УДК 347.4:342.9

Жанна Вікторівна Завальна,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,
доктор юридичних наук, професор

ПОНЯТТЯ ПУБЛІЧНОСТІ В ДОГОВІРНОМУ РЕГУЛЮВАННІ ВІДНОСИН ПРИВАТНОЇ СФЕРИ

В юридичній науці та в законодавстві України нерідко застосовуються одні й ті ж поняття із різними смисловим значенням. Мало зауважити, що це є нелогічним і для науки, і для практики, але стан проблеми погіршується тим, що застосування таких термінів відображається незаконними та несправедливими рішеннями на долях людей і держави. До таких загально відомих понять відноситься також і термін «публічний». Деякі результати аналізу та міркувань з приводу застосування терміну «публічний договір» при регулюванні відносин приватної сфери наведені у нижчевикладених тезах.

1. Публічність є принципом всього механізму правового регулювання не тільки відносин публічної, а також і приватної сфери. Мова йде, не про точкове та виключне зазначення характеристики правового інституту, наприклад захисту прав споживачів, але про пронизуючий елемент механізму, який визначає напрямок роботи всього механізму правового регулювання відносин у суспільстві. Виходячи з цього публічний договір є кінцевою точку механізму регулювання, конкретним засобом впливу на відносини.

2. Публічна та приватна сфера є дві частини одного цілого – правового поля [1, с. 86]. Приватне та публічне взаємодіють і на теоретичному, і на практичному рівні з'являється все більше проявів конвергенції приватного та публічного права. І сфери відносин, і їх правове регулювання мають точки взаємодії та взаємопереходів із приватного в публічне, і навпаки. На нашу думку, публічний договір є однією з таких точок взаємодії сфер та регулювання.

Якщо в приватному праві, зокрема в цивільному законодавстві прямо закріплений публічний договір, виникає питання про існування приватного договору в публічному праві. Публічний договір домовленість між з одного боку багатьма слабкими та одним сильним – з іншого. Приватні домовленості можуть бути в публічній сфері, але це вже неправове договірне регулювання, оскільки проявляються ознаки корупційних дій, оскільки всі діють на благо суспільства і тільки один задовольняє свої інтереси. Закони логіки та принцип рівноваги, в противагу цивільному праву підштовхує до того, щоб запропонувати введення поняття «приватний договір» в адміністративне право. Введення даного поняття здійснюватиме функцію захисту публічного інтересу.

3. Поняття «публічний договір» в цивільному праві за своїм змістовним навантаженням не відповідає ознакам та функціям, які закладені в дане поняття законодавцем та відображені в положеннях ст. 633 ЦК України. Виходячи із аналізу згаданої статті, законодавцем надається поняття, що містить ознаки, які стосуються: 1) виокремлення кола суб'єктів-сторін такого виду договорів; 2) захисту приватного інтересу; 3) встановлення обмеження свободи договору в частині обрання контрагента.

Щодо *першої ознаки*, привертає увагу те, що законодавець не зазначає обов'язкової участі ні одного із суб'єктів публічного права, які можуть бути учасниками цивільних відносин згідно зі ст. 2 ЦК України. *Друга ознака* також вказує на приватність даних видів договорів. Оскільки ті види договорів, які вказані законодавцем як публічні (роздрібна

© Завальна Ж. В., 2018

торгівля, перевезення транспортом загального користування, медичне, готельне обслуговування, тощо), як правило (за виключенням банківського обслуговування), можуть укладати переважно фізичні особи, що також свідчить про наявність охорони та захисту приватних інтересів. Щодо *третьої ознаки*, сторона-надавач не може відмовити в укладенні договору за наявності *можливостей надання* споживачеві відповідних товарів, робіт, послуг. В даному випадку законодавець зробив акцент на сукупності суб'єктивного та об'єктивного, тобто суб'єктивної можливості як суб'єктивного права особи та наявності об'єктивованих у часі та просторі товарів, ресурсів щодо надання послуг чи виконання робіт. На відміну від публічної сфери де сторона-надавач також зобов'язана надавати публічні послуги всім і кожному, хто до неї звернеться, але у такої сторони є повноваження (право-обов'язок), яке вона повинна обов'язково виконати без будь-яких застережень про наявність чи відсутність суб'єктивних можливостей.

Такі договори всіма своїми видовими ознаками спростовують свою назву «публічні». Такий висновок став можливим за наявності таких аргументів. По-перше, такі договори направлені на захист прав споживачів, які є приватними особами; по-друге укладаються та виконуються на захист інтересу одного чи групи приватних осіб, але не для захисту публічного інтересу; по-третє, принцип свободи договору є приватноправовим принципом і його обмеження може бути встановлене тільки у приватній сфері, оскільки в публічній сфері відносно договірного регулювання відносин діє протилежний принцип «тільки те, що дозволено». Тому навряд чи справедливо говорити про адекватне застосування категорії «публічний» до договорів, основною функцією яких є захист приватного інтересу будь-кого із споживачів, хоча і в розумінні відкритості, доступності товару, послуги будь-кому.

Виходячи із того, що в таких договорах превалює функція охорони прав споживачів, було б справедливіше говорити не про «публічний договір», а про «споживчий договір». В даному випадку це дало б позитивний результат як в наукових, так і в практичних цілях, і слугувало б для очищення поняттєвого апарату приватного і публічного права, оскільки одночасне застосування одного і того ж поняття із різними визначеннями, як мінімум, є нелогічним і непослідовним.

Список бібліографічних посилань

1. Алексеев С. С. Теория права. Изд. 2-е, перераб. и доп. М. : Бек, 1995. 320 с.

Одержано 02.04.2018

УДК 347.67

Юрій Олександрович Заіка,
професор кафедри цивільного і трудового права
Київського національного економічного університету
імені Вадима Гетьмана, доктор юридичних наук, професор;
ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1946-3171

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВИЗНАННЯ ЗАПОВІТУ НЕДІЙСНИМ: ЗДОРОВИЙ ГЛУЗД ЧИ БУКВА ЗАКОНУ?

У нових умовах української державності певне місце в перетворенні економічної основи нашого суспільства посідає інститут спадкування.

© Заіка Ю. О., 2018