦК України становлять підходи, закріплені у таких статтях DCFR: ст. III.-3:102 «Поеднання способів захисту» («*Cumulation of remedies*»), ст. III.-3:106 «Повідомлення про невиконання»; ст. III.-3:107 «Невиконання обов'язку повідомити про недолік»; ст. III.-3:108 «Підприємець, який не може виконати замовлення споживача, отримане за допомогою дистанційних комунікацій». Доцільно розглянути можливість імплементації до глави 51 ЦК України низки інших норм Книги III DCFR. Йдеться, зокрема, про ст.ст. III.-3:202 «Усунення недоліків боржником: загальні положення», III.-3:203 «Випадки, коли кредитор не зобов'язаний надавати боржникові можливість виправити недоліки», ст. III.-3:204 «Наслідки надання боржнику можливості усунути недоліки», ст. III.-3:301 «Примушування до виконання грошових зобов'язань» («*Enforcement of monetary obligations*»), ст. III.-3:302 «Примушування до виконання негрошових зобов'язань» («*Enforcement of non-monetary obligations*»), ст. III.-3:303 «Збереження права на відшкодування збитків».

Під час перегляду усталених підходів до розрахунку розміру збитків, завданих невиконанням зобов'язання, слід також використати досвід DCFR. Йдеться про положення розділу 7 «Збитки і відсотки» Книги III DCFR. Доцільною є імплементація до ЦК України клаузули передбачуваності («*Foreseeability*»). Так, відповідно до ст. III.-3:703 DCFR боржник за зобов'язанням, яке виникає із договору

чи іншого правочину, відповідає лише за ту шкоду, яку він передбачав або міг розумно передбачити, в момент виникнення зобов'язання, як вірогідного результату його невиконання, за винятком тих випадків, коли зобов'язання було порушене умисно, а також внаслідок недбалості або грубої недбалості боржника. Обґрунтованим є використання конструкцій, об'єктивованих у ст.ст. III.-3:710 «Відсотки за комерційними договорами»; III.-3:711 «Недобросовісні умови щодо відсотків» DCFR.

§ 5.24. Перегляд підстав, за якими невиконання боржником зобов'язання є виправданим. Пропонується відмовитись від термінів і категорій, характерних для тих чи інших правових систем, та використовувати нові категорії, наприклад «перешкода поза контролем» (*impediment beyond control*). Значний інтерес у наведеному контексті становлять положення уніфікаційних актів: *невиконання стороною зобов'язання має виправдання, якщо вона доведе, що таке невиконання було викликане перешкодою поза її контролем і що від неї нерозумно було очікувати прийняття до уваги цієї перешкоди під час укладення договору або ж уникнення чи подолання цієї перешкоди чи її наслідків.* Таке основне правило доповнюється уточнюючими положеннями про те, що виправдання невиконання зобов'язання діє тільки у час існування форс-мажорних обставин за умови вчасного інформування іншої сторони про їх настання тощо (див., ст. III.-3:104 «Звільнення від відповідальності в силу перешкоди» (*Excuse due to an impediment*)) DCFR).

§ 5.25. Відмова від конструкції штрафної неустойки, передбаченої ч. 1 ст. 624 ЦК України. Під час проведення рекодифікації глави 51 ЦК України пропонується відмовитися від конструкції штрафної неустойки, передбаченої ч. 1 ст. 624 ЦК України, замінивши її конструкцією залікової неустойки.

§ 5.26. Перегляд усталених підходів до сплати відсотків за невиконання зобов'язання. Положення ст. III.-3:708 DCFR «Відсотки за прострочення платежу» становлять значний інтерес у контексті перегляду норм ст. 625 ЦК України, яка стосується сплати відсотків за порушення грошових зобов'язань. DCFR передбачає, що в разі прострочення сплати грошової суми, незалежно від того, виправданим чи невиправданим є невиконання зобов'язання, кредитор вправі вимагати сплати відсотків на цю суму, починаючи з моменту настання строку платежу і до моменту сплати по переважній ставці короткотермінових кредитів, що надаються комерційними банками позичальникам у валюті, що використовується як засіб платежу в

місці, де він повинен бути здійснений. При цьому кредитор може стягувати й інші збитки. У ст. III.-3:709 DCFR йдеться про капіталізацію відсотків (зокрема передбачається, що відсотки, які підлягають сплаті на користь кредитора, додаються до несплаченої основної суми боргу кожні 12 місяців).

§ 5.27. Об'єктивація інституту переддоговірної відповідальності.

Забезпечення стабільності цивільного обороту, лібералізація умов ведення бізнесу та необхідність посилення захисту прав та інтересів слабкої сторони правовідношення вимагають імплементації до ЦК України норм, які передбачали б відповідальність недобросовісного учасника на стадії до вступу в договірні правовідносини. Йдеться про відповідальність за недобросовісне ведення переговорів, забезпечення можливістю юрисдикційного захисту меморандумів, протоколів про наміри тощо. За своєю правовою природою переддоговірна відповідальність повинна визначатися як відповідальність за зловживання правом. У наведеному контексті необхідно зазначити і про дуалістичну природу переддоговірної відповідальності: така міра переддоговірної відповідальності, як відшкодування втрати можливості, може бути ототожнена з упущеною вигодою (*див. § 5.38*).

У наведеному контексті доцільним вбачається запозичення досвіду DCFR (норми розділу 3 глави 3 Книги II DCFR — ст. II.-3:301 та ст. II.-3:302. Йдеться, зокрема, про визначення переддоговірної відповідальності як відповідальності за недобросовісне та (або) нечесне ведення переговорів.

Також у контексті наведеного значний інтерес становить і досвід реформування інституту цивільно-правової відповідальності у Франції. Чинна редакція ФЦК не звільняє учасника переговорів від відповідальності за збитки, завдані іншим учасникам своїми винними діями на будь-якій стадії переговорів. Водночас абз. 2 ст. 1112 ФЦК передбачає, що відшкодування збитків, завданих на стадії переговорів, не може мати на меті компенсацію неотримання тих доходів, які очікувалися в результаті неукладеного договору (така відповідальність має недоговірну природу, якщо лише сторони переговорів не уклали між собою угоду, що регламентує їх відносини під час ведення переговорів).

Розділ II. Загальні положення про договір (глави 52–53)

§ 5.28. Структурне та змістовне переформатування.

Законопроектні роботи з оновлення цієї частини кодексу пропонується проводити, зважаючи на позитивне вирішення питання про виокремлення загальних положень про договір як одного з найважливіших і найпоширеніших правочинів і доповнення цими приписами глави 16 Книги першої (*див. §§ 1.15, 5.32*). У межах структурної частини Книги п'ятої пропонується зосередити увагу не тільки на договорі, а й на всіх (принаймні більшості) підставах виникнення зобов'язань, звернувши увагу на загальні положення та особливості виникнення цих юридичних фактів (*див. §§ 5.29, 5.30*). Такий підхід у цілому кореспондується з підходами, закладеними у DCFR: положення про зобов'язання («Обов'язки та відповідні права»: Книга III) відокремлені від положень, що стосуються підстав виникнення зобов'язань («Договори та інші юридичні акти»: Книга II; «Дії в чужому інтересі»: Книга V; «Безпідставне збагачення»: Книга VII; «Позадовірна відповідальність за шкоду, заподіяну іншій особі»: Книга VI).

§ 5.29. Нова глава «Підстави виникнення зобов'язання». До нової глави (нових глав) ввійдуть відповідні норми, присвячені договорам; завданню шкоди особі та майну; одностороннім правомірним діям (публічна обіцянка винагороди; вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи); створенню загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи; набуттю, збереженню майна без достатньої правової підстави; іншим підставам виникнення недоговірних зобов'язань (*див. §§ 5.1, 5.38*).

5.30. Структура нової глави «Підстави виникнення зобов'язання». У цій структурній частині ЦК можна викласти нормативний матеріал у межах двох параграфів: перший — договір як підстава виникнення зобов'язання, другий — інші підстави виникнення зобов'язань.

Так, у параграфі, присвяченому договору, доцільно зберегти положення про обов'язковість договору, про свободу договору, а положення щодо особливостей його укладення значно модернізувати виходячи із рекомендацій DCFR (ст. II.-3:105 «Використання засобів інформаційних технологій»; розділ 2 глави 4 Книги II «Оферта і акцепт» та інші); а також приписів частини 1, частини 2 розділу 2 «Укладення договору» PECL.

У параграфі, присвяченому іншим підставам виникнення зобов'язань, доцільно унормувати загальні положення про завдання шкоди особі та майну; односторонні правомірні дії (публічна обіцянка винагороди; вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи); створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи; набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

При цьому доцільним є розширення переліку підстав виникнення недоговірних зобов'язань (*див. § 5.38*).

§ 5.31. Переддоговірні відносини. Особливу увагу слід звернути на необхідність значного розширення обсягу нормативного регулювання переддоговірних відносин. Так, вбачається за доцільне врахувати положення DCFR, у яких доволі детально регламентуються інформаційні права та обов'язки учасників переддоговірного процесу (зокрема ст.ст. II.-3:101, II.-3:103, II.-3:104, II.-3:106, II.-3:107, II.-3:108, II.-3:109); а також положення, присвячені самій процедурі ведення переговорів: дотримання принципу добросовісності під час ведення переговорів, дотримання принципу конфіденційності, а також встановлення відповідальності за порушення умов ведення переговорів (аналогічні правила закріплені також у частині 3 розділу 2 Книги II PECL) (*див. § 5.27*).

§ 5.32. Перенесення норм щодо поняття, видів, форми договору до Книги першої. З метою оптимального та більш логічного структурування нормативного матеріалу стосовно конструкції договору, пропонується перенести норми щодо поняття договору та його видів, а також форми договору, які містяться у ст.ст. 626, 633, 634, 635, 639, у главу 16 Книги першої «Правочини», розширивши зміст цієї Глави також положеннями про недійсність договорів як найпоширеніших на практиці правочинів, які враховуватимуть рекомендації DCFR (глава 7 «Підстави недійсності» Книги II) та PECL, зокрема розділу 4 «Дійсність» (*див. § 1.15, 5.28*).

Розділ III. Окремі види зобов'язань

Підрозділ 1. Договірні зобов'язання (глави 54–77)

§ 5.33. Розширення принципу свободи договору. Актуальні тренди договірного регулювання приватноправових відносин відображаються у підвищенні ролі договору як основного регулятора приватноправових відносин та зміщення акцентів з нормативного в

бік індивідуального їх регулювання шляхом розширення меж правового регулювання за рахунок передання ініціативи із забезпечення окремих аспектів його здійснення учасникам договірних відносин.

§ 5.34. Комплексний перегляд норм окремих видів договірних зобов'язань. Перманентне ускладнення економічного обороту і диференціація договірних зобов'язань на комерційні та споживчі, поява нових (непоіменованих) договірних конструкцій, комплексних (змішаних) і нетипових договірних взаємозв'язків зумовлює необхідність комплексного перегляду норм підрозділу 1 розділу III Книги п'ятої ЦК України.

§ 5.35. Нові договірні конструкції. Обґрунтованим вбачається імплементація до національного законодавства нових договірних конструкцій, які наразі відсутні у ЦК, але добре зарекомендували себе в цивільних кодексах інших держав. Необхідно звернути увагу на договір про надання туристичних послуг, який був включений до НЦУ. Можемо констатувати доцільність включення до ЦК України таких договірних конструкцій як форфейтинг, франчайзинг, валютний дилінг, договори про надання медичних послуг, договори азартної гри (парі), компенсаційні договори, рамкові договори тощо. Актуальними є також питання імплементації до ЦК України спеціальних положень про брокерські договори, оренду узурфрукта, договір про управління справами, про обіцянку виконати зобов'язання, договір про визнання боргу. Основним критерієм для включення таких договорів, очевидно, слід вважати їхню розповсюдженість у цивільному законодавстві країн ЄС, зважаючи на необхідність гармонізації законодавства України з нормами європейського приватного права.

§ 5.36. Виключення окремих договірних конструкцій. Водночас доцільно розглянути необхідність виключення з ЦК України деяких інститутів зобов'язального права, які збереглися з часів функціонування адміністративно-командної економіки. Йдеться про інститути договору поставки і контрактації сільськогосподарської продукції.

У цілому одним з основних джерел, яким слід керуватися під час реформування норм цього підрозділу, можна вважати норми, що містяться у Книзі IV «Договори, права та обов'язки, що слідує з них» DCFR.

Підрозділ 2. Недоговірні зобов'язання (глави 78–83)

§ 5.37. Застереження про застосування загальних положень про зобов'язання. Загальним положенням про зобов'язання присвячені ст.ст. 509–625 ЦК України. Водночас значна частина наведених норм (наприклад, норм про забезпечення зобов'язання) не застосовуються до регулювання недоговірних зобов'язань. З метою вирішення наведеної проблеми пропонується у ст. 509 ЦК України зробити застереження про можливість застосування норм розділу I Книги п'ятої до регулювання недоговірних зобов'язань, якщо інше не встановлено ЦК України, договором, законом або не впливає із суті зобов'язання.

§ 5.38. Система недоговірних зобов'язань. Важливим і одним з першочергових завдань рекодифікації недоговірних зобов'язань є визначення їх системи у ЦК України. У наведеному контексті необхідним є дослідження правової природи та змісту окремих видів недоговірних зобов'язань, які не регламентовані у ЦК України, але існують у зарубіжних правопорядках і джерелах м'якого права. Йдеться про такі недоговірні зобов'язання, як використання чужого майна в інтересах інших осіб, обіцянка відшкодування збитків, недобросовісна конкуренція, видача ордерного або на пред'явника цінного паперу, *culpa in contrahendo* (див. § 5.27) тощо.

§ 5.39. Грунтовний перегляд норм § 1 глави 82 ЦК України «Загальні положення про відшкодування шкоди». Зважаючи на визначальну роль глави 82 ЦК України в масиві норм, присвячених регулюванню недоговірних зобов'язань, необхідним є кардинальний перегляд загальних положень про відшкодування шкоди. Перш за все, йдеться про потребу урахування «запитової позиції» національних судів. Доцільною є конкретизація на рівні окремих статей § 1 глави 82 ЦК України загальних умов деліктної відповідальності: визначення поняття шкоди (шкода, яка підлягає відшкодуванню; шкода, яка не підлягає відшкодуванню; превентивні витрати; докази завдання шкоди); низка питань, пов'язаних з визначенням причинно-наслідкового зв'язку; низка питань, пов'язаних з визначенням основних засад відповідальності. Під час формулювання норм, присвячених вині як умові деліктної відповідальності, необхідним є об'єктивація положення щодо загальноприйнятих норм поведінки (*required standard of conduct*). Доцільною є об'єктивація обставин, які звільняють від деліктної відповідальності з урахуванням положень розділу IV PETL (*Defences*).

§ 5.40. Заміна низки бланкетних норм підрозділу 2 розділу III Книги п'ятої ЦК України реальними регулятивними інструментами.

Можна констатувати наявність значної кількості бланкетних норм, які регулюють недоговірні зобов'язання. Наведене зумовлює відсутність реальних механізмів відшкодування шкоди в численних ситуаціях (наприклад, ч. 3 ст. 1166 — шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок непереборної сили, відшкодовується у випадках, встановлених законом; ч. 4 ст. 1166 — шкода, завдана правомірними діями, відшкодовується у випадках, встановлених цим Кодексом та іншим законом; ч. 2 ст. 1176 — право на відшкодування шкоди, завданої фізичній особі незаконними діями органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, виникає у випадках, передбачених законом; ч. 7 ст. 1176 — порядок відшкодування шкоди завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, органу досудового розслідування, прокуратури або суду, встановлюється законом; ч. 2 ст. 1177 — шкода, завдана потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, компенсується йому за рахунок Державного бюджету України у випадках та порядку, передбачених законом; ст. 1189 — особливості відшкодування ядерної шкоди встановлюються законом; абз. 1 ч. 2 ст. 1205 — в разі ліквідації юридичної особи платежі, належні потерпілому або особам, визначеним ст. 1200 цього Кодексу, мають бути капіталізовані для виплати їх потерпілому або цим особам у порядку, встановленому законом або іншим нормативно-правовим актом; ч. 2 ст. 1207 — умови та порядок відшкодування державою шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, встановлюються законом; ч. 3 ст. 1209 — підстави для відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товару, що є рухомих майном, у тому числі такого, що є складовою частиною іншого рухомого чи нерухомого майна, включаючи електроенергію, встановлюються законом).

§ 5.41. Ревізія кондикційних зобов'язань. П'ятнадцятирічний досвід застосування ЦК України національними судами свідчить про існування проблеми в регулюванні відносин, пов'язаних із набуттям та збереженням майна без достатньої правової підстави. Низка питань виникає у зв'язку із тлумаченням ст. 1212 ЦК України (що мається на увазі під словосполученням «за рахунок іншої особи»? Яка підстава набуття майна вважається «достатньою»?). Проблеми із застосуванням норм глави 83 ЦК України виникають також і в контексті визначення правових наслідків недійсності правочину (див. § 1.21). У зв'язку з викладеним, доцільним є урахування досвіду

DCFR. Так, ст. II.-7:303 «Наслідки нікчемності або оспорення договору» передбачає, що питання про те, чи має будь-яка зі сторін право вимагати грошової компенсації або повернення переданого або наданого на підставі договору або частини договору, який є нікчемним або оспорюваним, вирішується відповідно до правил про безпідставне збагачення. Водночас наслідки нікчемності або оспорюваності, що стосуються права власності на майно, передане на підставі нікчемного або оспорюваного договору або його частини, регулюються правилами про передачу майна. При цьому положення наведеної статті DCFR застосовуються з урахуванням права суду змінити договір або його наслідки.

§ 5.42. Система спеціальних деліктів. Доцільним вбачається перегляд системи спеціальних деліктів, передбачених главою 82 ЦК України. Йдеться про необхідність доповнення чинного ЦК України положеннями щодо:

(1) відшкодування шкоди, завданої шкідливим програмним забезпеченням;

(2) відшкодування шкоди, завданої вірусами та іншими біологічними організмами;

(3) відшкодування шкоди, завданої робототехнікою та штучним інтелектом;

(4) відшкодування шкоди, завданої малолітніми особами, які перебували під наглядом закладу освіти;

(5) відшкодування шкоди, завданої руйнуванням будівлі або споруди, що перебувала в неналежному технічному стані;

(6) відшкодування шкоди, завданої інформацією чи порадою;

(7) відшкодування шкоди, завданої порушенням правил добросусідства;

(8) відшкодування шкоди, завданої навколишньому природному середовищу;

(9) відшкодування шкоди, завданої внаслідок зловживання правом.

§ 5.43. Необхідність об'єктивації колективних позовів у ЦК України. Інститут колективного позову є розвиненим інструментом захисту прав та інтересів у європейському праві, впровадженню та гармонізації якого приділяється значна увага на рівні права ЄС (Рекомендації Європейської Комісії 2013/396/ЄС від 11 червня 2013 р. про спільні принципи та механізми для колективних позовів з припинення порушень та колективних позовів про компенсацію, пов'язаних з порушенням прав, що надані відповідно до законодавства; Зелена книга про відшкодування шкоди, завданої

порушенням антимонопольного права ЄС; Біла книга про відшкодування шкоди, завданої порушенням антимонопольного права ЄС; Зелена книга про колективні позови споживачів; Звіт Європейської Комісії щодо послідовного європейського підходу до колективних позовів). У наведеному контексті йдеться саме про об'єктивацію інституту колективного позову в матеріальному праві.

§ 5.44. Особливості відшкодування шкоди, завданої здоров'ю при виконанні договору. Доволі популярним трендом сучасного деліктного права у світі є положення, відповідно до якого відшкодування шкоди, завданої здоров'ю (*compensation of personal injuries*), повинно здійснюватися за правилами деліктної відповідальності, навіть якщо шкода була завдана внаслідок виконання договору. Вбачається, що відповідне правило повинно бути об'єктивовано в ЦК України за результатами рекодифікації.

§ 5.45. Інші напрями рекодифікації недоговірних зобов'язань. У процесі рекодифікації недоговірної сфери підлягають радикальному переосмисленню й інші питання, безпосередньо пов'язані з проблематикою недоговірних зобов'язань: особливості відповідальності у сфері корпоративних відносин; методика розрахунку розміру моральної шкоди; проблеми, пов'язані з обсягом, розміром та порядком відшкодування шкоди, завданої у сфері кримінального судочинства; можливість відшкодування збитків, що виникли у випадку настання визначених у договорі обставин; основні підходи до визначення вини юридичної особи тощо.

§ 5.46. Ревізія нормативних масивів інших частин ЦК України. Результатом рекодифікації недоговірних зобов'язань не повинен бути перегляд виключно норм підрозділу 2 розділу III Книги п'ятої ЦК України. Проблематику недоговірних зобов'язань необхідно розглядати у комплексі з суміжними питаннями: перш за все, з підходами до реформування інституту цивільно-правової відповідальності. Доцільним є перегляд підходів до формулювання низки статей усіх книг ЦК. Так, у Книзі першої концептуальному переосмисленню підлягає ст. 13 «Межі здійснення цивільних прав»; ст. 16 «Захист цивільних прав та інтересів судом»; ст. 21 «Визнання незаконним правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування»; ст. 22 «Відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди»; ст. 23 «Відшкодування моральної шкоди»; глава 11 «Відповідальність за зобов'язаннями держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад»; підходи до визначення правових

наслідків недійсності правочину (ст. 216). У Книзі другій перегляду підлягає ст. 275 «Захист особистого немайнового права», ст. 276 «Поновлення порушеного особистого немайнового права», ст. 277 «Спростування недостовірної інформації», ст. 278 «Заборона поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права», ст. 279 «Правові наслідки невиконання рішення суду про захист особистого немайнового права», ст. 280 «Право фізичної особи, особисте немайнове право якої порушено, на відшкодування шкоди». У Книзі третій перегляду підлягають норми глави 29 «Захист права власності». У Книзі четвертій перегляду підлягає ст. 431 «Наслідки порушення права інтелектуальної власності», ст. 432 «Захист права інтелектуальної власності судом». У Книзі п'ятій перегляду підлягає низка статей глави 51 «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання»; низка статей глави 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» (перш за все, ст. 649 «Вирішення переддоговірних спорів» та ст. 653 «Правові наслідки зміни або розірвання договору»).

§ 5.47. Ревізія актів спеціального законодавства. У процесі рекодифікації ЦК має бути проведена ревізія низки актів спеціального законодавства. У контексті рекодифікації недоговірних зобов'язань кардинальному перегляду підлягає Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» від 1 грудня 1994 р. та Закон України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» від 22 листопада 1996 р.

6. СПАДКОВЕ ПРАВО (КНИГА ШОСТА ЦК)

§ 6.1. Суб'єктний склад спадкових правовідносин. Виходячи з принципу справедливості, доцільно законодавчо закріпити можливість спадкування дітьми спадкодавця, зачатими вже після його смерті із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. Утім, з метою запобігання можливим зловживанням, а також забезпечення стабільності майнового обороту, варто закріпити певні умови, за яких дитина, зачата після відкриття спадщини, може визнаватися спадкоємцем, зокрема відповідне волевиявлення заповідача та строк, протягом якого запліднення може проводитися.

§ 6.2. Удосконалення положень про заповіт з умовою. У чинній редакції ст. 1242 ЦК України міститься застереження про те, що умова, визначена в заповіті, повинна існувати на час відкриття спадщини. Утім, таке законодавче положення значно обмежує свободу заповіту та не відповідає повною мірою інтересам спадкоємців. У зв'язку з цим, пропонується встановити, що умова, визначена в заповіті, повинна настати протягом строку, встановленого для прийняття спадщини.

§ 6.3. Наслідки невиконання умови спадкоємцем за заповітом, який має право на спадкування за законом. Потребує також вирішення проблема невиконання умови спадкоємцем за заповітом, який має право на спадкування за законом. Згідно з чинною правовою моделлю, в разі ненастання умови на час відкриття спадщини спадкоємець за заповітом, щодо якого була встановлена така умова, може прийняти спадщину як спадкоємець за законом. Відтак спадкоємець має правову можливість не виконати умову заповіту і не

втратити право на спадкування, що, вочевидь, не відповідає концепції впровадження такого заповіту.

§ 6.4. Заповідальне розпорядження стосовно домашніх тварин.

Доцільно встановити на законодавчому рівні заповідальне розпорядження стосовно утримання та догляду належних спадкодавцеві домашніх тварин. Така новація повною мірою відповідає свободі заповіту та значно розширює диспозитивні засади спадкового права. Главою 85 ЦК України запропонований вид заповідального розпорядження не визначено, що на практиці є перешкодою для його запровадження.

§ 6.5. Строк управління спадщиною. Чинна редакція ст. 1285 ЦК України свідчить про недостатньо ефективний механізм управління спадщиною, оскільки відповідні дії вчиняються до з'явлення спадкоємців або до прийняття ними спадщини. Вдосконалення нормативного регулювання відносин з управління спадщиною повинно бути здійснене у частині строку дії відповідного договору, який недоцільно обмежувати моментом з'явлення спадкоємців або прийняття ними спадщини. Управління спадщиною повинно тривати щонайменше до оформлення спадкоємцями прав на неї.

§ 6.6. Обов'язкове управління спадщиною. У законі слід окремо передбачити ті випадки, коли управління спадщиною повинно здійснюватися в обов'язковому порядку. Йдеться передусім про спадкування частки у статутному капіталі господарських товариств. Напевно, нині це найпоширеніша ситуація, коли необхідно здійснювати управління спадщиною. Частка у статутному капіталі господарських товариств вимагає управління завжди, навіть коли строк між відкриттям спадщини та її прийняттям спадкоємцями є незначним.

§ 6.7. Управління грошовими коштами. За загальним правилом ч. 2 ст. 1030 ЦК України, предметом договору управління не можуть бути грошові кошти, крім випадків, коли право здійснювати управління грошовими коштами прямо встановлене законом. Це унеможливає вчинення управителем дій у межах договору на управління спадщиною за рахунок тих коштів, що входять до її складу, та значно зменшує ефективність управління. Значимим, що питання можливості управління грошовими коштами є дискусійним у цивільничній доктрині, має як прихильників, так і противників. Вбачається обґрунтованою об'єктивація у ЦК України права

управителя здійснювати управління грошовими коштами, що входять до складу спадщини. Наведене пояснюється передусім тривалим строком, встановленим законом для прийняття спадщини та її оформлення спадкоємцями, що унеможливило зняття (переведення) грошових коштів протягом щонайменше шести місяців з часу відкриття спадщини.

Згідно з ч. 3 ст. 1298 ЦК України до закінчення строку на прийняття спадщини нотаріус може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі), якщо це викликано обставинами, які мають істотне значення. Але наведене правило не вирішує проблеми спадкування значних грошових сум, розміщених на банківських рахунках, оскільки їх одержання, по-перше, відбувається лише з дозволу нотаріуса, по-друге, не в повному обсязі, а у певній частці та, по-третє, лише за наявності істотних обставин. Крім того, нотаріус не може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини грошових коштів, що перебувають у банку, на підставі договорів про надання індивідуального банківського сейфа, що охороняється банком (ст. 970 ЦК України) та індивідуального банківського сейфа, що не охороняється банком (ст. 971 ЦК України).

§ 6.8. Право обрати особу, яка здійснюватиме управління спадщиною. Питання про доцільність укладення договору на управління спадщиною, а також вибір управителя за цим договором вирішують: спадкоємці, виконавець заповіту, нотаріус, орган місцевого самоврядування. Водночас спадкоємці з'являються до нотаріуса не одразу після відкриття спадщини, в окремих випадках вимагається проведення дій з їх розшуку та повідомлення про смерть спадкодавця, у зв'язку з чим об'єкти спадкового правонаступництва, що потребують вчинення невідкладних дій з утримання та догляду, можуть бути суттєво знецінені. Крім того, часто між спадкоємцями виникають спори, що значно ускладнює як вибір управителя, так і укладення з ним відповідного договору. У свою чергу, нотаріус особисто не заінтересований в управлінні спадщиною, а випадки призначення виконавця заповіту трапляються у нотаріальній практиці зрідка. Наведені обставини суттєво знижують ефективність такого, на перший погляд, дієвого правового інструменту, як договір на управління спадщиною, є причиною незначної кількості цих договорів та ще більше актуалізують проблему правової долі спадщини протягом строку, встановленого для її прийняття. Саме тому заповідачеві на законодавчому рівні слід надати право обрати особу, яка здійснюватиме управління спадщиною після відкриття спадщини шляхом відповідного застереження в заповіті. Наведена новація сприятиме підвищенню ефективності застосування механізму

управління спадщиною та запобіганню можливим спорам між спадкоємцями.

§ 6.9. Спадкування майнових прав інтелектуальної власності.

Практика спадкування майнових прав інтелектуальної власності свідчить про наявність низки питань, які ускладнюють оформлення спадщини та реалізації прав інтелектуальної власності спадкоємцями.

Вказане стосується:

(1) невизначеності порядку отримання свідоцтва при спадкуванні прав та обов'язків, пов'язаних з отриманням охоронного документа на об'єкт права інтелектуальної власності, та здійсненням експертизи заявки на отримання охоронного документа;

(2) спадкування майнових прав інтелектуальної власності на певний об'єкт права інтелектуальної власності (торговельну марку, винахід, твір тощо) особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, враховуючи неподільність права інтелектуальної власності;

(3) оформлення спадщини на майнові права інтелектуальної власності на твір з урахуванням необов'язковості та добровільності реєстрації авторського права та врахування презумпції авторства (ст. 11 Закону «Про авторське право і суміжні права», ст. 15 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів);

(4) спадкування особистих немайнових прав у цілому для творців об'єктів права інтелектуальної власності.

На цей час вказане питання врегульовано для авторів творів (ст. 29 Закону України «Про авторське право і суміжні права») тощо.

Зазначимо, що у спеціальних законах з охорони прав на об'єкти промислової власності відсутній єдиний підхід з викладення положень щодо спадкування прав інтелектуальної власності з наведенням окремих положень у Законі «Про авторське право і суміжні права» (ст.ст. 7, 27, 29, 36, 44) та ЦК (ст.ст. 439, 448).

У зв'язку із зазначеним, пропонується передбачити окрему статтю у Книзі шостій ЦК щодо спадкування прав інтелектуальної власності з урегулюванням проблемних питань, виявлених під час застосування законодавства.

§ 6.10. Оновлення правового регулювання спадкових відносин у системній єдності з оновленням решти книг ЦК України. На регулювання спадкових відносин суттєво впливають положення інших книг ЦК України, а саме: положення щодо здійснення цивільних прав, виконання цивільних обов'язків, обмежень у здійсненні спадкових прав; правового регулювання цивільної правоздатності та дієздатності фізичної особи; об'єктів цивільних відносин, правочинів, представництва, позовної давності; щодо особистих немайнових прав фізичних осіб — права власності та інших речових прав; щодо зобов'язального права тощо.

§ 6.11. Інші напрями рекодифікації Книги шостої ЦК України. У процесі рекодифікації спадкового права підлягають радикальному переосмисленню й інші питання, безпосередньо пов'язані з проблематикою регулювання спадкових відносин, зокрема:

(1) уточнення норм щодо основних понять — спадкування, склад спадщини (які права входять і які не входять до складу спадщини), час відкриття спадщини; особливості спадкування окремих видів прав та обов'язків, певних об'єктів цивільних прав;

(2) розширення можливості застосування в регулюванні спадкових відносин звичаїв, зокрема місцевих звичаїв, звичаїв національних меншин тощо;

(3) подальший розвиток правового регулювання спадкування за заповітом, з урахуванням свободи волевиявлення заповідача та захистом прав осіб, що мають право на обов'язкову частку у спадщині;

(4) удосконалення норм, що стосуються окремих видів заповітів (заповіт подружжя, секретний заповіт тощо);

(5) уточнення норм, що стосуються спадкування за законом (зміна черговості, зміна розміру частки, спадкування окремих категорій спадкоємців, зокрема осіб, які проживали сім'єю зі спадкодавцем, та осіб, які перебували на утриманні спадкодавця, тощо);

(6) удосконалення правового регулювання усунення від права на спадкування;

(7) здійснення спадкових прав (прийняття спадщини та відмова від прийняття спадщини) — обчислення строків для прийняття спадщини;

(8) спадковий договір — реалізація свободи договору при укладенні спадкового договору.

7. СІМЕЙНЕ ПРАВО

У сучасній системі законодавства поряд із ЦК України чинний також СК України, більшість положень якого були свого часу безпідставно виокремлено із проекту ЦК України. Здійснюючи рекодифікацію цивільного законодавства, пропонується повернутися до звичайно прийнятого у світі погляду на місце у цивільній кодифікації приватноправового нормативного масиву у сфері сім'ї та шлюбу.

Зважаючи на історію права та юридичну логіку, цей нормативний масив складає вагомую частину приватного права та органічно переплетений з усіма конструкціями та розділами цивільних кодексів — спадковим правом, правом власності, зобов'язаннями, дієдатністю, опікою і піклуванням тощо. Дві «глобальні» кодифікації — ФЦК і НЦУ, поширили такий підхід на більшість країн світу. Варто взяти до уваги й те, що останні оригінальні кодифікації ХХ–ХХІ ст.ст. (Аргентина, Бразилія, Грузія, Естонія, Квебек, Нідерланди, Румунія, Угорщина, Чехія тощо) також включили до своїх структур сімейне право. І це не дивно, адже що може бути більш цивілістичним, ніж сімейне право? У цих країнах зважають на здоровий глузд, поняття приватного (цивільного) права, необхідність запровадження єдиних принципів функціонування громадянського суспільства. На думку розробників модерних кодексів, сучасне сімейне право неможливо розглядати окремо від цивільного, навіть з погляду юридичної техніки — настільки органічно питання сімейного права вплетені у канву всього цивільного права. Отже, включення сімейного права до оновленого ЦК України розглядається Робочою групою архіважливим кроком до гармонізації української доктрини і законодавства з *jus commune*.

Основні напрями оновлення сімейного права як частини ЦК України планується здійснити у процесі обговорення Концепції.

8. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Закон про МПрП проектувався за лекалами найпередовіших на той час кодифікацій колізійного права західних країн та міжнародних організацій. Незважаючи на глибоку модернізацію колізійного права в Україні у 2005 році, національна «колізійна» теорія і нормотворча практика ще не повною мірою відповідають доктринальним і законодавчим досягненням МПрП європейських країн.

Рекодифікація МПрП в Україні повинна полягати в законодавчому розширенні та поглибленні базових ідей міжнародних та зарубіжних національних модерних кодифікацій МПрП, елементи яких свого часу було закладено у фундамент *Закону про МПрП*, а саме:

(1) зміцнення приватноправових засад колізійного права (зокрема розширення його диспозитивності, підвищення регулятивних можливостей колізійних норм);

(2) надання колізійним нормам більшої гнучкості з одночасним збереженням їхньої визначеності, в тому числі за допомогою принципу, прив'язки найтіснішого зв'язку та захисного (корегуючого) застереження, заснованого на найтіснішому зв'язку;

(3) «матеріалізація» вибору права;

(4) уточнення одновекторного (*unilateral*) підходу до вирішення колізійного питання;

(5) окремим напрямом оновлення української кодифікації МПрП повинно стати переформатування тексту *Закону про МПрП* у завершальну книгу модифікованого *ЦК України*.

І. Зміцнення приватноправових засад колізійного регулювання

На початку приватноправових кодифікаційних робіт у 1990-х роках вітчизняна система колізійних норм і «колізійна» концепція не відповідали як світовому досвіду, так й загальному процесу *відродження приватного права в Україні*. Найперше завдання вчених-розробників полягало в укріпленні приватноправового потенціалу колізійного права, адже його норми, як і будь-які норми приватного права, спрямовані на *регламентацію* саме приватноправових відносин, хоч і з міжнародним забарвленням.

§ 8.1. Розвиток диспозитивності. Зміцнення приватноправового заряду колізійного права передусім пов'язане з розвитком його *диспозитивності*. У МПрП диспозитивність виявляється, насамперед, у такому правовому інституті, як «автономія волі» (*lex voluntatis*).

В українській кодифікації, на відміну від усього попереднього вітчизняного досвіду, зроблено якісно новий стрибок у цьому напрямі. Основні приписи щодо *lex voluntatis* сконцентровані у спеціальній статті *Закону* (ст. 5), а сфера його застосування значно розширена.

§ 8.2. Під час очікуваного оновлення кодифікації МПрП інститут lex voluntatis потребує подальшого удосконалення, як у частині загальних правил, так й у частині спеціальних його виявів в окремих видах правовідносин (договірних, недоговірних, трудових тощо).

Так, сучасна практика міжнародних комерційних арбітражів і навіть національних судових органів дедалі частіше визнають за сторонами міжнародного контракту право вибирати норми *lex mercatoria* для регулювання взаємовідносин. Сьогодні на удосконалення інституту *lex voluntatis* у багатьох його аспектах, у томі числі в аспекті застосування ненаціонального права, спрямовують нещодавно прийняті (2015 р.) Гаазькою конференцією з міжнародного приватного права «Принципи вибору права у міжнародних комерційних договорах». До законодавчого покращення інституту «автономії волі» в Україні націлюють також положення Регламентів ЄС, зокрема «Рим І» та «Рим ІІ».

§ 8.3. Зміцнення регулятивної функції колізійних норм. У сучасній європейській правовій традиції приватноправова природа колізійного права розкривається шляхом зміцнення регулятивної функції колізійних норм. З останніх уже давно знятий ореол технічності та простої відсильної функції.

Ще німецький вчений Л. Раапе відмічав, що колізійні норми, так само як і матеріальні норми, «звертаються» не тільки до судді, але й до сторін, які бажають знати правила поведінки чи перспективи процесу. У п. 4 ст. 1598 (1551) *проекту ЦК*, підготовленого до третього читання у Верховній Раді України, розробники вперше у світовій практиці законотворення запропонували таке: «Правила ... про визначення права країни, що підлягає застосуванню судом, стосуються й інших органів, а також *учасників відповідних правовідносин*». На жаль, це положення не потрапило до чинного *Закону про МПрП*.

У західних та українській кодифікаціях МПрП регулятивна функція колізійних норм найповніше розкривається в наданні останнім більшої *гнучкості*. Така їхня якість досягається завдяки багатьом прийомам, серед яких домінантним є сучасний інститут *найтіснішого зв'язку*.

II. Підвищення гнучкості колізійних норм через впровадження принципу і прив'язки найтіснішого зв'язку та заснованого на ньому захисного (корегуючого) застереження

Якщо не брати до уваги вибір права самими учасниками правовідносин («автономія волі»), сучасні європейські системи колізійного права побудовані за допомогою загального принципу *найтіснішого зв'язку* права із правовідносинами у поєднанні з великою кількістю формалізованих колізійних норм, у яких втілюється загальний принцип. Такий підхід дозволив вирішити багато правових завдань, зокрема досягнення розумного балансу *між правовою визначеністю і гнучкістю колізійних норм*.

Досвід кодифікацій МПрП після Другої світової війни показав, що найкращими інструментами для встановлення балансу між визначеністю і гнучкістю колізійних норм виступають «м'які» прив'язки та захисні (корегуючі) застереження (*escape clauses*). Винахід *найтіснішого зв'язку* сучасного змісту (разом із заснованим на ньому корегуючим застереженням) вдихнув нове життя у сьогоденне МПрП: вибір права почав залежати не від локалізації якогось одного контакту, а від оцінки багатьох обставин конкретної справи.

Проектуючи у 1990-х роках книгу ЦК України про МПрП, завдання розробників полягало не просто у створенні нової системи колізійних норм, а й у подоланні їх закостенілості (негнучкості). Останнім треба було надати таких якостей, які б зробили їх більш адаптивними до обставин, нюансів конкретної справи, якихось

нестандартних ситуацій. В аспекті балансування «визначеності — гнучкості» поставало також питання про рівень судового розсуду під час застосування колізійних норм. Для вирішення всіх зазначених завдань кращих інструментів, ніж «*closest connection*» та «*escape clauses*», у світі не існувало.

*Найтісніший зв'язок*⁴ став для української кодифікації, як і для сучасних кодифікацій країн світу, найкращим шляхом для заміни «жорстких», односторонніх колізійних прив'язок на відкриті, багатосторонні та гнучкі.

Розробники української кодифікації враховували також те, що *найтісніший зв'язок* у сучасних кодифікаціях набув багатофункціонального значення. Він почав виконувати не тільки роль колізійної прив'язки для конкретної сфери правовідносин, в окремих кодифікаціях йому надавалося значення головного колізійного принципу, на основі якого вибудовувалися всі колізійні норми нормативного акту. Його широко використовували також в інших контекстах, зокрема для усунення прогалин у масиві колізійних норм тощо.

Найтісніший зв'язок, як колізійна прив'язка, представлений у *Законі про МПРП* (напр., ч. 2 ст. 32, ч. 4 ст. 44, ч. 1 ст. 60, ст. 66). Надзвичайно важливим кроком у побудові системи колізійного права України стало надання категорії *найтіснішого зв'язку* функції заповнювача прогалин у колізійному регулюванні (ч. 2 ст. 4).

Навіть надзвичайно розгалужена система формалізованих колізійних норм не забезпечує від можливості викривлення принципу найтіснішого зв'язку в разі застосування колізійної норми за певних «нестандартних» фактичних обставин. Для подолання такої ситуації треба було зробити ще один крок на зустріч гнучкості колізійного регулювання. Використовуючи досвід людства в цьому питанні, українські розробники звернулися до механізму захисних корегуючих застережень (*escape clauses*), що дозволяє судам у потрібних ситуаціях відходити від колізійних правил запропонованих законодавцем (ч. 3 ст. 4 Закону про МПРП).

§ 8.4. Закріплення найтіснішого зв'язку як принципу.

Розробники проекту Книги восьмої ЦК України, положення якого пізніше «перекочували» до *Закону про МПРП*, використовуючи принцип, прив'язки та інші грані *найтіснішого зв'язку*, фактично переписали заново українське колізійне право. *Проте вдосконалення інструментів балансування між правовою визначеністю і гнучкістю*

⁴ У Законі про МПРП вживаються різні терміни: «більш тісний зв'язок» (ст. 4) «тісний зв'язок з відповідними правовідносинами» (ст. 14), «найбільш тісний зв'язок» (ст. 32). У зв'язку з цим, варто подумати над термінологічним удосконаленням.

колізійних норм залишається важливим напрямом оновлення кодифікації МПРП. Так, категорію *найтіснішого зв'язку* варто уточнити положенням, аналогічним до того, що наводиться у ст. 1 Закону про МПРП Австрії. Його суть полягає у тому, що *окремі колізійні правила слід розглядати як вияв принципу найтіснішого зв'язку*.

§ 8.5. Розкриття змісту найтіснішого зв'язку. Інший момент удосконалення категорії найтіснішого зв'язку пов'язаний з потребою надання судам певних законодавчих орієнтирів для виявлення в широкому колі зв'язків правовідносин з кількома країнами того одного, нормоутворюючого, найбільш тісного зв'язку. Тобто йдеться про розкриття *змісту найтіснішого зв'язку*.

Сьогодні у європейській доктрині й судовій практиці переважає територіальний підхід до цього питання, згідно з яким найбільш тісний зв'язок вбачається у ступені інтенсивності територіальних контактів правовідносин з певною країною. Проте в сучасних умовах краще віддавати перевагу не стільки «географічному», скільки матеріально-правовому (змішаному) підходу до змісту найтіснішого зв'язку. Європейська наука все голосніше схиляється до необхідності враховувати під час визначення найтіснішого зв'язку не тільки географічні контакти (*conflict justice*), але й фактори, що знаходяться у площині матеріального права і матеріального результату (*material justice*). Такий підхід, на думку його прихильників, дозволяє зробити колізійний масив ще гнучкішим, а суд «озброїти» всіма тими можливостями при визначенні права, які має законодавець при моделюванні конкретної прив'язки.

§ 8.6. Врахування матеріальних факторів для визначення найтіснішого зв'язку. Виходячи з вищевказаного, в оновленому колізійному законодавстві України можна спробувати запропонувати судам для визначення найтіснішого зв'язку (як прив'язки, принципу чи захисного застереження) враховувати поряд з територіальними, також матеріальні фактори. Набір останніх залежатиме від бажання поширити такий підхід на всі правовідносини з іноземним елементом або їх частину (скажімо, лише на договірні зобов'язання як у законодавстві Венесуели).

III. Матеріалізація колізійного права

Важливою тенденцією розвитку сучасного колізійного права є його *матеріалізація*. Ми говоримо про матеріалізацію не тільки тоді, коли для визначення *найтіснішого зв'язку* використовують матеріальні фактори, але й тоді коли для визначення застосовного права законодавець або суд враховують матеріально-правове регулювання і матеріально-правовий результат.

Суть нового європейського підходу полягає у відході від нейтрального, «байдужого» відношення колізійної норми до результату вирішення колізійної проблеми. Колізійна норма вже не прирівнюється до вокзального залізничного розкладу, що лише інформує про час та колію прибуття чи відправлення потягів. Соціальне «наповнення» таких норм відбувається через врахування інтересів суб'єктів відносин, уже втілених законодавцем у матеріально-правовому регулюванні.

Залежно від публічних чи приватних матеріально-правових інтересів, що підлягають врахуванню в колізійному регулюванні, матеріалізацію колізійного права можна поділити на два типи. У межах першого типу матеріалізації до уваги береться переважаючий інтерес певного інституту приватного права або групи осіб (наприклад, захист *слабкої сторони* у трудовому або споживчому договорі; вибір *потерпілим* права, що застосовується до деліктних правовідносин; вибір більш сприятливого права *для дитини* тощо). У другому типі матеріалізації враховується переважаючий публічний інтерес.

§ 8.7. Ширше використання множинності колізійних прив'язок для матеріалізації колізійного права. Основним інструментом матеріалізації першого типу скрізь у західних кодифікаціях є множинність колізійних прив'язок — тобто прив'язок, що доповнюють одна одну або конкурують під час визначення застосовного права. В українській кодифікації цей інструмент матеріалізації представлений альтернативними, субсидіарними, кумулятивними та іншими видами прив'язок (напр., ч. 3 ст. 24, ч. 1 ст. 31, ч. 2 ст. 45, ст. 66 *Закону про МПРП*). Для покращення української кодифікації лінію на ширше використання множинності колізійних прив'язок належить продовжити. В одних випадках, це можна зробити за рахунок розширення переліку альтернативних прив'язок для визнання дійсності/недійсності актів. В інших — надати підвищений захист новим суб'єктам, наприклад, працівникам у трудових договорах.

§ 8.8. Публічний інтерес у другому типі матеріалізації.

Основним інструментом матеріалізації колізійного права другого типу є інститут імперативних норм (*mandatory rules*), який доктрина відносить до сучасного *одновекторного підходу* до вирішення колізій.

IV Одновекторний підхід у кодифікації МПрП

Одновекторний (*unilateral*) підхід до вирішення колізійного питання, на відміну від різновекторного (*multilateral*), не потребує наявності системи колізійних правил. Він характеризується тим, що вибір права відбувається виходячи з аналізу дії у просторі та стосовно осіб самих матеріальних норм, а не із аналізу приватноправових відносин. Здавалось би, що цей прийом пішов у забуття разом із середньовічною теорією статутів. Проте він виявився витребуваним тепер, у час розвитку національних та глобальної економік, який характеризується неабияким державним втручанням в економічні процеси через законодавче встановлення всіляких заборон та інших імперативних норм, що традиційно відносяться до сфери публічного права.

Через важливе значення імперативних норм для захисту публічного інтересу, держави завжди прагнули до їх застосування, незалежно від визначеного на підставі колізійних норм іноземного правопорядку. У повоєнних актах з МПрП почали з'являтися правила щодо таких по-різному названих норм: «імперативні норми», «надімперативні норми», «норми прямої дії» тощо. Проте широко визнаною доктринальною позицією стало те, що інститут імперативних норм почали відносити до нового способу впливу на відносини МПрП, який доповнює матеріально-правовий та колізійний способи.

Розробники української кодифікації прийняли вищезгадану наукову позицію та віддзеркалили її у ст. 14 *Закону про МПрП*, в якій йдеться про застосування імперативних норм як українського права, так і, за певних обставин, права третіх країн.

§ 8.9. Практика доктринального тлумачення та судового застосування інституту імперативних норм в Україні свідчить про необхідність внесення до нього певних коректив. По-перше, варто змінити назву цих норм. У доктрині та кодифікаціях МПрП багатьох країн норми, про які йдеться у ст. 14 *Закону*, прийнято називати «надімперативними». Така назва точно передає характер таких норм та унеможливує їх змішування з імперативними нормами внутрішнього приватного права. По-друге, практика показує, що

зарахування окремих норм до розряду надімперативних є досить складним завданням як для науковців, так і для суддів. У тексті ст. 14 *Закону про МПрП* відсутні хоча б якісь орієнтири для цього. До того ж, серед таких норм називають як приватноправові, так і публічно-правові норми.

§ 8.10. Публічно-правовий зміст mandatory rules. До категорії надімперативних норм пропонується відносити тільки норми публічно-правового змісту. Практика показує, що надімперативні норми здебільшого пов'язуються із реалізацією публічних державних інтересів. Якщо визначитись з тим, що у рамках одновекторного підходу до надімперативних норм належать лише ті, що мають публічно-правовий характер, то можна погодитись з їх приблизним переліком, який запропонований західною доктриною, зокрема швейцарським юристом Марком Блесінгом.

§ 8.11. Інструменти оновлення всіх розділів чинної кодифікації МПрП. Згадані вище світові напрями розвитку колізійного права стануть «ключами» для оновлення всіх розділів чинної кодифікації МПрП та їх перенесення до завершальної книги ЦК України. Таке оновлення передбачає збільшення обсягу регулювання та ускладнення юридичної техніки, деталізацію юридичних приписів, заміну низки застарілих та неефективних норм більш модернізованими приписами, врахування істотних змін у правовідносинах та необхідності урегулювання нових правових інститутів.

V. Переміщення кодифікації МПрП до ЦК України

З 1996 по 2001 роки у Верховній Раді України обговорювався проект нового ЦК України в складі восьми книг, одна із яких була присвячена кодифікації МПрП.

Згодом, уже після другого читання у Верховній Раді України *проекту ЦК*, різними антиринковими силами було нанесено безліч ударів по його формі та змісту. Не зупиняючись на деталях цієї законодавчої трагедії, лише зазначимо, що наслідком цих нападів була значно знижена порівняно з проектом ефективність прийнятого і нині чинного ЦК України. Особливо тяжкі наслідки сталися через прийняття антагоністичного приватному праву ГК України, який фактично «заблокував» чинність ЦК України в приватноправових відносинах у сфері бізнесу. Другий тяжкий удар спрямовано на структуру: від кодифікації «від'єднали» дві книги («Сімейне право» і

«Міжнародне приватне право»), тим самим порушивши логіку та ергономіку системи законодавства, що призвело до значних втрат у правозастосуванні, навчанні юристів тощо.

§ 8.12. Сьогодні у зв'язку з приватноправовою рекодифікацією знову постає питання про оптимальну структуру ЦК України, зокрема в аспекті його доповнення книгою про міжнародне приватне право. Як відомо, свого часу розробники проекту ЦК України на підставі вивчення світової практики та аналізу історії права в Україні вирішили проводити широку кодифікацію та новелізацію українського МПрП, розмістивши її окремою книгою в цивільному кодексі. Фактично йшлося про створення спеціального закону про МПрП у рамках нового ЦК України. Відповідно до зазначених вище параметрів, й була розроблена Книга восьма проекту під назвою «Міжнародне приватне право».

Висновки щодо форми та структури кодифікації МПрП, до яких дійшли розробники чверть століття потому, підтверджуються актуальною законодавчою практикою держав⁵. Навіть найновіші кодифікації МПрП останніх двох десятиліть XXI ст. так само свідчать про широке використання цивільних кодексів для свого «прихистку». Так, цивільні кодекси *Аргентини* (2014), *В'єтнаму* (2015) *Литви* (2000), *Молдови* (2002), *Монголії* (2002), *Нідерландів* (2011), *Румунії* (2011), *Таджикистану* (2005) та інших країн містять розвинуті масиви колізійного права. Інколи ці книги (частини, розділи), крім колізійних норм, охоплюють норми міжнародного процесуального права. Поява ж окремих законів про МПрП у деяких країнах пояснюється традицією (Албанія, Польща, Туреччина, Чехія, Угорщина, країни колишньої Югославії, Японія) або відсутністю цивільних кодексів чи розпочатих процесів їх модернізації.

Під час оновлення цивільного законодавства вбачається обґрунтованим *повернутися до первісної структури проекту ЦК України*, зокрема додати до чинного кодексу книгу про міжнародне приватне право. До цієї книги «перейдуть» модернізовані положення *Закону про МПрП*. Зауваження окремих правознавців про начебто незвичність включення до цивільного кодексу процесуальних норм

⁵ Цікаву «арифметику» щодо форми колізійних кодифікацій наводить відомий американський колізіоніст Симеон Симеонідес у нещодавно опублікованій праці. Вчений дослідив 94 відомі кодифікації МПрП (разом із чотирма завершеними на той час проектами) за 50-ти річний період (1962–2012) у 86 країнах Африки, Азії, Європи та Америки. Результати виявилися такими: у 13 країнах із 86 відбулася фрагментарна кодифікація колізійних норм в актах вузької сфери дії (наприклад, у законах про набуття чинності нормативних актів, сімейних кодексах тощо); 4 країни (Бельгія, Болгарія, Туніс та Туреччина) назвали свої автономні кодифікації кодексами, а 27 країн — переважно законами про МПрП; більшість же країн (42) — вмістили кодифікацію МПрП у цивільні кодекси.

або колізійних норм щодо відносин, які не є його предметом (наприклад, «трудових»), вбачаються необґрунтованими. Це підтверджується і досвідом зарубіжних країн (Аргентина, Квебек, Перу).

ДОДАТКИ

1. ЧИННИКИ ТА ПЕРЕДУМОВИ ООНВЛЕННЯ ЦК УКРАЇНИ

Основи концепції та змісту проекту ЦК України були створені у 1992–1996 роках. Відтоді за чверть століття в Україні та світі багато що змінилося в економічному, політичному та правовому вимірах.

Питання про рекодифікацію ЦК України не виглядало б сьогодні таким актуальним, якби на межі століть спільними зусиллями сотень фахівців із країн Європи не були знайдені найоптимальніші та глобальнопридатні правові норми (рішення) для багатьох сфер приватноправових відносин.

Такі норми-рішення втілено в численних міжнародних документах з уніфікації приватного права. На їхній основі в європейських країнах розпочалася найновіша модернізація (й одночасно гармонізація) національних цивільних кодексів і приватноправових доктрин.

Таким чином, слід визнати, що світова (особливо європейська) тенденція до уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання слугує вагомим чинником сучасної рекодифікації цивільних кодексів багатьох країн.

Проведення рекодифікації ЦК України за сучасним «європейським сценарієм» потребує логіка подальшої трансформації суспільства, зокрема формування правдивої й ефективною *ринкової економіки* як невід'ємної складової громадянського суспільства та *євроінтеграційна спрямованість* усіх компонентів суспільства.

Протягом наступного десятиліття варто очікувати значної гомогенності національної ринкової економічної системи з європейською. Тому, якщо зараз розпочати процес рекодифікації ЦК України, то якраз через 10–15 років більш розвинуті досі внутрішні ринкові відносини матимуть досконаліше цивільно-правове регулювання, до того ж, максимально гармонізоване з тим, яке чинне у країнах ЄС. Взагалі ж *євроінтеграційна спрямованість України* є сьогодні найсуттєвішим чинником реформ у всіх сферах суспільства. Можна навіть сказати, що основним напрямом рекодифікації ЦК України є подальша «європеїзація» кодексу.

Основними чинниками та передумовами рекодифікації цивільного законодавства в Україні є:

- (1) стан міжнародної уніфікації норм приватного права;
- (2) сучасні реформи цивільного законодавства країн ЄС на основі засад та норм міжнародних актів;

(3) спроможність приватноправової доктрини в Україні до наукового супроводу процесу рекодифікації.

1. Міжнародні документи з уніфікації приватного права.

Моделі оптимальної регламентації для багатьох сфер приватноправових відносин сьогодні пропонуються численними директивами і регламентами ЄС, іншими актами, зокрема такими епохальними міжнародними документами, як: Принципи міжнародних комерційних контрактів UNIDROIT (ред. 2016 р.); Принципи європейського контрактного права; Принципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права, Проект Загальної системи координат 2009 р. (*DCFR*); Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (*CISG*). Наведений далеко не повний перелік актів показує, що в напрямі створення широкого глобально-уніформованого приватного права зроблено величезні кроки.

Названі документи мають однакові уніфікаційні цілі, принципи, формулювання численних правил, причому раніше прийнятий у часі інструмент виконував роль своєрідного «трампліну» для наступного. Водночас акти різняться за багатьма параметрами, зокрема за юридичною силою, за географією застосування, за колом включених до них правових питань тощо.

Наведені вище міжнародні акти все ширше застосовуються в бізнесі та судовій практиці. Вони визнані інструментами, які повністю відповідають потребам сучасного майнового обігу як між контрагентами однієї країни, так і між сторонами різних країн. Причому вони не зазнали впливу політичних інтересів якоїсь однієї країни. Не менш важливе й те, що ці міжнародні акти загалом стали результатом праці професорів і юристів-практиків багатьох країн та синтезом найкращих рішень конкретних правових завдань (*«best practices»*) із різних правових систем. Зважаючи на сучасний стан (якість і кількість) уніфікації матеріальних норм приватного права, можна зробити висновок про суттєве «визрівання» міжнародної моделі реформ як чинника рекодифікації. Вбачається, що названі вище міжнародні уніфікаційні документи повинні стати найсуттєвішим джерелом для українських фахівців у процесі рекодифікації ЦК України.

2. Реформа цивільного законодавства країн ЄС на основі засад та норм міжнародних актів. Вагомим чинником для проведення рекодифікації ЦК України стає новітнє реформування приватного права в країнах ЄС, зокрема розробка й прийняття нових цивільних кодексів та законів, модернізація «старих» цивільно-правових

кодифікацій з урахуванням європейських та універсальних міжнародних документів.

Першою країною, в якій міжнародні акти з уніфікації приватного права отримали визнання та практичне втілення, стала Німеччина, де на початку 2000-х років відбулося реформування зобов'язального права.

У результаті щойно проведеної реформи договірного права й загальних положень про зобов'язання у Франції та частина Кодексу Наполеона, котра завжди здавалася «непорушним базальтовим фундаментом цивільного права Франції», гармонізована із «загальноєвропейським приватним правом». Прийнятий Урядом цієї країни Ордонанс від 10 лютого 2016 р. № 2016-131 «Про реформу договірного права, загального режиму зобов'язань та їх доказування» був включений французьким парламентом до Французького цивільного кодексу і набув чинності з 1 жовтня 2016 р.

Зараз у Франції активно обговорюється реформа щодо цивільно-правової відповідальності, як договірної, так і позадоговірної.

Нові члени ЄС (колишні країни-сателіти чи республіки СРСР: Польща, Чехія, Угорщина, Румунія, Словаччина, Болгарія, Словенія, Латвія, Литва, Естонія) до вступу в Союз не мали, як правило, нових цивільних кодексів чи законів. Більшість із названих країн лише відкоригували «старі» цивільне законодавство відповідно до нових економічних умов. Але з набуттям членства в ЄС у багатьох «країнах-новачках» приймаються нові цивільні кодекси, зокрема, у Румунії (2009 р., набрав чинності 1 жовтня 2011 р.), Чехії (2012 р., набрав чинності з 1 січня 2014 р.), Угорщині (2009 р., набрав чинності з 2013 р.). Польща та Словаччина вже стоять на порозі нових кодифікацій. Міжнародні документи з уніфікації норм матеріального приватного права зробили неабиякий вплив на нові угорський, чеський та румунський цивільні кодекси.

На положеннях Принципів Ландо та інших «уніфікаційних» міжнародних актів базується щойно розроблений Проект реформи ЦК Латвії. На цих же позиціях формується концепція кодифікації та проекти майбутнього ЦК Словаччини.

Важливою характеристикою сучасного розвитку права країн Центральної та Східної Європи є рішуча відмова від «дуалізму» приватного права. Так, одночасно з набуттям чинності нового ЦК Чехії припинив дію її Торговий кодекс 1991 р. Разом із Чехією від торгових кодексів відмовилися Угорщина, Польща, Румунія та інші країни. Якщо у 1900-х роках торгівлі кодекси мала половина із 20 країн цього регіону, то зараз їхня кількість скоротилася вдвічі.

Під час процесу рекодифікації ЦК України буде надзвичайно корисним законодавчий досвід Франції, Німеччини, нових членів ЄС.

3. Приватноправова доктрина в Україні та рекодифікація.

Необхідною передумовою створення концепції та нормативного тексту проекту рекодифікації ЦК України і деяких «прилеглих» до нього законів є спроможність вітчизняної доктрини цивільного (приватного) права «очолити» та науково забезпечити реформаторський процес.

Нині у світі роль приватноправової доктрини в нормотворчій діяльності, як ніколи, висока.

Сьогодні українська цивільно-правова наука й кодифікація не мають вигляду «*terra incognita*» на правовій мапі світу. Також варто зазначити, що з часу набрання чинності ЦК України (1 січня 2004 р.) у країні здійснено численні наукові дослідження з широкою проблематики приватного права. Важливо також і те, що з тематики всіх книг ЦК України виконані докторські дисертації, окремі висновки яких є етюдами до майбутньої концепції рекодифікації. У юридичну науку і практику прийшло нове молоде покоління цивілістів, які своїми працями довели готовність до рішучого зближення вітчизняної доктрини із західноєвропейською наукою цивільного права. Тому, незважаючи на невідповідність окремих параметрів нашої та «європейської» доктрин цивільного права, все ж вбачається, що вітчизняній науці «під силу» забезпечити процес рекодифікації ЦК України.

Таким чином, для початку процесу рекодифікації ЦК України зараз існують необхідні чинники та передумови, серед яких: наявність норм-моделей міжнародних актів; досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини — «бастіонів» приватного права; законодавчий приклад нових членів ЄС — колишніх країн соціалістичного табору; необхідний потенціал вітчизняної приватноправової науки⁶.

⁶ Докладніше див.: *Довгерт А. С.* Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 27–41; *Гармонізація приватно-правового законодавства України із законодавством країн ЄС*. Матеріали ІХ Міжн. цивілістичного форуму, Харків, 11–12 квітня 2019 р. Київ: Знання, 2019. 761 с.

2. ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ КОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА 2004 РОКУ ТА МПрП 2005 РОКУ

Книга перша «Загальні положення» створила стабільну основу цивільно-правового регулювання особистих немайнових і майнових відносин в усіх сферах громадянського демократичного суспільства.

Визначення у ст. 1 ЦК України кола відносин, які становлять предмет цивільно-правового регулювання, мало принципове значення як для розуміння цивільного права як права приватного, так і для мети правильного застосування всіх його основоположних принципів та норм. Важливим результатом кодифікації стало сформульоване положення про те, що цивільним законодавством та іншими джерелами цивільного права регулюються дві групи відносин — особисті немайнові та майнові (саме в такому порядку), що набули традиційної назви — «цивільні відносини». Такий підхід став кроком вперед, оскільки до цього приватне право призначалося для регулювання майнових відносин, а пізніше — і окремих немайнових відносин. При цьому, на переконання розробників кодексу, не варто ставити питання — які з відносин — майнові чи особисті немайнові, є основними, яка із цих груп відіграє пріоритетну роль у процесі розвитку громадянського суспільства. Між тим, зрозуміло, що таке особисте немайнове право як право на життя є основоположним для здійснення всіх, без винятку прав, закріплених у ЦК України.

Визнанням досягненням чинного ЦК України є положення про те, що цивільно-правовим регулюванням охоплюються всі цивільні відносини, незалежно від тієї сфери діяльності, в якій вони виникли і існують, а норми ЦК України і весь інструментарій цивільного права застосовуються протягом десятиліть незалежності України для регулювання цивільних відносин фактично в усіх сферах, у тому числі і в підприємстві, корпоративних, інформаційних відносинах тощо. Це не виключає регулювання відносин у цих сферах і нормами спеціального законодавства. Час підтвердив обґрунтованість підходу законодавця в цьому ключі щодо регулювання актів цивільного стану, відносин опіки та піклування, земельних та житлових відносин у їх приватноправовій частині, щодо речових прав на землю і помешкання, їх обігу та ін. Таким чином, усі відносини, які за своєю природою є приватними, відповідно до ЦК регулюються нині

цивільним (приватним) правом. Підтвердженням цього є норми ст.ст. 4, 9 ЦК України.

Водночас у результаті проведеної у 2004 році кодифікації предмет правового регулювання ЦК України зазнав істотних змін порівняно з первісним проектом ЦК через одночасне ухвалення разом з ним і ГК України. Аргументи, які неодноразово наводилися розробниками ЦК України, здобули своє підтвердження на практиці, зокрема:

(1) Конституція України закріпила як економічну основу України ринкову економіку, рівність усіх суб'єктів права власності, рівні умови їх функціонування і правового захисту, тому не було і наразі відсутні підстави для окремого регулювання цих відносин двома кодексами;

(2) відсутні об'єктивні умови для окремого регулювання приватних відносин у економічній сфері окремим ГК, а торговельні кодекси, які діють у деяких країнах, є кодексами приватного права і виступають логічним продовженням діючих там ЦК, водночас закономірною стає тенденція створення єдиних ЦК;

(3) час підтвердив негативні прогнози щодо появи цілої низки юридико-технічних і практичних ускладнень у результаті прийняття двох кодексів — ЦК України і ГК України, оскільки до майнових відносин у сфері бізнесу виявилось неможливим застосовувати загальні положення ЦК про правочини (договори), про зобов'язання, про відшкодування збитків за порушення зобов'язань тощо;

(4) труднощі виникли й у процесі залучення в економіку України іноземних інвестицій, які за законодавством усіх країн регулюються нормами цивільного права. Водночас як у часи підготовки проекту чинного ЦК України, так і в сучасних умовах усе вищенаведене не спрямоване на те, щоб заперечувати важливість публічно-правових норм, які сприяють державному регулюванню економіки (податки, державна реєстрація тощо), а державна підтримка підприємництва була і залишається важливою передумовою адекватної систематизації відповідних норм.

Надзвичайно важливим є закріплення у ст. 1 ЦК України конститутивних ознак цивільних відносин: вони засновані на юридичній рівності учасників, їх вільному волевиявленні та майновій самостійності, а їх характер є природним, незалежним навіть від волі законодавця. Законодавець повинен лише сприйняти і визнати їх природну сутність і встановити адекватне регулювання.

Нові правила щодо учасників цивільних відносин, запроваджені у чинному ЦК України, є також важливими позитивними результатами кодифікації. Йдеться про введення і визначення понять фізичної та юридичної особи, зокрема з такою новелою, як поняття юридичної особи публічного права.

Водночас, попри значні досягнення чинного ЦК України, не можна обійти увагою певні «втрати» кодифікації: чинна ст. 83 ЦК України (на відміну від її проекту) закріпила відкритий перелік організаційно-правових форм юридичної особи. Відтак ця важлива категорія, покликана впорядкувати систематизацію юридичних осіб і слугувати їх важливим ідентифікатором, значною мірою знизила ефективність свого впливу на процес впорядкування суб'єктного складу цивільних відносин. Чинний ЦК України вперше закріпив у спеціальному розділі норми про об'єкти цивільних прав, передбачивши серед них не тільки традиційні для цивільного права об'єкти: речі, гроші, роботи, результати творчої діяльності, але й значно розширивши їх коло за рахунок цінних паперів, послуг, єдиного комплексу підприємства, а також нематеріальних об'єктів — інформації та особистих немайнових благ.

Значною мірою були новелізовані норми про правочини, представництво, позовну давність.

Особливо слід зазначити, що позитивним наслідком кодифікації 2003 року є ствердження у Книзі першій основоположних засад цивільного права, які слугують потужним фундаментом всього кодексу. Ці принципи, закріплені у ст. 3 ЦК України, червоною ниткою проходять крізь всю правову матерію кодексу, наповнюють його норми ідеями природного права, поваги до людини як найвищої соціальної цінності, недопущення свавільного втручання держави у приватну сферу фізичної особи.

ЦК України, визнавши ОНВ невід'ємною складовою предмета цивільного права, *Книгу другу* присвятив ОНП фізичної особи, виокремивши в ній Загальні положення, а також окремі глави стосовно ОНП, що забезпечують природне існування фізичної особи, а також ОНП, що забезпечують соціальне буття фізичної особи.

При цьому значний масив норм, що регулюють ОНВ міститься в інших книгах ЦК України⁷, а також в інших актах цивільного законодавства⁸.

⁷ Напр.: серед загальних засад цивільного законодавства закріплюється «неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини» (п. 1 ч. 1 ст. 3 ЦК України); визначається місце ОНП в обсязі цивільної правоздатності (ст. 26 ЦК України) та цивільної дієздатності (ст. 31 ЦК України) фізичної особи та юридичної особи (ст. 94 ЦК України); окремим об'єктом цивільних прав визнається особисте немайнове благо (ст. 201 ЦК України); ОНП інтелектуальної власності (ст.ст. 418, 421, 423, 425, 429, 430, 438, 442 ЦК України) тощо.

⁸ Напр.: Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III; Закони України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. № 2709-IV, «Про інформацію» від 02.10.1992 р. № 2657-XII, «Про захист персональних даних» від 01.06.2010 р. № 2297-VI, «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 р. № 2939-VI, Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.1992 р. № 2801-XII та багато інших.

Досягненням нового ЦК України стала не лише чітка позиція щодо регулювання та охорони ОНВ, але й суттєва зміна ролі та значення цих відносин у структурі предмета цивільного права. Так, було запроваджено позитивне регулювання ОНВ, яке до цього або взагалі не здійснювалося, або було винесено за межі цивілістичного правового матеріалу, хоча за своїм змістом мало б стосуватися саме цивілістики. Формування у ЦК України окремої Книги, присвяченої ОНП фізичної особи, стало галузевим втіленням проголошення у ст. 3 Конституції України людини, її життя, здоров'я, честі та гідності, недоторканності та безпеки найвищою соціальною цінністю.

Перевагою чинного ЦК стало виокремлення загальних положень про ОНП фізичної особи та закріплення на їх рівні поняття, видів, зміст, гарантій здійснення та способів захисту ОНП. Книга друга сьогодні — гармонійна складова структури Кодексу, який кодифікує норми приватного права, цілісну систему норм, що komponуються за єдиними принципами і ґрунтуються на єдиному методі регулювання суспільних відносин; визначає загальні положення, спільні для всіх норм певного роду; виділяє за диференційованими підходами окремі інститути, закріплюючи їх у відповідному порядку. У Книзі другій йдеться саме про норми, що регулюють ОНВ на засадах рівності, диспозитивності, неприпустимості втручання у сферу особистого життя фізичної особи; судового захисту будь-якого порушеного цивільного права; справедливості, добросовісності, розумності тощо і мають таким чином тісний зв'язок із Книгою першою.

Логіка законодавця, за якою ОНП не просто розміщені серед інших традиційних цивільних прав, але й передують їм, визнана на сьогодні майже усіма цивілістами і ґрунтується на переконанні в тому, що соціальна значущість ОНП значно вища, ніж прав, які існують у матеріальній сфері суспільства, оскільки є, перш за все, конституційними правами, духовною основою суспільства і виступають передумовою забезпечення свободи власності, свободи договору, свободи підприємництва тощо. Крім цього пріоритетність системного розміщення ОНП зумовило також перегляд на сучасному рівні самого поняття цивільних відносин та цивільного права.

Крім того, за час своєї дії Книга друга стала системоутворюючим ядром для інших актів законодавства, що містять цивільно-правові норми і регулюють ОНВ, незалежно від того, чи є вони суто цивільними, чи мають комплексний характер.

Розробники ЦК України втілили в ньому положення плюралістичної концепції шляхом закріплення загальних консолідованих положень щодо ОНП та широкого каталогу конкретних ОНП фізичних осіб, що здійснило їхню позитивну регламентацію. При цьому в окрему групу законодавців відносить ті

ОНП фізичних осіб, що мають первинне закріплення Конституцією України та походять із відповідних конституційних прав (ст. 270 ЦК України). А перелік ОНП, встановлених у законодавстві, визнається невичерпним. ЦК України сприйняв класифікацію ОНП, у якій за основу класифікаційного критерію беруть мету, на досягнення якої спрямоване відповідне ОНП, та здійснив у Книзі другій поділ ОНП фізичної особи на ті, що забезпечують природне існування (глава 21), та ті, що забезпечують соціальне буття (глава 22). Книга друга ЦК України складається із 47 статей (ст.ст. 269–315), що регламентують ОНП фізичних осіб, поєднані у три глави, а саме: главу 20 — «Загальні положення про особисті немайнові права фізичної особи», главу 21 — «Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи» та главу 22 — «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи». Таким чином, ЦК України містить на сьогодні значний комплекс норм, що регулюють ОНВ і забезпечує системність викладу правового матеріалу щодо ОНП.

Важливе досягнення чинного ЦК України полягає в системному регулюванні *речових прав* (РП) і збільшенні їхньої ролі як складової предмета цивільного права. Було законодавчо впроваджено відносно значне коло РП, які до цього були представлені переважно правом власності. Формування в ЦК України окремої Книги, присвяченої РП, сприяло відновленню класичних для цивілізованих правопорядків уявлень про РП, є втіленням і конкретизацією на рівні законодавчого акта цивільної кодифікації положень Конституції України, яка визначила коло об'єктів і суб'єктів права власності (ст.ст. 13, 41, 142, 143), рівність усіх суб'єктів права власності (ст. 13), гарантії права власності й обов'язки власників (ст.ст. 13, 41) та встановила, що правовий режим власності має визначатися виключно законами України (п. 7 ч. 1 ст. 92).

Перевагою чинного ЦК стало виокремлення загальних положень про РП та закріплення поняття, видів, змісту і способів захисту РП.

За весь час своєї дії *Книга третя* виконує роль базових положень для інших актів законодавства, що регулюють речові відносини у приватній сфері.

Розробники ЦК України втілили в ньому положення про РП як суб'єктивне право безпосереднього панування над річчю (майном) шляхом закріплення універсальних (загальних) положень про РП та порівняно широкого переліку конкретних РП у вигляді права власності та трьох видів речових прав на чуже майно — сервітуту, емфітевзису і суперфіцію.

В окремий розділ законодавець відносить право власності, яке має первинне закріплення Конституцією України та походить із відповідних конституційних прав (ст.ст. 13, 41 Конституції, ст.ст. 316–394 ЦК України). При цьому в розумінні ст. 22 Конституції України перелік РП, закріплених цією Конституцією, не є вичерпним. ЦК України сприйняв класифікацію РП, в якій за основу класифікаційного критерію беруть зміст відповідного РП, та здійснив у Книзі третій поділ РП на право власності (глави 23–29) та РП на чуже майно (глави 30–34). Норми, які закріплюють право власності, поєднані у сімох главах, присвячених загальним положенням про право власності (глава 23), набуттю права власності (глава 24), припиненню права власності (глава 25), праву спільної власності (глава 26), праву власності на землю (земельну ділянку) (глава 27). Норми, які регулюють РП на чуже майно, містяться в п'яти главах, присвячених загальним положенням про РП на чуже майно (глава 30), праву володіння чужим майном (глава 31), праву користування чужим майном (сервітут) (глава 32), праву користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) (глава 33) і праву користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) (глава 34).

Чинний ЦК України містить значний комплекс норм, що закріплюють РП, і забезпечує відносну системність правового регулювання РП.

Книга четверта є цілісною системою норм, які формуються за єдиними принципами і ґрунтуються на єдиному методі регулювання суспільних відносин.

Книга четверта «Право інтелектуальної власності» та глава 75 «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності» ЦК України стала важливим етапом подальшого розвитку законодавства України у сфері творчої діяльності:

(1) з єдиних теоретичних та методологічних позицій були визначені загальні положення про ПІВ та загальні принципи регулювання відносин інтелектуальної власності для різних об'єктів ПІВ;

(2) консолідація нормативного масиву у Книзі четвертій ЦК повною мірою визначило як роль, так і значення відносин інтелектуальної власності у вітчизняному законодавстві та підкреслило приватноправову природу відносин інтелектуальної власності, визначило їхній вплив на розвиток громадянського суспільства, поставивши людину — творця у центр системи регламентації відповідних відносин;

(3) було запроваджено єдиний для всіх об'єктів ПІВ підхід щодо визначення змісту майнових прав інтелектуальної власності,

визначені загальні для всіх об'єктів ПІВ спеціальні способи захисту прав; єдині підходи з укладання договорів про розпорядження ПІВ; єдині підходи щодо статусу охоронного документа, який засвідчує набуття майнових прав; прав попереднього користувача тощо. В умовах відмінностей положень спеціальних законів щодо змісту майнових прав інтелектуальної власності, способів захисту та ін. прийняття Кодексу стало чинником уніфікації відповідних положень у спеціальному законодавстві.

Найбільша за обсягом *Книга п'ята* «Зобов'язальне право» об'єднує 735 статей, що входять до складу 37 глав. Перший з трьох розділів містить загальні положення про зобов'язання, які стосуються як договірних, так і недоговірних зобов'язань, другий — присвячений загальним положенням про договір, а третій — передбачає правила щодо окремих зобов'язань.

Положення Книги п'ятої ЦК ґрунтуються на тому, що суб'єкти відносин, пов'язаних з товарообміном, самостійно визначають зміст договірних відносин, виходячи зі своїх інтересів. Норми договірного зобов'язального права є переважно диспозитивними, водночас недоговірні зобов'язання регламентуються імперативними нормами.

Значна роль у регулюванні договірних зобов'язань належить саме договору, звичаям ділового обороту, вимогам, які звичайно ставляться. Саме таким чином у нормах ЦК України формуються загальні підходи до загальних умов виконання зобов'язань. Особлива увага приділяється дотриманню умови про добросовісність, розумність, справедливість у виконанні зобов'язань. У Книзі п'ятій нормативно закріплена роль договору як універсальної та найбільш ефективної правової форми опосередкування товарно-грошових та інших майнових відносин.

В умовах ринкової економіки значно зростає вплив держави на майнові відносини у приватній сфері, що супроводжується поглибленням принципу свободи договору, дія якого забезпечує свободу вибору контрагента, визначення умов договору за домовленістю сторін, застосування санкцій винятково на їхній розсуд.

У Книзі п'ятій окремо виділені зобов'язання, що виникають внаслідок односторонніх правомірних дій (публічної обіцянки винагороди, вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи).

Серед охоронювальних зобов'язань новим є інститут зобов'язань, які виникають внаслідок створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. Низкою новел доповнено умови настання відповідальності у зобов'язаннях, що виникають внаслідок завдання шкоди.

Книга шоста «Спадкове право» регламентує один із інструментів цивільного права, який слугує благородній меті — гуманізації суспільних відносин, за допомогою спеціальних важелів норми спадкового права стимулюють учасників цивільних відносин до піклування, матеріальної допомоги тим, хто через хворобу або каліцтво опинився в безпорадному стані.

Чинний ЦК характеризується численними новелами, які спрямовані на вдосконалення правового режиму відносин у сфері спадкування, до яких можна віднести такі:

(1) значне підвищення рівня диспозитивності в регулюванні спадкових відносин;

(2) введення нових видів заповітів (заповіт подружжя, заповіт з умовою, секретний заповіт);

(3) збільшення кількості черг спадкоємців з метою значного розширення кола спадкоємців за законом (в основу формування кола спадкоємців покладено не лише споріднення до шостого ступеня включно, а й шлюб, проживання сім'єю, усиновлення, перебування на утриманні). Це суттєво мінімізує визнання спадщини відумерлою та забезпечує перехід прав на спадкове майно до фізичної особи як більш ефективного власника;

(4) зміна положення держави як учасника спадкових відносин (можливість бути спадкоємцем лише за заповітом);

(5) певне удосконалення правового регулювання права на обов'язкову частку в спадщині;

(6) введення спадкового договору та розширення застосування договірною регулювання відносин спадкування загалом тощо.

Високо оцінюючи беззаперечні досягнення чинного ЦК України, який дійсно заклав правові підвалини функціонування громадянського суспільства в Україні, не можна обійти мовчанням негативні наслідки кодифікаційного процесу 2003–2004 років. Крім одночасного прийняття разом із ЦК також ГК, який не можна кваліфікувати інакше, як рудиментарний залишок радянської тоталітарної системи, до таких втрат ЦК слід віднести вилучення із його складу двох надзвичайно важливих структурних частин: Сімейного права (Книга шоста проекту) та МПрП (Книга восьма проекту).

Така «резекція» нормативного масиву ЦК України, безумовно, негативно відбилася на системному регулюванні приватних відносин у суспільстві, забезпеченні єдності та повномасштабності всього процесу впорядкування приватноправової сфери.

У *Законі України «Про міжнародне приватне право»* від 23 червня 2005 р. вперше в історії законодавства нашої країни знайшла втілення широка кодифікація національного колізійного

права разом з приписами міжнародного цивільного процесу. За багатьма параметрами українська кодифікація МПрП стала однією з наймасштабніших у світі. Український кодифікаційний досвід викликав світову зацікавленість вчених і законодавців. За кордоном вишло чимало наукових праць, у яких аналізувалися здобутки вчених України.

Підвищена міжнародна увага до українського документа значною мірою викликана тим, що *Закон про МПрП* був сконструйований на основі сучасних підходів європейської правової доктрини, кодифікацій МПрП західних країн (Австрія, Італія, Канада (Квебек), ФРН, Швейцарія та ін.), міжнародних договорів, що уніфікують колізійні норми. Серед останніх варто навести Римську конвенцію про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р. (*Римська конвенція*), Гаазьку конвенція про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу 1986 р. (*Гаазька конвенція 1986*), Гаазькі конвенції з питань шлюбу, сім'ї, спадкування тощо.

Закон про МПрП буквально перевернув усю колізійну теорію і законодавчу практику, що існували до цього в Україні та колишньому СРСР. На відміну від попереднього законодавства, він встановлював не просто більш повне колізійне регулювання міжнародних приватноправових відносин. *Закон про МПрП* переводив усю систему колізійного права в русло нових широко визнаних у світі підходів та принципів, зокрема таких, як широка автономія волі для сторін правовідносин; застосування до правовідносин права країни, що має з ними найтісніший зв'язок; запровадження значного судового розсуду у виборі застосовного права; точне і повне застосування іноземного права; максимальне врахування інтересів фізичної особи щодо її особистого і сімейного статусу тощо.

3. ОГЛЯД ТА ОЦІНКА ЗМІН ДО ЦК ПІСЛЯ 2004 РОКУ ТА ЗАКОНУ ПРО МПрП ПІСЛЯ 2005 РОКУ

За період чинності ЦК України до нього вносилися численні зміни. Характер та обґрунтованість цих змін були різними: подекуди вони обумовлювалися об'єктивними потребами розвитку суспільних відносин і сприяли поліпшенню процесу їх правового регулювання. Водночас серед них були й такі, що відверто лобіювалися окремими політичними та бізнесовими групами і не сприяли підвищенню якості правової регламентації.

За таких умов аналіз внесених до ЦК змін є об'єктивно необхідним і актуальним, зважаючи на загальні завдання рекодифікації цивільного законодавства.

Книга перша ЦК України у цілому зберегла стабільність: жодних змін за весь час дії ЦК не було внесено до глав 1 та 2, що слід вважати позитивом, враховуючи, що саме в цих главах закріплені найважливіші положення, які стосуються цивільних відносин у цілому і їхнього бачення розробниками ЦК України, починаючи з визначення цивільних відносин, завершуючи підставами виникнення цивільних прав і обов'язків, а також здійсненням цивільних прав і виконанням обов'язків.

До глави 3 були внесені нечисленні зміни і доповнення.

Так, було доповнено абз. 20 ч. 2 ст. 16 ЦК України, зокрема словами *«чи судом у визначених законом випадках»*; ч. 4 ст. 22 була викладена в новій редакції: *«На вимогу особи, якій завдано шкоди, та відповідно до обставин справи майнова шкода може бути відшкодована і в інший спосіб, зокрема шкода, завдана майну, може відшкодовуватися в натурі (передання речі того ж роду та тієї ж якості, полагодження пошкодженої речі тощо), якщо інше не встановлено законом»*; був викладений у новій редакції п. 4 ч. 2 ст. 23 щодо того, в чому полягає моральна шкода: *«... у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи»*; був викладений у новій редакції абз. 1 ч. 3 ст. 23: *«Якщо інше не встановлено законом, моральна шкода відшкодовується грошовими коштами, іншим майном або в інший спосіб»*.

До розділу II «Особи», зокрема до підрозділу I «Фізичні особи» були внесені зміни до ст.ст. 29, 32, 36, 38, 42, 44, 46, 49 ЦК України, розділ доповнено ст. 48¹ щодо правових наслідків нездатності фізичної особи виконати свої майнові зобов'язання і погасити борги, а ст. 50 у главі 5 «Фізична особа-підприємець» була виключена. Основний перелік цих змін не змінив принципових підходів до розуміння фізичної особи. Те ж саме можна зазначити і про низку змін до статей глави 6 «Опіка і піклування».

Значні зміни торкнулися підрозділу 2 «Юридична особа» розділу II ЦК України. Втручання відбулися як на рівні загальних положень про юридичну особу, так і на рівні окремих видів юридичних осіб, що потребує окремого і доволі детального аналізу, вирішення низки теоретичних питань, про які йтиметься далі.

Водночас норми підрозділу 3 «Участь держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад у цивільних відносинах» зазнали мінімальних змін (зокрема норма ст. 169 ЦК України).

У розділі III ЦК України «Об'єкти цивільних прав» передусім зроблена відсилка у ч. 1 ст. 177 ЦК про офіційне тлумачення її положень в Рішенні Конституційного Суду України від 10 грудня 2009 р.⁹, при цьому важливі зміни торкнулися ст. 182 «Державна реєстрація прав на нерухомість», ст.ст. 190–191 ЦК України, практично усіх норм глави 14 «Цінні папери», визначення інформації як нематеріального блага (ст. 200). Детального аналізу потребують зміни до низки статей розділу IV «Правочини. Представництво» і розділу V «Строки та терміни. Позовна давність», оскільки вони вносилися протягом років і безсистемно, що певним чином спотворило первісні підходи розробників до їх розуміння. Це стосується змін, внесених до ст.ст. 205, 209, 228, 234 (глава 16 «Правочини»), ст.ст. 245, 246 (глава 17 «Представництво»), ст.ст. 258, 268 (глава 19 «Позовна давність»).

Також не зазнала істотних змін і *Книга друга* «Особисті немайнові права фізичних осіб». Незначні зміни в тексті стосувалися:

1. *ОНВ, які складаються з приводу інформації*¹⁰. З ЦК України було виключено презумпцію добропорядності, відповідно до якої

⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «Автосервіс» щодо офіційного тлумачення положень статей 177, 760, частини другої статті 777 Цивільного кодексу України (справа про переважне право наймача на придбання військового майна). *Офіційний вісник України*. 2009. № 98 (28.12.2009). Стор. 28. Ст. 3397.

¹⁰ Див.: Закони України «Про внесення змін до Цивільного кодексу України щодо права на інформацію» від 22.12.2005 р. № 3261-IV, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про інформацію» та Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 27.03.2014 р. № 1170-VII.

негативна інформація, поширена про особу, вважається недостовірною, доки не буде доведено протилежне. Уточнено регулювання поширення інформації, отриманої з офіційних джерел:

2. *ОНВ у сфері надання медичної допомоги*¹¹. Виключено положення щодо стерилізації недієздатної фізичної особи за наявності медичних та соціальних показань може бути проведена лише за згодою її опікуна. У сфері репродуктивних прав: скорочено строк, протягом якого може бути проведене штучне переривання вагітності. Закріплено право повнолітньої жінки та чоловіка на застосування лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій. Врегульована можливість неповнолітніх осіб бути донором гемопоетичних стовбурових клітин;

3. *Права на ім'я*. Вдосконалено порядок реалізації права на заміну імені. Уточнено порядок використання імені в літературних та інших творах, а також імені фізичної особи, яка затримана, підозрюється чи обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, або особи, яка вчинила адміністративне правопорушення;

4. У 2019 році до ЦК України були внесені *зміни, спрямовані на державний захист викривачів корупції*¹², шляхом встановлення обмеженої відповідальності викривачів за майнову та (або) моральну шкоду, завдану особистим немайновим правам внаслідок повідомлення викривачем недостовірної інформації про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень Закону України «Про запобігання корупції».

Можемо констатувати, що деякі із зазначених змін спричинили наукову дискусію. Попри виключення з тексту ЦК України презумпції «добропорядності», судова практика у справах про захист честі, гідності та ділової репутації виходить із того, що обов'язок довести, що поширена інформація є достовірною, покладається на відповідача¹³.

¹¹ Див.: Закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо клінічних випробувань лікарських засобів» від 12.05.2011 р. № 3323-VI, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання психіатричної допомоги» від 14.11.2017 р. № 2205-VIII, «Про внесення змін до статті 281 Цивільного кодексу України» від 02.11.2004 р. № 2135-IV, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 28.02.2019 р. № 2694-VIII, «Про внесення змін до статті 290 Цивільного кодексу України» від 31.05.2011 р. № 3436-VI, «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України» від 22.12.2006 р. № 524-V.

¹² Про внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції» щодо викривачів корупції»: Закон України від 17.10.2019 р. № 198-IX. *Відомості Верховної Ради України*, 2019, № 50, Ст. 356.

¹³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 14.02.2018 р. у справі № 522/14156/14-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72269115>.

Закріплена у *Книзі третій* ЦК України система РП не зазнала істотних змін.

До тексту окремих статей вносилися зміни, які стосувалися управління майном, що є в державній власності¹⁴; правомірності набуття права власності¹⁵; набуття добросовісним набувачем права власності на майно, відчужене особою, яка не мала на це права¹⁶; набуття права власності на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва¹⁷; моменту набуття права власності на нерухоме майно за договором¹⁸; набуття права власності на єдиний майновий комплекс державного (комунального) підприємства в разі приватизації державного майна та майна, що є в комунальній власності¹⁹; самочинного будівництва²⁰; права на земельну ділянку в разі набуття права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, що розміщені на ній²¹; квартири як об'єкта права власності²²; нотаріального посвідчення договору ренти та договору про передачу нерухомого майна під виплату нерухомого майна (ст. 732 ЦК України); виключення ч. 2 ст. 745 ЦК України про державну

¹⁴ Про управління об'єктами державної власності : Закон України від 21.09.2006 р. № 185-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 46. Ст. 45.

¹⁵ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів : Закон України від 31.10.2019 р. № 263-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 2. Ст. 5.

¹⁶ Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію об'яжень : Закон України від 18.11.2003 р. № 1255-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 11. Ст. 140.

¹⁷ Див.: Закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 15.12.2005 р. № 3201-IV, «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України» від 11.02.2010 р. № 1878-VI, «Про приватизацію державного і комунального майна» від 18.01.2018 р. № 2269-VIII.

¹⁸ Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України : Закон України від 11.02.2010 р. № 1878-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 18. Ст. 41.

¹⁹ Про приватизацію державного і комунального майна : Закон України від 18.01.2018 р. № 2269-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 12. Ст. 68.

²⁰ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності та вдосконалення державного регулювання у сфері містобудівної діяльності : Закон України від 22.12.2011 р. № 4220-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 29. Ст. 345.

²¹ Див.: Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку набуття прав на землю : Закон України від 05.11.2009 р. № 1702-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 5. Ст. 40; Про приватизацію державного і комунального майна : Закон України від 18.01.2018 р. № 2269-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 12. Ст. 68.

²² Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку : Закон України від 14.05.2015 р. № 417-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 29 Ст. 262.

реєстрацію договору довічного утримання (догляду), за яким передається набувачеві у власність нерухоме майно²³.

Істотні зміни, пов'язані із зміною системи РП, стосуються права довірчої власності. До ЦК України (ч. 2 ст. 316) було впроваджено інститут права довірчої власності як особливого виду права власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном²⁴. У ч. 2 ст. 316 словосполучення «управління майном» було виключено. При цьому, не визначивши загальні положення про право довірчої власності й обмеживши його регулювання в ЦК України бланкетною нормою ч. 2 ст. 316, законодавець пішов шляхом законодавчого регулювання окремих видів довірчої власності у спеціальних законах, присвячених фондам фінансування будівництва, фондам операцій з нерухомістю²⁵ та консолідованому іпотечному боргу²⁶, що ускладнило формування однакової практики застосування положень про довірку власність.

Крім того, до цивільного законодавства було введено інститут довірчої власності як способу забезпечення за кредитним договором, договором позики шляхом доповнення глави 49 окремим параграфом²⁷. Зазначений правовий титул визнано різновидом права власності на майно, за яким довірчий власник не має права самостійно відчужувати таке майно, крім як для звернення стягнення на нього, а також викупу його для суспільних потреб у порядку, встановленому законом. На сьогодні ця правова конструкція поки на практиці не використовується переважно з причини відсутності спеціальних норм про оподаткування цих відносин. Введення до ЦК України забезпечувальної довірчої власності викликало низку

²³ Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України : Закон України від 11.02.2010 р. № 1878-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 18. Ст. 141.

²⁴ Див.: Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні : Закон України від 20.09.2019 р. № 132-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 46. Ст. 299; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України від 19.06.2003 р. № 980-IV. *Відомості Верховної Ради України* 2004. № 2. Ст. 6.

²⁵ Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операцій з нерухомістю : Закон України від 19.06.2003 р. № 978-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 52. Ст. 377.

²⁶ Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати : Закон України від 19.06.2003 р. № 979-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 1. Ст. 1. Закон втратив чинність на підставі Закону України від 12.09.2019 р. № 79-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення функцій із державного регулювання ринків фінансових послуг» (*Відомості Верховної Ради України*, 2019, № 44, Ст. 277).

²⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні : Закон України від 20.09.2019 р. № 132-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 46. Ст. 299.

критичних зауважень серед науковців і юристів-практиків щодо допустимості цього правового інституту.

Окремі зміни були внесені до *Книги четвертої* «Право інтелектуальної власності», зокрема:

(1) до ст. 432 «Захист права інтелектуальної власності судом» Законом від 31.05.2007 р. № 1111-V;

(2) до ст.ст. 420, 502, глави 40 стосовно уточнень положень щодо компонування напівпровідникового виробу та географічних зазначень відповідно до ст.ст. 204–207, 224–227 Угоди про асоціацію, директиви ЄС № 87/54/ЄЕС від 16 грудня 1986 р. та Регламенту (ЄС) № 1151/2012 від 21 листопада 2012 р. (Закони від 20.09.2019 р. № 123-IX²⁸, від 19.09.2019 р. № 111-IX²⁹);

(3) до ст. 460 щодо зміни об'єкта корисної моделі (Закон від 21.07.2020 р. № 816-IX³⁰);

(4) до ст.ст. 461, 462, 465 стосовно уточнень критеріїв патентоздатності, строку чинності майнових прав на промисловий зразок відповідно до ст.ст. 212–218 Угоди про асоціацію, Директиви 98/71/ЄС від 13 жовтня 1998 р., а також щодо засвідчення набуття майнових прав на промисловий зразок свідоцтвом; до ст. 496 щодо дати, з якої є чинними майнові права інтелектуальної власності на торговельну марку (Закон від 21.07.2020 р. № 815-IX³¹).

Зміни, які були внесені до *Книги п'ятої* «Зобов'язальне право», в цілому не мали істотного впливу, вони були обумовлені здебільшого активною динамікою світового і європейського зобов'язального права. Частина змін мала уточнюючий характер.

Так, у 2017 році була доповнена ст. 509 ЦК. У 2009 році доповнена ст. 520: правило про заміну боржника в зобов'язанні лише за згодою кредитора було доповнено уточнюючим виразом «якщо інше не передбачено законом». Аналогічне доповнення було передбачено в ч. 1 ст. 534 ЦК України, яка передбачає черговість погашення вимог за грошовим зобов'язанням.

²⁸ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони географічних зазначень: Закон України від 20.09.2019 р. № 123-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 45. Ст. 290.

²⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення охорони прав на компонування напівпровідникових виробів: Закон України від 19.09.2019 р. № 111-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 42. Ст. 236.

³⁰ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства: Закон України від 21.07.2020 р. № 816-IX. *Офіційний вісник України*. 2020. № 67 (28.08.2020). Стор. 268. Ст. 2149.

³¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями: Закон України від 21.07.2020 р. № 815-IX. *Офіційний вісник України*. 2020. № 67 (28.08.2020). Стор. 248. Ст. 2148.

У 2010 році положення ч. 1 ст. 537 ЦК про виконання зобов'язання внесенням боргу в депозит нотаріуса було доповнено словами [в депозит] «нотаріальної контори».

У 2012 році ст. 537 була доповнена ч. 3, яка тепер містить спеціальне уточнююче положення щодо порядку внесення в депозит нотаріуса (нотаріальної контори) «цінних паперів, які існують у бездокументарній формі».

У цілому майже всі інші зміни, внесені до Книги п'ятої з 2003 року дотепер, мають уточнюючий характер або характер відповідних поправок, викликаних певними змінами в інших нормативних актах України або ж деякими незначними недоліками законодавця, що не були виявлені своєчасно.

Найбільш істотні зміни до Книги п'ятої були внесені під впливом тенденцій, пов'язаних з євроінтеграційними процесами. Перш за все, це доповнення ЦК ст.ст. 597¹–597¹³ (§ 8 глави 49), який був включений у ЦК у 2019 році, а також положення, що містяться нині в § 2 глави 72 «Рахунок умовного зберігання (ескроу)» (ст.ст. 1076¹–1076⁸), який був включений до ЦК в 2017 році.

Крім того, до Книги п'ятої ЦК України в різний час з тих же причин були включені 6 нових статей, що стосуються договорів купівлі-продажу, оренди та кредитних угод, зокрема: ст. 658¹ «Отримання права на одностороннє розірвання договору купівлі-продажу», ст. 681¹ «Правові наслідки відкликання товару у покупця», ст. 810¹ «Оренда житла з викупом», ст. 1056¹ «Проценти за кредитним договором», ст. 1057¹ «Правові наслідки недійсності кредитного договору», ст. 1075¹ «Внесення змін до договору банківського рахунка, майнові права на кошти на якому є предметом обтяження».

За час чинності ЦК України до підрозділу 2 розділу III Книги п'ятої, який присвячений регулюванню недоговірних зобов'язань, вносилися фрагментарні зміни, які концептуально не вплинули на ідеологію регулювання недоговірних зобов'язань, передбачених первісною редакцією ЦК 2003 року. До того ж, зміни вносилися лише до глави 82 «Відшкодування шкоди». Так, змін зазнали 9 статей глави 82. Також глава 82 була доповнена ст. 1211¹.

Протягом строку чинності ЦК до *Книги шостої* «Спадкове право» було внесено низку змін.

Так, ст. 1221 доповнено ч. 3 згідно із Законом від 12.02.2015 р. № 189-VIII³² щодо уточнення місця відкриття спадщини.

³² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення реалізації права на спадкування : Закон України від 12.02.2015 р. № 189-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 16. Ст. 112.

До ст. 1241 були внесені зміни щодо уточнення осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині (Закон від 03.11.2004 р. № 2146-IV³³).

У 2008 році ЦК України було доповнено ст. 1232¹ «Спадкування прав та обов'язків за договором оренди житла з викупом», яка передбачає, що до спадкоємців переходять усі права та обов'язки за договором оренди житла з викупом, які мав спадкодавець, а також містить положення щодо відмови спадкоємців від договору оренди житла з викупом та припинення цього договору за ініціативою спадкоємців (Закон від 25.12.2008 р. № 800-VI³⁴).

Ст. 1247 доповнено ч. 4, яка передбачає, що заповіти, посвідчені особами, зазначеними у ч. 3 цієї статті, підлягають державній реєстрації у Спадковому реєстрі в порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України (Закон від 21.09.2010 р. № 2527-VI³⁵). Також було внесено зміни до ст. 1304 «Форма спадкового договору» — додано положення щодо його державної реєстрації у Спадковому реєстрі.

Редакційних змін зазнали ст.ст. 1251–1252 щодо посвідчення заповітів посадовою особою органу місцевого самоврядування, іншими посадовими та службовими особами (Закони від 14.04.2009 р. № 1254-VI³⁶, від 06.07.2010 р. № 2435-VI³⁷, від 02.10.2018 р. № 2581-VIII³⁸).

Ч. 7 ст. 1254 зазнала змін щодо державної реєстрації у Спадковому реєстрі інформації про скасування заповіту, внесення до нього змін (Закон від 21.09.2010 р. № 2527-VI³⁹).

У 2010 та 2014 році були внесені уточнення до ст. 1269 щодо подання заяви про прийняття спадщини спадкоємцем, який бажає прийняти спадщину, але на час відкриття спадщини не проживав

³³ Про внесення зміни до статті 1241 Цивільного кодексу України : Закон України від 03.11.2004 р. № 2146-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 2. Ст. 39.

³⁴ Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва : Закон України від 25.12.2008 р. № 800-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 19. Ст. 257.

³⁵ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з ратифікацією Конвенції про запровадження системи реєстрації заповітів : Закон України від 21.09.2010 р. № 2527-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 5. Ст. 29.

³⁶ Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України щодо діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України : Закон від 14.04.2009 р. № 1254-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 36–37. Ст. 511.

³⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України від 06.07.2010 р. № 2435-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 46. Ст. 539.

³⁸ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування терміна «особа з інвалідністю» та похідних від нього : Закон України від 02.10.2018 р. № 2581-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 46. Ст. 371.

³⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з ратифікацією Конвенції про запровадження системи реєстрації заповітів : Закон України від 21.09.2010 р. № 2527-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 5. Ст. 29.

постійно із спадкодавцем (Закони від 06.07.2010 р. № 2435-VI⁴⁰, від 20.10.2014 р. № 1709-VII⁴¹). Окрім цього, вносилися редакційні правки до ст.ст. 1272–1273 щодо наслідків пропущення строку для прийняття спадщини та права на відмову від прийняття спадщини.

Суттєві зміни були внесені до ст. 1277 щодо удосконалення правового регулювання відумерлості спадщини та до ст. 1283 щодо охорони спадкового майна (Закон від 20.09.2016 р. № 1533-VIII⁴²). Цим законом передбачені зміни і до ст. 1285 — управління спадщиною.

У 2018 році зазнала змін ст. 1281 — пред'явлення кредитором спадкодавця вимог до спадкоємців, а також ст. 1282, яка стосується обов'язку спадкоємців задовольнити вимоги кредиторів (Закон від 03.07.2018 р. № 2478-VIII⁴³). Також відбулися певні зміни і в ст. 1297, що регулює обов'язок спадкоємця звернутися за свідоцтвом про право на спадщину.

Аналіз змін, внесених до Книги постої дозволяє зробити такі висновки:

(1) більшість з них мала редакційний, юридико-технічний характер;

(2) частина змін була пов'язана із змінами у назвах державних органів та установ, найменуваннях посадових та службових осіб, створенням Спадкового реєстру;

(3) лише частина правок спрямована на сутнісні зміни в правовому регулюванні спадкових відносин;

(4) відсутність системного підходу до удосконалення правового регулювання спадкових відносин.

Попри високу загальну оцінку, **Закон про МПРП** відразу містив прикрі неточності та недоліки, значна частина яких виникла через «неуважність» законодавця під час трансформації положень Книги восьмої «Міжнародне приватне право» *проекту ЦК* до автономного закону. Спектр недоліків був різноманітним: від неправильних назв розділів до втрати повноти регулювання у сфері міжнародного

⁴⁰ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закони України від 06.07.2010 р. № 2435-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 46. Ст. 539.

⁴¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо деяких питань спадкування : Закон України від 20.10.2014 р. № 1709-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 1. Ст. 2.

⁴² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової долі земельних ділянок, власники яких померли : Закон України від 20.09.2016 р. № 1533-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 44. Ст. 747.

⁴³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відновлення кредитування : Закон України від 03.07.2018 р. № 2478-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 46. Ст. 368.

цивільного процесу (останній опинився «розірваним» між трьома актами — *Законом про МПрП*, ЦПК України та ГПК України.

Першою спробою удосконалення нової української кодифікації з МПрП стало прийняття 21 січня 2010 р. Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права» («*Закон про зміни*»). Цим актом запропоновано десять змін до кодифікації, вісім з яких пов'язані лише з редакційними уточненнями назв двох розділів (VI та VII) та викладу деяких статей (ст.ст. 1, 12, 77, 79, 80 *Закону про МПрП*).

Крім редакційних уточнень, у *Законі про МПрП* зроблено дві суттєві зміни досить дискусійного характеру (*перша зміна* — до іноземного елемента в суб'єктному складі додався факт проживання громадянина України за її межами; *друга зміна* полягала у виведенні міжнародних звичаїв із числа джерел колізійного права).

Закон про зміни передбачав корегування не тільки *Закону про МПрП*, але й інших актів колізійного та процесуального права (зокрема КЗпП (ст. 8), ГК (ч.ч. 2–5 ст. 382)). Найбільша кількість змін і доповнень *Законом про зміни* була внесена до ЦПК та ГПК, адже це й не дивно — у базовому акті МПрП не вдалося провести комплексну кодифікацію норм міжнародного цивільного процесу. Законодавець продовжив попередню тактику «балансування» між трьома актами у цій сфері. Названі процесуальні кодекси доповнено однаковими детальними положеннями щодо судових доручень. Зрозуміло, що було б доцільніше включити таку велику кількість норм про судові доручення лише у *Закон про МПрП*, як це зроблено з інститутами про судовий імунітет (*Законом про зміни* виключені відповідні статті із ЦПК та ГПК) та підсудності справ з іноземним елементом. У ЦПК та ГПК дублюючими залишилися положення щодо процесуальних прав та обов'язків іноземних осіб, хоча цей інститут повно представлений у *Законі про МПрП*. А от такий інститут міжнародного цивільного процесу, як визнання та виконання рішень іноземних судів, цілком залишився у рамках ЦПК. Між тим, *Законом про зміни* у цей інститут внесена дуже суттєва новела: рішення іноземного суду визнаються і виконуються в Україні на основі презумпції про взаємність (раніше вимагалася міждержавна договірна взаємність). Подальші зміни в інституті визнання та виконання рішень іноземних судів відбулися у результаті прийняття у 2017 році нової редакції ЦПК. Слід відмітити, що після 2010 року розділи *Закону про МПрП*, присвячені міжнародному цивільному процесу, також зазнали незначних доповнень, які відобразили розвиток законодавства у сфері банкрутства, державно-приватного партнерства, протидії державі-агресору.

Що стосується інших корекцій *Закону про МПрП* після 2010 року, то незначні уточнення текстів відбулися у ст. 31 (форма правочину) та ст. 50 (право, що застосовується до відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт/послуг).

Оцінюючи в цілому зміни та доповнення до колізійного законодавства протягом останніх п'ятнадцяти років, слід констатувати таке:

1) у *Законі про МПрП*, окрім деяких термінологічних уточнень, істотних покращень не сталося;

2) невідкладним завданням законодавця залишається узгодження з нормами *Закону про МПрП* положень інших актів колізійного права;

3) у результаті реформування міжнародного цивільного процесу значно скорочено дублювання його положень у різних актах завдяки «нейтралізації» *ГПК* у цій сфері правового регулювання.

Проте сконцентрувати приписи міжнародного цивільного процесу в одному документі — *Законі про МПрП* — не вдалося.

4. ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ НОРМ СУДАМИ

Правозастосування є надзвичайно важливим чинником, що слугує критерієм ефективності правових норм. ЦК України надає доволі широкі можливості для судової дискреції в процесі їх застосування. Це передусім обумовлено наявністю значного масиву оціночних понять у правовому масиві ЦК, що дає можливість у процесі судового розгляду з'ясувати їх зміст із урахуванням фактичних обставин.

Крім того, судова практика дозволяє виявити прогалини в окремих статтях, неточності, неясності у формулюваннях тощо. Зважаючи на це, постанови ВС (Касаційного цивільного суду та Касаційного господарського суду у складі ВС, Великої Палати ВС), у яких містяться правові позиції щодо тлумачення та застосування норм ЦК, а також чинні постанови Пленуму ВСУ, прийняті до 2010 року, слід розглядати як важливе джерело, яке має використовуватися в процесі рекодифікації.

Особливе місце в цій царині посідають рішення ЄСПЛ, які в силу ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» є обов'язковими для судів України, вони разом із ЄКПЛ складають юриспруденцію ЄСПЛ, яка в частині, що стосується регламентації приватних відносин, повинна враховуватися при оновленні ЦК України.

Для *Книги першої* ЦК України визначальною є позиція судів з питань застосування засадничих принципів цивільного права, загальних підходів до здійснення суб'єктивних цивільних прав та їх захисту, недопущення зловживання правом тощо.

Передусім національні суди доволі широко застосовують принцип справедливості, добросовісності та розумності (ст. 3 ЦК України).

Зокрема, обґрунтовуючи недопустимість збільшення (донарахування) сум, що підлягають оплаті, ВС визнав це неправомірним та таким, що суперечить загальним засадам цивільного законодавства, встановленим ст. 3 ЦК України —

справедливості, добросовісності та розумності, зважаючи на встановлені обставини справи та поведінку сторін⁴⁴.

В іншій справі ВС застосував ст. 3 ЦК України ще ширше та зауважив, що невиконання або неналежне виконання боржником свого грошового зобов'язання не може бути залишене без реагування та застосування до нього міри відповідальності, оскільки це суперечило б загальним засадам цивільного законодавства, якими є справедливість, добросовісність та розумність⁴⁵.

Заслуговує на увагу позиція, викладена у постанові ВС від 15 травня 2019 р., у якій йдеться про взаємозв'язок між категоріями справедливості, добросовісності, розумності, з одного боку, та здійсненням суб'єктивних цивільних прав і зловживання ними — з іншого.

У судовому акті вказується, що однією із основоположних засад цивільного законодавства є справедливість, добросовісність та розумність (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України). Тобто дії учасників цивільних правовідносин повинні відповідати певному стандарту поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення.

Принцип справедливості, добросовісності і розумності є проявом категорій справедливості, добросовісності і розумності як суті права загалом. Принцип добросовісності є одним із засобів утримання сторін від зловживання своїми правами. Основне призначення цього принципу вбачається у наданні суддям більших можливостей з'ясувати в повному обсязі фактичні обставини справи і, насамкінець, встановити об'єктивну істину. Загалом, зміст принципу справедливості, добросовісності і розумності полягає в тому, що тексти законів, правочинів та їх застосування суб'єктами цивільних правовідносин повинні бути належними, справедливими та відповідати загально визнаним нормам обороту та нормам закону.

Згідно зі ст. 13 ЦК України, визначивши межі здійснення цивільних прав, закон встановлює, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд; при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довіллю або культурній спадщині; не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

⁴⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів палати для розгляду справ щодо земельних відносин та права власності Касаційного господарського суду від 26.03.2018 р. у справі № 904/11673/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72972335>.

⁴⁵ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 06.11.2018 р. у справі № 910/9947/15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77916284>.

Цивільне законодавство ґрунтується на вільному здійсненні цивільних прав, а також добросовісності учасників цивільних правовідносин при здійсненні цивільних прав і виконання обов'язків. Таким чином, особа не може отримувати переваги від недобросовісної поведінки⁴⁶.

Заслугує на увагу і тісний зв'язок між принципом свободи договору, закріпленим у ст.ст. 3 та 627 ЦК України, і презумпцією диспозитивності цивільно-правових норм, яка як загальне правило закріплена у ч. 3 ст. 6 ЦК України.

Так, у судовій практиці ВС саме через наявність цього зв'язку і обґрунтовується можливість сторін вільно визначати умови договору та відступати від положень актів цивільного законодавства⁴⁷. Особливо цікавим є те, що подібний суто цивілістичний підхід застосовується судами і до так званих «господарських договорів»⁴⁸.

Окрім зазначеного, під час оновлення положень Книги першої ЦК України доцільно використати і практику ЄСПЛ по застосуванню положень ЄКПЛ.

Так, згідно з позицією ЄСПЛ, у багатьох справах ЄКПЛ є «живим інструментом» (*living instrument*) і тому має сприйматися і тлумачитися у розрізі сучасних, таких, що динамічно змінюються, умов.

Аналіз судової практики, в тому числі й практики ЄСПЛ⁴⁹, дає підстави стверджувати, що закріплення у Книзі першій основних засад цивільного законодавства сьогодні є вкрай витребуваним і дозволяє ефективно використовувати на практиці принципи цивільного права як механізм забезпечення належного захисту цивільних прав, у тому числі за відсутності відповідних правових

⁴⁶ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 15.05.2019 р. у справі № 917/803/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81844300>.

⁴⁷ Окрема думка судді Великої Палати Верховного Суду Ситнік О. М. від 15.01.2020 р. у справі № 322/1178/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87888402>; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 05.03.2019 р. у справі № 904/547/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80308639>.

⁴⁸ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 13.06.2019 р. у справі № 922/2529/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82426040>.

⁴⁹ У наведеному контексті слід звернути увагу на справи: *Vo v. France*, 08.07.2004 та *Evans v. The United Kingdom*, 10.04.2007 під час вирішення питання про виникнення права на життя, юридичний факт народження людини, фізичну особу як суб'єкт цивільних прав тощо; висновки, зроблені ЄСПЛ у справах *Ünal Tekeli v. Turkey*, 16.11.2004, *Garnaga v. Ukraine*, 16.05.2013, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, 09.11.2010, можуть бути використані для формування позиції щодо індивідуалізації фізичної особи; поняття інформації як об'єкта цивільних прав стало предметом розгляду ЄСПЛ у справах *Z v. Finland*, 25.02.1997, *Leander v. Sweden*, 26.03.1987, *Gaskin v. The United Kingdom*, 07.07.1989, *Rotaru v. Romania*, 04.05.2000, *Odievre v. France*, 13.02.2003.

норм, або навпаки — за наявності колізійного регулювання спірних правовідносин.

У контексті застосування судами норм *Книги другої* ЦК України передусім слід зазначити про значний вплив на розвиток цивільно-правового регулювання ОНВ рішень КСУ.

Достатньо згадати конституційне тлумачення поняття «інформація про особисте та сімейне життя особи», якою є будь-які відомості та/або дані про відносини немайнового та майнового характеру, обставини, події, стосунки тощо, пов'язані з особою та членами її сім'ї, за винятком передбаченої законами інформації, що стосується здійснення особою, яка займає посаду, пов'язану з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень. Така інформація про особу є конфіденційною⁵⁰. А також рішення КСУ щодо визнання такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), окремих положень абз. 1 п. 40 Розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України щодо права Міністерства фінансів України отримувати інформацію, що містить персональні дані⁵¹.

Важливим кроком в розвитку приватноправового регулювання ОНВ стало напрацювання судової практики щодо захисту ОНП. Переважна більшість справ стосується захисту гідності, честі та ділової репутації. Так, ще в 2009 році Пленум ВСУ прийняв Постанову «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи»⁵². Ця практика продовжує свій розвиток в рішеннях ВС⁵³. У практиці ВС отримали своє застосування й норми щодо інших ОНП, зокрема: право на належні, безпечні і здорові умови праці (справи щодо відшкодування шкоди, яка заподіяна умовами виробництва,

⁵⁰ Рішення Конституційного Суду України від 20.01.2012 р. № 2-рп/2012 у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України. *Офіційний вісник України*. 2012. № 9 (10.02.2012). Стр. 106. Ст. 332.

⁵¹ Рішення Конституційного Суду України від 11.10.2018 р. № 7-рп/2018 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України. *Офіційний вісник України*. 2018. № 90 (23.11.2018). Стр. 100. Ст. 2992.

⁵² Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2009 р. № 1. *Верховна Рада України. Закодавство України*. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09.

⁵³ Див.: Огляд практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справах про захист гідності, честі та ділової репутації / Упоряд.: Д. Д. Луспенник. Київ, 2019. Вип. 52.

внаслідок порушення таких особистих немайнових прав, як право на життя, право на охорону здоров'я⁵⁴); право на особисту недоторканність (справа про правомірну відмову у прийнятті дитини до садочка без висновку лікарсько-консультативної комісії при відсутності у дитини щеплень⁵⁵); право на індивідуальність (справа про порядок розгляду заяви про встановлення факту народження та національності⁵⁶) тощо.

На основі аналізу практики ЄСПЛ, виходячи із доктрин позитивних обов'язків держави та горизонтального ефекту прав людини, можна виділити такі аспекти ОНВ, які охоплюються змістом СКПЛ:

1. *Право на життя*, що включає такі питання: початок життя⁵⁷; евтаназія та асистоване самогубство⁵⁸; захист життя окремих категорій осіб від вчинення ними самогубства⁵⁹;

2. *Право на здоров'я*, що включає такі питання: згода пацієнта на медичний огляд та лікування⁶⁰; надання невідкладної медичної допомоги⁶¹; відмова від лікування та примусове лікування⁶² (в тому числі осіб, хворих на психічні хвороби⁶³);

3. *Репродуктивні права*, що включає такі питання: пренатальна діагностика⁶⁴; штучне переривання вагітності⁶⁵; право народжувати вдома⁶⁶; штучне запліднення⁶⁷; права дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій⁶⁸; застосування методів стерилізації⁶⁹;

4. *Право на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю*, що включає такі питання: захист від небезпеки, спричиненої

⁵⁴ Постанова Верховного Суду від 07.03.2018 р. у справі № 161/19127/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73029805>.

⁵⁵ Постанова Верховного Суду від 17.04.2019 р. у справі № 682/1692/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81652333>.

⁵⁶ Постанова Верховного Суду від 01.02.2018 р. у справі № 760/19921/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71952400>.

⁵⁷ Див., напр.: *Vo v. France*, 08.07.2004; *Evans v. The United Kingdom*, 10.04.2007.

⁵⁸ Див., напр.: *Pretty v. The United Kingdom*, 29.04.2002; *Haas v. Switzerland*, 20.01.2011; *Lambert and others v. France*, 05.06.2015.

⁵⁹ Див., напр.: *Renolde v. France*, 16.10.2008; *Keenan v. The United Kingdom*, 03.04.2001; *Mosendz v. Ukraine*, 17.01.2013; *Younger v. The United Kingdom*, 07.01.2003; *Fernandes De Oliveira v. Portugal*, 31.01.2019.

⁶⁰ Див., напр.: *Hoffmann v. Austria*, 23.06.1993.

⁶¹ Див., напр.: *Nitecki v. Poland*, 21.03.2002; *Oyal v. Turkey*, 23.03.2010.

⁶² Див., напр.: *Glass v. The United Kingdom*, 09.03.2004.

⁶³ Див., напр.: *Bensaid v. The United Kingdom*, 06.02.2001; *X v. Finland*, 03.07.2012.

⁶⁴ Див., напр.: *Draon v. France*, 06.10.2005.

⁶⁵ Див., напр.: *Tysi c v. Poland*, 20.03.2007; *A, B AND C v. Ireland*, 16.12.2010.

⁶⁶ Див., напр.: *Ternovszky v. Hungary*, 14.12.2010.

⁶⁷ Див., напр.: *Evans v. The United Kingdom*, 10.04.2007; *S.H. and others v. Austria*, 03.11.2011.

⁶⁸ Див., напр.: *Mennesson c. France*, 26.06.2014; *Labassee c. France*, 26.06.2014.

⁶⁹ Див., напр.: *K.H. and others v. Slovakia*, 28.04.2009.

екологічними або техногенними катастрофами⁷⁰; захист від нещасних випадків⁷¹;

5. *Право на безпечне для життя і здоров'я довкілля*, що включає такі питання: викиди шкідливих речовин від промислових об'єктів⁷²; право на інформацію про екологічні ризики або аварії⁷³; шумове забруднення⁷⁴;

6. *Право на свободу та особисту недоторканність*, що включає такі питання: втрата свободи з вини приватних осіб⁷⁵; заборона фізичного покарання дітей⁷⁶; правове визнання гендерної ідентичності⁷⁷;

7. *Право на ім'я*, що включає такі питання: реєстрація та зміна імені чи його складових⁷⁸; визначення прізвища особи після одруження⁷⁹;

8. *Повага до людини, яка померла*, що охоплює такі питання: час та місце поховання⁸⁰; вилучення органів померлої особи⁸¹;

9. *Право на недоторканність ділової репутації*, що охоплює такі питання: захист репутації публічних осіб⁸²; баланс між правом на репутацію та правом на свободу слова⁸³; захист майнових аспектів ділової репутації — гудвілу⁸⁴;

10. *Право на індивідуальність*, що охоплює такі питання: право встановити своє походження⁸⁵; релігійна самобутність⁸⁶; прояв індивідуальності через зовнішність⁸⁷; національна самобутність⁸⁸;

11. *Право на особисте життя та його таємницю*, що охоплює такі питання: захист персональних даних⁸⁹; відбір і зберігання клітинного

⁷⁰ Див., напр.: *Öneriyildiz v. Turkey*, 30.11.2004; *Budayeva and others v. Russia*, 20.03.2008; *Kolyadenko and others v. Russia*, 28.02.2012, *Brincat and others v. Malta*, 24.07.2014.

⁷¹ Див., напр.: *Kalender c. Turquie*, 15.12.2009; *Banel v. Lithuania*, 18.06.2013; *Cevrioğlu v. Turkey*, 04.10.2016; *Binnur Uzun et autres c. Turquie*, 19.09.2017.

⁷² Див., напр.: *Giacomelli v. Italy*, 02.11.2006.

⁷³ Див., напр.: *Tătar c. Roumanie*, 27.01.2009.

⁷⁴ Див., напр.: *Moreno Gómez v. Spain*, 16.11.2004.

⁷⁵ Див., напр.: *Riera Blume and others v. Spain*, 14.10.1999.

⁷⁶ Див., напр.: *Wetjen and others v. Germany*, 22.03.2018.

⁷⁷ Див., напр.: *Hämäläinen v. Finland*, 16.07.2014.

⁷⁸ Див., напр.: *Garnaga v. Ukraine*, 16.05.2013.

⁷⁹ Див., напр.: *Ünal Tekeli v. Turkey*, 16.11.2004; *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, 09.11.2010.

⁸⁰ Див., напр.: *Hadri-Vionnet v. Switzerland*, 14.02.2008.

⁸¹ Див., напр.: *Petrova v. Latvia*, 24.06.2014.

⁸² Див., напр.: *Egill Einarsson v. Iceland*, 07.11.2017.

⁸³ Див., напр.: *Tamiz v. The United Kingdom*, 19.09.2017.

⁸⁴ Див., напр.: *Van Marle and Others v. The Netherlands*, 26.06.1986.

⁸⁵ Див., напр.: *Odievre v. France*, 13.02.2003.

⁸⁶ Див., напр.: *Folgerø and others v. Norway*, 29.06.2007.

⁸⁷ Див., напр.: *Biržietis v. Lithuania*, 14.06.2016.

⁸⁸ Див., напр.: *Ciubotaru v. Moldova*, 27.04.2010.

⁸⁹ Див., напр.: *Rotaru v. Romania*, 04.05.2000.

матеріалу, а також визначення і збереження профілів ДНК⁹⁰; доступ до особистої інформації⁹¹; таємниця інформації про стан здоров'я⁹²;

12. *Право на сімейне життя та його таємницю*, що охоплює такі питання: фактичне проживання однією сім'єю⁹³; одностатеві пари⁹⁴; взаємне спілкування між матір'ю чи батьком і дитиною⁹⁵; усиновлення⁹⁶; прийомні сім'ї⁹⁷; сімейне життя між братами і сестрами, бабою і дідом та онуками⁹⁸;

13. *Право на інформацію*, що охоплює такі питання: свобода отримувати і передавати інформацію⁹⁹; свобода засобів масової інформації¹⁰⁰; свобода художньої творчості¹⁰¹; свобода наукової діяльності¹⁰²; доступ до мережі «Інтернет»¹⁰³; доступ до публічної інформації¹⁰⁴;

14. *Право на таємницю кореспонденції*, що охоплює такі питання: листи приватного і професійного характеру¹⁰⁵; поштові посилки¹⁰⁶; телефонні розмови¹⁰⁷; електронні повідомлення (e-mail)¹⁰⁸; використання інтернету¹⁰⁹; дані, що зберігаються на комп'ютерних серверах¹¹⁰, включно з жорсткими¹¹¹ і гнучкими дисками¹¹²; телекси¹¹³; повідомлення на пейджери¹¹⁴; приватна радіотрансляція¹¹⁵.

⁹⁰ Див., напр.: *S. and Marper v. The United Kingdom*, 04.12.2008.

⁹¹ Див., напр.: *Odievre v. France*, 13.02.2003.

⁹² Див., напр.: *Z v. Finland*, 25.02.1997.

⁹³ Див., напр.: *Johnston and others v. Ireland*, 18.12.1986.

⁹⁴ Див., напр.: *Vallianatos and others v. Greece*, 07.11.2013.

⁹⁵ Див., напр.: *Monory v. Romania and Hungary*, 05.04.2005.

⁹⁶ Див., напр.: *Pini and others v. Romania*, 22.06.2004.

⁹⁷ Див., напр.: *Moretti et Benedetti c. Italie*, 27.04.2010.

⁹⁸ Див., напр.: *Moustaquim v. Belgium*, 18.02.1991; *Marekx v. Belgium*, 13.06.1979.

⁹⁹ Див., напр.: *Ahmet Yildirim v. Turkey*, 18.12.2012.

¹⁰⁰ Див., напр.: *Lingens v. Austria*, 08.07.1986; *Times Newspapers Limited v. the United Kingdom*, 10.03.2009.

¹⁰¹ Див., напр.: *Müller and others v. Switzerland*, 24.05.1988.

¹⁰² Див., напр.: *Sorguc v. Turkey*, 23.06.2009.

¹⁰³ Див., напр.: *Ahmet Yildirim v. Turkey*, 18.12.2012.

¹⁰⁴ Див., напр.: *Leander v. Sweden*, 26.03.1987; *Gaskin v. The United Kingdom*, 07.07.1989.

¹⁰⁵ Див., напр.: *Niemietz v. Germany*, 16.12.1992.

¹⁰⁶ Див., напр.: *X. v. the United Kingdom*, 12.10.1978.

¹⁰⁷ Див., напр.: *Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, 25.02.1992.

¹⁰⁸ Див., напр.: *Bărbulescu v. Romania*, 05.09.2017.

¹⁰⁹ Див., напр.: *Copland v. The United Kingdom*, 03.04.2007.

¹¹⁰ Див., напр.: *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, 16.10.2007.

¹¹¹ Див., напр.: *Petri Sallinen and others v. Finland*, 27.09.2005.

¹¹² Див., напр.: *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, 22.05.2008.

¹¹³ Див., напр.: *Christie v. The United Kingdom*, 27.06.1994.

¹¹⁴ Див., напр.: *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, 22.10.2002.

¹¹⁵ Див., напр.: *X. and Y. v. Belgium*, 13.05.1982.

15. *Право на зображення*, що охоплює такі питання: право особи контролювати використання свого зображення¹¹⁶; відеоспостереження у громадських місцях¹¹⁷;

16. *Право на недоторканність житла*, що охоплює такі питання: займання або пошкодження власності¹¹⁸; виселення з житла¹¹⁹; зміни умов договору найму¹²⁰; неспроможність осіб, переміщених внаслідок воєнного конфлікту, повернутись до свого житла¹²¹;

17. *Право на свободу об'єднання і мирні зібрання*, що охоплює такі питання: свобода мирних зібрань¹²²; свобода об'єднання¹²³.

Також слід відзначити важливість рішень КСУ для регламентації РП і в цілому приписів *Книги третьої* ЦК України.

На підставі приписів Конституції України КСУ сформулював низку юридичних позицій щодо РП, зокрема щодо правового режиму власності, зіставлення положень Конституції та галузевих законів про право власності, змісту права власності, конституційно-правових меж права власності, іпотеки як специфічного виду забезпечення зобов'язання нерухомим майном, переважного права орендаря на придбання державного, в тому числі й військового майна¹²⁴.

¹¹⁶ Див., напр.: *Reklos and Davourlis v. Greece*, 15.01.2009.

¹¹⁷ Див., напр.: *Peck v. The United Kingdom*, 28.01.2003.

¹¹⁸ Див., напр.: *Khamidov v. Russia*, 15.11.2007.

¹¹⁹ Див., напр.: *Orlic v. Croatia*, 21.06.2011.

¹²⁰ Див., напр.: *Berger-Krall and others v. Slovenia*, 12.06.2014.

¹²¹ Див., напр.: *Sargsyan c. Azerbaidjan*, 16.06.2015.

¹²² Див., напр.: *Djavit An v. Turkey*, 20.02.2003.

¹²³ Див., напр.: *Gorzelik and Others v. Poland*, 17.02.2004.

¹²⁴ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Гуляка Володимира Олександровича щодо офіційного тлумачення положень пункту 2 статті 10 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» від 09.11.2011 р. № 14-рп/2011, у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення у 2008 році земельних аукціонів» (справа про земельні аукціони) від 11.11.2008 р. № 25-рп/2008, у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 1, 2, 4, 6 Закону України «Про передачу колекції образотворчого мистецтва Акціонерного товариства «Градобанк» у державну власність», Постанови Верховної Ради України «Про визнання колекції образотворчого мистецтва національним надбанням України» від 16.10.2008 р. № 24-рп/2008, у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22.09.2005 р. № 5-рп/2005, у справі за конституційним зверненням закритого акціонерного товариства «Оболонь» та громадянина Винника Віктора Володимировича про офіційне тлумачення положень частини другої статті 8 Закону України «Про господарські товариства», пункту 1, абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність» (справа про права акціонерів ЗАТ) від 11.05.2005 р. № 4-рп/2005, у справі за конституційним зверненням Центральної спілки споживчих

Важливе значення у розвитку РП має *практика судів загальної юрисдикції*. Переважна більшість справ стосується захисту права власності.

Так, Пленуми ВСУ і ВССУ прийняли постанови «Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності» від 22 грудня 1995 р. № 20¹²⁵, «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» від 7 лютого 2014 р. № 5¹²⁶ та «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» від 30 березня 2012 р. № 5¹²⁷. Питанням судової практики іпотеки присвячений лист ВСУ від 1 лютого 2015 р. «Аналіз

товариств України про офіційне тлумачення положень пункту 1 статті 9, пункту 1 статті 10 Закону України «Про споживчу кооперацію», частини четвертої статті 37 Закону України «Про кооперацію» (справа про захист права власності організації споживчої кооперації) від 11.11.2004 р. № 16-рп/2004, Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» (справа про мораторій на примусову реалізацію майна) від 10.06.2003 р. № 11-рп/2003, у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 7, 8 Закону України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України», за конституційним зверненням Воробйова В. Ю., Лосева С. В. та інших громадян щодо офіційного тлумачення положень статей 22, 41, 64 Конституції України (справа про заощадження громадян) від 10.10.2001 р. № 13-рп/2001, у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини четвертої статті 3, частини другої статті 5, частин другої та сьомої статті 7 і частин п'ятої статті 29 Закону України «Про приватизацію державного майна» (в редакції Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про приватизацію майна державних підприємств» від 19 лютого 1997 року) (справа щодо приватизації державного майна) від 01.07.1998 р. № 9-рп/1998, у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «КІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України від 19.09.2012 р. № 17-рп/2012, у справі за конституційним зверненням громадянина Запорожцева Олександра Семеновича щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 1241 Цивільного кодексу України (справа про право на обов'язкову частку у спадщині повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця) від 11.02.2014 р. № 1-рп/2014.

¹²⁵ Про судову практику в справах за позовами про захист права приватної власності : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 22.12.1995 р. № 20. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0020700-95>.

¹²⁶ Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 р. № 5. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-14>.

¹²⁷ Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин : Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 р. № 5. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12>.

судової практики застосування судами законодавства, яке регулює іпотеку як заставу нерухомого майна»¹²⁸.

Ця практика продовжує свій розвиток у рішеннях ВС¹²⁹, у практиці якого отримали своє застосування норми щодо всіх РП, зокрема: право власності¹³⁰, довірча власність¹³¹, речові права на чуже майно¹³², право очікування¹³³, іпотека та застава¹³⁴, переважне право кушівлі нерухомості¹³⁵, притримання майна¹³⁶.

На основі аналізу практики ЄСПЛ, виходячи із доктрин позитивних обов'язків держави та права власності як визначального конвенційного права людини, заслуговують на увагу такі аспекти РП, які охоплюються змістом ЄКПЛ:

1. *Право на захист власності*, що охоплює такі питання: встановлення значущої мети й законності втручання в право

¹²⁸ Аналіз судової практики застосування судами законодавства, яке регулює іпотеку як заставу нерухомого майна: Лист Верховного Суду України від 01.02.2015 р. *ЛІГА:ЗАКОН*. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/vss00088>.

¹²⁹ Див.: Огляд практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду щодо розгляду справ у спорах, що виникають із спадкових правовідносин. *Верховний Суд*. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/ogljad_KCS.pdf; Дайджест судової практики Великої Палати Верховного Суду за I півріччя 2020 року. *Верховний Суд*. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Dajdzhest_VP_01_01_30_06_2020.pdf; Огляд судової практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду Рішення, внесені до ЄДРСР за лютий 2020 року. *Верховний Суд*. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_KCS_02_2020.pdf.

¹³⁰ Огляд судової практики розгляду Касаційним господарським судом у складі Верховного Суду справ у спорах щодо права власності За період з 01.01.2018 по 01.11.2018. *Верховний Суд*. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_vlasn.pdf.

¹³¹ Див.: постанова Великої палати Верховного Суду від 05.06.2019 р. № 755/12638/15-ц, постанова Вищого господарського суду України від 05.04.2017 р. у справі № 42/339-10.

¹³² Огляд практики Верховного Суду у справах щодо права користування чужою земельною ділянкою: сервітут, емфітевзис, суперфій. *Верховний Суд*. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_zemlya.pdf.

¹³³ Див.: Постанови Верховного Суду України від 18.02.2015 р. у справі № 6-244ц14, від 24.06.2015 р. у справі № 6-318ц15, від 02.12.2015 р. у справі № 6-1502ц15, від 02.12.2015 р. у справі № 6-1732ц15, від 18.11.2015 р. у справі № 6-1858ц15, від 04.11.2015 р. у справі № 6-1920ц15, від 10.02.2016 р. у справі № 6-2250ц15, від 25.05.2016 р. у справі № 6-503ц16, від 30.03.2016 р. у справі № 6-3129ц15, від 30.03.2016 р. у справі № 6-265ц16, від 23.03.2016 р. у справі № 6-289ц16, від 16.03.2016 р. у справі № 6-290ц16, від 20.04.2016 р. у справі № 6-2994ц15.

¹³⁴ Див.: Постанова Великої палати Верховного Суду від 18.09.2018 р. у справі № 921/107/15-г/16; Постанова Верховного Суду від 11.04.2018 р. у справі № 761/17280/16-ц; Постанова Верховного Суду від 14.11.2018 р. у справі № 910/ 2535/18.

¹³⁵ Див.: Постанови Верховного Суду України від 30.03.2016 р. у справі № 6-107ц16, від 10.10.2012 р. у справі № 6-106ц12.

¹³⁶ Див.: Постанови Вищого господарського суду України від 06.10.2015 р. у справі № 918/150/15, від 10.01.2011 р. у справі № 19/46 та від 19.01.2011 р. у справі № 3/115-09; постанова господарського суду Волинської області від 13.10.2011 р. у справі № 5004/1503/11, постанова Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 10.05.2018 р. у справі № 904/7589/17.

власності¹³⁷, пропорційність (рівновага) втручання в право власності¹³⁸, майно та легітимні очікування¹³⁹, експропріація та націоналізація¹⁴⁰;

2. *Право на обмежені речові права*, що охоплює такі питання: сервітут¹⁴¹, іпотека¹⁴².

Аналіз судової практики застосування положень *Книги четвертої* «Право інтелектуальної власності» та спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності виявив низку суттєвих проблем:

(1) щодо колізій положень спеціальних законів та ЦК у зв'язку з неприведенням у 2003–2018 роках спеціального законодавства у відповідність до ЦК України;

(2) щодо видачі охоронних документів без проведення кваліфікаційної експертизи на корисні моделі та промислові зразки. Недоліки законодавства призвели до розвинутого патентного тролінгу, користування цим для зупинення вантажів на митному кордоні з вимогами сплати винагороди; а також для обходу винаходів через патентування корисних моделей;

(3) щодо діяльності організацій колективного управління;

(4) ускладненим є захист прав на найменування юридичної особи з невідповідністю повною мірою законодавства сучасній практиці європейських країн; потребує вдосконалення зіставлення інститутів охорони прав на найменування та на комерційне (фірмове) найменування та низка інших проблем правозастосовної практики.

Заслугове на особливу увагу аналіз практики національних судів щодо застосування норм *Книги п'ятої* «Зобов'язальне право».

Слід відзначити, що судові рішення (в тому числі і ті, які ухвалюються найвищими судовими інстанціями) далеко не завжди є послідовними, обґрунтованими; мають місце розбіжності у тлумаченні

¹³⁷ Див., напр.: *Marckx v. Belgium*, no. 6833/74, 13.06.1979; *Zwierzynski v. Poland*, no. 34049/96, 19.06.2001.

¹³⁸ Див., напр.: *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, no. 7151/75; 7152/75, 23.09.1982; *Khrystov v. Ukraine*, no. 24465/04, 19.02.2009; *Novoseletskiy v. Ukraine*, no. 47148/99, 22.02.2005; *Fedorenko v. Ukraine*, no. 25921/02, 01.06.2006; *Kryvenkyu v. Ukraine*, no. 43768/07, 16.02.2017; *Rysovskyy v. Ukraine*, no. 29979/04, 20.10.2011.

¹³⁹ Див., напр.: *Broniowski v. Poland*, no. 31443/96, 28.09.2005; *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, 07.05.2002; *Jasiūnienė v. Lithuania*, no. 41510/98, 06.03.2003; *Voytenko v. Ukraine*, no. 18966/02, 29.06.2004; *Kopecký v. Slovakia*, no. 44912/98, 28.09.2004.

¹⁴⁰ Див., напр.: *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, no. 7151/75; 7152/75, 23.09.1982; *Hentrich v. France*, no. 13616/88, 22.09.1994; *Brumărescu v. Romania*, no. 28342/95, 28.10.1999; *Dacia S.R.L. v. Moldova*, no. 3052/04, 24.02.2009; *James and others v. The United Kingdom*, no. 8793/79, 21.02.1986; *Vasilescu v. Romania*, no. 53/1997/837/1043, 22.05.1998; *Beyeler v. Italy*, no. 33202/96, 05.01.2000.

¹⁴¹ Див., напр.: *Ponomarenko v. Ukraine*, no. 13156/02, 14.06.2007.

¹⁴² Див., напр.: *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, no. 14902/04, 20.09.2011; *Stubbings and others v. The United Kingdom*, no. 22083/93, 22095/93, 22.10.1996.

одних і тих же правових норм, неоднакове їх застосування в аналогічних фактичних ситуаціях.

Це в тому числі є свідченням недоліків, якими страждають окремі норми зобов'язального права.

Наявні проблеми в застосуванні таких норм під час ухвалення судових рішень є підставою для глибокого їх осмислення з метою забезпечення у ході оновлення Книги п'ятої ЦК України максимальної правової визначеності, чіткості формулювань, логічної послідовності правового масиву.

Виходячи із аналізу практики національних судів, потребують ґрунтовного опрацювання та корекції питання правової регламентації:

- (1) заміни сторін у зобов'язанні (ст.ст. 512–523 ЦК України);
- (2) виконання зобов'язання (ст.ст. 526–545 ЦК України);
- (3) забезпечення зобов'язання, зокрема: неустойки (ст. 549 ЦК України); поруки (ст.ст. 554, 559 ЦК України); гарантії (ст.ст. 561, 564 ЦК України); притримання (ст.ст. 594, 595 ЦК України).
- (4) правових наслідків порушення зобов'язань (ст.ст. 610–624 ЦК України);
- (5) грошових зобов'язань (ст. 625 ЦК України).

Висновок про необхідність опрацювання наведених проблем підтверджується наявністю численних судових рішень (практично всіх інстанцій, включаючи судові палати ВС), ухвалених з порушеннями правових норм, викликаних також їх дефектами.

Основною проблемою національних судів у частині вирішення недоговірних спорів є відсутність чіткої регламентації недоговірних зобов'язань. Так, відсутність нормативних орієнтирів у питаннях визначення причинно-наслідкового зв'язку, вини правопорушника, відсутність дієвої методики розрахунку розміру моральної шкоди, відсутність чіткої відповіді на питання щодо співвідношення норм договірної та недоговірної (зокрема деліктної) права та низки інших питань не сприяють формуванню усталеної судової практики. Окремо слід зупинитися на значній кількості бланкетних норм, які не конкретизуються у спеціальному законодавстві. Йдеться про положення ст. 1177 ЦК України, яка практично є мертвою нормою, оскільки закон про порядок відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, відсутній.

Досвід застосування положень *Книги шостої* ЦК судами, державними органами та установами, органами місцевого самоврядування, нотаріусами та адвокатами виявив певні недоліки в регулюванні окремих видів спадкових відносин, деяких правових понять та конструкцій.

Під час оновлення правового регулювання спадкових відносин необхідно враховувати напрацювання ВС у справах про спадкування, щодо строку вимоги кредитора і строк позовної давності¹⁴³, скасування чи визнання заповіту недійсним¹⁴⁴, складення нового заповіту передбачає втрату чинності попереднім заповітом повністю або частково¹⁴⁵; довічного успадковуваного володіння¹⁴⁶; спадкування права користування земельною ділянкою¹⁴⁷; обставин, які підлягають встановленню для вирішення спорів про стягнення заборгованості за вимогами кредитора до спадкоємців боржника¹⁴⁸ тощо.

Аналіз практики застосування спадкового законодавства свідчить про необхідність його модернізації. Проблема полягає в тому, що, незважаючи на концептуально новий підхід, закладений у ЦК України, який декларує широку правову свободу у сфері спадкового права, чинна правова модель зазнає суттєвих перепон в частині її адаптації до сучасної судової та нотаріальної практики застосування спадкового законодавства. У цьому аспекті слід вказати на істотні порушення судами принципу свободи заповіту в зв'язку із поширеною практикою визнання недійсними заповітів, посвідчених нотаріусами за межами свого нотаріального округу, що жодним чином не впливає на формування волі та волевиявлення сторони правочину, а також не є порушенням його форми.

Крім того, здійснюючи тлумачення заповіту, суди в окремих випадках фактично змінюють волю власника, підміняючи в такий спосіб сам заповіт. Варто наголосити також на неоднозначному розумінні судами умов заповіту та безпідставне ототожнення такого розпорядження із заповідальним відказом, адже фактично ігнорується імперативне правило щодо існування умов заповіту на час відкриття спадщини.

Складність у розумінні певних категорій спадкового права призводить до критичної ситуації, коли нотаріуси відмовляють у вчиненні нотаріальних дій, які хоча й визначені законом, проте є нетиповими (наприклад, посвідчення заповіту із покладенням на

¹⁴³ Постанова Великої палати Верховного Суду від 17.04.2018 р. у справі № 522/407/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73469649>.

¹⁴⁴ Постанова Верховного Суду від 28.11.2018 р. у справі № 2-1201/2005. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78298716>.

¹⁴⁵ Постанова Верховного Суду від 26.06.2019 р. у справі № 369/3186/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82797694>.

¹⁴⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 20.11.2019 р. у справі № 368/54/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86105173>.

¹⁴⁷ Постанова Верховного Суду від 03.04.2019 р. у справі № 525/1385/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81286465>.

¹⁴⁸ Постанова Верховного Суду від 20.02.2019 р. у справі № 755/7730/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80005728>.

спадкоємців певних дій немайнового характеру або заповіту з умовою).

Окремі проблеми правового регулювання спадкових відносин розглядалися КСУ. Варто згадати офіційне тлумачення положення ч. 1 ст. 1241 ЦК України щодо права повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця на обов'язкову частку у спадщині¹⁴⁹.

Проблеми судової практики *у сфері МПрП* мали б знайти адекватне відображення у низці роз'яснень і листів вищих судових інстанцій¹⁵⁰. Проте названі документи часом є лише повторенням або не ліпшим переказом задіяних у регулюванні відносин з іноземним елементом нормативних актів. А в описах наведених там справ, на жаль, відсутній аналіз колізійного права на предмет визначення спірних підходів до тлумачення його норм, виявлення прогалин у регулюванні, вирішення за юридичною аналогією, неоднакового застосування певних правил МПрП тощо.

Більшість текстів згаданих вище документів нагадує суддям, крім колізійних, деякі процесуальні питання розгляду справ з іноземним елементом. Міжнародному цивільному процесу присвячені також спеціальні судові «директиви»¹⁵¹, які є певною підказкою суддям для вирішення нечисленних, порівняно з їхньою загальною кількістю справ. Їхній вплив на покращення судової практики залишається вкрай незначним. Наприклад, вони так й не змогли подолати «хворобу» вітчизняної судової системи, яка полягає у безпідставному застосуванні публічного порядку для вирішення питання про виконання іноземних арбітражних рішень в Україні.

¹⁴⁹ Рішення Конституційного Суду України від 11.02.2014 р. № 1-рп/2014 у справі за конституційним зверненням громадянина Запорожцева Олександра Семеновича щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 1241 Цивільного кодексу України (справа про право на обов'язкову частку у спадщині повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця). *Вісник Конституційного Суду України*. 2014. № 2. С. 15.

¹⁵⁰ Роз'яснення Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 03.05.2002 р. № 04-5/608; Листи Вищого господарського суду України «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009 р. та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» від 16.05.2013 р. № 24-754/0/4-13.

¹⁵¹ Прийнята ще 24 грудня 1999 р. постанова Пленуму Верховного Суду України № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання і виконання рішень іноземних судів та арбітражів, а також про скасування рішень, прийнятих у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» та Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних прав «Про практику розгляду судами справ про оспорювання рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду України при Торгово-промисловій палаті України та про визнання та виконання рішень міжнародних та іноземних арбітражів» від 1 вересня 2015 року.

Якщо ж шукати у роз'ясненнях, листах, узагальненнях, постановках вищих судових інстанцій або в окремих судових рішеннях реальний запит життя для удосконалення законодавства про МПрП, то в цьому питанні роль судової практики вбачається ще меншою. Трапляються навіть випадки, коли суди наповнюють таке законодавство регресивним тлумаченням. Показовим у цьому плані є розділ 9 Постанови Пленуму ВСУ «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24 жовтня 2008 р. № 13. У цьому документі вища судова інстанція констатувала, що відносини між українськими та іноземними акціонерами створеного в Україні товариства не можуть підпорядковуватися іноземному праву, а угода про вибір права (якщо укладена) є нікчемною. Більше того, на думку Пленуму, учасники акціонерного товариства позбавлені можливості передавати корпоративні спори на розгляд міжнародним комерційним арбітражним судам тощо. На відміну від аналогічних за змістом рекомендацій ВГСУ «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» від 28 грудня 2007 р., розділ 9 або вся постанова № 13 на сьогодні ще не скасовані.

У контексті впливу практики ЄСПЛ на сферу МПрП слід зазначити, що від початку своєї діяльності ЄСПЛ вирішує чимало справ, які демонструють суттєвий вплив прав, закріплених у ЄКПЛ, на МПрП. За даними дослідників, кількість таких справ з 1960-х років наближається до двохсот¹⁵², причому більшість з них припадає вже на XXI ст. Найчастіше положення ЄКПЛ впливають на три сфери МПрП (юрисдикція, визнання і виконання іноземних судових рішень, колізійні норми).

Вплив інституту прав людини відбувається переважно через контроль певної країни над своїми внутрішніми нормами МПрП. Такі норми переглядаються та оцінюються у кожній державі-члені ЄКПЛ на предмет їх відповідності правам людини.

Так, корегування норм у сфері визнання і виконання іноземних судових рішень можна проілюструвати справою *Wagner and J.W.M.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, ECHR 2007-VII. У цій справі ЄСПЛ постановив, що відмова Люксембурзького суду у визнанні судового рішення, винесеного у Перу, про усиновлення порушує право на повагу до сімейного життя (ст. 8 ЄКПЛ). Причиною розгляду справи у ЄСПЛ стало те, що іноземне судове рішення не визнається у Люксембурзі, якщо при цьому порушуються національні колізійні правила. А колізійна норма для такого випадку встановлювала, що

¹⁵² *Kiestra L. R.* The impact of the ECHR on private international law: An analysis of Strasbourg and selected national case law (PhD Thesis). 2013: Amsterdam Center for International Law (ACIL). 382 p.

умови усиновлення визначаються за *lex patriae* матері, яка у цій справі була громадянкою Люксембургу. Особистий закон матері (право Люксембургу) не дозволяв повного усиновлення одинакам. На цій підставі матері було відмовлено у визнанні Перуанського рішення. Проте ЄСПЛ не погодився з цим, вважаючи що в Перу була створена сім'я *de facto*, а тому відмова у визнанні Перуанського рішення порушує ст. 8 ЄКПЛ. Справи *Mary Green and Ajad Farhat v. Malta (dec.)*, no. 38797/07, 6 July 2010; *McDonald v. France (dec.)*, no. 18648/04, 29 April 2008; *Négrépontis-Giannisis v. Greece*, no. 56759/08, 3 May 2011 та ін. також вказують на необхідність корегування вітчизняних правил МПрП країни форуму, коли йдеться про визнання набутого закордоном статусу, що захищається ЄКПЛ.

Щодо впливу прав людини на *колізійне право*, то як приклад можна навести перегляд у 1980-х роках низки «сімейних» колізійних норм у ФРН, Італії та інших країнах. Тоді суди чи законодавець цих країн відкидали прив'язки до національного права чоловіка у сімейних відносинах, як такі, що відображають патріархальний погляд на шлюб та не відповідають новим ціннісним орієнтирам (недискримінаційність, рівність чоловіка і жінки).

Нещодавно ЄСПЛ піддав ретельній перевірці колізійну норму Франції на предмет відповідності загальному принципу рівності та права на сімейне життя у справі *Harroudj v. France*, no. 43631/09, 4 October 2012. Ця справа підкреслила необхідність оцінювати *кожне правило МПрП* крізь призму ЄКПЛ. І в цьому її велике значення.

Якщо конституційний або міжнародний контроль за відповідністю вітчизняних норм МПрП правам людини є відносно новим явищем, то *оцінка іноземного права та іноземного судового рішення через категорію публічного порядку*, що стосується прав людини, — класичний та «старий» інструмент МПрП. Ще у справах «про рабство», що розглядалися у XVIII ст. в Англії та Франції, зміст застосованого в тих справах публічного порядку включав, безумовно, аспект людських прав.

Сьогодні категорія публічного порядку для держав-учасниць ЄКПЛ набула нових граней. Зараз незастосування іноземного права або невизнання іноземного судового рішення, що суперечать правам людини, стає *обов'язком держав*. Причому обсяг невідповідності встановлений безпосередньо у ЄКПЛ. У справі *Pellegrini v Italy App*, no. 30882/96, ECtHR 20 July 2000 суд постановив, що держава-учасниця ЄКПЛ порушує гарантію справедливого правосуддя (ст. 6), якщо її суди визнають іноземне судове рішення ухвалене у країні, яка не є учасницею ЄКПЛ, судовий процес якої не відповідав усім вимогам ст. 6 ЄКПЛ.

Виходячи із вищенаведеного, положення українського законодавства про МПрП повинні бути «перевірені правами людини»

та в разі потреби певною мірою адаптовані до того, щоб Україна виконувала свої міжнародні зобов'язання за ЄКПЛ та іншими інструментами в царині людських прав.

5. УНІФІКАЦІЙНІ АКТИ, ACQUIS ТА ЗАРУБІЖНЕ ЗАКОНОДАВСТВО

Процес оновлення приватного права у сучасних умовах набуває глобального характеру, перш за все у європейських країнах. Він характеризується гармонізацією правового режиму впорядкування приватної сфери шляхом створення рекомендаційних актів, метою яких є формування спільних (загальних) підходів до врегулювання найбільш актуальних проблемних питань.

Моделі оптимальної регламентації для багатьох сфер приватноправових відносин сьогодні пропонуються численними Директивами і Регламентами ЄС, іншими надзвичайно авторитетними міжнародними актами, такими як Принципи UNIDROIT, Принципи Ландо, DCFR, CISG. Як свідчить цей далеко не повний перелік, світовою цивілістичною спільнотою в цьому напрямі зроблено величезні кроки.

Названі документи мають однакові уніфікаційні цілі, принципи, формулювання численних правил, характеризуються принципом наступності.

Як зазначають розробники DCFR Крістіан фон Бар, Ерік Клів та Паул Варул, *DCFR як переважно науковий текст відображає розвиток цивілістичної думки в Європі, а також у всьому світі. Розроблений текст є добрим зразком для вдосконалення законодавства у сфері приватного права, незалежно від того, є держава членом ЄС чи ні. DCFR має велике значення для держав, у яких розробляються нові цивільно-правові кодифікації або вдосконалюються існуючі кодекси. Для створення DCFR був проведений глибокий аналіз приватноправових актів різних європейських держав... Гармонізація приватного права сприяє інтеграції економіки та взаємодії між людьми. DCFR як модельний закон покликаний підготувати до модернізації цивільного законодавства окремих держав. Незалежно від того, чи є держава учасником ЄС, і беручи до уваги певну спільність принципів та моделей, у ході вдосконалення національних законів DCFR повинен привести до більш широкої гармонізації приватного права, яка, в свою чергу, сприяє більш успішній взаємодії між юридичними особами та громадянами як у комерційних, так і в інших сферах*¹⁵³.

¹⁵³ Модельные правила европейского частного права. Предисловие к российскому изданию. М. : Статут, 2013. С. 47.

Навряд чи є потреба додатково обґрунтувати доцільність і необхідність під час оновлення ЦК України враховувати принципові ідеї, закладені в наведених міжнародних документах.

Слід зазначити, що процес модернізації цивільного законодавства з урахуванням концептуальних положень DCFR, Принципів UNIDROIT, Принципів Ландо охопив більшість європейських країн із розвинутими цивільно-правовими кодифікаціями (Німеччина, Франція, Чехія, Польща, Румунія, країни Балтії та ін.).

Варто зауважити, що ще у 2002 році, під час виступу на Конгресі UNIDROIT в Римі *Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration*, професор Оле Ландо заявив, що через різні підходи в різних правових системах до концепції Європейського цивільного кодексу робота у його групі (відомій як *Комісія Ландо*) в основному йде у напрямі розробки загальної доктрини цивільного права¹⁵⁴.

При цьому слід врахувати, що пострадянські країни, які здійснювали роботу з підготовки нових цивільних кодексів, не розглядалися як учасники вищезазначеного процесу, а тому і не мали на меті одномоментно досягти рівня приватноправових конструкцій західного зразка. Тому просування законодавства України до рівня європейських кодифікацій відбувалося поступово і досить обережно протягом п'ятнадцяти років із збереженням ustalених вітчизняних традицій у законотворенні.

У процесі оновлення *Книги першої* ЦК України варто врахувати положення:

1. Принципів UNIDROIT, зокрема: глави 3 «Дійсність» у частині визнання правочинів (договорів) недійсними;

глави 4 «Тлумачення» у частині з'ясування змісту категорій «розумність», «тлумачення правочину (договору)»;

2. DCFR, зокрема: DCFR визначають базовими і пріоритетними принципами засади свободи, безпеки, справедливості та ефективності. Вони можуть розглядатися важливими вихідними положеннями як під час оновлення Книги першої, так і ЦК України в цілому.

У наведеному контексті заслуговують на увагу також приписи ст.ст. I-1:103 «Добросовісність і чесна ділова практика» та I-1:104 «Розумність».

Можуть бути корисними в процесі оновлення Книги першої також положення про письмову форму та підпис, які містяться у

¹⁵⁴ Гармонизація частного права. *Юридическая практика*. 2002. № 48 (258). URL : <https://pravo.ua/articles/garmonizacija-chastnogo-prava>.

ст.ст. I-1:106, I-1:107; а також про обчислення строків (ст. I-1:110) Книги I «Загальні положення».

Враховуючи зобов'язання, взяті на себе Україною відповідно до Угоди про асоціацію, а також враховуючи тенденції європеїзації приватного права, вбачається необхідним під час оновлення *Книги другої* ЦК України, як і цивільного законодавства в цілому, звернути увагу на акти *acquis*, серед яких:

- (1) *Acquis*, які стосуються права на інформацію¹⁵⁵;
- (2) *Acquis*, які стосуються права на приватність¹⁵⁶;
- (3) *Acquis*, які стосуються репродуктивних прав¹⁵⁷;
- (4) *Acquis*, які стосуються особистих немайнових прав, що пов'язані із сімейними правовідносинами¹⁵⁸;
- (5) *Acquis*, які стосуються права на здоров'я¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Зокрема, Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law; Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings; Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC.

¹⁵⁶ Зокрема, Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime; Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA; Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications).

¹⁵⁷ Зокрема, Directive 98/79/EC of the European Parliament and of the Council of 27 October 1998 on in vitro diagnostic medical devices; Commission Directive 2006/17/EC of 8 February 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as regards certain technical requirements for the donation, procurement and testing of human tissues and cells (Text with EEA relevance).

¹⁵⁸ Зокрема, Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction; Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships; Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes; Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation; Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations; Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000; Regulation (EU) 2019/1157 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on strengthening the security of identity cards of Union citizens and of residence documents issued to Union citizens and their family members exercising their right of free movement.

Доцільність врахування положень *acquis* є актуальною і в процесі рекодифікації *Книги третьої* ЦК України. Обґрунтованим є використання таких *acquis*:

(1) *Acquis*, які стосуються права на житлову нерухомість¹⁶⁰;

(2) *Acquis*, які стосуються права на предмети культури¹⁶¹;

(3) *Acquis*, які стосуються прострочених платежів та титульного фінансового забезпечення¹⁶²;

(4) *Acquis*, які стосуються «кібервласності»/віртуальної власності¹⁶³.

Важливе значення на розуміння РП у межах права ЄС має судова практика Європейського суду справедливості, зокрема, з таких питань:

(1) негати́вна гармонізація норм речового права держав-членів ЄС¹⁶⁴;

¹⁵⁹ Зокрема, Regulation (EU) 2017/746 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on in vitro diagnostic medical devices and repealing Directive 98/79/EC and Commission Decision 2010/227/EU; Regulation (EU) No 536/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on clinical trials on medicinal products for human use, and repealing Directive 2001/20/EC; Directive 2010/45/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation; Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells; Directive 2002/98/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage and distribution of human blood and blood components and amending Directive 2001/83/EC тощо.

¹⁶⁰ Зокрема, Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010.

¹⁶¹ Зокрема, Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, Directive 96/100/EC of the European Parliament and of the Council of 17 February 1997 amending the Annex to Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, Directive 2001/38/EC of the European Parliament and of the Council of 5 June 2001 amending Council Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012.

¹⁶² Зокрема, Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions, Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements.

¹⁶³ Зокрема, Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) тощо.

- (2) захист права власності як основоположного права ЄС¹⁶⁵;
- (3) вільне переміщення товарів¹⁶⁶;
- (4) вільне переміщення осіб (установи) та капіталу¹⁶⁷.

Подальший розвиток положень *Книги четвертої* ЦК України повинен враховувати зобов'язання України, що випливають із Угоди про асоціацію, а також врахування законодавства ЄС у цій сфері (в частині, що стосується уточнення, доповнення або зміни певних положень ЦК України). Вказане стосується положень Угоди про асоціацію та законодавства ЄС щодо:

- (1) строків чинності майнових прав інтелектуальної власності на твори і об'єкти суміжних прав¹⁶⁸;
- (2) права на прокат, права на позичку¹⁶⁹;
- (3) виплати винагороди авторам, виконавцям; можливості перегляду ліцензійних договорів та договорів про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності з авторами та виконавцями з метою виплати цим суб'єктам належної винагороди¹⁷⁰;
- (4) прав інтелектуальної власності на комп'ютерну програму, базу даних, що створені у зв'язку з виконанням трудового договору¹⁷¹;
- (5) права слідування¹⁷²;

¹⁶⁴ Див., напр.: *Elisabeth Schulte and Wolfgang Schulte v Deutsche Bausparkasse Badenia AG* (Case C-350/03, 25.10.2005), *Gerda Möllendorf and Christiane Möllendorf-Niehuus* (Case C-117/06, 11.10.2007), *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* (Case C-503/04, 18.07.2007), *Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union* (Case C-376/98, 05.10.2000).

¹⁶⁵ Див., напр.: *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities* (Case 4-73, 14.05.1974), *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz* (Case 44/79, 13.12.1979).

¹⁶⁶ Див., напр.: *H. Krantz GmbH & Co. v Ontvanger der Directe Belastingen and Netherlands State* (Case C-69/88, 07.03.1990).

¹⁶⁷ Див., напр.: *Manfred Trummer and Peter Mayer* (Case C-222/97, 16.03.1999).

¹⁶⁸ Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version); Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights.

¹⁶⁹ Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version).

¹⁷⁰ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

¹⁷¹ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (codified version); Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

¹⁷² Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art.

(6) правового режиму використання сирітських творів та творів, які знаходяться поза межами комерційного обороту¹⁷³;

(7) охорони прав на винаходи у сфері біотехнологій¹⁷⁴;

(8) сертифікату додаткової охорони для лікарських заходів та засобів захисту рослин¹⁷⁵;

(9) охорони прав на промислові зразки, зокрема уточнення критеріїв патентоздатності, охорони прав на незареєстровані промислові зразки¹⁷⁶;

(10) охорони прав на торговельні марки, зокрема щодо нових видів торговельних марок¹⁷⁷;

(11) охорони прав на компонування напівпровідникових виробів¹⁷⁸;

(12) охорони прав на географічні зазначення, традиційні гарантовані страви, спеціальні найменування якості¹⁷⁹;

(13) охорони прав на сорти рослин, зокрема строків чинності майнових прав¹⁸⁰;

(14) охорони прав на ноу-хау та бізнесову інформацію¹⁸¹;

(15) питань захисту ПІВ, зокрема щодо визначення збитків внаслідок порушення ПІВ; передбачення як альтернативи виплати паушальної суми як принаймні суми роялті, якби порушник

¹⁷³ Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works. Directive (EU) 2019/790.

¹⁷⁴ Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions.

¹⁷⁵ Regulation (EC) 469/2009 of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 concerning the supplementary protection certificate for medicinal products (codified version); Regulation (EC) 1901/2006 of 12 December 2006 on medicinal products for pediatric use and amending Regulation (EEC) № 1768/92, Directive 2001/20/EC, Directive 2001/83/EC and Regulation (EC) № 726/2004; Regulation (EC) 1610/96 of the European Parliament and of the Council of 23 July 1996 concerning the creation of a supplementary protection certificate for plant protection products.

¹⁷⁶ Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs; Council Regulation (EC) 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs.

¹⁷⁷ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification).

¹⁷⁸ Council Directive 87/54/EEC of 16 December 1986 on the legal protection of topographies of semiconductor products.

¹⁷⁹ Regulation (EU) 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs.

¹⁸⁰ Council Regulation (EC) 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights.

¹⁸¹ Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.

звернувся щодо надання дозволу (ст. 240 Угоди про асоціацію, ст. 13 Директиви 2004/48/ЄС¹⁸²) тощо.

Зазначимо, що у 2004–2018 роках не були реалізовані вимоги Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 р. та Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р. щодо адаптації законодавства України у сфері інтелектуальної власності відповідно до законодавства ЄС. Вказаним Законом визначалися строки здійснення адаптації законодавства (зокрема й у сфері інтелектуальної власності). Водночас у визначені строки (2004–2007) відповідні проекти законодавчих актів не було подано до Верховної Ради України.

Викладене обумовило істотне відставання законодавства у сфері інтелектуальної власності в Україні від сучасної практики держав-членів ЄС.

Другий етап адаптації законодавства розпочався з підписанням Угоди про асоціацію у 2014 році. Однак лише у 2019–2020 рр. законами від 20 вересня 2019 р. № 123–ІХ, від 19 вересня 2019 р. № 111–ІХ, 21 липня 2020 р. № 815–ІХ, 21 липня 2020 р. № 816–ІХ¹⁸³ були внесені окремі зміни до ЦК України стосовно врахування вимог Угоди про асоціацію та права ЄС у сфері промислової власності. Проте процес адаптації національного законодавства не є закінченим у частині необхідності внесення змін стосовно охорони авторського права і суміжних прав, комерційної таємниці, врахування положень Директиви 2015/2436 про наближення законодавства, що стосується торговельних марок, а також інших актів ЄС.

Зазначимо також, що з урахуванням вимог Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», а також з метою запровадження однакового з ЄС правового режиму щодо охорони та

¹⁸² Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

¹⁸³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони географічних зазначень : Закон України від 20.09.2019 р. № 123-ІХ. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 45. Ст. 290; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення охорони прав на компонування напівпровідникових виробів : Закон України 19.09.2019 р. № 111-ІХ. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 42. Ст. 236; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями : Закон України від 21.07.2020 р. № 815-ІХ. *Офіційний вісник України*. 2020. № 67 (28.08.2020). Стор. 248. Ст. 2148; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства : Закон України від 21.07.2020 р. № 816-ІХ. *Офіційний вісник України*. 2020. № 67 (28.08.2020). Стор. 268. Ст. 2149.

захисту ПІВ у рамках передбаченої Угодою про асоціацію зони вільної торгівлі, у процесах адаптації законодавства мають враховуватися рішення Суду ЄС щодо тлумачення актів ЄС, без врахування яких (зокрема, що стосується охорони промислових зразків, біотехнологічних винаходів, сертифікату додаткової охорони) не є можливим ефективне застосування адаптованого відповідно до актів ЄС українського законодавства.

Нормативний масив *Книги п'ятої* ЦК України на етапі оновлення повинен бути орієнтований передусім на ідеї, закладені у фундаментальних актах гармонізації європейського приватного права, зокрема на DCFR, а також на Принципи Ландо. Так, Книга II DCFR охоплює визначення договору, положення про автономію волі під час укладення договору, форми договору, етапи його укладення, питання недійсності, в тому числі підстави недійсності, регламентує переддоговірні обов'язки, тлумачення договорів.

Принциповим для рекодифікації ЦК є вирішення питання про місце положень, які присвячені регламентації саме договору, насамперед, які положення доцільно перенести до Книги першої (до глави 16), розширивши її зміст наявністю положень щодо договору як юридичного факту, враховуючи, що саме договори складають найбільший сегмент у загальному обсязі правочинів. Вочевидь, не випадково у DCFR Книга II присвячена договорам та іншим юридичним актам (тобто юридичним фактам), а Книга III — зобов'язанням та відповідним правам.

Аналізуючи основні ідеї Книги III DCFR, можна відзначити, що значна увага приділена як різним видам зобов'язань (умовним, обмеженим у часі дії), так і особливостям їх виконання, способам припинення, а також умовам і способам захисту у разі невиконання.

У процесі оновлення нормативного масиву, присвяченого регулюванню недоговірних зобов'язань, перспективним є використання положень, що містяться в PETL. Так, пропонується імплементувати до § 1 глави 82 ЦК окремі положення, присвячені визначенню шкоди, що підлягає відшкодуванню (*Protected interests*, ст. 2:102); шкоди, яка не підлягає відшкодуванню (*Legitimacy of damage*, ст. 2:103); превентивним витратам (*Preventive expences*, ст. 2:104); доказуванню завдання шкоди (*Proof of damage*, ст. 2:105). Перспективною є об'єктивація у новій редакції ЦК безпосереднього причинно-наслідкового зв'язку та інших умов (*Conditio sine qua non*, ст. 3:101; *Concurrent causes*, ст. 3:102; *Alternative causes*, ст. 3:103; *Potential causes*, ст. 3:104; *Uncertain partial causation*, ст. 3:105; *Uncertain causes within the victim's sphere*, ст. 3:106).

Перспективними, з погляду можливої їх імплементации до ЦК України, є положення розділу III PETL — Загальні підстави

відповідальності за завдану шкоду (*Bases of Liability*), зокрема положення ст. 4:102 «Загальноприйняті норми поведінки» (*Required standard of conduct*).

Доволі прогресивними є також положення розділу IV PETL — Обставини, що звільняють від відповідальності (*Defences*).

Перспективними у контексті їх можливої імплементації є положення глави III Регламенту «Рим II» у частині об'єктивації поняття «*culpa in contrahendo*» (ст. 12).

Значний інтерес викликають положення Книг V, VI та VII DCFR, які безпосередньо присвячені особливостям регулювання недоговірної сфери.

У контексті можливої об'єктивації переддоговірної відповідальності як відповідальності за недобросовісне та (або) нечесне ведення переговорів доцільним є запозичення досвіду, сформульованого у розділі III глави 3 Книги II DCFR (ст.ст. II.-3:301, II.-3:302).

Зважаючи на взаємопов'язаність недоговірних зобов'язань з низкою загальних норм, які є складовою інститутів захисту та відповідальності (в т.ч. і договірної відповідальності), деякі положення Принципів Ландо повинні бути враховані задля підготовки проекту відповідних змін до ЦК. Так, особливу увагу слід приділити положенням глави 8 «Невиконання та загальні положення про засоби правового захисту» (*Non-Performance and Remedies in General*, ст.ст. 8:101–8:109) та глави 9 «Окремі засоби правового захисту при невиконанні» (*Particular Remedies for Non-Performance*, ст.ст. 9:101–9:510).

На увагу заслуговують положення ст. 7.1.7 Принципів UNIDROIT щодо непереборної сили (форс-мажору) та розділу 4 глави 7 «Збитки» (ст.ст. 7.4.1–7.4.13).

Беззаперечно важливими є як сам процес оновлення ЦК, так і його результати у країнах, у яких діють «класичні» цивільні кодифікації, — Франція та Німеччина. Здобутки реформування положень зобов'язального права в Німеччині, а також реформування передусім положень деліктної відповідальності, який ще триває у Франції, повинні бути проаналізовані і максимально враховані в процесі рекодифікації ЦК України.

Роботи з удосконалення нормативного масиву *Книги постої* ЦК повинні ґрунтуватися на вивченні досвіду іноземних країн, особливо країн ЄС у цій сфері; з урахування міжнародно-правових актів щодо спадкування, таких як Конвенція ради Європи (Базельська конвенція) про запровадження системи реєстрації заповітів від 16 травня 1971 р., Регламент 650/2012 від 4 липня 2012 р. про компетенцію, застосовуване право, визнання і виконання рішень,

прийняття і виконання нотаріальних актів з питань спадкування, а також про створення європейського свідоцтва про спадкування («Рим IV») тощо.

У процесі рекодифікації значної уваги потребує питання розвитку національного законодавства з урахуванням тенденцій у законодавствах країн ЄС та з'ясування доцільності запровадження до спадкового законодавства України окремих правових конструкцій та понять. Цьому також сприяє процес оновлення цивільного законодавства в європейських країнах, який відбувається як шляхом прийняття нових кодексів (Чехія, Угорщина), так і шляхом внесення суттєвих змін до вже існуючих кодифікацій (Німеччина, Франція, Молдова) у частині регулювання спадкового права.

При цьому модернізацію законодавства, його вдосконалення слід відрізнити від механічного запозичення певних правових конструкцій, навіть правових інститутів із зарубіжних правопорядків. Неприпустимо включати до цивільного законодавства конструкції та традиції, зародження і розвиток яких нам не зовсім відомі і не повною мірою з'ясовані. Це особливо гостро виявляється у сфері спадкування, що нерозривно пов'язана із національними звичаями, особливій ментальності суспільства, яка формувалася століттями.

Аналіз європейського законодавства у сфері спадкового права свідчить про значне розширення свободи заповіту та впровадження правових конструкцій, невідомих національному законодавству. Окремі зарубіжні правопорядки регулюють фідеокомісарні субституції, тобто підпризначення спадкоємцю, який прийняв спадщину. Французьке законодавство, починаючи з 2006 року, допускає фідеокомісарні субституції, причому не лише у відносинах стосовно родичів. Фідеокомісарна субституція відома і німецькому праву, де спадкодавець має право призначити спадкоємця таким чином, що він стане спадкоємцем (додатковий спадкоємець) тільки після того, як спочатку спадкоємцем буде інша особа. В Австрії спадкодавець має право зобов'язати спадкоємця після своєї смерті або в інших випадках передати прийняте спадкове майно другому призначеному спадкоємцю.

За іспанським законодавством допускаються фідеокомісарні субституції, відповідно до яких спадкоємець повинен зберегти та передати все майно або його частину третій особі; вони поширюються до другого ступеня споріднення або встановлюються на користь осіб, які були живими на момент смерті заповідача (ст. 781 ЦК Іспанії).

Ще одним важливим напрямом регулювання спадкових відносин у зарубіжних правопорядках є визнання спадкових прав за дітьми спадкодавця, зачатих після відкриття спадщини із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. Наприклад, ст. 9.2 Закону Іспанії про допоміжні методи репродукції людини від

26 травня 2006 р. надає можливість використання репродуктивного матеріалу протягом дванадцяти місяців після смерті чоловіка для запліднення його дружини з юридичними наслідками, що випливають із сімейного походження. Використання репродуктивного матеріалу після смерті можливе за умови надання чоловіком згоди на це у спеціальному документі, заповіті або інструкції. Таке право надається також чоловікам, які не перебувають у шлюбі.

Відповідно до § 2101 НЦУ, у разі призначення спадкоємцем особи, не зачатої на момент відкриття спадщини, слід вважати, що вона є додатковим спадкоємцем, якщо не доведено інше. До народження дитини, зачатої після смерті спадкодавця, основними спадкоємцями визнаються спадкоємці за законом (§ 2105 НЦУ).

Крім того, слід вказати й на значне «пом'якшення» в частині регулювання права на обов'язкову частку у спадщині, що спостерігається останнім часом в окремих європейських країнах. Зокрема, згідно з § 773а ЦК Австрії, якщо спадкодавець та особа, наділена правом на отримання обов'язкової частки у спадщині, ніколи не перебували у близьких стосунках, які зазвичай існують у сім'ї між подібними родичами, то спадкодавець може зменшити обов'язкову частку наполовину. Але така можливість не застосовується, якщо спадкодавець безпідставно відхилив здійснення права на особисте спілкування із спадкоємцем, який має право на обов'язкову частку у спадщині.

Відповідно до ст. 1056 ЦК Іспанії з метою збереження бізнесу, цілісності підприємства, збереження контролю над капіталом корпорації або їхніх груп обов'язкова частка у спадщині може бути сплачена готівкою. Якщо готівки не вистачає, платіж може бути відкладений на строк, що не перевищує 5 років з дня смерті спадкодавця.

За чеським законодавством, до обов'язкової частки у спадщині зараховується все набуте обов'язковим спадкоємцем внаслідок заповідального відказу та інших розпоряджень з боку спадкодавця. Додатково до обов'язкової частки зараховується й те, що обов'язковий спадкоємець безоплатно отримав від спадкодавця протягом останніх трьох років до його смерті, включаючи витрати на створення окремого домогосподарства, та сплати боргів такого спадкоємця. При цьому в такому випадку не беруться до уваги звичайні подарунки.

У 2010 році до німецького законодавства були внесені істотні зміни, спрямовані на збільшення свободи заповіту за рахунок зменшення прав обов'язкових спадкоємців. Внаслідок таких змін розширено перелік підстав для позбавлення спадкоємця права на обов'язкову частку у спадщині (§ 2333 НЦУ), а також суттєво збільшено права спадкоємців за заповітом на відстрочення відшкодування вартості обов'язкової частки у спадщині (§ 2331a

НЦУ). Спадкоємець має право вимагати відстрочення виконання обов'язкової частки у спадщині, якщо негайне виконання поставило б його в скрутне становище, зокрема змусило б продати квартиру, в якій проживає його сім'я, або продати майно, що становить економічну основу життя. Рішення про відстрочення належить до компетенції суду із спадкових справ.

Зважене використання вказаного досвіду іноземних країн значною мірою покращить рівень правового регулювання спадкових відносин.

Під час кодифікації українського *МПрП* були широко використані ідеї *Римської конвенції*, *Гаазької конвенції 1986 року* та інших Гаазьких конвенцій. Відтоді нові підходи до колізійних рішень та міжнародного цивільного процесу знаходять подальший розвиток і відображення у регламентах ЄС та документах Гаазької конференції з міжнародного приватного права (*Гаазька конференція*).

Принципово важливими в аспекті рекодифікації українського колізійного законодавства вбачаються сучасні *регламенти ЄС* у цій царині (Рим I, Рим II, Рим III, Рим IV, Брюссель I, Брюссель II *vis* тощо), які фактично створили європейську кодифікацію МПрП.

Гаазькій конференції належить особливе місце у втіленні ідеї широкої уніфікації приватного права. Конвенціями цієї організації, членом якої з 2003 року є також Україна, охоплено широке коло питань як у сфері міжнародного цивільного процесу, сімейного, спадкового права, так й окремих аспектів права міжнародних комерційних контрактів. У рамках цієї організації на сьогодні розроблено низку документів щодо уніфікації саме колізійних норм, зокрема, Конвенція про право, що застосовується до агентських відносин 1978 року; Конвенція про право, що застосовується до трастів 1985 року; Конвенція про цінні папери 2006 року тощо.

Принципові ідеї вищезгаданих регіональних та універсальних уніфікаційних актів полягають у зміцненні приватноправових начал колізійного права, розширенні диспозитивності міжнародного приватного права, підвищенні регулятивних можливостей колізійних норм, надання останнім більшої гнучкості з одночасним збереженням їх визначеності, «матеріалізації» вибору права, використання одновекторного підходу до вирішення колізійного питання.

Варто також відмітити, що у ХХІ ст. найсучасніші ідеї колізійного регулювання втілено у численних нових кодифікаціях МПрП, як у рамках цивільних кодексів (Аргентина, Литва, Молдова, Нідерланди, Румунія тощо), так і в окремих законах і кодексах з МПрП Естонії (2002), Бельгії (2004), Болгарії (2005), Японії (2007), Туреччини (2007), Польщі (2011), Чехії (2012), Монако (2017), Угорщини (2017) тощо.

6. ОЧІКУВАНІ РЕЗУЛЬТАТИ МОДЕРНІЗАЦІЇ

Реалізація запропонованої Концепції, яка базується на ідеї «м'якої рекодифікації», дозволить, з одного боку, зберегти всі надбання та досягнення чинного ЦК України, а з іншого — адаптувати його до реалій сьогодення, у тому числі продиктованих сучасними європейськими підходами та рівнем цивільного і ділового обороту, який характеризується діджиталізацією усіх процесів у суспільстві, глибоким проникненням новітніх технологій у підприємницьку діяльність, пріоритетним застосуванням положень ЄКПЛ та інших міжнародних актів у сфері прав людини, підтриманням міжнародних ініціатив щодо розвитку інформаційного суспільства, свідомого застосування автоматизованих роботів і штучного інтелекту, репродуктивних технологій і генної інженерії, підвищенням ролі диспозитивності в договірному регулюванні тощо.

Рекодифікація ЦК дасть відповіді на низку загроз втручання в *особисте життя фізичної особи*, обумовлених сучасним розвитком технологій. Йдеться, зокрема, про заборону евгеніки, народження генетично ідентичних людей, трансформацію генів (крім лікування генетичних захворювань); закріплення на рівні ЦК репродуктивних прав фізичної особи як системи відокремлених особистих немайнових прав, що спрямовані на здійснення репродуктивної функції фізичних осіб; визначення цивільно-правових наслідків зміни статі; забезпечення цивільно-правового захисту права на персональні дані та ін.

Модернізація *речового права* забезпечить ефективнішу його взаємодію із зобов'язаннями, іншими правовими масивами і тим самим сприятиме стабільності й передбачуваності приватного права. Книга третя матиме завершений вигляд: у ній пропонуються як загальні положення, так і уточнені та доповнені спеціальні інститути у сфері РП. Системне оновлення Книги поряд із позитивним впливом на внутрішньонаціональні цивільно-правові механізми регулювання майнових відносин сприятиме наблизенню відповідних вітчизняних інститутів до європейських стандартів цивільного (приватного) права.

Найважливішим результатом оновлення Книги четвертої стане завершення оновлення законодавства з охорони *права*

інтелектуальної власності в Україні, включаючи спеціальні закони та ЦК України, з досягненням:

(1) відповідності законодавства положенням Угоди про асоціацію та законодавства ЄС, міжнародним договорам, учасником яких є Україна;

(2) узгодження положень ЦК та спеціальних законів;

(3) вирішенням проблем, виявлених під час застосування законодавства.

При цьому у Книзі четвертій та главі 75 ЦК України повинні визначитися з єдиних теоретичних та методологічних позицій основні положення регулювання відносин інтелектуальної власності для різних об'єктів ПІВ, розвиток яких здійснюється спеціальним законодавством. Вказаний процес є складовою утворення сучасної, що відповідає потребам суспільства, системи інтелектуальної власності в Україні.

Оновлення кодифікації норм **зобов'язального права** з урахуванням сучасних європейських і світових тенденцій максимально зближить ці норми з нормами світового зобов'язального права (зокрема, з нормами провідних правопорядків ЄС, які наразі здійснюють активне реформування власного зобов'язального законодавства). Це створить в Україні належні умови для надійного захисту суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних законом інтересів усіх учасників цивільних правовідносин, забезпечить активний розвиток громадянського суспільства і створить сприятливі умови для інтеграції економіки України в європейське співтовариство.

У результаті такого оновлення норми зобов'язального права України будуть здатні більш ефективно забезпечувати досягнення тих важливих цілей правового порядку, на які спрямовані зусилля усієї європейської правової спільноти, що прагне, насамперед, досягнути єдності, чіткості і ясності цивільних правовідносин на усьому континенті. Українське зобов'язальне право стане не тільки більш адекватним сучасним реаліям, а й більш простим, зрозумілим і доступним як для громадян України, так і для громадян інших країн.

Оновлення **спадкового права** сприятиме єдності судової практики та однакового застосування спадкового законодавства у нотаріальній практиці. Крім того, очікується удосконалення національного законодавства про спадкування з урахуванням тенденцій у законодавствах країн ЄС з дотриманням національних традицій та звичаїв, що сприятиме належному захисту прав та інтересів учасників спадкових відносин.

Здійснюючи рекодифікацію цивільного законодавства, пропонується повернутися до звичайно прийнятого у світі погляду на місце у цивільній кодифікації приватноправового нормативного масиву у сфері *сім'ї та шлюбу*. Зважаючи на історію права та юридичну логіку, такий нормативний масив складає вагомую частину приватного права та органічно переплетений з усіма конструкціями та розділами цивільних кодексів — спадковим правом, правом власності, зобов'язаннями, дієздатністю, опікою і піклуванням тощо. Сучасне *сімейне право* неможливо розглядати окремо від цивільного, навіть з погляду юридичної техніки — настільки органічно питання сімейного права вплетені у канву всього цивільного права. Отже, включення сімейного права до оновленого ЦК України розглядається Робочою групою як архіважливий крок до гармонізації української доктрини і законодавства з *jus commune*.

Оновлення *кодифікації МПрП* забезпечить ефективнішу взаємодію української правової системи з правовими системами світу і тим самим сприятиме розвитку міжнародних економічних та інших відносин.

Відновлення книги «Міжнародне приватне право» в оновленому ЦК України відповідатиме її правовій традиції (у ЦК 1963 р. містилася подібна частина, хоча під іншою назвою: «Застосування іноземного права та міжнародних договорів, правоздатність і дієздатність іноземних громадян»). Практична користь у перенесенні колізійного права до кодексу полягає у підвищенні як його ролі в регулюванні приватних відносин, так і значимість самих правил міжнародного приватного права. А сам кодекс матиме завершений вигляд: у книзі про МПрП пропонуються спеціальні механізми регулювання у випадку переведення приватних відносин у міжнародну площину. Включення МПрП до цивільних кодексів, крім переваг єдності, логічності та зручності тісно пов'язаних між собою правових масивів, надасть усі позитивні моменти так званої «автономної» кодифікації, а також значні дидактичні та правозастосовні переваги.

ЗМІСТ

Перелік умовних скорочень	4
ВСТУП	5
ОСНОВНІ НАПРЯМИ ОНОВЛЕННЯ (РЕКОДИФІКАЦІЇ)	
1. Загальні положення	7
2. Особисті немайнові права	14
3. Речове право	19
4. Право інтелектуальної власності	30
5. Зобов'язальне право	34
6. Спадкове право	54
7. Сімейне право	59
8. Міжнародне приватне право	60
ДОДАТКИ	70
1. Чинники та передумови оновлення ЦК України	71
2. Основні результати кодифікації цивільного законодавства 2004 року та МПрП 2005 року	75
3. Огляд та оцінка змін до ЦК після 2004 року та Закону про МПрП після 2005 року	84
4. Практика застосування приватноправових норм судами	95
5. Уніфікаційні акти, <i>acquis</i> та зарубіжне законодавство	112
6. Очікувані результати модернізації	124

Наукове видання

КОНЦЕПЦІЯ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Редактори *Ю. Білоусов, О. Подолянчук*
Обкладинка *А. Стрихар*

Підписано до друку 07.12.2020. Формат 60х90¹/16.
Гарнітура Century Schoolbook
Обл.-вид. друк. арк. 7,59. Ум. друк. арк. 7,06. Тираж 200 прим.
Замовлення №1207-0610
від 07.12.2020

Виготовлено в друкарні
ТОВ «Видавничий дім «АртЕк»
04050, м. Київ, вул. Ю. Ілленка, 63,
Тел. 067 440 11 37
ph-artec@ukr.net
www.book-on-demand.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
Серія ДК № 4779 від 15.10.14