

**НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Лабораторія з проблем адаптації цивільного законодавства
України до стандартів Європейського Союзу
ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ УПРАВЛІННЯ ТА ПРАВА**

**ПРОБЛЕМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ
ПРИВАТНОГО ПРАВА
В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ**

Збірник наукових праць

Хмельницький
2015

УДК 347 ⁽⁴⁾/₍₄₇₇₎
ББК 67.304
С 83

*Рекомендовано до друку вченою радою Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України
(протокол № 9 від 28 жовтня 2015 року)*

Редакційна колегія:

академік НАПрН України О. Д. Крупчан (голова),
д-р юрид. наук М. К. Галянтич, д-р юрид. наук В. І. Король,
канд. юрид. наук Ю. В. Білоусов.

**С 83 Проблеми модернізації приватного права в умовах
євроінтеграції**: збірник наукових праць / за заг. ред.
Ю. В. Білоусова; НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Хмельницький
університет управління та права. — Хмельницький :
ФОП Мельник А. А., 2015. — 532 с.

ISBN 978-617-7094-51-6

До збірника включено наукові праці з проблематики розвитку національного законодавства, які оприлюднені на Міжнародній науково-практичній конференції «Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції», яка проводилася 2–3 жовтня 2015 року в місті Хмельницькому і була присвячена 10-літтю з часу створення Подільської лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС.

Видання розраховане на суб'єктів нормотворчої діяльності, правознавців, широке коло осіб, які цікавляться процесами вдосконалення законодавства України в умовах європейського вектора розвитку національної правової системи.

УДК 347 ⁽⁴⁾/₍₄₇₇₎

ББК 67.304

ISBN 978-617-7094-51-6

© Автори, 2015

© Науково-дослідний інститут приватного
права і підприємництва імені академіка
Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015

10-літтю з часу заснування
Подільської лабораторії з проблем
адаптації цивільного законодавства України
до стандартів Європейського Союзу
Науково-дослідного інституту приватного права і
підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України,
а також її колективу присвячується

ЗМІСТ

Розділ 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА В СУЧАСНИХ УМОВАХ	11
Король В. І. Концептуально-правові проблеми імплементації Україною проєвропейської модернізаційної парадигми	12
Безух О. В. Дуалізм приватного права в регулюванні економічних відносин: українські реалії	19
Шевченко О. М. Світськість як універсальний принцип освітніх систем сучасних західних держав: правові аспекти	28
Давидова Н. О. Інституційна автономія вищого навчального закладу (європейський, американський та український досвід)	32
Розділ 2. ПРОЦЕСИ ГАРМОНІЗАЦІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА	39
Харитонов Є. О., Харитонova О. І. DCFR та деякі проблеми адаптації права України до права ЄС	40
Ландо Д. Д. Гармонизация договорного права на региональном уровне	47
Діковська І. А. Укладення договорів відповідно до DCFR	53
Суша Ю. С. Концепція істотних умов договору за законодавством України та ЄС	60
Халабуденко О. А. Консенсуальна система переходу права власності vs. система традиції: компроміс у Модельних правилах європейського приватного права DCFR	65
Димінська О. Ю. Вплив процесів уніфікації договірному права ЄС на розвиток договірному права України	76

Михайлів М. О. Відносини у сфері надання міжнародної технічної допомоги: проблеми та перспективи розвитку	83
Микита І. Р. Роттердамські правила як спроба сприяння правовій визначеності, гармонізації та модернізації режиму, що регулює міжнародні морські перевезення вантажів морем.....	88
Посикалюк О. О. Механізм примусового продажу акцій squeeze-out: досвід ЄС та перспективи впровадження в законодавство України.....	94
Отраднава О. О. Співвідношення понять «деліктні зобов'язання» та «репарації як наслідок порушення прав людини»	103
Примак В. Д. Шляхи адаптації інституту відшкодування моральної шкоди до європейських і світових стандартів	106
Солтис Н. Б. Договори про спадкування у законодавстві країн Європейського Союзу	114
Гетманцев М. О. Компаративістське дослідження загальних тенденцій розвитку спадкового права пострадянських держав на сучасному етапі	119
Миронова Г. А. Принцип особистої автономії у правовідносинах з надання паліативної допомоги.....	127
Чорна Ж. Л. Емансипація неповнолітніх за законодавством країн СНД	133
Шупінська О. В. Правові режими спадкування майна в міжнародному приватному праві європейських країн.....	138
Розділ 3. РОЗВИТОК НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВА В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ	148
Гринько С. Д. Деліктне право Німеччини та України: порівняльно-правовий аналіз	149
Гоголь Б. М. Забезпечення збереження конфіденційної інформації в умовах євроінтеграції.....	159
Бориславська М. В. Інститут опіки та піклування за законодавством України та зарубіжних країн	162
Кулініч О. О. Використання зовнішнього вигляду фізичної особи двійником	170

Сердечна І. Л. Особливості правовідносин між іншими членами сім'ї та родичами за законодавством України та країн СНД.....	177
Ватрас В. А. Проблеми застосування міжнародних договорів України у сімейних відносинах.....	182
Попович Т. Г. Особливості застосування стандартизації в умовах набуття чинності Угодою про асоціацію між Україною та ЄС.....	188
Бакалінська О. О. Вплив процесів євроінтеграції та глобалізації на розвиток інституту захисту прав суб'єктів господарювання від недобросовісної конкуренції	194
Розділ 4. ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ НАЦІОНАЛЬНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА	203
Штанько А. О. Особливості визнання права у системі способів судового захисту майнових цивільних прав та інтересів	204
Гринько Р. В. Співвідношення заходів оперативного впливу з цивільно-правовими санкціями та відповідальністю	207
Зозуляк О. І. Дискусійні питання врегулювання правового становища непідприємницьких юридичних осіб унітарного типу	216
Сіщук Л. В. Вихід учасника з товариства з обмеженою відповідальністю: проблеми правозастосування.....	222
Юркевич Ю. М. Цивільно-правові аспекти захисту прав та інтересів державних господарських об'єднань (на основі аналізу прикладів із судової практики)	227
Цегельник О. В. К вопросу о формировании инвестиционного права Республики Беларусь	232
Сергійко О. В. Сутність та рівні дерегулювання підприємництва в сучасних умовах	240
Паракуда І. В. Господарські складські договори та складські документи.....	246
Орленко Б. М. Співвідношення понять «дилер» та «офіційний дилер»: теоретико-правовий аспект.....	249
Булеца С. Б. Цивільно-правові договори в медицині.....	258

Логвінова М. В. Стан і проблеми розробки цілісного вчення про сімейний договір	264
Резнік Г. О. До питання про класифікацію особистих немайнових прав дитини	272
Мовчан О. В. Захист житлових прав дитини при вчиненні правочину	278
Богустов А. А. Теоретические проблемы трансформации понятия «ценная бумага» в праве Республики Беларусь	282
Єсауленко Н. В. Оборотоzдатність паю виробничого кооперативу в спадкових відносинах	289
Самбір О. Є. Проблеми застосування суброгації в страхових правовідносинах	292
Головачова А. С. Види джерел правового регулювання посередницької діяльності у страхуванні та перестраховуванні: теоретичні аспекти	299
Костянчук Н. М. Організаційно-правові засади ріелторської діяльності, її сертифікація та стандартизація	306
Минько Н. С. Порядок государственной регистрации земельных участков, прав на них и сделок с землей.....	311
Кацубо С. П. Об охране труда в сельском хозяйстве Республики Беларусь	319
Худенко О. О. Характеристика та види обмежень, які спрямовані на поділ ринку, в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності	328
Жарко О. Г. Цивільні правовідносини співавторства	334
Берестова І. Е. Щодо реалізації права на призначення пенсії громадянином України, який постійно проживає за межами України.....	337
Розділ 5. ADR У СИСТЕМІ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ПРИВАТНОГО ПРАВА. МОДЕРНІЗАЦІЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА	342
Исаенкова О. В. Развитие альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров на постсоветском пространстве: на примере медиации в России	343

Каменков В. С. Медиация по трудовым спорам в Беларуси и за рубежом.....	348
Бондаренко-Зелінська Н. Л. Медиация: проблеми та перспективи застосування в Україні	358
Мисаревич Н. В. Исторические аспекты функционирования института примирительных процедур на белорусских землях.....	362
Навроцька Ю. В. Правові механізми досудового врегулювання спорів за участю судді: концепція запровадження в Україні.....	369
Маркова О. О. Щодо питання про інституціоналізацію процедури медіації в цивільному праві і процесі України: організаційно-логічний підхід	374
Ханик-Посполітак Р. Ю. Принципи незалежності та неупередженості як одні з базових при створенні інституту фінансового омбудсмена в Україні	380
Пожджук Р. В. Окремі види альтернативних способів вирішення спорів у сфері електроенергетики	385
Розгон О. В. Медиация у медичних спорах	391
Андрушко А. В. «Баланс інтересів»: правова природа поняття	396
Чудик-Білоусова Н. І. Колективний трудовий спір як конфлікт інтересів	403
Рабінович С. П. Вимоги good administration у відносинах особи з органами публічної влади: питання судового контролю	414
Нагнибіда В. І., Стецков Д. Д. Направлення сторін в арбітраж та застосування забезпечувальних заходів як інструменти забезпечення арбітражного розгляду	422
Самарин В. И. Гражданский иск как средство защиты интересов юридического лица в уголовном процессе Беларуси.....	432
Білоусов Ю. В. Моделі організації виконання рішень: європейський досвід та його використання в Україні	438
Верба-Сидор О. Б. Запровадження інституту приватних виконавців як одна із вимог на шляху до євроінтеграції	449
Таранова Т. С. Заочное производство в современном гражданском процессе.....	455
Гарієвська М. Б. Судові витрати як складова принципу доступності правосуддя: порівняльно-правовий аспект.....	462

Кіріак О. В. Провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування	469
Трач О. М. Скасування рішення як повноваження суду апеляційної інстанції у цивільному процесі: порівняльно-правовий аспект	476
Мельник Я. Я. Забезпечення виконання висновків Верховного Суду України в цивільному судочинстві	484
Косовський Л. М. Щодо особливостей рішення суду в цивільних справах з іноземним елементом	492
Штефан А. С. Доказування в цивільному судочинстві: право чи обов'язок?	499
Шаманова Р. А. Целевые установки гражданского судопроизводства на современном этапе	505
Левківська С. А. Окремі процесуальні проблеми розгляду спорів, пов'язаних із захистом прав та інтересів дитини	510
Шабалін А. В. Деякі питання підсудності цивільних справ, пов'язаних із захистом прав авторів на тимчасово окупованій території України.....	515
Воробель У. Б. Процесуальні наслідки відмови вступу правонаступника в цивільну справу	520
Корнієнко Ю. І. Сучасні тенденції звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі рішення суду	524

Розділ 1

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА В СУЧАСНИХ УМОВАХ

КОРОЛЬ Володимир Іванович,

*доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

КОНЦЕПТУАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ УКРАЇНОЮ ПРОЄВРОПЕЙСЬКОЇ МОДЕРНІЗАЦІЙНОЇ ПАРАДИГМИ

Дослідження проблем та перспектив модернізації приватного права в умовах реалізації Україною безальтернативної в нинішніх умовах євроінтеграційної стратегії є методологічно вразливим та контрпродуктивним підходом поза більш широким контекстом як парадигмальним у цілому, так і щодо статички і динаміки суспільного буття зокрема.

На концептуальному рівні не втрачають актуальності загальновідомі узагальнення Е. Ерліха ще початку ХХ ст., які формують вагомий пласт аксіоматики соціології права та мають слугувати підґрунтям для сучасних науково-правових розробок. Їхня сутність полягає в тому, що центр ваги розвитку права у наш час, як і в інші часи, перебуває не в законодавстві, юриспруденції чи судовій практиці, а у самому суспільстві [1].

Серед множини існуючих у суспільних науках визначень «парадигми», до одного із найбільш синтезованих та функціонально придатних можна віднести таке: парадигма — це реальність, яка є не проявленою сама по собі та не піддається прямій рефлексії, це структуруюча реальність, яка встановлює основні, фундаментальні пропорції людського мислення та буття. Специфіка парадигми полягає в тому, що в ній онтологічні та гносеологічні моменти ще не розділені [2, с. 22].

Обговорення питання не про фрагментарне удосконалення, а саме про модернізацію (що є полісемантичним поняттям) вітчизняного законодавства, передбачає урахування як релевантного внутрішнього контексту, так і зовнішнього.

Незважаючи на те, що сучасний етап розвитку України характеризується її самоідентифікацією як невід'ємною складовою європейської спільноти не лише в географічній, а й цивілізаційній площині, сукупність чинників суб'єктивного та об'єктивного характеру ускладнюють набуття нею в середньостроковій перспективі

повноправного членства в Європейському Союзі незалежно від досягнутого прогресу в пріоритетних сферах співробітництва.

При цьому Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, основна частина якої щодо поглибленої всеосяжної зони вільної торгівлі набиратиме чинність з 1 січня 2016 р., не тільки не змінюватиме принципово ситуацію на користь нашої країни, а й консервуватиме її за допомогою міжнародно-правового інструментарію.

Наведене твердження може видаватись дискусійним, водночас є таким, що містить значний евристичний потенціал, оскільки загострює питання стратегічної доцільності або хибності збереження існуючих підходів до забезпечення процесу приведення законодавства України у відповідність до *acquis* ЄС, тобто правового інструментарію, який розробляється для регулювання відносин у суспільстві, вектор розвитку якого спрямований до іншого порівняно з Україною «соціального простору і часу» — постмодерну.

Не зачіпаючи питання про зміну характеру детермінізму в класичній, некласичній та постнекласичній науці, що має суттєве значення для виявлення ролі економічного і технологічного детермінізму глобальних і регіональних трансформацій, з методологічних позицій дослідження цих процесів та явищ доцільно здійснювати у варіативній ймовірнісній причинно-наслідковій площині.

Однією з глибинних причин, яка визначає зміну характеру зазначених трансформацій, є якщо не припинення, то принаймні суттєве послаблення генерування модернізаційних імпульсів на менш розвинену світову периферію з боку провідних країн та інтеграційних об'єднань Заходу, що обумовлено їх намірами збереження вигідного асиметричного статус-кво завдяки існуючим стратегічним перевагам.

Якщо раніше концепцію глобальної модернізації було побудовано певною мірою на ідеалізованих засадах просування як високорозвинених, так і слаборозвинених суб'єктів міжнародного економічного права до «гармонізовано асиметричного», але все ж таки спільного майбутнього, то сучасний етап висвітлює принципово іншу альтернативу. Вона, як вбачається, обґрунтовує перехід від егалітарного до відверто елітарного його бачення, що виявляється в актуалізації положень автаркічних концепцій, зокрема «золотого мільярда».

Таким чином, як слушно зазначав О. С. Панарін, має місце «розкол людського роду на пристосовану культурну расу «золотий мільярд» та непристосовану, до якої, як виявилось, належить більшість населення планети». При цьому «сьогодні, коли світовий авангард все відвертіше заявляє, що «у нього — своє майбутнє», куди менш пристосовані та гідні навряд чи мають перспективи потрапити, ми

маємо руйнацію самого механізму модернізації, щаслива меншість явно схиляється до того, щоб приватизувати майбутнє, замість того, щоб зробити його загальним надбанням» [3, с. 3].

Модернізаційні перспективи нашої держави звужуються через наявність системних обмежень у силу фактичної ієрархічності держав світу, що суттєво нівелює значення їх формальної міжнародно-правової рівності.

У цьому контексті доцільно звернутись до праць І. Валлерстайна щодо світ-системної теорії. Так, ним підкреслено, що «в рамках капіталістичного світу-системи, що має достатньо жорстку ієрархічну структуру, кожен її елемент (держава) займає своє місце, визначене не тільки її внутрішніми характеристиками і національними орієнтирами, але й характеристиками та імперативами світу-системи в цілому. Отже, здійснити будь-які масштабні зміни в тій чи іншій державі можна лише тоді, коли це «дозволяє» світ-система. А світ (за його ієрархічності, існування центру, напівпериферії та периферії) «дозволяє» це далеко не завжди: «місця під сонцем» давно зайняті і, щоб пробитися з периферії до центру системи чи навіть до напівпериферії, потрібно — у більшості випадків — витіснити когось з тих, хто там вже знаходиться. Таке не всім під силу, та й за наявності сили є можливим не завжди» [4]. Наведене твердження американського дослідника обумовлює його скептичне ставлення до теорії модернізації.

Однією із найбільш поширених позицій у науковій літературі щодо сутності модернізації є визнання її макропроцесом переходу від доіндустріального (традиційного) суспільства до сучасного індустріального (суспільства модерну), яке є результатом цього процесу. У такому контексті слід зазначити, що навряд чи є підстави відносити українське суспільство до традиційного у класичному розумінні, яке потребує трансформацій саме модернізаційного характеру. Постановка проблеми «осучаснення» України має не темпоральний (часовий) вимір, а типологічний, оскільки обумовлює стратегічну мету наблизитись за основними параметрами до суспільства певного типу — модерн. Таке суспільство виникло на засадах антитрадиціоналізму в локальному географічному регіоні (Західній Європі) в історичному масштабі нещодавно — лише триста–чотириста років тому, держави якої слугують для України в XXI ст. зразком.

Поняття модернізації в науці застосовується як у широкому, так і вузькому значенні. Причому в теоріях модернізації, неомодернізації та конвергенції, як зазначає С. Н. Гавров, воно застосовується саме у вузькому значенні, розуміючи під цим процес змін, що обумовлений прискоренням іманентного розвитку західними країнами і спрямований на здійснення наздоганяльного руху в дихотомії «виклик–відповідь» [5, с. 22].

У контексті збереження в Законі України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 1 липня 2010 р. № 2411–VI незмінного пріоритету нашої країни на здійснення євроінтеграційної стратегії можна виокремити своєрідний модернізаційний патерн. Його логіка вимагає того, щоб не Україною, а обраним нею певним західним суспільством-зразком, яке у цьому випадку репрезентоване Європейським Союзом, безпосередньо або опосередковано визначались основні та субсидіарні сфери і параметри модернізації країни, критерії успішності її втілення.

У такій системі координат Україна визнається недостатньо сучасною, цивілізованою (недомодернізованою), що свідчить про глибоку кризу ідентичності (нинішня точка координат). У цьому контексті потребують коригування завдання модернізації України, які повинні полягати не в досягненні європейських стандартів у економічній, технологічній, соціальній, правовій сферах, а лише у скороченні відставання, розриві в рівнях розвитку (досяжна точка у майбутньому). Система дій з переходу від однієї точки до іншої й визначає, власне, сутність модернізаційної стратегії України, яка обумовлює необхідність постійно наздоганяти країни західної цивілізації, «імпортуючи» їх досягнення в окремих сферах.

У дослідженні з проблем модернізації В. М. Межуєвим зроблено дискусійний висновок, що зазвичай розрізняють дві її моделі — вестернізацію та наздоганяльну. Теоретично можливо запропонувати альтернативну класифікацію моделей модернізації, однак у такому випадку це не головне, оскільки важливо звернути увагу на наступну його тезу, що має синтезований характер та вбачається правильною за суттю. Так, в обох наведених моделях модернізація вважається розвитком із заздалегідь запланованим результатом, свідомо прогнозованим фіналом, чітко артикульованою метою, чим вона відрізняється від розвитку, який детермінований не поставленою ззовні метою, тобто телеологічно, а внутрішньо обумовленою причиною [6].

Оскільки в основу стратегії модернізації України покладено дещо застарілу ідею «прогресу», зазначимо, що для країн третього світу в середині ХХ ст. вона визначала однолінійну модель розвитку, тобто проходження по висхідній лінії тих же етапів, як й економічно і технологічно розвинені країни Заходу. До того ж в основу змін було покладено зростання ролі таких нехарактерних для таких країн засад існування суспільства, як раціоналізм, прагматизм, індивідуалізм, економізм.

Як зауважує французький дослідник Ален де Бенуа ідея прогресу є однією із теоретичних передумов модерну. Теоретики прогресу мають різні позиції щодо його напрямку, ритму та природи змін, які його супроводжують, а також його головних суб'єктів.

Водночас усі вони погоджуються з трьома ключовими ідеями, якими є:

1) лінійна концепція часу та ідея, що історія має смисл, спрямований у майбутнє;

2) ідея фундаментальної єдності людства, яке еволюціонує в одному і тому ж напрямі;

3) ідея про те, що світ може бути та повинен бути трансформований, тобто мається на увазі, що людина є повноправним господарем природи [7].

У контексті виконання сучасною (позитивістською) наукою прогностичної функції можна погодитись з позицією філософа, теолога С. М. Булгакова, який зазначав, що «найбільш сміливі теорії прогресу не йдуть у своїх передбаченнях далі осяжного історичного майбутнього, а історичне око бачить недалеко, внаслідок чого ми нічого не знаємо, що очікує людство у XXI, XXII та подальших століттях. Наукова теорія прогресу є подібною до тьмяної свічки, яку запалили на самому початку темного нескінченного коридору та яка ледь освітлює куточок у декілька футів навколо себе, але весь інший простір залишається охоплений глибокою темрявою» [8].

Вбачається, що модернізаційно придатними можна визнати лише окремі сфери — економічну, технічну, технологічну, що не дає підстав для ототожнення суспільства як цілого з цими частинами. Таке невинуватене ототожнення може сформувати хибне уявлення про те, що суспільство потребує та здатне до всебічної і постійної модернізації. Це не може бути належним чином науково верифіковано ні в ендегенно модернізованих країнах-членах Європейського Союзу або США, ні в країнах, зокрема азійських, які успішно здійснили екзогенні модернізації переважно в економіко-технологічній сфері, залишаючи таку органічно притаманну складову концепції модернізації, як вестернізація поза імплементацією.

Питання ускладнюється у законодавчій сфері, оскільки положення цієї відносно релевантної сучасним реаліям концепції безпосередньо або імпліцитно визначають завдання нормативно-правових актів України, зокрема, у сфері наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності, притому, що наука на сучасному етапі розглядається державою як один із основних ресурсів модернізаційної стратегії держави. Так, у преамбулі Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» від 13 грудня 1991 р. № 1977–XII (нова редакція якого спрямована саме на модернізацію законодавчого забезпечення в цій сфері) було передбачено, що «розвиток науки і техніки є визначальним фактором прогресу суспільства», а це є методологічно вразливим підходом у телеологічній (цільовій) площині, який ускладнює обрання правильного гносеологічного вектора пізнання суспільних явищ і процесів.

Якщо наведене положення розглядати не як декларацію, а як одну з визначальних системоутворюючих рамок засад у цій та органічно пов'язаних з нею сферах суспільних відносин, зокрема інноваційно-технологічній, вбачається, що такий підхід ставить під сумнів можливість досягнення мети правового регулювання в будь-якій перспективі, незважаючи на фрагментарні чи системні зусилля з удосконалення (модернізації) законодавства. Така ціль, як забезпечення «прогресу суспільства», може існувати як теоретична конструкція, яка на сучасному етапі є недосяжною ані на глобальному рівні мегасоціуму, ані в межах окремих суспільств, особливо тих, які належать до західної цивілізації.

Поряд з питанням науково обґрунтованого визначення об'єкта або системи об'єктів модернізації не менш актуальною є органічно пов'язана проблема ідентифікації стратегічного суб'єкта цього процесу, яким найбільш імовірно, принаймні у середньостроковій перспективі, в Україні залишатиметься держава.

У 1970–1980–ті рр. науковцями було поставлено під сумнів концепцію прогресу в цілому та теорію модернізації зокрема. Це було аргументовано як невідповідність їх постулатів практиці реалізації модернізаційних стратегій у низці незахідних країн, так і появою альтернативних теоретичних розробок.

Суттєве зменшення рівня наукової релевантності зазначених теорій і концепцій викликали необхідність пошуку нового проекту як своєрідного « правонаступника », яким став проект глобалізації, у межах якого продовжився експорт моделей розвитку країн Заходу. Цей проект змінив форму, але, як вбачається, зберіг сутність модернізації, що полягає у створенні передумов та здійсненні цілеспрямованих перетворень незахідних суспільств у бажаному для західних напрямі, у тому числі через формування інтегрованого економічного, правового, інформаційного простору.

Отже, в умовах системної нестабільності у світі мета та пріоритетні напрями правової політики України у прогнозованій перспективі визначатимуться у контексті проголошеної державою модернізаційної стратегії.

У процесі її реалізації важливим є мінімізація суспільних ризиків та забезпечення збереження громадянами України власної цивілізаційної ідентичності, що вимагає здійснення розвитку, виходячи з домінанти не зовнішніх (екзогенних), а внутрішніх (ендогенних) чинників.

Здійснення в Україні курсу на модернізацію всіх сфер життя, актуалізується питання не просто стратегічного, а екзистенціального, морально-імперативного характеру. Проблема полягає у визначенні науково обґрунтованої та легітимної межі, що повинна відділяти здійснення державою змін у рамках модернізаційного проекту та збереження недоторканими принципів, традицій, цінностей, які

формують у ментальному, цивілізаційному та інших вимірах внутрішній та зовнішній світ людини. Йдеться про невід'ємні складові своєрідного суспільного ядра, інваріанта, що не може бути підданий трансформаціям модернізаційного спрямування, оскільки підлягає безумовному збереженню нинішнього покоління, яке несе відповідальність перед майбутніми поколіннями за те, щоб у них було достойне майбутнє, а не його симулякр.

Такий підхід цілком відповідає задекларованим правовим засадам держави, а саме конституційним, оскільки Конституцію України від 28 червня 1996 р. № 254к/96–ВР як Основний закон було прийнято з усвідомленням відповідальності перед попередніми, нинішнім та прийдешніми поколіннями.

Таким чином, в умовах контрольованої глобальної нестабільності Україна може і надалі безнадійно очікувати, поки ЄС або якась з міжнародних організацій нададуть їй готові рецепти, залишаючись об'єктом переважно руйнівних зовнішніх впливів. Інша принципова альтернатива полягає в тому, щоб справжня інтелектуальна еліта, невід'ємною складовою якої повинні бути науковці-правознавці, зобов'язана відшукати адекватну відповідь на цей історичний виклик, що дозволить сформувати і реалізувати стратегію не стільки модернізації України, скільки її розвитку в цілому та удосконалення відповідного правового інструментарію зокрема. Якою буде ця відповідь — питання залишається відкритим, водночас вона є життєво необхідною не тільки для виживання України в умовах суперечливих глобальних трансформацій, а й для визначення позитивних перспектив її довгострокового соціально-економічного розвитку.

Список використаних джерел

1. *Георгіца, А. З.* Соціологія права Євгена Ерліха: на шляху до інтеграційного праворозуміння [Електронний ресурс] / А. З. Георгіца // Науковий вісник Чернівецького університету. 2012. Вип. 618. Правознавство. — Чернівці: ЧНУ, 2012. — С. 8–12. — URL : <http://lawreview.chnu.edu.ua/visnuku/st/618/2.pdf>.
2. *Дугин, А. Г.* Еволюція парадигмальних оснований науки [Текст] : монограф. / А. Г. Дугин. — М. : Арктогея–Центр, 2001. — 418 с.
3. *Панарин, А. С.* Глобальное политическое прогнозирование в условиях стратегической нестабильности [Текст] / А. С. Панарин. — М. : Эдиториал УРСС, 1999. — 272 с.
4. *Баталов, Э.* Долгое соло Валлерстайна [Рец.] Wallerstein I. The Decline of American Power. The U.S. in a Chaotic World. New York. — London : The New Press, 2003. — 324 p. [Електронний ресурс] / Едуард Баталов. — URL : <http://www.intertrends.ru/three/015.htm>.
5. *Гавров, С. Н.* Модернизация России: постимперский транзит [Текст] : монограф. / С. Н. Гавров ; предисл. Л. С. Перепелкина. — М. : МГУДТ, 2010. — 269 с.
6. *Межуев, В. М.* Ценности современности в контексте модернизации и глобализации [Електронний ресурс] / В. М. Межуев //

Информационный гуманитарный портал «Знание. Понимание. Умение», 2015. № 1 (январь — февраль). — URL : <http://www.zpu-journal.ru/e-zpu/2009/1/Mezhuev>.

7. *Бенуа, А. де.* Краткая история идеи прогресса [Электронный ресурс] / Ален де Бенуа [25 октября 2012] ; Сетевая ставка Евразийского Союза Молодёжи. — URL : http://www.rossia3.ru/politics/russia/benua_progress.
8. *Булгаков, С. Н.* Основные проблемы теории прогресса [Электронный ресурс] / С. Н. Булгаков // Библиотека «Вехи». — URL : <http://www.vehi.net/bulgakov/progress.html>.



БЕЗУХ Олександр Васильович,

доктор юридичних наук,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ДУАЛІЗМ ПРИВАТНОГО ПРАВА В РЕГУЛЮВАННІ ЕКОНОМІЧНИХ ВІДНОСИН: УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ

Одним із завдань Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, яку ратифіковано Законом України № 1678–VII від 16 вересня 2014 р., є запровадження умов для посилення економічних та торговельних відносин, які вестимуть до поступової інтеграції України до внутрішнього ринку ЄС створенню поглибленої і всеохоплюючої зони вільної торгівлі та підтримуватимуть зусилля України щодо завершення переходу до діючої ринкової економіки шляхом поступової адаптації її законодавства до *acquis* ЄС.

У країнах розвинутих ринкових економік прослідковується чітке розмежування між цивільними і комерційними відносинами та їх правовим регулюванням. Так, у «Вступному законі до Торгового уложення» Німеччини визначено, що правила «Цивільного уложення» застосовуються в комерційних справах лише у випадках, коли «Торговим уложенням», або «Вступним законом до Торгового уложення» не встановлено інше [1, с. 237].

У Франції разом з Цивільним кодексом Франції, прийнятим у 1804 році, з 1807 року діє Комерційний кодекс Франції, який у новій редакції прийнятий в 2007 році. Ця обставина пояснюється багатомісячовим дотриманням французьким законодавцем принципу дуалізму системи французького приватного права. Згідно з наведеного

принципу природа та характер цивільних та підприємницьких правовідносин мають суттєві відмінності та специфіку, які потребують використання окремих механізмів правового регулювання [2, с. 24].

Оцінка наявності двох кодексів є різноманітною. Так, В. Ф. Попондопуло вважає, що у Франції при цьому виходять з критерію виділення підприємницьких відносин як самостійного предмета правового регулювання, а в Німеччині ці відносини є частиною структури предмету цивільного права. Підприємницькі відносини — це відносини, що регулюються цивільним (приватним) правом, учасниками яких є спеціальні суб'єкти цивільного права — підприємці. На підприємців і відносини за їх участю, що регулюються цивільним правом, розповсюджується особливий правовий режим [3].

Необхідно звернути увагу на суперечливість такої позиції, яка фактично підтверджує неможливість врегулювання підприємницьких відносин цивільним законодавством, оскільки особливий суб'єкт і особливий правовий режим передбачають наявність іншого законодавства, ніж цивільне законодавство, та іншого механізму правового регулювання підприємницьких відносин, який базується на інших правових принципах.

При цьому в Україні, на думку В. М. Махінчука, саме поява інших, відмінних від цивільно-правових засад регулювання підприємницької діяльності і призводить до колізій у правозастосуванні [4, с. 58]. Але така проблема пов'язана не з об'єктивними закономірностями права, а скоріше з правосвідомістю та правовою необізнаністю суб'єктів застосування права. Колізійність різноманітних правових норм є закономірністю правової дійсності, тому право передбачає чіткі механізми подолання таких правових колізій [5].

Незважаючи на успішний європейський досвід щодо виокремлення з приватного права цивільного права, що регулює приватні особисті відносини, комерційного права, що регулює економічні відносини, та механізмів їх правового регулювання, в Україні нав'язується хибна думка, що відносини в сфері господарювання повинні регулюватися підгалуззями цивільного та адміністративного права [6, с. 33].

Вказується, що у XX ст. остаточно закріпилася тенденція до відмови від дуалізму приватного права. Усі найновіші кодифікації приватного права в зарубіжних країнах (ЦК Швейцарії (1907 р.), скасування Торгових кодексів Італії (1942 р.) та Португалії (1966 р.), ЦК Нідерландів (1992 р.) та провінції Квебек (1994 р.), Росії (1994 р.) та інших країн СНД) вже відбуваються в рамках єдиного Цивільного кодексу, що остаточно закріпило тенденцію розвитку приватного права в нашому столітті — відмову від дуалізму приватного права.

ЦК України, створений відповідно до зазначеної тенденції, своїм регулюванням на єдиних приватноправових принципах охоплює всю

сукупність цивільно-правових відносин, у тому числі й приватноправові відносини у сфері підприємництва.

З огляду на це, ідеї щодо необхідності для України мати «підприємницький», «торговий», «комерційний», «господарський» чи інші подібні кодекси слушно розглядаються як запрошення України у середньовіччя або принаймні спроба повернення до правничого менталітету минулого (А. С. Довгерт) [7].

А. С. Довгерт дуже слушно звернувся до правничого менталітету. Чи можливо порівняти правничий менталітет в Україні з менталітетом, наприклад, в Швейцарії або Нідерландах, де розвинуті торгові звичаї, поняття та цінність ділової репутації, безпосередньо як правові норми застосовуються принципи справедливості та добросовісності економічних відносин, які передбачають не приватний егоїзм, що притаманно цивільному праву України, а баланс між інтересами всіх учасників ринкових відносин.

Окрім цього, нас намагаються ввести в оману. В 1995 році прийнятий Комерційний кодекс Естонії [8], в 2000 та 2007 роках оновлено Комерційний кодекс Франції [9], в 2009 році прийнятий Модельний торговий кодекс для держав-країн СНД [10], в 2011 році прийнято Комерційний кодекс Туреччини.

Чи можливо відмовитися від дуалізму приватного права? На думку автора, вищенаведені судження виникають унаслідок маніпулювання певними фрагментами правової дійсності та ніяким чином не зачіпають закономірності розвитку правових відносин в економічній сфері та їх принципової відмінності від особистих відносин, оскільки об'єкт відносин у наведених різновидах правовідносин є різним. Відповідно механізми регулювання особистих та економічних відносин, які в умовах ринкової економіки складають певну сукупність, є різними, що об'єктивно породжує дуалізм.

Об'єктом цивільних відносин є об'єкти цивільного права, визначені ЦК України. В економічному обороті здійснюється передача певних об'єктів, які є також об'єктами цивільного права, але в умовах ринку набувають правовий статус товару, від одних суб'єктів до інших. Як справедливо зазначив К. Маркс, капіталіст виробляє товар не заради самого товару, його споживчої вартості або особистого споживання. Його цікавить відношення додаткової вартості, тобто надлишку вартості, з яким він продає товар, до всього капіталу, витраченого на виробництво товару. Інтересом капіталіста є затуманити це співвідношення і внутрішній зв'язок надлишкової вартості та витраченого капіталу [11]. Теорія додаткової вартості є визнаною у всьому світі. Цей принцип, визначений К. Марксом, є одним з головних у розумінні змісту всіх господарських відносин у ринкових умовах та економічної конкуренції, яка виникає внаслідок приватної автономії та незалежності учасників економічних ринкових відносин (приватні відносини).

Можливість збільшувати додаткову вартість (прибуток) у співвідношенні з витраченням капіталом і є головним економічним стимулом підприємництва та конкуренції, який досягається за допомогою правомірних та неправомірних заходів, застосування яких і підлягає врегулюванню. Невипадково правовим принципом регулювання господарських відносин у ст. 6 ГК України визначено свободу підприємницької діяльності у межах, визначених законом. Безмежна свобода у погоні за отриманням прибутку руйнує чесні і справедливі економічні відносини.

У зв'язку з цим, свобода підприємницької діяльності вимагає встановлення меж та правил її існування як гарантія існування певного господарського правового порядку.

М. О. Казачуком слушно визначено поняття «обмеження свободи підприємницької діяльності (в розумінні суб'єктивного права) як звуження змісту (умов та засобів, що складають правомочності) та/або обсягу (кількісних показників правомочностей) права на підприємницьку діяльність, а також як правила, що визначає та окреслює зміст свободи підприємницької діяльності та/або її обсяг» [12, с. 3]. Тобто свобода підприємницької діяльності має свій зміст, обсяг та порядок реалізації, що визначені правилами.

Розглядаючи правила економічної конкуренції через призму її свободи, необхідно зазначити, що, за визначенням Д. Ролза, будь-яку свободу можливо пояснити за допомогою вказівок на три моменти: вільні діючі суб'єкти, обмеження, від яких вони вільні, і те, що вони вільні робити або не робити [13, с. 182]. Необхідно звернути увагу, що наявність обмежень, від яких суб'єкти господарювання вільні, передбачає також обмеження від яких вони не вільні. Встановлення того, що суб'єкти економічних відносин вільні робити або не робити, передбачає те, від чого вони не вільні.

Обмеження у сфері господарської діяльності, в тому числі щодо економічної конкуренції, прямо встановлені нормативними документами та складають відповідні правила захисту економічної конкуренції та функціонування господарського правового порядку. Спроможність здійснювати або не здійснювати ті чи інші дії в сфері господарювання існує не абстрактно, а в контексті взаємодії всіх учасників ринку, які створюють ринкові відносини або ринок відповідних товарів. Ринкові відносини передбачають наявність певних принципів, стандартів, правил, які регулюють такі відносини.

Кожний учасник ринку вправі вступати чи не вступати в такі відносини, що складає його особисту свободу. Але коли суб'єкт відносин вступає в господарські ринкові відносини, він вправі очікувати від інших учасників відсутності перешкод щодо вільного доступу на ринок, свободи економічної діяльності при дотриманні встановлених або визнаних правил здійснення господарської діяльності, вимагати припинення неправомірних дій в конкуренції та відшкодування

збитків. Тільки в цьому випадку дотримання всіма учасниками ринку певних правил та єдиного розуміння сутності таких відносин вони є в дійсності вільними. Враховуючи різноманітність інтересів учасників ринкових відносин, такого не відбувається, тому для забезпечення нормального функціонування ринку держава встановлює правила, які є обов'язковими для всіх, хто вступає в такі відносини.

Наприклад, Закон України «Про здійснення державних закупівель» встановлює правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти, метою яких є створення конкурентного середовища у сфері державних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері, розвиток добросовісної конкуренції.

Законом визначено процедури та механізми укладення договорів за державні кошти, які є обов'язковими. Дотримання вимог закону забезпечує отримання реального економічного результату — перемогу у конкуренції з іншими суб'єктами господарювання найбільш ефективного суб'єкта господарювання. Необхідно зазначити, що механізм врегулювання відносин купівлі-продажу в цивільному праві та економічні відносини купівлі-продажу на ринку за участю держави та інших учасників ринку є різними не тільки за змістом, а й за правовою природою (способом правового регулювання виникаючих відносин).

Аналізуючи необхідність та сутність таких заходів, можливо стверджувати, що фактично держава прямо або опосередковано виступає як конкурент стосовно приватних осіб, які орієнтуються тільки на власні досить обмежені економічні ресурси. Коли приватні особи втрачають ринкові позиції, то вони стають банкрутами та усуваються з ринку. Державні структури спираються на державні ресурси, які, по-перше, є набагато більшими, ніж приватні, по-друге, вони часто-густо не є результатом господарювання та ефективних економічних рішень, а отримані внаслідок перерозподілу результатів праці інших. Тому, за слушним визначенням К. Екштайна, державні структури завжди виступають на ринку «як недобросовісні конкуренти». Цим структурам завжди властивий елемент «направленості на монополізацію» [14, с. 340].

Необхідно акцентувати увагу, що в економічних відносинах їх суб'єкти виступають не як особистості, а в першу чергу, як економічні суб'єкти, волю яких визначають економічні закономірності. Так, додаткова вартість (прибуток) може виникнути лише внаслідок реалізації товару споживачам, що відбувається за допомогою правочинів, які оформлюють факт економічних відносин. Разом з тим, як справедливо зазначає В. М. Махінчук, «об'єкт цивільно-правового правочину, як правило, не призначений для одержання прибутку його сторонами або ж прибуток не є його основною метою» [15, с. 83].

Тобто здійснення правочину є обов'язковим, але не достатнім елементом у підприємницьких відносинах, оскільки він не враховує фактор прибутку підприємця і виникаючими у зв'язку з цим інтересами та відносинами між учасниками ринку, які є економічно нерівними. При цьому скільки б ми не писали в предметі правового регулювання, що відносини засновані на юридичній рівності та вільному волевиявленні їх учасників, в економічних відносинах досягнути цього дуже складно. Часто густо економічні відносини засновані на феномені ринкової влади (існування реальної можливості впливати на умови обороту товару на ринку або намагання її отримати), коли економічно більш могутній суб'єкт приватних відносин диктує свою волю, має фактичну владу над більш слабким суб'єктом.

Прибуток підприємця як матеріальне благо знаходиться у взаємозв'язку з іншими благами-станами та благами-процесами, які можуть виникати в підприємця завдяки економічній конкуренції та, в свою чергу, впливають на інших учасників ринкових відносин. При цьому цими благами-станами (наприклад, певний ринковий стан) та благами-процесами (наприклад, умови обороту товару, доступ до матеріальних ресурсів тощо) користуються й інші учасники ринкових відносин, але в різному ступені та з різною метою. При цьому володіння одними благами впливає на можливість володіння іншими. Так, можливість впливати на умови обороту товарів на ринку може привести до монопольного стану. Наявність монопольного стану суб'єкта господарювання надає можливість впливати на умови обороту товарів на ринку, а це, в свою чергу, може створювати додатковий прибуток та інші матеріальні блага.

Існує тенденція, що підприємець, який намагається отримати перемогу за рахунок кращого співвідношення додаткової вартості та вкладеного капіталу почне контролювати й інші блага (стани та процеси), що існують та виникають на ринку. І було б неправильно співставляти бажання отримувати прибуток із наявністю добросовісності в діях підприємця. Як зазначив К. Маркс, забезпечте капіталу 10 % прибутку, і капітал згоден на всяке застосування, при 20 % він стає жвавим, при 50 % — позитивно готовий зламати собі голову, при 100 % він зневажає всі людські закони, при 300 % немає такого злочину, на який він не ризикнув би піти, хоча б під страхом шибениці [16, цит. за 2].

Таким чином, неврахування об'єктів правових відносин та інтересів різних учасників ринкових відносин (на думку автора це неможливе в ЦК України, який надає перевагу особистому інтересу власнику конкретного права) призводить до ігнорування сукупності об'єктивних законів права, яка складає основу всіх різноманітних зв'язків правових явищ і є багаторівневою. Складне ієрархічне співвідпорядкування об'єктивних законів проявляється у зв'язку елементів найбільш простих явищ, на кшталт норми права,

правовідношення, нормативно-правового акта, які виступають компонентами інших, більш складних системних утворень [17, с. 55]. Таким системним утворенням є ринок та економічні відносини на ньому.

Необхідно повернутися до основоположних понять права, які відверто ігноруються, але які можуть бути підтвержені емпіричним шляхом. Механізм правового регулювання в теорії права визначається як результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до вимог певного соціального ладу, який здійснюється за допомогою певних правових засобів.

Відповідно до вимог певного соціального ладу. В економічних відносинах таким соціальним ладом є економічний устрій. У різні історичні часи суспільство мало різну економічну організацію (устрій), в той же час особисті інтереси, чесноти залишалися тими самими. Тому, наприклад, в Україні дуже популярно досліджувати рецепцію римського права в цивільне законодавство України. Але хіба можна нормативно-організаційний вплив у рабовласницькому господарстві Древнього Риму переносити та порівнювати із впливом, потрібним сучасній ринковій економіці? Відповідь на це риторичне питання є очевидною.

По-друге, в сучасному європейському праві в складі єдиного господарського права виділяють приватне господарське право, під яким розуміють норми матеріального права, що визначають правове положення економічних суб'єктів [18, с. 42]. Приватне господарське право встановлює порядок обміну товарів на ринку між виробниками, торговцями та споживачами. Ці правила в межах приватної автономії допускають індивідуальні відхилення у правовідносинах між сторонами договору. Публічне господарське право встановлює правовідношення учасників економічного життя з державою¹. Воно орієнтується на забезпечення економічного добробуту суспільства, досягнення народногосподарського балансу та соціальної справедливості, постійно співставляючи, оцінюючи та компенсуючи різноманітні приватні та публічні інтереси. Отже, публічне (господарсько-адміністративне) право превалює над свободами, які випливають з приватного господарського права та модифікують їх [19, с. 13]. Чи можна ігнорувати таку дійсність?

Висновки: Цивільні відносини завжди пов'язані з інтересом конкретної особи, об'єктом відносин є конкретний об'єкт цивільних прав без врахування прав та інтересів інших осіб, які існують і діють поряд.

¹ Наведені правовідносини між державою та учасниками економічного життя (виробниками, торговцями та споживачами) є набагато ширшими та різноманітнішими, ніж прийняте в Україні їх трактування як відносин влади та підпорядкування між органами влади, організаційно-господарських повноважень та суб'єктами господарювання.

Економічні відносини в умовах ринку передбачають систему відносин різних учасників, які діють як економічні суб'єкти, що мають різні, іноді конфліктні інтереси, пов'язані з різними об'єктами відносин, що домінують для різних учасників (прибуток, інші блага-стани та блага-процеси для суб'єктів господарювання, задоволення певних споживчих потреб для споживачів).

Регламентування економічних відносин, де учасники розглядаються, насамперед, як економічні суб'єкти, що діють в умовах ринку як складної вертикально та горизонтально інтегрованої системи, і цивільних відносин, де головними є особисті інтереси їх учасників, потребують різних механізмів правового регулювання та фактично за змістом законодавства є різним.

Мета правового регулювання, яка обумовлена існуванням кількох об'єктів суспільних відносин, порядок виникнення, припинення правовідносин, реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків у поведінці конкретних осіб, яка призводить до досягнення мети правового регулювання, застосування санкцій у цивільних і економічних відносинах є різними, що об'єктивно обумовлює наявність різних режимів правового регулювання.

Наявність різних механізмів і режимів правового регулювання ринкових відносин економічних суб'єктів та особистих цивільних відносин об'єктивно створює дуалізм приватного права при регулюванні приватних відносин.

Список використаних джерел

1. Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах [Текст] = DeutschesHandelsgesetzbuch. Aktiengesetz. GmbH-Gesetz. Genossenschaftsgesetz / пер. с нем. ; [сост. В. Бергман, пер. с нем. Е. А. Дубовицкая]. — М. : Волтерс Клувер, 2005. — 624 с. — (Серия «Германские и европейские законы»; кн. 2).
2. Коммерческий кодекс Франции [Текст] / предисл., пер. с франц., доп., словарь-справочник и комм. В. Н. Захватаева. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — 1272 с.
3. *Попондопуло, В. Ф.* Модельный торговый кодекс (закон о торговле) для государств-участников СНГ: концепция и структура / В. Ф. Попондопуло // Коммерческое право: актуальные проблемы и перспективы развития : сб. ст. к юбилею д-ра юрид. наук, проф. Бориса Ивановича Пугинского / сост. Е. А. Абросимова, С. Ю. Филишова. — М. : Статут, 2011 [Электронный ресурс] / Портал Юристь. — URL : <http://pravo.news/finansovoe-pravo-rossii-kniga/modelnyiy-torgoviyi-kodeks-zakon-torgovle-dlya-17867.html>.
4. *Махінчук, В. М.* Дуалізм приватного права: до постановки питання [Текст] / В. М. Махінчук // Приватне право і підприємництво. Вип. 8. — К. : НДІ приватного права і підприємництва АПРН України, 2009. — С. 56–59.

5. *Тихомиров, Ю. А.* Коллизионное право [Текст] : учеб. и науч.-практ. пособ. / Ю. А. Тихомиров ; Ин-тут законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — М. : Юриформцентр, 2005. — 393 с.
6. Господарсько-правове регулювання суспільних відносин в Україні [Текст] : монограф. / за ред. Р. Б. Шишки. — К. : Леся, 2015. — 192 с.
7. *Майданик, Р. А.* Дуалізм приватного права [Електронний ресурс] / Р. А. Майданик // Майданик, Р. А. Цивільне право. Загальна частина. К. : Алерта, 2012. Т. 1: Вступ у цивільне право. — URL : http://pidruchniki.com/1281041946516/pravo/dualizm_privatnogo_prava.
8. Коммерческий кодекс Эстонской Республики от 15 февраля 1995 г. (неофициальный перевод) (ПАЭ, 1995, 24–27, 355) [Электронный ресурс] / Адвокатское бюро Айвара Пильва. — URL : <http://zakon24.ee/pravovyye-akty-estonii-na-russkom-jazyke/kommercheskij-kodeks>.
9. Коммерческий кодекс Франции [Электронный ресурс] / Википедия. — URL : https://ru.wikipedia.org/wiki/Коммерческий_кодекс_Франции.
10. Модельный торговый кодекс для государств-участников СНГ [Электронный ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/997_n01.
11. *Маркс, К.* Капитал [Текст] / Карл Маркс // Карл Маркс, Фридрих Энгельс. Полное собрание сочинений. — URL : <https://www.marxists.org/russkij/marx/cw>.
12. *Козачук, М. О.* Свобода підприємницької діяльності та її обмеження в законодавстві України [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / М. О. Козачук. — К., 2011. — 16 с.
13. *Ролз, Дж.* Теория справедливости [Текст] / Дж. Ролз. — Новосибирск : Изд-во Новосиб. ун-та, 1995. — 534 с.
14. *Экштайн, К. А.* Основные права и свободы по российской Конституции и Европейской конвенции [Текст] : учеб. пособ. [для вузов] / К. А. Экштайн. — М. : NOTA BENE, 2004. — 494 с.
15. *Махінчук, В. М.* Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні [Текст] : монограф. / В. М. Махінчук ; НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака Нац. акад. прав. наук України. — К. : Юрінком Інтер, 2013. — 319 с.
16. *Dunning, T. J.* Trade's Unions and Strikes: Their Philosophy and Intention [Text] / T. J. Dunning. — London : Published by the author, and Sold by M. Harley, No 5, Raquet court, Fleet street, E.C. 1860. — 52 p.
17. *Сырых, В. М.* Логические основания общей теории права [Текст] : в 2 т. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Юстицинформ, 2001. — Т. 1: Элементный состав. — 528 с.
18. Основы германского и международного экономического права [Текст] : учеб. пособ. [по юриспруденции] / Х. Й. Шмидт-Тренц [и др.] ; сост. В. Бергман, Г. Флор. — СПб. : Издательский дом С.-Петербургского ун-та, 2007. — 732 с. — («Сравнительное право»).
19. *Штобер, Р.* Хозяйственно-административное право [Текст] : основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок : пер. с нем. / Р. Штобер. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — 371 с. — («Гражданское и экономическое право Германии и Европы»; кн. 5).

ШЕВЧЕНКО Ольга Миколаївна,

кандидат історичних наук,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

СВІТСЬКІСТЬ ЯК УНІВЕРСАЛЬНИЙ ПРИНЦИП ОСВІТНІХ СИСТЕМ СУЧАСНИХ ЗАХІДНИХ ДЕРЖАВ: ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Важливою складовою демократичних надбань міжнародної спільноти є неухильне дотримання свободи думки, совісті та релігії, що забезпечується міжнародними договорами на глобальному і регіональному рівнях та національними конституціями держав. Як відзначається в п. 5 Резолюції ПАРЄ «Свобода релігії та співіснування в демократичному суспільстві» № 2076 (2015) від 30 вересня 2015 р., держави повинні прагнути знайти справедливий рівновагу між конфліктуючими інтересами у зв'язку із здійсненням свободи думки, совісті та релігії й інших прав людини та основних свобод» [1]. Крім того, згідно з п. 6 цієї ж Резолюції Асамблея зазначає, що принцип світськості не вимагає виключення релігії з соціального простору, навпаки, цей принцип, якщо його правильно тлумачити і здійснювати, захищає можливість для різних вірувань, релігійних та нерелігійних організацій мирно співіснувати, поважаючи загальноприйняті принципи і цінності напрацьовані людством. Нейтралітет держави має забезпечувати плюралізацію суспільства в світоглядній сфері [1]. Загалом же Асамблея закликає держави прагнути до «розумних пристосовань» з метою забезпечення рівності, що повинна бути ефективною, а не просто формальною у забезпеченні прав на свободу віросповідання. Проблема сучасних західних цивілізованих країн полягає в юридичному забезпеченні комунікації та взаєморозуміння між культурами, а не домінування певної культури над іншими та не передбачає ігнорування релігійних традицій в освітній системі країни.

У сучасній цивілізованій країні правове забезпечення принципу світськості несе конструктивний характер, створює можливість плюралізації всіх сфер життєдіяльності суспільства, в тому числі є базовою засадою функціонування їх освітніх систем. Саме такий підхід, забезпечуючи «право на власну точку зору» в процесі навчання та виховання, визнає однакову значущість та цінність знань, ідей, думок людей, які за своєю суттю є суб'єктивними, приватними чи мають локальний характер, створює умови для функціонування альтернативної освіти в країні. Важко не погодитися з О. Заболотною, що альтернативна освіта є відносним поняттям, «характерні ознаки

якого змінюються паралельно зі змінами, які запроваджуються реформами у приватному і державному секторах освіти» [2], а серед притаманних їй особливостей є:

«— автономний характер, відносно незалежний від ринку й уряду, здатний інакше інтерпретувати загальноприйняті освітні норми й точки зору;

— інноваційність, яка сприймає конвенціональну освіту (як державну, так і приватну) критично і служить імпульсом до змін;

— взаємодоповнювальність з конвенціональною освітою, яка допомагає альтернативній освіті відігравати унікальну суспільну роль;

— розмаїття, яке притаманне різним часовим періодам і континентам, не обмежене особливостями сучасного стану освіти лише в Західній Європі;

— цілісність яка походить від холістичних цінностей;

— плюралізм, який бере до уваги спеціальні потреби і потреби меншості» [2].

Першочерговим завданням будь-якого альтернативного навчального закладу є цілісний розвиток дитини, базуючись на певних ціннісних установках. Як зазначав, зокрема, австрійський католицький педагог Й. А. Юнгманн, сам процес катехізації (теоретичного і практичного введення в християнську віру) повинен будуватися на концептуальному зв'язку проповіді з практичним життям людини, а процес навчання і виховання в християнських духовних навчальних закладах повинен бути християноцентричним. Визнаючи релігійну спільноту важливим суб'єктом навчально-виховного процесу, Й. Юнгманн відзначав її особливу відповідальність за виховний і навчальний процеси в освітньому закладі. Освітні ж системи сучасних цивілізованих країн мають забезпечити рівні умови для здобуття якісної освіти диверситивного (культурного й етнічно неоднорідного) континенту учнів, убезпечуючи себе від «так званої інституційної сегрегації із супровідними наслідками — культурним дефіцитом, політичною апатією, соціальною вразливістю передусім тих молодих людей, які ідентифікують себе з меншинами» [3].

Так, у Великій Британії Освітній акт 1993 р., визначаючи стратегію розвитку країни в освітній сфері, спрямовується на запобігання будь-яких проявів дискримінації за ознаками етнічного походження, віросповідання, культурної приналежності в освітній сфері, створює можливість функціонування в країні альтернативних навчальних закладів та надає право батькам обирати навчальний заклад для освіти своїх дітей, виходячи із власних світоглядних і культурних орієнтацій.

Тлумачення принципу «світськості» у сфері вдосконалення освітнього французького законодавства дала й Комісія з питань світськості держави під керівництвом Бернара Стазі, що була створена 3 липня 2003 р. декретом Президента Франції Жака Ширака за

№ 2003–607. 11 грудня 2003 р. у підсумковій доповіді Комісії французькій громадськості відзначалося, що втілення принципу «світськості» на державному рівні має гарантувати громадянину реалізацію захисту «свободи совісті, натомість він зобов'язаний поважати спільний життєвий простір. Вимоги нейтральності держави не збігаються з проявами агресивного прозелітизму, особливо у школі. Згода на публічне вираження своїх релігійних особливостей і прийняття відповідних обмежень дозволили б школярам усіх конфесій співіснувати в суспільстві» [4]. Важливим моментом правового обґрунтування принципу «світськості» нині стала також можливість правового забезпечення збереження культури і віри, з якими себе ідентифікує особистість у світі.

У Франції світськість республіки та рівноправність усіх вірувань у різних сферах життєдіяльності суспільства забезпечує Закон від 9 грудня 1905 р. про відокремлення церков від держави. Саме він визначає правові обов'язки як громадян, так і держави, у тому числі і в сфері національної освіти. Крім того, правовий комплекс про світськість міститься в нормах значної кількості інших французьких законів, зокрема в Законі від 2 січня 1907 р. про публічне заняття релігійною діяльністю та Кодексі Франції про освіту. Принцип «світськості» держави не означає, що держава не буде створювати умови своїм громадянам для здобуття освіти відповідно до їх світоглядних переконань. Саме тому французьке законодавство юридично забезпечує можливість створення конфесійних шкіл (Закон Дебре від 31 грудня 1959 р., який регулює відносини між приватними навчальними закладами та державою). Французьке законодавство передбачає можливість широкої свободи самовираження учнів у французьких школах, у тому числі і в аспекті забезпечення свободи віросповідання учнів у навчальному процесі, за умови якщо вони не набувають показного або насильницького характеру та відповідають таким обмеженням у його реалізації, як:

1) «забороняються акти тиску, провокування, пропаганди або прозелітизму;

2) забороняється поведінка, що принижує гідність, посягає на плюралізм або свободу учня чи іншого члена освітнього співтовариства, а також поведінка, яка загрожує здоров'ю і безпеці учнів;

3) виключається будь-яке перешкодження освітній діяльності, виховній ролі вчителів і будь-які загрози порядку в навчальному закладі або нормальному його функціонуванню» [4].

Серед важливих суспільних установок, пов'язаних з втіленням принципу світськості в законодавстві цивілізованих західних країн, особливої значимості набули такі, як: «суспільне благо», «індивідуальне право», «справедливість», «рівність», «плюралізм», «патріотизм». У законодавстві слід етично та юридично збалансувати можливості здійснення особистістю своїх прав в освітній сфері відповідно до

світоглядних переконань, з якими вона себе ідентифікує, та узгодити можливість їх реалізації з загальним благом суспільства. Толерантне ставлення до переконань інших у цивілізованій країні має нівелювати сприйняття інших поглядів як загрозу власній культурній ідентичності, що, в свою чергу, буде стримувати деструктивні суспільні процеси в останніх. Як зазначає американський вчений Дж. Дьюї, головне завдання освітніх закладів «урівноважувати різноманітні суспільні сили для того, щоб створювати загальний суспільний настрій у державі та формувати спільні середовище як основу плюралістичного суспільства» [5].

Саме тому, виходячи з сучасної філософії «людиноцентризму», що розглядає освіту як підсумок дії широкого спектра впливів освітнього середовища, що визначає розвиток особистості, правові системи цивілізованих держав, базуючись на принципі світськості, мають забезпечити право на якісну освіту та реалізацію індивідуальних прагнень кожного в цій сфері, незважаючи на його світоглядні переконання. Адже освітня сфера лише тоді стане чинником консолідації нації, якщо буде враховувати етнічну, релігійну, соціальну тощо строкатість учнівського контингенту.

Список використаних джерел

1. Resolution 2076 (2015) «Freedom of religion and living together in a democratic society» adopted by the Assembly on 30 September 2015 (33rd Sitting). [Electronic Resource] / PACE. — URL : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/XML2HTML-en.asp?fileid=22199&lang=en>.
2. *Заболотна, О.* Розвиток альтернативної освіти у постмодерний період: методологічний аспект [Електронний ресурс] / О. Заболотна // Порівняльно-педагогічні студії. — 2011. — № 1 (7); Уманський державний педагогічний університет імені Павла Тичини. — URL : <http://kafpin.udpu.org.ua/wp-content/uploads/2013/08/1-2011.pdf>.
3. *Лавриченко, Н.* Світоглядні витоки й орієнтири шкільного громадянознавства у Великій Британії [Електронний ресурс] / Н. Лавриченко // Порівняльно-педагогічні студії. — 2011. — № 3-4; Уманський державний педагогічний університет імені Павла Тичини. — URL : http://udpu.org.ua/files/fahovi_vydannya/studii/3-4_2011.pdf.
4. *Лаухіна, І.* Світськість школи як предмет педагогічного дискурсу в сучасній Франції [Електронний ресурс] / І. Лаухіна // Порівняльно-педагогічні студії. — 2009. — № 2; Уманський державний педагогічний університет імені Павла Тичини. — URL : <http://pps.udpu.org.ua/article/viewFile/18065/15813>.
5. *Лавриченко, Н.* Світоглядні основи моделювання громадянської освіти у шкільництві США [Електронний ресурс] / Н. Лавриченко // Порівняльно-педагогічні студії. — 2011. — № 1 (7); Уманський державний педагогічний університет імені Павла Тичини. — URL : http://udpu.org.ua/files/fahovi_vydannya/studii/1_2011.pdf.



ДАВИДОВА Наталія Олександрівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Університет сучасних знань, м. Київ, Україна

ІНСТИТУЦІЙНА АВТОНОМІЯ ВИЩОГО НАВЧАЛЬНОГО ЗАКЛАДУ (ЄВРОПЕЙСЬКИЙ, АМЕРИКАНСЬКИЙ ТА УКРАЇНСЬКИЙ ДОСВІД)

Для ефективного виконання місії університету, для його повноправної участі у цивільно-правовому обороті вищому навчальному закладу (надалі — ВНЗ) необхідно мати інституційну автономію. Притаманні цивільному праву диспозитивність, майнова самостійність та юридична рівність сторін неможлива без автономності правового статусу навчального закладу взагалі та ВНЗ зокрема.

1. Європейський досвід. Історичні витoki університетської автономії та академічних свобод беруть свій початок у період, коли було започатковано перші Європейські університети у Болоньї та Парижі (XI–XII ст.ст.) З самого початку, з XII ст., університети мали чотири привілеї: виключне право надавати науковій ступені, право навчати в цілому християнському світі, автономію в юрисдикції та право до страйку і сецесії (відокремлення) з міста [1].

Витoki сучасної університетської автономії закріплені в таких документах як Спільна декларація міністрів освіти Європи «Європейський простір у сфері вищої освіти» (Болонья, 19 червня 1999 року, т.зв. Болонська декларація); Велика хартія університетів (Болонья, 18 вересня 1988 року, т.зв. Болонська університетська хартія); Рекомендація № 1762 Парламентської асамблеї Ради Європи 2006 року; Лісабонська декларація (Лісабон, 13 квітня 2007 року).

Розглянемо основні положення названих документів у контексті надання ВНЗ автономії. Болонська декларація [2] закріпила шість основних принципів навчального процесу: введення двоциклового навчання; запровадження системи кредитів на основі Європейської системи трансферу оцінок (ECTS); контроль якості освіти передбачається здійснювати акредитаційними агентствами, незалежними від національних урядів і міжнародних організацій; розширення мобільності студентів, викладацького складу та іншого персоналу для взаємного збагачення європейським досвідом; забезпечення працевлаштування випускників; забезпечення привабливості європейської системи освіти.

Хоча Болонська декларація не акцентує окрему увагу на автономізації правового статусу університетів, про цей процес згадується двічі. З початку про автономію говорять як про передумову адаптації вищої освіти до сучасного стану розвитку суспільства:

«Надзвичайно важливим є те, щоб *незалежність та автономія* університетів забезпечували постійну адаптацію систем вищої освіти і наукових досліджень відповідно до нових потреб, вимог суспільства та розвитку наукових знань». Інше згадування автономії має місце в останньому абзаці декларації. Міністри освіти 29 країн Західної і Центральної Європи, які підписали документ 19 червня 1999 р., визнали, що досягнення окреслених конвенцією завдань неможливе без визнання автономії університетів: «Ми беремо на себе зобов'язання досягнути окреслених вище завдань — в межах своєї компетенції та поважаючи відмінності в культурі, мові, національних освітніх системах, а також *автономію* університетів — з метою зміцнення європейської сфери вищої освіти».

Велику хартію університетів [3] (*Magna Charta Universitatum* — мовою оригіналу) вперше підписали 388 університетів у 1988 році під час урочистостей із нагоди 900-річчя Болонського університету. Цей документ окреслює фундаментальні принципи, якими мають керуватися університети та інші ВНЗ, щоб забезпечити розвиток освіти та інноваційний рух у швидкозмінному світі. На сьогодні до Хартії долучився 721 ВНЗ з 79 країн світу, щороку їхня кількість зростає. Низка українських ВНЗ приєдналися до Хартії, зокрема Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Львівський національний університет імені Івана Франка, Дніпропетровська державна фінансова академія, Міжнародний гуманітарний університет, Луцький національний технічний університет, Національний медичний університет ім. Богомольця, Національний університет харчових технологій, Одеська національна морська академія, Полтавський національний технічний університет ім. Кондратюка. За весь час існування *Magna Charta Universitatum* її підписали ректори 49 українських ВНЗ. Хартія відносить до основних принципів університетського життя:

- (1) самостійність університету;
- (2) свободу в дослідницькій і викладацькій діяльності.

Відповідно до п.1 цієї Хартії університет є *самостійною* установою всередині суспільств із різною організацією, що є наслідком розходжень у географічній та історичній спадщині. Згідно з п. 3 свобода в дослідницькій і викладацькій діяльності є основним принципом університетського життя. Керівні органи й університети, кожний у рамках своєї компетентності, повинні гарантувати дотримання цієї фундаментальної вимоги.

Парламентська Асамблея Ради Європи також у своїх офіційних документах наголошує на необхідності забезпечення автономії ВНЗ на таких засадах:

— академічна свобода щодо досліджень передбачає свободу вираження і дій, свободу інформації, досліджень і розподілу знань без обмежень;

— інституційна університетська автономія має бути виявом незалежної прихильності традиційній і основній культурній та соціальній місії університету;

— порушення академічної свободи та університетської автономії завжди призводить до інтелектуального спаду і, як наслідок, до соціальної та економічної стагнації;

— університети можуть понести високі витрати і втрати, якщо вони відмежуються від змінюваних потреб суспільства, які повинні обслуговувати, виховувати та розвивати [4].

Лісабонська декларація [5], що стала результатом обговорення на четвертому з'їзді Європейської університетської асоціації 29–31 березня 2005 р., а пізніше 13 квітня 2007 р. прийнята Радою Європейської університетської асоціації, також акцентує увагу на автономії статусу ВНЗ. Пункт 26 декларації закликає уряди запровадити принцип інституційної автономії, що включає академічну автономію (навчальні плани, програми, дослідження), фінансову автономію (бюджетне планування), організаційну автономію (структура університету) та кадрову автономію (відповідальність за наймання на роботу, виплату заробітної плати, просування по службі).

2. Американський досвід. Сполучені Штати Америки є яскравим прикладом закріплення та реального втілення автономного цивільно-правового статусу ВНЗ. У цій країні немає федерального міністерства освіти (з функціями Міністерства освіти і науки України) та інших централізованих органів, що здійснювали б єдиний національний контроль за ВНЗ. Штати беруть на себе різні ступені контролю за освітою, але загалом ВНЗ мають право працювати з досить високим ступенем самостійності та незалежності. Контроль за діяльністю ВНЗ здійснюють приватні акредитаційні організації, наприклад, Американська асоціація юристів акредитує правові школи, Акредитаційна рада з фармацевтичної освіти акредитує фармацевтичні школи, Акредитаційна рада з оптометричної освіти акредитує навчальні програми, що готують оптометристів. ВНЗ є незалежними не тільки від органів виконавчої влади, але й мають істотну свободу у правовідносинах із судовою гілкою. Елементом інституційної свободи та академічної свободи є поняття «судова повага до академічної компетентності» [6, с. 36], що означає загальне небажання судів втручатись у вирішення академічних спорів, оскільки це потребує спеціальних знань, якими представники академічної спільноти володіють краще за суддів. Освітняни є експертами в питаннях якості освіти, методології викладання, оцінювання рівня знань. Доктрина судової поваги до академічної компетентності мотивує суди, починаючи від першої інстанції та завершуючи Верховним Судом, відмовляти у задоволенні вимог студентів про скасування рішень освітніх інституцій (наприклад, про визнання відрахування незаконним), якщо вони не є «свавільними та примхливими» [7, с. 12].

Наочним прикладом теорії «судової поваги до академічної компетентності» є справа *Grutter v. Bollinger* [8], в якій Барбара Грутер подала документи для вступу до Школи права Університету Мічиган. Абітурієнт мала високі навчальні результати (середній бал шкільного атестату 3,8 з 4 можливих та бал за вступний іспит 161 з 180 можливих) і вважала, що їй було відмовлено у вступі до університету на тій підставі, що вона є білошкірою, не належить до соціальних груп, що звичайно піддаються дискримінації та є жертвою компенсаційної дискримінації. Позивач заявляла, що Лі Болінгер (Президент Університету) порушив Чотирнадцяту поправку про рівний захист законом та Титул IV Акту про громадянські права 1964 року. Суд дійшов висновку, що Школа права мала зацікавленість у тому, щоб студентська аудиторія була представлена особами, відмінними за кольором шкіри, віком, національністю, статтю та ін., а раса була лише одним з критеріїв відбору. «Враховуючи важливу мету державної освіти та нестримну свободу слова та думки, що асоціюється з університетським середовищем, університети займають спеціальну нішу в нашій конституційній традиції» [8, с. 329].

Виключенням з правила про небажання суду втручатись у вирішення академічних конфліктів є недобросовісність або умисне порушення університетом прав студента. У справі *DeMarco v. University of Health Science / Chicago Medical School* [9] студента медичної школи було звільнено за шість тижнів до завершення навчальної програми нібито за те, що він не повідомив про факт навчання в минулому в іншій медичній школі. Дійсною підставою для відрухування стала відмова від оплати внеску, яку суд визнав примхливою та недобросовісною.

Вирішуючи конфлікти між студентом та освітньою інституцією, до уваги береться низка обставин: вид університету (державний чи приватний), підстави для заявленої вимоги (необережність, порушення умов договору, обман, порушення громадянських прав), кваліфікація спору як «академічний» чи «неакадемічний»; вимога належної правової процедури; принцип «судова повага до академічної компетентності» [6, с. 167–174]. Ставлення суду до конфлікту між студентом та освітньою інституцією кардинально різниться в залежності від того, чи є спір академічним чи неакадемічним. Академічні свободи та свободи взагалі іноді протиставляються як протилежні кінці спектру, американські суди неохоче беруться до розгляду спорів, де задіяний академічний елемент. Студенти часто оскаржують дії університету, що накладає на них адміністративні стягнення. Якщо причиною застосування такої санкції є поведінка поза межами академічних правил, суди розглядають справи по суті, наприклад, випадки застосування студентами насильства, вандалізм, статеві збочення, вживання алкоголю або наркотичних речовин. Якщо причиною застосування санкції є порушення студентом академічних правил, наприклад,

списування, плагіат, порушення кодексу честі, суди уникають таких спорів.

Інституційна автономія ВНЗ в Сполучених Штатах існує не на рівні писаного права, а на рівні звичаїв та узвичаєнь у сфері вищої освіти — це друга сторона медалі під назвою «концепція «судова повага до вищої освіти»», або «утримання суду від втручання в справи університету», що була поширена до середини минулого століття.

3. Український досвід. Аналізуючи сучасний етап історії правового закріплення та практичної реалізації норм про інституційну автономію ВНЗ, слід сказати, що упродовж періоду з набуття незалежності до 2014 року спостерігалась тривожна тенденція до обмеження, придушення та мінімізації академічних свобод ВНЗ, повернення до практики тоталітарного режиму щодо жорсткого управління університетами з боку центральних і місцевих органів влади. Закон України від 23 травня 1991 р. «Про освіту» та Закон України від 17 січня 2002 р. «Про вищу освіту» хоча і містили статті про автономію, але вона була обмеженою, норми фактично не діяли. Самоврядування університетів за старим законом про вищу освіту було суто декларативним, не мало нічого спільного із автономним самоврядуванням європейських університетів. ВНЗ знаходились одночасно в підпорядкуванні центрального органу державної виконавчої влади з питань освіти і науки та місцевих органів. Істотним кроком у процесі автономізації українських навчальних закладів став новий Закон України від 1 липня 2014 р. «Про вищу освіту», який визначає автономію ВНЗ як самостійність, незалежність і відповідальність ВНЗ у прийнятті рішень стосовно розвитку академічних свобод, організації освітнього процесу, наукових досліджень, внутрішнього управління, економічної та іншої діяльності, самостійного добору і розстановки кадрів у межах, встановлених цим Законом. З наведеної норми видно, що законодавець виділяє такі складові автономії ВНЗ: розвиток академічних свобод, організація освітнього процесу, наукова, економічна, кадрова автономія, автономія внутрішнього правління. Сучасний український вектор на автономізацію правового статусу ВНЗ є результатом збільшення впливу приватного права у сфері вищої освіти, що однозначно є позитивною динамікою правового регулювання. На жаль, слід констатувати, що багато положень Закону залишається нереалізованими, наприклад, відповідно до ч.ч. 3, 4 ст. 6 Закону України «Про вищу освіту» атестація осіб, які здобувають ступінь доктора філософії та доктора наук, здійснюється спеціалізованою вченою радою ВНЗ чи наукової установи, акредитованою Національним агентством із забезпечення якості вищої освіти, на підставі публічного захисту. З початку заснування університетів у XII столітті вчені університету, об'єднані в раду професорів, мали привілей присудження вчених ступенів і звань, ця практика була і в

університетах на українських землях до встановлення більшовицького режиму та створення Вищої атестаційної комісії. На теперішній час *de facto* цю функцію в Україні продовжує виконувати МОН через Атестаційну колегію (правонаступник ВАК), що є реліктом, залишеним від радянської системи освіти.

Перехід до реальної університетської автономії є поетапним процесом, до якого включається виведення університетів з підпорядкування МОН та відділів професійної освіти Департаменту освіти і науки обласних адміністрацій та фактична реалізація наданих освітнім інституціям прав, зокрема права спеціалізованих вчених рад присуджувати наукові ступені доктора філософії та доктора наук.

На підставі викладеного можна зробити **висновок**, що європейська система автономії та університетського самоврядування формувалася протягом багатьох віків і визнана найбільш ефективною у всьому цивілізованому світі. Сполучені Штати Америки, що мають загально визнану найкращу систему закладів вищої освіти, є взірцем реалізації принципу інституційної автономності ВНЗ. Сучасною тенденцією на нормативно-правовому рівні в Україні є активізація впливу приватного права, результатом чого є відходження МОН від жорсткого патронату над ВНЗ. Тепер треба наповнити проголошені прогресивні європейські положення ЗУ «Про вищу освіту» реальним цивільно-правовим змістом, втілити їх у життя, не забуваючи, що збільшене коло прав навчальних закладів неминуче має наслідком розширення кола обов'язків.

Список використаних джерел

1. *Ганіткевич, Я.* До відновлення в Україні університетської автономії [Електронний ресурс] / Я. Ганіткевич // Наукове товариство ім. Шевченка. — URL : http://ntsh.org/univer_autonomy.
2. The Bologna Declaration of 19 June 1999 [Electronic Resource] / European Higher Education Area website 2010–2020 | EHEA. — URL : http://www.ehea.info/Uploads/about/BOLOGNA_DECLARATION1.pdf.
3. Magna Charta Universitatum [Electronic Resource] / European Higher Education Area website 2010–2020 | EHEA. — URL : http://cicic.ca/docs/bologna/Magna_Charta.en.pdf.
4. Recommendation 1762 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (30/06/2006). Academic freedom and university autonomy [Electronic Resource] / PACE. — URL : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17469&lang=en>.
5. Lisbon Declaration (2007) Europe's Universities Beyond 2010: Diversity With A Common Purpose [Electronic Resource] / European University Association (EUA). — URL : http://www.eua.be/fileadmin/user_upload/files/Lisbon_Convention/Lisbon_Declaration.pdf.
6. *Prairie, M.* College and School Law: Analysis, Prevention, and Forms [Text] / Michael Prairie, Timothy Garfield. — American Bar Association, 2010. — 659 p.

7. *Smith, M. H.* The Legal, Professional, and Ethical Dimensions of Higher Education: Lippincott [Text] / Mable H. Smith. — Williams & Wilkins, Philadelphia, 2005. — 223 p.
8. Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003) [Electronic Resource] / Justia U.S. Supreme Court Center. — URL : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/case.html>.
9. DeMarco v. University of Health Science / Chicago Medical School, 352 N.E. 2d 356, 362 (Ill App. Ct. 1976) [Electronic Resource] / Leagle.com. — URL : http://www.leagle.com/decision/197651440IllApp3d474_1431/DeMARCO%20v.%20UNIVERSITY%20OF%20HEALTH%20SCIENCES.



Розділ 2

ПРОЦЕСИ ГАРМОНІЗАЦІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА

ХАРИТОНОВ Євген Олегович,

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент
Національної академії правових наук України,
заслужений діяч науки і техніки України,
Національний університет «Одеська юридична академія»,
м. Одеса, Україна,*

ХАРИТОНОВА Олена Іванівна,

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент
Національної академії правових наук України,
Національний університет «Одеська юридична академія»,
м. Одеса, Україна*

DCFR ТА ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ АДАПТАЦІЇ ПРАВА УКРАЇНИ ДО ПРАВА ЄС

Виконання Угоди про асоціацію зумовлює необхідність адаптації цивільного права України до права ЄС. У зв'язку з цим зазвичай йдеться про імплементацію законодавства ЄС у галузі договорів, права, інтелектуальної власності та ін., що у контексті положень згаданої Угоди виглядає цілком логічним.

Однак при цьому, на нашу думку, приділяється недостатньо уваги (а часом і зовсім не приділяється) тим засадам, на яких має відбуватися правова адаптація, імплементація норм, гармонізація тощо. Разом із тим, встановлення цих засад має важливе значення, оскільки від їхнього визначення у кінцевому підсумку залежить успішність реалізації Угоди про асоціацію у правовій сфері. Таким чином, особливого значення набуває дослідження тих фундаментальних ідей (принципів), згідно з якими здійснюється регулювання відносин у приватноправовій сфері в ЄС, а відтак має здійснюватися і в Україні у контексті вирішення проблем адаптації вітчизняного цивільного законодавства до права ЄС.

Враховуючи викладене, з'ясуємо далі, на яких засадах ґрунтується приватне право ЄС. Завдання їх встановлення полегшується створенням «Проекту загальної довідкової схеми» — Draft Common Frame of Reference (DCFR) — Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law [1].

При цьому важливою є і та обставина, що у довгому найменуванні Проекту — Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — «Принципи, дефініції та модельні правила приватного права ЄС» — на перше місце поставлено «Принципи», а

решта тексту є визначенням понять і зразками правових рішень щодо регулювання відносин у галузі приватного права.

Таким чином, йдеться не про створення акта законодавства, а про науково-прикладний проект порівняльно-правового характеру. Це підтверджують і автори DCFR, котрі відзначають, що DCFR має сприяти вивченню і розумінню приватного права у країнах-членах ЄС. Зокрема він призначений показати, наскільки схожими є одна на одну національні системи приватного права, які можна розглядати як регіональний прояв загальної європейської спадщини. Завданням DCFR є наочно довести факт існування європейського приватного права, згадавши про відносно незначну кількість випадків, у яких різні правопорядки дають різні відповіді на загальні питання. Таким чином, DCFR розглядається як проект, що може надати ідеям європейського приватного права нове підґрунтя, що підвищує взаєморозуміння і сприяє колективному обговоренню проблем приватного права у Європі [2, с. 17–18].

Характеризуючи їх, слід відзначити розбіжності у розумінні категорії «принципи» (засади) в українській цивілістиці та використання терміна «принципи» у тексті DCFR.

На відміну від вітчизняних теоретиків права і цивілістів, автори DCFR акцентують увагу не на визначенні поняття принципів права, встановленні їхнього кола тощо, а починають із застереження щодо можливості різного використання терміна «принципи». Зокрема зазначається, що у цьому контексті він використовується як синонім виразу «норми, що не мають юридичної сили закону». З такої позиції, можна сказати, що DCFR складається з принципів та визначень. Він дуже близький за своєю природою до інших документів, щодо яких використовується термін «принципи». Разом із тим терміном «принципи» можна описати ті норми, що мають більш загальну юридичну природу, такі як свобода договору чи добросовісність. З цієї точки, модельні норми DCFR включають у себе принципи [2, с. 19, 21].

На такому підґрунті у DCFR розрізняються базові та пріоритетні принципи. «Базовими» вважаються принципи, що мають забезпечити досягнення найбільш загальних завдань DCFR. Це принципи свободи, безпеки, справедливості та ефективності (з припущенням, що ними охоплюються також принципи договірної лояльності, співробітництва тощо).

Визначення «пріоритетних принципів» DCFR не містить. Можливо, тому, що йдеться про терміно-поняття, котре саме вже є і визначенням, а характеристикою його слугує перелік таких принципів. До пріоритетних принципів найбільшого політичного значення віднесені захист прав людини, підтримка солідарності й соціальної відповідальності, збереження культурної та мовної різноманітності, захист і поліпшення добробуту, розвиток внутрішнього ринку [2, с. 21] (При цьому свобода, безпека, справедливість та ефективність,

виконуючи подвійну роль, також виступають як базові, так і пріоритетні принципи).

Найважливішим з «пріоритетних» можна вважати принцип захисту прав людини: ст. I.-1:102(2) DCFR передбачає, що модельні норми мають тлумачитися у контексті будь-яких застосовних засобів, гарантують права та фундаментальні свободи людини. Цей принцип відображений також і в змісті окремих модельних норм, особливо в нормах про заборону дискримінації, про недоговірну відповідальність та ін.

Надання пріоритетності принципу підтримки солідарності й соціальної відповідальності пояснюється розширеним тлумаченням принципів лояльності та безпеки договору, що дозволяє залучити у сферу договірного регулювання більш широке коло відносин.

Практично важливим є принцип збереження культурної та мовної різноманітності, котрий є своєрідною відповіддю опонентам євроінтеграції, які погрожують втратою національної культурної ідентичності тощо, а також науковцям, котрі розглядають євроінтеграцію з суто прагматичних позицій створення глобальної конкуренції у системі «ЄС проти США» [3, с. 157–214]. Тут позиція DCFR є досить гнучкою. З одного боку, визнається, що у плюралістичному світі, такому як Європа, збереження культурного та мовного розмаїття є умовою самого існування Співтовариства. Разом із тим враховується, що там, де людське життя має не тільки культурний, але й суто функціональний зміст, цей принцип може вступати у колізію з принципами солідарності, захисту й поліпшення добробуту, а також розвитку внутрішнього ринку. Врахування цих колізій підштовхує до компромісних рішень, оскільки поряд із включенням у норми деяких проявів принципу збереження культурної та мовної різноманітності існує й можливість шкідливого впливу на внутрішній ринок надмірної різноманітності систем договірного права. Значення проблеми стає очевидним, коли врахувати, що принцип захисту та поліпшення добробуту громадян і підприємців (і доповнюючий його принцип поступового розвитку внутрішнього ринку) розглядається як такий, що охоплює усі або майже всі інші принципи, бо якщо DCFR не допоможе поліпшити добробут громадян і підприємців у Європі — нехай опосередковано, нехай незначно, нехай потрохи, — проект зазнає невдачі [2, с. 23, 25].

Порівняння принципів DCFR з принципами цивільного законодавства України свідчить про розбіжності між європейськими науковцями і українськими цивілістами не лише в розумінні сутності категорії «принципи» (засади), але й переліку таких принципів (засад). До цього варто додати, що, попри наявність низки наукових досліджень принципів цивільного законодавства вітчизняними правознавцями (Т. В. Боднар, С. В. Бервено, Н. Ю. Голубева, А. С. Довгерт, Н. С. Кузнецова, К. Г. Некіт, Р. Б. Шишка, автори цієї статті та ін.), у

тому числі докторської дисертації О. В. Басая [4], згадані принципи ще майже не досліджувалися під кутом зору встановлення їхньої співвідносності з положеннями проекту DCFR. Отже, далі зупинимося на цьому питанні детальніше.

Спираючись на розуміння принципів права як таких відправних ідей його існування, що виражають найважливіші закономірності та підвалини цього типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права і становлять його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальною значимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення певного суспільного ладу [5, с. 165], можемо визначити принципи (засади) цивільного права (законодавства) як фундаментальні ідеї, згідно з якими здійснюється регулювання відносин, що складають предмет цивільного права.

При цьому звернемо увагу на те, що переліки принципів приватного права і принципів цивільного права у вітчизняному правознавстві відрізняються.

Серед принципів приватного права називають:

- 1) принцип автономії;
- 2) принцип добровільності;
- 3) принцип юридичної рівності;
- 4) принцип диспозитивності;
- 5) принцип координації;
- 6) принцип загального дозволу;
- 7) принцип правового захисту приватного інтересу та ін. [5,

с. 176].

Позиція вітчизняної цивілістики з цього питання виглядає дещо інакше. Концепція ЦК України досить послідовно виходить з того, що термін «цивільне право» («цивільні права») має вживатися саме щодо прав, які належать певному суб'єкту, тобто стосовно так званих суб'єктивних прав. Разом із тим щодо «об'єктивного цивільного права», тобто сукупності норм, які регулюють цивільні відносини, у Кодексі використовується термін «цивільне законодавство», а ст. 3 ЦК України називається «Загальні засади цивільного законодавства».

Як впливає зі ст. 3 ЦК України, принципами цивільного законодавства України визнаються:

1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, що означає забезпечення «суверенітету особистості», поняття якого охоплює можливість індивіда визначити своє місце в суспільстві у системі цивільних відносин за власним розсудом;

2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених законом;

3) свобода договорів, яка полягає у визнанні за суб'єктом цивільного права можливості укладати договори (або утримуватися від укладення договорів) і визначати їх зміст на свій розсуд відповідно до досягнутої з контрагентом домовленості;

4) свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом, що означає закріплення у законодавчому порядку загального правила про право зайняття підприємницькою діяльністю, а також встановлення юридичних гарантій реалізації цього права;

5) принцип судового захисту цивільного права та інтересу, що ґрунтується, передусім, на положенні Конституції України, згідно з яким правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, юрисдикція яких поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст. 124 Конституції України). Судам підвідомчі всі спори про захист прав і свобод фізичних осіб. Суд не має права відмовити особі в прийнятті позовної заяви або скарги, наприклад, на тій підставі, що його вимоги можуть бути захищені в іншому порядку;

6) вимога справедливості, добросовісності та розумності цивільного законодавства, яка практично виражається у встановленні його нормами рівних умов для участі усіх осіб у цивільних відносинах; закріпленні можливості адекватного захисту порушеного цивільного права або інтересу; поєднання створення норм, спрямованих на забезпечення реалізації цивільного права, з шануванням прав та інтересів інших осіб, моралі суспільства тощо.

Слід підкреслити, що, судячи з формулювань ст. 3 ЦК України, наведений у ній перелік загальних засад цивільного законодавства є вичерпним.

Порівняння принципів приватного права, що згадуються у літературі, і принципів (засад) цивільного законодавства, названих у ст. 3 ЦК України, дозволяє зробити висновок, що спільними можна вважати лише два принципи: принцип автономії (котрий з певними застереженнями може бути прирівняний до принципу неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини) і принцип правового (у п. 5 ч. 1 ст. 3 ЦК України уточнюється — «судового») захисту приватного інтересу.

Такі істотні розбіжності у визначенні кола та змісту принципів приватного права і засад цивільного законодавства дають підстави для припущення, що або принципи приватного права і принципи цивільного права не співпадають, або «засади цивільного законодавства» і «принципи цивільного права» є за сутністю різними категоріями, або концепція ЦК України з цього питання потребує доопрацювання.

Правильність цього припущення можна перевірити, порівнюючи визначення поняття приватного права та цивільного права України. Приватне право — це сукупність концепцій, ідей, принципів і норм, котрі визначають на засадах диспозитивності, юридичної рівності та ініціативи сторін, підстави придбання та порядок реалізації й захисту прав та обов'язків окремих осіб, які не знаходяться у відносинах влади — підпорядкування стосовно одне одного і вільно встановлюють собі права й обов'язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи. Цивільне

право — це сукупність юридичної доктрини держави, а також правових норм і правил, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів фізичних та юридичних осіб, а також соціальних утворень, що виступають як суб'єкти немайнових та майнових (цивільних) відносин, з метою задоволення матеріальних і духовних потреб приватних осіб та захисту їх інтересів.

На перший погляд, наведені визначення є подібними, майже тотожними. Проте маємо враховувати, що право приватне і право публічне є абстрактними категоріями, які не мають національної приналежності. Якщо ж йдеться про галузь права, що регулює відносини між приватними особами в певній країні, то, очевидно, точніше вести мову про «цивільне» право, підкреслюючи цим генезис та особливості цієї галузі національного права. При цьому важливою є та обставина, що приватне право може обмежуватися диспозитивним методом правового регулювання, тоді як у цивільно-правовому регулюванні у кожній державі, в тому числі в Україні, мають місце імперативні елементи, наявність яких зумовлена необхідністю захисту публічного інтересу в цивільних відносинах, вимогами дотримання процедурних правил, можливістю застосування державного примусу тощо.

Враховуючи зазначене, можна дійти висновку, що справедливим є, по-перше, припущення про нетотожність понять «принципи приватного права» і «принципи цивільного права» і, по-друге, про нетотожність понять «засади цивільного законодавства» і «принципи цивільного права». Перший висновок випливає з того, що концепт «приватне право» є ширшим, ніж поняття «цивільне право», і виступає, разом із концептом «публічне право», як наукова абстракція. Підґрунтям другого висновку є теза, що поняття «цивільне право» може вживатися в декількох значеннях: галузь права, система законодавства, частина науки про право, навчальна дисципліна.

Визначальним поміж них є розуміння цивільного права як галузі права. Тому при екстраполяції принципів приватного права на національний рівень має йтися про «принципи цивільного права». Принципи цивільного права ґрунтуються на принципах приватного права, але не збігаються з ними повністю, оскільки, як зазначалося у цивільному праві, на відміну від приватного права, мають місце як диспозитивні, так і імперативні елементи (публічні договори, недоговірні зобов'язання, спадкування тощо). Разом із тим можна виокремлювати, як це зроблено у ЦК України, «принципи (загальні засади) цивільного законодавства». Останні частково співпадають з принципами цивільного права, а частково ні. Саме такий підхід, думаємо, має бути застосованим при визначенні співвідношення принципів приватного права, цивільного права та засад цивільного законодавства.

Однак він не знімає, а швидше загострює проблему розбіжності між розумінням і переліком принципів DCFR і принципів (засад) цивільного права (законодавства)Україна. Звісно, можна заспокоювати себе тим, що категорії DCFR, приватного права, як і права цивільного, є сферою наукових абстракцій, тоді як цивільне законодавство — це сфера практичного застосування наукових здобутків. Але якщо між принципами приватного права (DCFR) і засадами цивільного законодавства України будуть зберігатися зазначені розбіжності, то навряд чи буде можлива гармонізація окремих норм та інститутів, адаптація цивільного законодавства України до приватного права ЄС.

Це дає підстави й для того практично важливого висновку, що у контексті прагнення України інтегруватися до Євросоюзу та необхідності відповідної адаптації українського законодавства DCFR мають враховуватися при доопрацюванні концепту цивільного права, зокрема при вдосконаленні вітчизняної концепції принципів цивільного права та цивільного законодавства.

Список використаних джерел

1. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) [Text] / ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I. — VI. — Munich, 2009. — 643 p.
2. Бар, К. фон. Предисловие к российскому изданию [Текст] / Кристиан фон Бар, Эрик Клив, Паул Варул // Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н. Ю. Расказова. — М.: Статут, 2013. — 989 с.
3. Практика глобализации: игры и правила новой эпохи [Текст] / Братимов О. В., Горский Ю. М., Делягин М. Г., Коваленко А. А. — М.: ИНФРА-М, 2000. — 344 с.
4. Басай, О. В. Загальні засади (принципи) цивільного законодавства України [Текст]: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Басай Олег Вікторович; Національний ун-тет «Одеська юридична академія». — Одеса, 2014. — 440 арк.
5. Колодій, А. М. Принципи права України [Текст]: монограф. / А. М. Колодій. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 208 с.



ЛАНДО Дарья Дмитриевна,
кандидат юридических наук, доцент,
Белорусский государственный университет,
г. Минск, Республика Беларусь

ГАРМОНИЗАЦИЯ ДОГОВОРНОГО ПРАВА НА РЕГИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ

Понятие «региональная гармонизация» является условным, поскольку используется для обозначения сближения права не столько государств одного региона, сколько государств, объединенных в определенную экономическую или политико-экономическую группу. Принятие гармонизированных норм в рамках регионального акта во многих случаях является более оперативным по сравнению с принятием универсальных гармонизированных норм, в частности, за счет меньшего количества государств-участников и характерных для некоторых объединений специфических способов гармонизации.

Анализируя особенности региональной гармонизации материальных норм договорного права в рамках СНГ и ЕС, отметим, что региональная гармонизация договорного права Республики Беларусь и Украины исторически основывалась на экономической интеграции государств-участников СНГ после распада СССР. Украина, являясь государством-учредителем и государством-участником СНГ, не ратифицировала Устав СНГ. 8 декабря 2014 г. депутаты Верховной Рады начали обсуждать вопрос о выходе Украины из СНГ. Проблематика гармонизации права в период существования СССР рассматривалась преимущественно в контексте формирования общего рынка Европейских Сообществ. Сегодня евроинтеграция является приоритетным направлением для Украины, что объясняет актуальность рассмотрения способов сближения договорного права ЕС.

Для СНГ характерны два основных способа гармонизации договорного права: принятие международных договоров и рекомендательных актов. Примером региональной унификации норм материального договорного права в рамках СНГ является *Соглашение об общих условиях поставок товаров между государствами-участниками Содружества Независимых Государств от 20 марта 1992 г.*, вступившее в силу 1 июля 1992 г. Участниками соглашения являются Республика Армения, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Республика Кыргызстан, Республика Молдова, Российская Федерация, Республика Таджикистан, Туркменистан, Республика Узбекистан, Украина. В соответствии со ст. 1 указанного Соглашения его действие распространяется на отношения между субъектами хозяйствования (независимо от форм собственности) государств-

участников Содружества по межгосударственным экономическим связям. Следует оговориться, что Соглашение не имело широкого применения, поскольку фрагментарно регулировало преимущественно поставку для государственных нужд, ряд его норм ориентирован на методы организации хозяйственных связей, присущих плановой экономике. Отсутствие практики применения судами Армении, Молдовы, Таджикистана, Туркменистана норм Соглашения об общих условиях поставок товаров между государствами-участниками СНГ подтвердил Экономический Суд СНГ.

Примером регионального международного договора, принятого после принятия Модельного ГК для государств-участников СНГ является *Конвенция о межгосударственном финансовом лизинге от 25 ноября 1998 г.*, при принятии которой государства руководствовались положениями Договора о создании Экономического союза от 24 сентября 1993 г.

Договор о Евразийском экономическом союзе, определяя понятие гармонизации законодательства, специальных норм о гармонизации договорного права государств-членов ЕАЭС не содержит.

В рамках СНГ был разработан рекомендательный акт, направленный на гармонизацию норм, регулирующих и договорные отношения: *Модельный гражданский кодекс для государств-участников СНГ*. Указанный акт, принятый Межпарламентской Ассамблеей государств-участников СНГ, стал основой для национальных правовых актов (гражданских кодексов). ГК Республики Беларусь и ГК Украины в целом восприняли положения Модельного ГК. Модельный ГК содержит в части первой подраздел 2 «Общие положения о договоре», а часть вторая посвящена отдельным видам обязательств, в том числе договорных.

Решением Совета глав правительств СНГ от 14 ноября 2008 г. утверждена *Стратегия экономического развития СНГ на период до 2020 г.* Вместе с тем оговорки ряда стран (например, Украины) свидетельствуют о нежелании применять положения о гармонизации и сближении национальных законодательств в рамках СНГ.

Гармонизация правового регулирования в рамках СНГ является примером сближения законодательства, не достигшего на данном этапе желаемого результата. Принятые в начале 90-х годов XX века немногочисленные региональные международные договоры признаются неактуальными, а принятие рекомендательных актов не сопровождается последующим мониторингом достигнутых в сфере гармонизации результатов.

XX век был ознаменован активизацией процессов сближения европейского договорного права. Сближение законодательств в рамках ЕС носит вспомогательный характер, поскольку основной целью такого сближения является обеспечение функционирования внутреннего рынка (гл. 3 раздела VII Договора о функционировании Европейского

Союза (ДФЕС), ст. 26 ДФЕС). ЕС не преследует специфической цели достижения единообразного правового регулирования определенных общественных отношений. Вместе с тем согласно позиции Комиссии ЕС внутренний рынок должен функционировать в пределах единого правового пространства.

Возможность сближения права государств-участников ЕС отражена в ст.ст. 67, 81, 82, 83 и гл. 3 разд. VII ДФЕС. Во избежание злоупотреблений применения норм о сближении законодательства, параграф 3 ст. 352 ДФЕС предусматривает, что меры, принимаемые на основе данной статьи, не должны влечь гармонизацию в случаях, когда учредительные договоры ЕС исключают возможность такой гармонизации.

Существует два подхода к определению сущности процесса гармонизации европейского права:

— регионально-правовая гармонизация является частью процесса международно-правовой гармонизации, имеющей определенные особенности;

— гармонизация европейского права — это особый процесс, имеющий собственные цели и методы, характерный только для интеграции государств-членов ЕС (ранее — Европейского экономического сообщества, Европейского сообщества). Принимая во внимание существование самостоятельной правовой системы — права ЕС, в рамках которой осуществляются процессы сближения права государств-членов ЕС, следует согласиться со вторым подходом.

Соотношение понятий унификация и гармонизация европейского права осуществляется на основании действия прямого и косвенного метода сближения законодательств государств-членов ЕС.

Собственно унификацией признается *прямая унификация*, которая осуществляется через издание регламентов, заменяющих национальное законодательство по соответствующему вопросу, устанавливая единообразный режим правового регулирования. Гармонизацией признается *косвенная унификация*, при которой во всех государствах-членах сохраняются национальные режимы правового регулирования определенных отношений, устраняются лишь те различия, которые препятствуют нормальному функционированию внутреннего рынка. Косвенная унификация получила наибольшее распространение в сфере договорного права. Такая унификация осуществляется, главным образом, через принятие директив. Вместе с тем для региональной гармонизации договорного права значение приобретают и иные акты институтов ЕС, используемые для определения содержания будущих директив и регламентов.

Если целью сближения законодательства государств-членов ЕС является непосредственное применение унифицированных правил договорного права во всех государствах-членах (прямая унификация), наиболее оправданно прибегнуть к принятию регламентов.

Институтами ЕС уже предпринимаются попытки регламентации договорных отношений путем принятия регламентов. Примером является *проект Регламента Европарламента и Комиссии ЕС «О единообразном европейском регулировании купли-продажи» (Common European Sales Law)*. Проектом предусмотрено создание унифицированных норм, охватывающих период существования (*the whole life-cycle*) договора купли-продажи и являющихся частью национального права государств-членов ЕС («вторым режимом» договорного права, который может быть избран добровольно).

В случае, если поставлена цель достигнуть определенной степени совместимости правил национального договорного права для трансграничной деятельности, а также сближения частного права в рамках ЕС, возможны следующие способы гармонизации (косвенной унификации):

- принятие директив;
- принятие иных актов институтов ЕС, используемых для определения содержания будущих директив и регламентов;
- выработка «частных кодификаций», не имеющих обязательной юридической силы.

Гармонизация национального законодательства государств-членов ЕС в сфере договорного права путем принятия директив является одним из наиболее часто используемых сегодня способов сближения законодательств государств-членов. Наиболее востребованной при гармонизации договорного права в рамках ЕС является *минимальная гармонизация*. При минимальной гармонизации ЕС устанавливает только минимальные стандарты, а государства-члены могут устанавливать более жесткие требования, т.е. придерживаться и более высоких стандартов.

Рассматриваемый способ гармонизации договорного права позволяет сочетать необходимость выработки единообразного регулирования на уровне ЕС с возможностью сохранения национальных особенностей. Вместе с тем государства-члены свободны в выборе средств и методов трансформации директив в национальное законодательство, что не позволяет в полной мере унифицировать частное право на региональном уровне путем принятия указанных актов вторичного права ЕС. Договорное право представляет собой совокупность точных и конкретных по содержанию норм, что затрудняет применение способа сближения посредством издания директив и их национальной имплементации. Проблема заключается в возможной утрате собственно цели гармонизации либо в необходимости значительного ограничения пределов национальной адаптации. При ограничении средств и методов национальной имплементации директивы по своей лингвистической структуре будут отождествляться с регламентами по смыслу ст. 288 ДФЕС. Гармонизация посредством директив предполагает возникновение и таких проблем, как

несвоевременность имплементации, необходимость интерпретировать национальное законодательство в свете конкретной директивы. Кроме того, такая гармонизация требует постоянного контроля процесса имплементации в государствах-членах ЕС со стороны Комиссии ЕС. Если положения частного права сформулированы в директивах не достаточно конкретно, велика вероятность реализации государствами-членами права на собственное усмотрение при выборе средств и методов имплементации в более широком диапазоне, что может повлечь утрату цели сближения законодательства. Кроме того, сфера принятия директив ограничена, поскольку они могут издаваться только на основании конкретных положений ДФЕС. Достижение последовательного правового регулирования и построение единой концепции европейского договорного права путем принятия директив на основании политического консенсуса не представляются возможными. Противники директивного способа гармонизации предлагают следовать более системному и, возможно, кодификационно ориентированному подходу, предпочитая принятие регламентов.

Вторым способом гармонизации договорного права государств-членов ЕС является принятие институтами ЕС иных актов, используемых для определения содержания будущих директив и регламентов в указанной сфере (например, Зеленая книга, резолюция). Такие акты позволяют выявить области возможного сближения усилиями ЕС. К недостаткам рассматриваемого способа гармонизации можно отнести отсутствие обязательной юридической силы принимаемых актов.

8 июня 2011 г. Европарламент принял *резолюцию «О вариантах действий для достижения прогресса в направлении европейского договорного права для потребителей и бизнеса»*. Европарламент в очередной раз призвал уделить внимание европейскому договорному праву в условиях глобального финансового кризиса с целью реализовать потенциал внутреннего рынка в полном объеме и таким образом достичь цели стратегии «Европа–2020».

Третьим способом гармонизации договорного права является выработка «частных кодификаций» или «сводов правил», не имеющих обязательной юридической силы (англ. *«restatements»*). В ЕС указанный способ гармонизации служил скорее поиску и развитию общих правил в различных национальных правовых системах, а не преодолению неопределенности и сложности, вызванной судебными решениями (признанными дефектами американского права). В этом контексте «частные кодификации» могут оказать законодательное гармонизационное воздействие на различные национальные юрисдикции, убеждая законодателей или формируя общие положения по интерпретации. Кроме того, «частные кодификации» могут использоваться в качестве источника толкования норм европейского права. Данный способ называют спекулятивным с точки зрения

достижения большей общности частного права в условиях существования различных правовых систем в ЕС. К недостаткам следует отнести и отсутствие у «частных кодификаций» обязательного характера. В ЕС данный способ гармонизации используется для формулирования общих правовых положений, которые происходят из законодательства и судебных решений различных государств-членов.

Стремление гармонизировать европейское договорное право в XX веке демонстрировалось при подготовке академических проектов. *Принципы, определения и типовые нормы европейского частного права — Проект «общих критериев» (DCFR)* — признаются сегодня наиболее актуальным примером гармонизации в рамках ЕС. Проект «общих критериев» имеет три основополагающие цели:

— Проект «общих критериев» должен стать моделью для политических «общих критериев», которые должны способствовать реформе европейского договорного права.

— Проект может стать возможным источником вдохновения в решении вопросов о частном праве.

— Проект «общих критериев» будет способствовать исследованиям в области права и образованию.

Во введении к Проекту «общих критериев» содержится предположение о возможности его использования для гармоничной и неофициальной европеизации частного права. В настоящее время доступные в электронной форме ресурсы свидетельствуют о наличии ссылок на соответствующий Проект в судебной системе ЕС.

Гармонизация договорного права в рамках ЕС является динамичным процессом, в ходе которого активно используются все имеющиеся у названной организации способы сближения. Стремление обеспечить эффективную реализацию каждого из способов гармонизации договорного права предопределяет постоянный поиск оптимальных вариантов такой реализации и их активное обсуждение. Определенная взаимосвязанность способов гармонизации договорного права ЕС обеспечивает последовательность самого процесса гармонизации. Принимая во внимание вышеизложенное, в отличие от сближения договорного права в рамках СНГ гармонизация договорного права ЕС несомненно характеризуется более значимыми результатами, хотя и критикуется в некоторых случаях ввиду масштабности проводимых исследований и неоперативности принятия финальных решений.



ДІКОВСЬКА Ірина Андріївна,

доктор юридичних наук, доцент,

Київський національний університет імені Тараса Шевченка,

м. Київ, Україна

УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРІВ ВІДПОВІДНО ДО DCFR

Значення DCFR для розвитку приватного права

З середини ХХ ст. у Європі здійснюється пошук уніфікованої моделі регулювання приватних відносин. Були створені декілька робочих груп, які створили такі документи: Принципи Європейського договірного права (PECL), Принципи Європейського права (PEL), Принципи Європейського страхового права, Принципи Acquis, Проект Спільних підходів (DCFR) та деякі інші (детальніше див. [1, с. 77–90]).

Початок роботи над створенням DCFR пов'язують із документом «Більш узгоджене європейське договірне право — План дій», опублікованим Єврокомісією у лютому 2003 року [2], в якому було запропоновано створити джерело під назвою Спільні підходи (*Common Frame of Reference* (CFR)), який містив би спільні принципи, термінологію та модельні правила, призначені для використання під час створення або зміни законодавства у сфері договірних відносин. Необхідність створення такого документа пояснювалася відмінностями у національному договірному праві держав-учасниць, неузгодженістю актів ЄС, відсутністю єдиної термінологічної бази, проблемами імплементації директив у національне законодавство держав-членів.

У 2008 році було опубліковане Тимчасове видання DCFR, у 2009 році — переглянуте видання DCFR [3]. DCFR складається із Вступу, який пояснює мету DCFR, містить загальний коментар змісту DCFR, визначає співвідношення DCFR з іншими актами, а також те, як DCFR може бути використаний у підготовці CFR та деякі інші питання; частини під назвою «Академічні учасники DCFR та особи, які фінансували Проект»; частини під назвою «Принципи», що присвячена свободі, безпеці, справедливості та ефективності; Таблиць (відповідності між DCFR і PECL); частини під назвою «Модельні правила»; Додатка, що містить визначення окремих термінів, вживаних у DCFR.

У свою чергу, Модельні правила DCFR складаються із десяти книг: книга I «Загальні положення»; книга II «Договори та інші юридичні дії»; книга III «Зобов'язання та відповідні права»; книга IV «Окремі договори та права і обов'язки, що виникають із них», складається з частин: А. «Продаж», В. «Оренда майна», С. «Послуги», D. «Договори доручення», Е. «Комерційне посередництво, франчайзинг, дистрибуція», F. «Договори позики», G. «Особисті забезпечення», H. «Дарування»; книга V «Ведення чужих справ без доручення»;

книга VI «Позадовірня відповідальність, що впливає із шкоди, заподіяній іншому»; книга VII «Безпідставне збагачення»; книга VIII «Набуття та втрата права власності на майно»; книга IX «Речові забезпечувальні права на рухоме майно»; книга X «Траст».

Статті книг Модельних правил DCFR супроводжуються коментарем, що пояснює зміст положень відповідної статті, а також нотатками, які містять огляд правового регулювання певних питань за правом ЄС, національним правом держав-учасниць ЄС, а також міжнародних уніфікованих документів. Огляд охоплює не лише нормативні джерела, але й судову практику, а також доктринальну.

Книги II та III Модельних правил DCFR містять багато норм, що впливають із PECL. Водночас, як зазначають розробники, у багатьох випадках норми PECL не могли бути інкорпорованими у текст DCFR у незмінному вигляді. Це пояснюється тим, що ці документи мають різну мету, а також тим, що DCFR повинно охоплювати й захист прав споживачів [3, с. 26].

Під час розробки статей, що регулюють окремі види договорів, а також позадовірних зобов'язань, були використані положення відповідних книг PECL, які, однак, в окремих випадках були змінені [3, с. 29]. Під час розробки DCFR використовувалися й *Acquis* Принципи задля того, щоб відобразити у ньому належним чином право ЄС [3, с. 30].

Саме тому розробники відмічають, що процес створення DCFR тривав понад 25 років. Початок цієї роботи вони пов'язують із створенням Комісії з Європейського договірнього права (яка створила PECL), а подальші роботи — із Дослідницькою групою з Європейського цивільного кодексу та Групою «*Acquis*» [3, с. 39]. Велике значення для створення DCFR мала «Об'єднана мережа Європейського приватного права». Мережа включає декілька університетів та інших організацій, а також понад 150 дослідників, які працюють у державах-членах ЄС. Вона також охоплює декілька груп: Дослідницьку групу з Європейського цивільного кодексу (*The Study Group on a European Civil Code*), Дослідницьку групу існуючого приватного права ЄС (*The Research Group on the Existing EC Private Law*) («*Acquis Group*»), Проектну групу Зводу Європейського договірнього страхового права (*The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law*), або «Страхову групу», Асоціацію *Henri Capitant*, Товариство порівняльного законодавства (*Société de Législation Comparée*), Вищу раду нотаріусів (*Conseil Supérieur du Notariat*), Групу спільної серцевини (*The Common Core Group*), Дослідницьку групу з економічної оцінки норм договірнього права (*The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules*), або Групу економічного впливу (*Economic Impact Group*), Групу «бази даних» (*The «Database Group»*), а також Академію Європейського права (*The Academy of European Law (ERA)*) [4].

Розробники DCFR вважали, що цей документ може використовуватися як можлива модель CFR; матеріал для наукових досліджень; джерело, до якого європейські та національні законодавці, суди (в тому числі арбітражі) можуть звернутися у пошуках загальноприйнятого рішення певної проблеми [3, с. 8–9]. На разі у ЄС точиться дискусія щодо правової природи DCFR.

На думку М. Хезелінка, DCFR, ймовірно, стане авторитетним джерелом права у справжньому розумінні цього слова. Навіть якщо цей документ не отримає офіційного статусу найближчим часом, можливо, він стане важливим джерелом для європеїзації приватного права [5, с. 971].

Способи укладення договорів у DCFR

У DCFR вимогам до укладення контрактів присвячена ст. II.-4:101, відповідно до якої договір укладено без додаткових вимог, якщо сторони:

(a) мають намір вступити у відносини, які їх юридично зобов'язують, або викликати інший юридичний ефект;

(b) досягають достатньої згоди.

Фраза «без додаткових вимог» у цій статті означає, що не існує якихось специфічних вимог про укладення договору в певній формі, крім виняткових, прямо передбачених випадків. Також необов'язково, щоб одна сторона зобов'язувалася надати щось іншій стороні в обмін на її виконання. Крім того, не вимагається для укладення реальних договорів передавати майно іншій стороні договору [3, с. 290].

Питанням визначення наміру присвячена ст. II.-4:102 DCFR, яка, зокрема, встановлює, що намір сторони вступити у юридично зобов'язуючі відносини або викликати якийсь інший правовий ефект повинен визначатися із заяв або поведінки сторони, так як вони розумно розумілися іншою стороною.

Коментар до цієї статті зазначає, що сторони часто роблять попередні заяви, які передують укладанню договору, але вони не вказують наміру бути пов'язаними на цьому етапі. Сторони можуть також робити заяви, які спрямовані на те, щоб пояснити, що вони будуть пов'язані морально, але не юридично. Такі заяви потребують тлумачення: наприклад, буває важко відрізнити незобов'язуючий лист про наміри або т.зв. «лист комфорту» (*comfort letter*) від листів, спрямованих на те, щоб юридично зобов'язатися, і які, якщо вони будуть прийняті, призведуть до укладення договору.

Для ілюстрації цієї думки коментар наводить інший приклад: «Коли дочірнє підприємство попросило банк надати йому кредит у розмірі 8 млн. євро, банк звернувся до материнської компанії з проханням гарантувати кредит. Материнська компанія відмовилася, але надала лист комфорту, в якому було написано: «Наша політика — гарантувати, що бізнес дочірньої компанії завжди є таким, що вона в змозі виконати свої зобов'язання перед вами за кредитом». У листі

також зазначено, що материнська компанія не знизить свою фінансову участь у дочірній компанії до погашення кредиту. Коли під час переговорів банк дізнався, що материнська компанія надасть лист комфорту, а не гарантію, він відповів, що, ймовірно, доведеться встановити вищу відсоткову ставку. Коли пізніше дочірня компанія була ліквідована, не погасивши кредит, банк подав позов проти материнської компанії про відшкодування суми заборгованості. Позов не був задоволений, оскільки заява материнської компанії ясно вказує на те, що вона не мала наміру бути юридично пов'язаною [3, с. 298].

Коментар також зазначає, що заява іноді є запрошенням до однієї або декількох інших осіб зробити пропозицію. Таке запрошення не має на увазі зобов'язати людину, яка робить його. Однак воно може мати наслідки пізніше, якщо запрошення викликало оферту і акцепт, які посилаються на умови, зазначені у запрошенні.

Достатності згоди присвячена ст. II.-4:103 DCFR, відповідно до якої:

«(1) Згода є достатньою, якщо:

(a) умови договору були достатньо визначені договірними сторонами для набуття ним чинності; або

(b) умови договору, або права і обов'язки сторін за ним можуть бути достатньо визначені інакше для набуття чинності договором.

(2) Якщо одна зі сторін відмовляється укласти договір, поки сторони не домовляться про якийсь конкретне питання, немає договору, поки згода з цього питання не буде досягнута».

Пояснюючи ці норми, коментар зазначає, що сторони можуть розробити дуже повні і точні умови в письмовому документі, але не буде жодного контракту, поки вони не погодяться на їх обов'язковість.

Якщо контракт повинен підписуватися сторонами, поки сторони його не підпишуть, — це буде лише проект контракту. При цьому зміст згоди повинен бути «достатнім». Розпливчата, загальна згода типу «Цим ми укладаємо контракт» без чогось більшого не є контрактом, тому що вона не має достатньо точного змісту. Мається на увазі не те, щоб сторони домовилися про «об'єкт» чи ціну контракту. DCFR пропонує використовувати ширший підхід: потрібно, щоб з домовленості можна було визначити, що повинна робити кожна сторона.

Стаття II.-4:103 (1) (a) DCFR застосовується, якщо сторони укладають якийсь договір, який не може бути віднесений до певного виду договорів, передбаченого законом, або застосовуваними звичаями чи практикою. Так, якщо потенційні контрагенти вступають у переговори про їх «майбутнє співробітництво на ринку», між ними не може бути контракту до тих пір, поки вони не домовляться про істотні умови свого співробітництва, тобто про права та обов'язки обох сторін [3, с. 302].

Стаття II.-4:103 (1) (b) DCFR передбачає, що «умови договору, або права і обов'язки сторін за ним, можуть бути достатньо визначені інакше для набуття чинності договором». Мається на увазі ситуація, коли сторони укладають договір певного виду (поставки, страхування тощо). У такому випадку достатньо домовитися лише про окремі умови (вид товару, його кількість). Якщо сторони при цьому не домовилися про інші умови, вони можуть бути виведені на підставі загальних правил глави 9 книги 2 DCFR. Ці питання можуть бути визначені також з використанням звичаїв та практики, що склалася між сторонами.

Стаття II.-4:103 (2) DCFR стосується випадків, коли сторона вважає якусь умову настільки важливою, що укладення договору буде залежати від досягнення домовленості з цього питання. Наприклад, якщо сторони ведуть переговори про ціну товарів, вони показують, що ціна є істотною умовою. Навіть питання, які зазвичай не розглядаються як істотні, можуть вважатися такими однією із сторін.

Однак, якщо сторона, яка зробила одну або більше умов істотними, приймає виконання передбачуваного договору іншою стороною (до досягнення сторонами згоди з умов, що були визначені стороною як істотні), контракт вважається укладеним на підставі поведінки сторін. При цьому неузгоджені умови будуть визначатися на підставі загальних правил глави 9 книги 2 DCFR.

Вимоги до оферти

Відповідно до ст. II.-4:201 DCFR:

«(1) пропозиція є офертою, якщо:

(а) вона призначена для приведення до укладення договору, якщо інша сторона прийме її;

(б) вона містить достатньо визначені умови для укладення договору.

(2) Оферта може бути зроблена однієї чи кількома конкретними особам або громадськості.

(3) Пропозиція поставки товарів зі складу або послуг по заявленій ціні, зроблена підприємцем¹ у публічній рекламі або каталозі, або за допомогою демонстрації товарів, розглядається, якщо обставини не вказують на інше, як оферта постачати за цією ціною, поки запас товарів, або підприємця постачати послуги, не вичерпається.

Як зазначає коментар до DCFR, пропозиції, зроблені громадськості, можуть мати безліч форм — рекламні оголошення, плакати, проспекти, покази у вітринах, запрошення до тендерів тощо.

¹ Відповідно до ст. I.-1:105 DCFR «підприємець» означає будь-яку фізичну або юридичну особу, незалежно від того, чи належить вона публічній чи приватній особі, яка діє з метою, пов'язаною із самозайнятою торгівлею особи, виконанням робіт або професією, навіть якщо людина не має наміру отримувати прибуток у ході цієї діяльності.

Ці пропозиції, як правило, слід розглядати як оферти, якщо вони показують намір осіб, які їх зробили, бути юридично пов'язаними, якщо пропозиції будуть прийнятні. Тим не менше, пропозиції, зроблені в обставинах, де важливими є особисті якості іншої сторони, як правило, розглядаються як запрошення до оферти. Це стосується, наприклад, реклами про здачу в оренду будинку за певною ціною.

Інші фактори також можуть привести до припущення, що, якщо не вказано інше, пропозиція є лише запрошенням робити оферту.

Виставлення предмета на аукціоні, як правило, є лише запрошенням взяти участь у торгах. Аукціоніст не зобов'язаний приймати запропоновану ставку і може зняти товар з аукціону, якщо найвища із запропонованих ставок є занадто низькою. Ставка є офертою, яка приймається під час падіння молота. Однак чітка вказівка на те, що товар продається «без резервованої ціни», або подібна, означає, що виставлення товару на аукціоні є офертою [3, с. 316–317].

Відкликання оферти. Безвідклична оферта

Цікаво, що, на відміну від Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (Принципи УНІДРУА) та Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (Віденська конвенція), DCFR (так само, як і PECL) не містить статей, які регулюють скасування оферти (*withdrawal*), а лише її відкликання (*revocation*).

Це пов'язано із тим, що Принципи УНІДРУА та Віденська конвенція, на відміну від DCFR, містять норми про набуття офертою чинності. Адже згідно із коментарем до ст. 2.1.3 Принципів УНІДРУА скасування оферти відрізняється від її відкликання тим, що скасування може відбуватися до того, як оферта набуває чинності, в той час як відкликання оферти (ст. 2.1.4) має місце лише після цього (Цікаво, що Коментар до DCFR зазначає про цю різницю між скасуванням і відкликанням оферти і пояснює її так само, як Принципи УНІДРУА та Віденська конвенція [3, с. 325]).

Відповідно до ст. П.-4:202 (1,2) DCFR:

«(1) Оферта може бути відкликана, якщо повідомлення про відкликання буде одержано адресатом оферти до відправки ним акцепту або, в акцепту шляхом поведінки, — до того, як договір був укладений.

(2) Оферта, зроблена для громадськості, може бути скасована тим же способом, який був використаний, щоб зробити пропозицію».

Безвідклична оферта

Стаття П.-4:202 (3) DCFR передбачає, що «Повідомлення про відкликання оферти недійсне, якщо: (а) в оферті зазначено, що вона є безвідкличною; або (б) офертою встановлено певний строк для її акцепту; або (с) з боку адресата оферти було розумно очікувати, що

оферта є безвідкличною, і адресат оферти діяв відповідно до отриманої оферти».

Таким чином, DCFR пов'язують безвідкличність оферти із:

1) встановленням у ній певного строку для відповіді;
2) зазначенням у ній, що вона є безвідкличною іншим чином, тобто вживанням слів у оферті, які свідчать про намір оферента не відкликати оферти доти, поки він не отримає відповіді від адресата оферти;

3) розумним очікуванням адресата оферти її безвідкличності, а також вжиттям ним певних дій, пов'язаних із підготовкою до виконання договору.

Ці дії повинні бути «звичайними у відповідній галузі торгівлі або з інших причин передбачувані чи відомі оференту».

Вимоги до акцепту

Відповідно до ст. II-4:204 DCFR акцептом є «заява у *будь-якій формі* (курсив наш) чи інша поведінка адресата оферти, що вказує на його згоду на оферту. Мовчання чи бездіяльність самі по собі не є акцептом».

Як пояснює коментар до DCFR, акцепт необов'язково повинен здійснюватися у тій же формі, що й оферта. Оферта, надіслана листом, може бути прийнята електронною поштою або навіть в усній формі телефоном. При цьому намір сторони вступити юридично зобов'язуючі відносини повинен бути виражений у заяві чи поведінці сторони так, щоб від оферента можна було розумно очікувати його розуміння. Акцепт повинен бути безумовним. Він не може здійснюватися за умови остаточного схвалення якоюсь особою (наприклад, радою директорів), крім випадків, коли оферент знав або від нього було б розумно очікувати, що він знав, що для прийняття оферти потрібно схвалення певної особи (наприклад, урядового органу).

За загальним правилом мовчання чи бездіяльність не є акцептом. Однак з цього правила є винятки. Зокрема, акцепт може впливати із заяв адресата оферти, зроблених раніше, наприклад, запрошення зробити оферту, або із звичаїв чи практики між сторонами.

Висновки. У ЄС сьогодні відбувається пошук моделі уніфікованого регулювання приватних відносин. У зв'язку із цим, були створені декілька документів, одним із яких є DCFR. За задумом розробників, DCFR є проектом документа, який буде містити спільні принципи, термінологію та модельні правила, призначені для використання під час створення або зміни законодавства у сфері приватних відносин. Також він може бути матеріалом для наукових досліджень; джерелом, до якого європейські та національні законодавці, суди (в тому числі арбітражі) можуть звернутися, у пошуках загальноприйнятого рішення певної проблеми.

Регулювання укладення договору у DCFR є вільнішим, ніж регулювання, встановлене ЦК України. Наприклад, не існує якихось

специфічних вимог про укладення договору в певній формі, крім виняткових, прямо передбачених випадків. Також необов'язково, щоб одна сторона зобов'язувалася надати щось іншій стороні в обмін на її виконання. Крім того, не вимагається для укладення реальних договорів передавати майно іншій стороні договору.

Враховуючи масштабність досліджень, які були проведені для того, щоб створити DCFR, вбачається корисним їх вивчення з метою вивчення можливості використання їх положень для правового регулювання приватних відносин в Україні.

Список використаних джерел

1. Діковська, І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань [Текст] / І. А. Діковська. — К. : Юрінком Інтер, 2014. — 464 с.
2. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A more coherent european contract law. An action plan. Brussels, 12.2.2003 COM (2003) 68 final [Electronic Resource] / EUR-Lex. — URL : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0068:FIN:EN:PDF>.
3. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) [Text] / ed. by Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). — Munich : Sellier European Law Publishers, 2009. — 6563 p.
4. Joint network of European Private Law [Electronic Resource] / The CoPECL Network. — URL : <http://www.copecl.org>.
5. Hesselink, M. W. The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law [Text] / M. W. Hesselink // Tulane Law Review. — 2009. — Vol. 84. — No 4. — P. 919–971.



СУХА Юлія Сергіївна,

кандидат юридичних наук,

Національний університет «Одеська юридична академія»,

м. Одеса, Україна

КОНЦЕПЦІЯ ІСТОТНИХ УМОВ ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЄС

Досягнення згоди сторонами договору щодо всіх його істотних умов в установленій законодавством формі є складним юридичним фактом (юридичним складом), із яким пов'язується виникнення договірних відносин між сторонами. Істотні умови договору

визначаються у ст. 638 Цивільного кодексу України (ЦК України). Відповідно до неї договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов, тобто умови про предмет договору, умов, що визначаються законом як істотні або є необхідними для договорів цього виду, а також усіх тих умов, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. З тлумачення наведеної норми випливає, що єдиною конкретно названою у кодексі істотною умовою договору є умова про предмет.

У договірній теорії та практиці довгий час панувала позиція, відповідно до якої терміном «предмет договору» позначалися взаємні права та обов'язки його сторін, ті з них, які надають можливість визначити тип конкретного договору (під предметом договору купівлі-продажу, наприклад, найчастіше розуміють формулу «продавець передає у власність, а покупець приймає у власність»). Проте у статтях ЦК України під поняттям «предмет договору» часто мається на увазі конкретне майно, права щодо якого відчужуються (передаються) за договором (майнові права (ст. 424), майно, зокрема, речі, цінні папери, майнові права (ст. 576), товар (ст. 676) тощо). Таким чином, питання стосовно того, що саме розуміється під терміном «предмет договору» у ст. 638 ЦК України — права і обов'язки його сторін, чи конкретне майно, щодо якого сторони вступають у договірні відносини, — залишається дискусійним [1].

Ще одне законодавче визначення істотних умов міститься у ч. 2 ст. 180 Господарського кодексу України (ГК України), відповідно до якого господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами в передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов, якими вважаються визнані такими за законом чи необхідні для договорів цього виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода. Вказана норма ГК України фактично не відрізняється за змістом від положень ст. 638 ЦК України. Однак у частині третій ст. 180 ГК України передбачено, що при укладенні господарського договору сторони зобов'язуються у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. Отже, умови про предмет, ціну та строк договору визнаються ГК України істотними умовами, які мають бути вказані при укладенні будь-якого господарського договору незалежно від його виду. Необхідно зазначити, що згідно зі ст.ст. 3, 6 ЦК України наведене законодавче положення повинно розумітися як обмеження принципу свободи договору, що не відповідає принципам ринкової економіки та європейському законодавству.

Загалом, підходи національного та європейського законодавства, зокрема упорядників одного з сучасних наймасштабніших академічних проєктів кодифікації приватного права на теренах європейського простору — Draft Common Frame of Reference (DCFR) [2] та авторів найбільш поширеної і систематизованої кодифікації Принципів

європейського договірного права (PECL) [3] щодо розуміння окремих аспектів правового регулювання договірних відносин суттєво відрізняються. Так, у зазначених європейських актах взагалі не передбачено існування так званих «істотних умов» договору.

У коментарі до принципу договірної безпеки авторами DCFR зазначається некоректність національних правопорядків у підході до встановлення наслідку невизнання наявності зобов'язань між сторонами, якщо вони у договорі не погодили його обов'язкових умов, передбачених законодавством, але фактично вступили і бажають бути в договірних відносинах. Такі обов'язкові умови, які вимагаються національним законодавцем, можуть включати в себе умови про ціну та інші умови (за визначенням ст. 638 ЦК України — умова про предмет договору та інші умови). Отже, якщо очевидним є намір сторін вступити в договірні зобов'язання навіть за умови, якщо сторони не погодили всі умови угоди, суд має визнавати чинність такого зобов'язання (договору). У європейській практиці цей підхід отримав назву підходу «на користь договору», який є логічним продовженням принципів підтримання договірних відносин та договірної безпеки.

Розкривається вказаний підхід здебільшого у книзі II Модельних правил DCFR. Зокрема у ст. II-1:102 передбачено, що з урахуванням застосовуваних імперативних норм *сторони вільні в укладенні договору або здійсненні іншого юридичного акта й у визначенні його змісту* [2, с. 134]. Сторони вправі виключити повністю або частково застосування кожного з модельних правил, що стосуються договорів чи інших юридичних актів, окремих прав і обов'язків, а також, якщо інше не передбачено, виключити або змінити їхню дію.

Для того, щоб договір вважався укладеним, згідно зі ст. II-4:101 Модельних правил DCFR достатньо, щоб сторони *мали намір* створити зобов'язуючі їх правовідносини або викликати інші юридичні наслідки і *досягли достатньої для цього згоди* [2, с. 289]. Намір сторін має визначатися на підставі заяв чи поведінки, зрозумілих іншою стороною, а згода вважається досягнутою, якщо умови договору визначені сторонами достатньо для того, щоб договір набув чинності. Якщо одна зі сторін відмовляється укласти договір, поки сторони не досягли згоди з певного питання, договір не вважається укладеним, поки згоду з цього питання не буде досягнуто.

Подібний підхід відображений також у ст.ст. 1:102, 2:101 Принципів європейського договірного права (PECL). Зокрема свобода договору в цьому акті розуміється як можливість сторін укласти договір і визначити його зміст відповідно до вимог сумлінності та чесної ділової практики, обов'язкових правил, встановлених документом. Слід зауважити, що поняття «обов'язкові правила» в цьому випадку (як і в Модельних правилах, наведених вище) має достатньо вузьке значення, адже стосується лише тих імперативних положень, які містять у собі пряму вказівку на це. З аналізу тексту Принципів випливає, що такі

положення встановлені, зокрема, щодо окремих підстав, правил та наслідків недійсності договорів, угод за участю споживачів, щодо несправедливих умов договору тощо. У жодному разі серед положень, які визначають порядок укладення договору, а саме досягнення згоди сторонами, таких конкретно-імперативних норм немає. У ст. 2:101, крім того, зазначено, що *достатніми умовами для укладення договору є наявність наміру сторін про це та досягнення ними достатньої згоди без подальших вимог* [3]. Не вимагається укладення або засвідчення договору в письмовій формі, фактично взагалі не встановлено жодних вимог щодо форми договору, правил досягнення або оформлення домовленостей між сторонами. Угода може бути підтверджена за допомогою будь-яких засобів, у тому числі свідків. Модельні правила додатково встановлюють, що умови договору можуть бути виведені з *прямої чи опосередкованої домовленості сторін, з правових норм або з практики, яка встановилася у взаємних відносинах сторін, або із звичаїв*. За визначенням ст. 6:102 Принципів такі умови розуміються як непрямі, тобто конкретно не визначені, умови, «що мають на увазі» і впливають з наміру сторін, характеру і мети договору, сумлінності та чесної ділової практики.

Як Модельні правила, так і Принципи встановлюють так званий *пріоритет тлумачення*, що дозволяє визнати умови дійсними. Він передбачає, що перевага віддається тлумаченню, згідно з яким *умови договору вважаються відповідними вимогам закону або дійсними*, а не навпаки (ст. II-8:106 Модельних правил) [2, с. 597]. Тлумачення, яке надає умові договору законної сили, або визнає її ефективною, є кращим, ніж зворотнє (ст. 5:106 Принципів). Такі положення фактично конкретизують розглянутий вище принцип договірної лояльності, який передбачає підтримання договірних відносин за будь-яких можливих обставин. При такому підході поняття «неукладений договір» повинно бути відсутнім, а поняття «недійсний правочин» у розумінні чинного ЦК України суттєво скориговано.

Модельні правила і Принципи, хоча не містять поняття істотних умов договору так само, як і інших обов'язкових умов, однак пропонують визначення «примірних», «несправедливих» умов, умов, «які спеціально не погоджені». Примірні (або зразкові) умови — це умови, які були попередньо розроблені для правочинів, що здійснюються різними учасниками, і які не були спеціально погоджені учасниками. За наданим визначенням примірні умови подібні до типових умов, як вони визначені у ст. 630 ЦК України.

Несправедливі умови, якщо вони визнані такими згідно з Модельними правилами, не зобов'язують сторону, яка їх запропонувала. Якщо договір за розумних міркувань може бути збережений і без несправедливої умови, інші його умови залишаються обов'язковими для сторін. Критерії несправедливості умов

встановлюються ст.ст. II-9:401–II-9:410 [2, с. 656–696] і мають імперативний характер.

Певний інтерес становить поняття «інтеграційне обумовлення». Воно застосовується, коли договір має форму документа й означає спеціально погоджену в такому документі умову про те, що цей документ містить усі умови договору. Практично це означає, що будь-які попередні заяви, обіцянки і домовленості сторін, які не відображені в зазначеному документі, не можуть розцінюватися як умови договору. Втім, вони можуть бути використані з метою тлумачення договору. Інтеграційне обумовлення буде діяти лише у випадку прямої вказівки про це в договорі і за спеціальним погодженням сторонами.

Таким чином, як DCFR, так і PECL передбачають наявність більш широкого механізму досягнення домовленості при укладенні договору, ніж положення чинного законодавства України, коли договір визнається чинним навіть щодо питань, не передбачених сторонами. А отже, і положення чинного ЦК та ГК України щодо істотних, типових, примірних умов договору повинні бути переглянуті відповідно до пропозицій, наведених вище, спираючись на стандарти європейського законодавства у зазначених питаннях.

Список використаних джерел

1. *Євстігнєв, А.* Істотні умови договору за цивільним та господарським кодексами: порівняльний аспект [Електронний ресурс] / А. Євстігнєв // Юридичний журнал. — 2006. — № 1 ; Юстиніан. — URL : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2075>.
2. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) [Electronic Resource] / ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I–VI. — Munich, 2009. — 4795 p. ; European Commission. — URL : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.
3. The Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II and III) [Electronic Resource] / The University of Oslo. The Faculty of Law. — URL : <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002>.



ХАЛАБУДЕНКО Олег Анатолійович,
доктор права, доцент,
Міжнародний вільний університет Молдови (ULIM),
м. Кишинів, Республіка Молдова

КОНСЕНСУАЛЬНА СИСТЕМА ПЕРЕХОДУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ VS. СИСТЕМА ТРАДИЦІЇ: КОМПРОМІС У МОДЕЛЬНИХ ПРАВИЛАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА DCFR

Розвиток сучасного Європейського приватного права рухається у напрямку до нового *ius commune*, що дозволяє подолати вузькість національних кодифікацій (або загального права), які колись гарантували закритість і стабільність національних правопорядків. На думку Р. Цімермана, «це нове *ius commune* має бути побудовано навколо поділюваних правовою спільнотою цінностей на основі загальноновизнаних методів, а також загальних принципів та керівних положень, і повинно служити профілюючою основою для суддів, законодавців і професорів, що діють у кооперації один з іншим» [1, р. 109].

Існує галузь права, в якій європейські системи приватного права характеризуються істотними відмінностями, це — галузь перенесення права власності на речі. Відповідь на питання про те, що обумовлює і чим визначається момент перенесення права власності, дозволяє усвідомити принципові відмінності в побудові приватноправового матеріалу національних правових систем. Необхідність у зближенні історично сформованих підходів до вирішення розглянутих питань зумовлена актуальними потребами в гармонізації Європейського приватного права — процесу, що охопив правопорядки, складові *corpus unum* Європи, у тому числі ті, які, «отримавши шанс підтвердити свою приналежність до Європи, визнають і приймають європейські цінності та інституції» [2, с. 3].

Послідовний поділ зобов'язальних і речових прав, виходячи з особливостей захисту відповідних правових ситуацій, призвів колись римську юриспруденцію до висновку про те, що, з одного боку, «право власності (правове панування) встановлюється не простою (голою) угодою, а передачею речі і набувальною давністю» — «*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*» (С. 2,3,20), а з іншого — «гола передача речі не забезпечує перехід права власності без достатньої правової підстави» — «*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si vendito aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*» (Paul. D. 41,1,31). Таким чином, римське право визнало необхідним реквізитом набуття права власності (*dominium*)

передачу речі у володіння, яке ґрунтується на незалежній правовій підставі. При цьому відзначимо, що римське право не знало правонаступництва в угодах *inter vivos*: речове право припинялося у градента після передачі речі та виникало у набувача за давністю володіння при наявності належного *iusta causa* (зокрема *emptio, donatio, solutio et cet*). Якщо річ належала до *mancipi*, а обряд манципації не було дотримано, правовий інтерес набувача, заснований на сумлінному володінні (*bonorum possessionis*), захищався від домагань відчужувача позовом, аналогічним віндикаційному — *actio Publiciana*, а щодо третіх осіб — власницькими інтердиктами. Для інших речей сама їх передача у володіння набувача — *tradition* — визначала момент переходу права власності за *usucapio*. Зазначена модель набуття права отримала назву «традиція».

До пізнього римського права належить також виникнення дискусії, яка триває донині, про значення помилки (*ignoratio iuris*) у визначенні природи угоди, з якою каузально пов'язувалася передача речі, а отже, і речове правове панування набувача. Один з пізніх римських юристів Юліан визнав, що помилка в юридичній природі угоди, що лежить в основі передачі, не впливає на виникнення права щодо речі, переданої на основі дійсної угоди. Він стверджував, що для набуття права власності неважливо, чи мається на увазі позику або дарування, важливо, щоб річ була передана (D. 41,1,36). У свою чергу, римський юрист Ульпіан наполягав, що відсутність згоди про правові підстави для передачі речі виключає перехід права власності від однієї особи до іншої (D. 12,1,18). Таким чином, суперечка велася про достатні правові підстави (*iusta causa*) для набуття права власності за допомогою передачі речі (*causa traditionis*). Звернемо увагу, що в позиції римських юристів немає й натяку на те, що право власності може перейти абстрактно, лише за допомогою передачі речі у володіння. Питання про долю самої зобов'язальної угоди, вчиненої під впливом *error iuris*, і нині залишається відкритим: на думку одних дослідників, «омана щодо юридичної природи угоди є єдиним випадком, коли має значення омана в правових категоріях» [3, с. 311], інші ж вважають, що «омана в природі угоди <...> не повинна впливати на юридичну релевантність допущеної помилки» [4, с. 125].

У Новий час під впливом політико-правових імперативів епохи, що виявилися у принципі свободи договору та принципі визнання і всілякого захисту абсолютного права власності на основі переосмислення римської догми, правопорядками континентальної Європи були вироблені три можливі системи передачі прав на рухомі речі: каузальна система угоди, система каузальної передачі та система абстрактної передачі. При цьому, з одного боку, проглядається відоме протиставлення каузальної і абстрактної системи, а з іншого — розмежування системи передачі та системи угоди [5, с. 229]. Принципи, на яких ґрунтуються названі системи, служать відправним початком

для різних правових підходів, що забезпечують захист набувача, якому річ було передано а *non domino*. Причому кожен з цих підходів є підставою для побудови відповідної системи цивільного права, визначаючи своєрідність систематизації цивільно-правового матеріалу на національному рівні, перешкоджаючи тим самим уніфікації Європейського приватного права.

При **каузальній системі угоди**, в основі якої лежить принцип консенсуалізму (*le principe du consensualisme*), перехід речового права не передбачає обов'язкової передачі або забезпечення володіння. Консенсуальна природа перенесення означає, що зобов'язальна угода сама по собі створює як зобов'язальний, так і речовий ефект. Договір у французькому праві «в один і той же час встановлює зобов'язання і переносить речове право» [6, с. 25]. Як зазначає В. Сегерт, «згідно з панівним сьогоднішнім поглядом ця система не розрізняє зобов'язальну угоду і речову правову угоду» [7, с. 284], що базується на вільному волевиявленні сторін і законній підставі юридичного акта.

Головна політико-правова мета доктрини консенсуалізму, засновником якої визнається Гуго Гроцій, корениться у забезпеченні реалізації правовими засобами ідеї свободи розсуду сторін у розпорядженні належними їм благами (свобода договору) і відповідного захисту прав набувача (визнання та захист права власності). Розглянута доктрина отримала нормативне закріплення у французькому цивільному законодавстві. Згідно зі ст. 1583 ФЦК у відношенні сторін договір купівлі-продажу є укладеним, а право власності — таким, що перейшло в силу закону від продавця до покупця з того моменту, коли було досягнуто згоди про речі, що купуються, і про ціну, хоча б річ і не була ще надана, а ціна не була сплачена. Питання про перехід права власності за договором купівлі-продажу, так само як і за договором дарування, в ФЦК вирішується за допомогою фікції передачі. У ст. 938 ФЦК прямо вказується, що дарування, прийняте належним чином, вважається завершеним у силу однієї лише угоди сторін; і власність на подаровані предмети переходить до обдаровуваного без необхідності іншої передачі. Транслятивний ефект за названими договорами у французькому цивільному праві досягається не за допомогою передачі речі, а в силу законодавчого акта [8, с. 166]. Отже, передача права власності на рухомі речі, так само як і на нерухоме майно в країнах, що знаходяться під впливом ФЦК, відбувається у вільній формі за допомогою угоди, яка формується взаємним волевиявленням (офертою і акцептом) його сторін [див., напр.: 9].

На думку французьких юристів, «сучасний консенсуалізм є протилежним древньому формалізму священних ритуалів, які колись вважалися необхідними для того, щоб зв'язати волю людини. Таким чином, юридичні наслідки вираження волі набували поступово

інтелектуальний характер, відсуваючи на задній план форми, в яких ця воля виражалася» [10, с. 180].

З принципу, згідно з яким передача права власності можлива простою угодою відчужувача з набувачем, випливає, що договір є одночасно і зобов'язальним, і розпорядчим актом. Це правило застосовується до відносин між продавцем і покупцем, проте не діє щодо третіх осіб [10, с. 256]. Іншими словами, встановлене угодою сторін право власності до моменту передачі речі у володіння набувача може бути протиставлено тільки відчужувачу і лише з моменту передачі речі набувачеві — третім особам.

Отже, для встановлення речового права з ефектом *ergo omnis*, з погляду французького цивільного права, необхідно виконання дійсного зобов'язання. Іншими словами, тут перенесення права власності розглядається як наслідок виконання зобов'язання. При ефективному заперечуванні дійсності угоди, зокрема договору купівлі-продажу або договору дарування, володіння набувача не значне (відчужувач як власник має право заявити віндикаційне домагання), проте стосовно третіх осіб французьке цивільне право закріплює відоме правило: володіння рівнозначне правовій підставі (ст. 2279 ФЦК). Положення, яке стверджує легітимізуючу функцію володіння, має на меті головним чином забезпечити стійкість цивільного обороту. Особа, яка купує тілесну рухомість, як правило, не має практичної можливості перевірити, чи є власник речі її власником. Але закон охороняє набувача (якщо він діяв добросовісно), визнаючи придбання права дійсним на тій підставі, що попередній власник передав володіння рухомою річчю, навіть якщо він сам не був власником. Генетично цей підхід пов'язаний з розповсюдженою ще до прийняття ФЦК (і введеної їм як імпліцитне правило) практикою передачі володіння річчю в момент укладення договору про відчуження за допомогою *constitutum possessorium*: сторони визнавали, що з моменту укладення договору продавець володіє на користь покупця (*la clause de dessaisine — saisine*) [11, с. 63; 12, р. 1705].

У свою чергу, перехід права на нерухоме майно протиставляється третім особам (*opposabilité du transfert de propriété*) з моменту офіційної реєстрації угоди. Таким чином, для захисту від домагань третіх осіб у системі угоди застосовується принцип **публічної достовірності**.

Доктрина консенсуалізма не знайшла підтримки серед розробників доктрини нового Пандектного права (*usus modernus Pandectarum*), що визначила з цього питання стилістичні особливості німецького права. Слідуючи римському праву, в якому способи придбання речових прав і способи встановлення зобов'язальних прав були розділені, представники доктрини нового Пандектного права розробили вчення про «речовий договір» (*das dingliche Vertrag*), а точніше — «*die Einigung*» (угода про передачу рухомої речі) і «*die*

Auflassung» (угода про передачу нерухомої речі) як самостійні абстрактні підстави встановлення права власності, каузально не пов'язаних з зобов'язальним договором.

Ідея абстрактної підстави передачі речового права за допомогою володіння рухомої речі була розвинена Ф. К. фон Савіньї на основі римського правового матеріалу й отримала назву «**абстрактна теорія передачі права**». За основу доказу своєї теорії Ф. К. фон Савіньї взяв реальний договір дарування — пакт, який без встановлення і, отже, виконання зобов'язання сам по собі переносить право власності на обдаровуваного. Дарування розглядалося як *titulus acquirendi*, що переносить право власності без значимого для права *modus acquirendi*. Оскільки, на думку німецького вченого, *iusta causa* і воля, хоч і тісно пов'язані, але не тотожні концепти, остільки для передачі права власності за договором дарування достатньо наміру (волі) до передачі речі. У такому випадку встановленого договором зобов'язання може і не бути, достатньо лише волевиявлення, спрямованого на передачу речі (*titulus acquirendi*). Отже, першим аргументом на користь абстрактної теорії передачі права послужив штучний розрив між *titulus acquirendi* і *modus acquirendi*, демонстрований німецьким вченим на прикладі дарування — пакту, що отримав широке поширення в християнську епоху у зв'язку з практикою пожертвувань.

Іншим аргументом на користь теорії абстрактної передачі права, на думку Ф. К. фон Савіньї, може служити спеціальний засіб захисту, що надається особі, що посилається на порочність підстави набуття права за речовим договором. Таким правовим засобом є позов про безпідставне збагачення (*condictio indebiti*), а не віддікаційний позов, який надається для захисту права власності, втраченого не у зв'язку з укладеним договором. Однак застосування *condictio indebiti* зацікавленою особою в разі порочності підстави набуття права аж ніяк не свідчить про те, що не можна пред'явити *actio rei vindicatio*.

Сам по собі інститут «речового договору», як він розуміється в німецькому цивільному праві, спрямований на захист набувача як у відносинах з третіми особами, так і у відносинах з відчужувачем спочатку в відсутність загального правила про захист добросовісного набувача. Виправдання теорії абстрактного переходу, з погляду *bona fidei* Ф. К. фон Савіньї, не використовувалося, а виникло пізніше — у другій половині XIX ст. У підсумку в НЦУ були включені норми про захист добросовісного набувача і, незважаючи на очевидну надмірність, положення, що закріплюють принцип абстракції [5. с. 233–234].

Отже, у разі відпадання підстави виникнення зобов'язальних відносин речовий договір, будучи розпорядчою угодою, зберігає силу правової підстави набуття речового права (принцип поділу). Таким чином, пандектна система (*Pandektensystem*) передбачає послідовне розмежування підстав виникнення речових і зобов'язальних прав: зобов'язання може виникнути як з волевиявлення (акта), так і з іншого

правомірного або неправомірного факту, тоді як майнове право може бути передано (відступлене) іншій особі лише на підставі розпорядчої угоди. **Мета такої угоди — виведення суб'єктивного майнового права зі складу майна особи, яка її вчинила, або обтяження майна однієї особи майновим правом, що належить іншій особі.** Для речового права в пандектному вченні — це «речовий договір» і наступна за ним передача рухомої речі або реєстрація права на нерухому річ у відповідному реєстрі.

Отже, відповідно до доктрини німецького цивільного права, передача речі (фактична дія) має своєю *causa* абстрактний розпорядчий акт, тоді як обов'язок передачі речі випливає з *causa obligandi* зобов'язального договору. Дії, спрямовані на висновок і виконання зобов'язального договору і речового договору, в німецькому праві об'єднуються в єдине ціле за допомогою особливої конструкції — типового акта правової угоди. При відомому спрощенні типовий акт правової угоди ототожнюється з договором. Зауважимо, що в німецькому праві договір купівлі-продажу (або інший договір про передачу права власності) не існує як єдиний акт з точки зору права.

Застосування принципу поділу пояснюється тим, що, з точки зору вчення німецьких пандектистів, у типовому акті правової угоди відсутня єдина правова підстава (*iusta causa*). Правовою підставою зобов'язального договору служить акт (волевиявлення сторін), спрямований на встановлення права, і має в якості *causa obligandi* обов'язок передачі речі у власність. «Зобов'язальний договір», — зазначає Є. О. Суханов, — розглядається тут як двостороння і притому каузальна угода, яка здатна породити лише зобов'язальні відносини, але не «речово-правовий ефект» у вигляді переходу права власності на річ до набувача» [13, с. 10].

У свою чергу, правовою підставою речового договору служить визнана правопорядком воля сторін, спрямована на передачу речі у власність, тоді як передача речі — це фактична дія, за допомогою якої задовольняється правова мета типового акта правової угоди — перехід права від однієї сторони до іншої. Об'єднуючим початком типового акта правової угоди служить те, що для виникнення як зобов'язального, так і речового ефекту необхідно волевиявлення сторін відповідного договору — зобов'язального і речового, — спрямоване на правовий результат. При цьому речовий договір «не може існувати сам по собі як самостійна операція. У якості її основи завжди виступає «Зобов'язальна угода», тоді як «речова угода» служить виконанню останньої, представляючи собою якусь «угоду з виконання» (*Erfüllungsgeschäft*)» [13, с. 10–11]. Однак бездоганність волевиявлення в зобов'язальному і речовому договорі оцінюється окремо. Дійсність речового договору як абстрактної розпорядчої угоди не ставиться в залежність від дійсності зобов'язального договору, чим досягається принцип абстракції. Таким чином, сенс визнання речового договору

абстрактної розпорядчої угоди, що встановлює право власності не у зв'язку з дійсністю зобов'язального договору, полягає в необхідності надання захисту набувачеві, оскільки при нікчемності зобов'язального договору в більшості випадків підстави нікчемності діятимуть тільки щодо такого зобов'язального договору. Дійсність речового договору оцінюється з точки зору бездоганності волевиявлення (§§ 119, 123 НЦУ), зробленого в декларації про наміри (*Willenserklärungen*), необхідної для укладення речового договору, а також з точки зору його відповідності закону (§ 134 НЦУ) і нормам суспільної моралі (§ 138 НЦУ).

Таким чином, у власника, чия річ була відчужена *a non domino*, виникає лише домагання на повернення власності з безпідставного збагачення. Тому розглянутий правопорядок не знає конструкції генеральної реституції, відомої французькому праву. Така обмежувальна дія підстав нікчемності, яка поширюється лише на зобов'язальний договір, що лежить в основі набуття права власності, призводить до того, що «наступний набувач отримує власність від уповноваженої особи і може не турбуватися з приводу спору між своїми попередниками» [14, с. 90–91].

У системі каузальної традиції, що ґрунтується на теорії волі до передачі речі (*animus domini transferendi*), на противагу системі абстрактної передачі, реалізується ідея транслятивного правонаступництва: права переходять до набувача в тому обсязі, в якому вони були в особи, що відчужує річ у результаті передачі речі у володіння або на підставі угоди. Тому в системі каузальної традиції, як і в системі каузальної угоди, відчужувач може передати лише ті права, які належать йому самому («*Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*»). Однак «контроль за наявністю права в консенсуальних системах слід здійснювати в момент досягнення угоди, тоді як у системах передачі — в момент передачі» [7, с. 307]. У цьому контексті стає зрозумілим правило, присвячене захисту добросовісного набувача, закріплене в згадуваній вище ст. 2 279 ФЦК. У французькому праві сумлінне придбання розглядається як первісний спосіб придбання права, будучи «формою придбання за давністю без давнього строку (миттєвою давністю)» [5, с. 240; 15, р. 660]. Володіння рухомою річчю тут — сам по собі факт, що тягне правові наслідки у вигляді його публічної достовірності, який оцінюється як елемент конструкції набуття права за давністю.

Навпаки, в системі каузальної традиції передача речі розглядається в якості юридично значущої дії, яка опосередковує похідний спосіб набуття права власності. В основі правонаступництва (*successio*) лежить ідея, відповідно до якої саме право при його відчуженні не припиняється, а як цінність (благо) переходить від однієї особи (*auctor*) до іншої (*successor*). При цьому розпорядчі дії *inter vivos*, на яких ґрунтується правонаступництво, зізнаються такими, які

знаходяться в каузального зв'язку з договором, у силу якого був встановлений обов'язок щодо передачі речі. Таким чином, сторона зобов'язує передати річ, за загальним правилом не має права провести відчуження майна (речей або майнових прав / тілесного або безтілесного майна), не будучи правомочною на це. Наприклад, ст. 3:84 ЦК Нідерландів передбачає, що для передачі майна вимагається надання його в розпорядження на підставі дійсного порядку правонаступництва, вчиненого особою, у якої є право розпоряджатися цим майном.

Передача речі у володіння в системі каузальної традиції оцінюється в контексті конструкції, що забезпечує похідний спосіб набуття права власності, в угодах *inter vivos* — це конструкція договору. При цьому сама передача є юридичним фактом, що тягне правові наслідки у вигляді переходу права власності, оскільки вона каузально пов'язана з наявністю дійсного зобов'язального договору. Так, згідно з § 425 Загального цивільного кодексу Австрії голий титул ще не надає права власності. Власність і всі речові права взагалі можуть купуватися тільки шляхом правової передачі та прийняття, за винятком встановлених законом випадків. Тут «розпорядча» угода має подвійну природу: вона вважається каузальною, оскільки її дійсність залежить від наявності правової підстави — титулу, роль якого виконує «основна» (зобов'язальна) угода, і тільки «в іншому» — абстрактною [13, с. 17; 16, с. 119, 239–240].

Насправді факт передачі речі, будучи юридичним, який тягне правові наслідки у вигляді переходу права власності від особи, що передає річ, до особи, яка її приймає, не слід ототожнювати з самою розпорядчою угодою. Передача речі, поряд з угодою про перехід права власності, що виконує функцію розпорядчого акта, підлягає автономній кваліфікації. До кваліфікації дій щодо передачі речі (*animus transferendi*) застосовні відповідним чином правила про розпорядчі угоди. Отже, ефективне оспорування зобов'язального договору в системі каузальної традиції породжує речові ефекти передачі речі, однак ефективне оспорування дійсності останньої не породжує зобов'язальних ефектів, що випливають з відповідного договору.

Досвід системи каузальної традиції, з одного боку, і системи консенсуальної угоди — з іншого, був врахований при розробці **правил про перенесення права власності, заснованому на праві або повноваженні того, хто переносить, закріплених у DCFR**. Для перенесення права власності згідно зі ст. VIII.-2:101 DCFR необхідно, по-перше, наявність самої речі — предмета права власності; по-друге, визнання, що така річ знаходиться в обігу; по-третє, володіння традентом правом або повноваженням на перенесення права власності; по-четверте, наявність у реципієнта права вимагати передачі речі, що ґрунтується на договорі, іншому юридичному або судовому акті або нормі права; по-п'яте, виконання умов **дійсної угоди про момент**

переходу права власності, а за відсутності такої угоди — передача або еквівалент передачі речі.

Таким чином, аналіз положень DCFR демонструє певну розбіжність з прийнятої *ius romanum commune* теорією узгодженості між *titulus et modus acquirendi*, «виключає необхідність того, щоб за угодою, вираженою у договорі купівлі-продажу (титолом придбання), впливала угода з речово-правовим ефектом» [17, с. 135]. За змістом п. Е) ч. (1) ст. VIII.-2:101 DCFR наявність угоди про момент переходу права власності та його виконання є необхідною. Отже, умови про момент переходу права власності, навіть будучи включеними в положення зобов'язального договору, зберігають автономну природу, властиву розпорядчому акту, спрямованому на перенесення права. У разі відсутності такої угоди в уповноваженого, якщо річ не передається йому або не здійснений еквівалент її передачі, є лише право вимагати передачі речі або відшкодування компенсаторних збитків.

Дії з передачі речі є такими, які знаходяться у зв'язку з наявністю в реципієнта правомочності, що виникло з договору чи іншого юридичного акта, судового акта або норми права, або щонайменше ґрунтуватися на ньому. Положення ст. VIII.-2:103 DCFR передбачає, що початкова нікчемність акта виключає дійсність факту перенесення права власності. Якщо ж після в перенесення права власності, що вже відбулося, договір, який лежить у його підставі, або інший юридичний акт стає недійсним у результаті оспорювання, вважається, що право власності ніколи не переходило до набувача (ретроактивний речовий ефект). У разі визнання оспорюваного акта недійсним застосовуються правила про спеціальну реституцію з відповідним застосуванням положень про безпідставне збагачення, оскільки той, хто збагатився, не має права на отримання збагачення, якщо договір або інший юридичний акт, судові розпорядження або норма права нікчемні або оспорені або іншим чином втратили силу із зворотною дією (ч. (2) ст. VII.-2:101 DCFR). Таким чином, питання про право кожної сторони на отримання грошової компенсації або повернення наданої чи отриманої за оскарженим договором вирішується згідно з ч. (2) ст. II.-7:212 DCFR, за правилами про безпідставне збагачення. Відмова від речово-правового захисту особи, чие право власності порушено внаслідок вчинення нікчемного або ефективно оскарженого акта, свідчить про зближення підходів розробників DCFR по розглянутому питанні з точки зору батьків-засновників системи абстрактної передачі, де для захисту інтересів особи, потерпілого внаслідок вчинення недійсного розпорядчого акта в якості «корекції» принципу абстракції було запропоновано застосування правил про безпідставне збагачення. Позов з безпідставного збагачення як спосіб захисту зацікавленої особи, чие право було порушено внаслідок недійсності розпорядчого акта, дає потерпілому низку переваг у порівнянні з речово-правовим захистом.

По-перше, сама недійсність угоди служить презумпцією права на повернення безпідставного збагачення, тому за таким позовом особа, що втратила володіння річчю, не зобов'язана доводити своє право власності на неї, досить лише доказів відсутності права на отримання збагачення в особи, яка отримала річ. По-друге, домагання, що випливає з безпідставного збагачення, направлено на повернення майна, що збереглося в натурі, а при неможливості такого повернення, той, хто безпідставно збагатився, зобов'язаний відшкодувати збагачення за допомогою виплати його грошової вартості потерпілому.

Автономна кваліфікація дій, спрямованих на перенесення речового права, виключає можливість зажадати річ, яка безпідставно виявилася в іншій особі внаслідок вчинення недійсного розпорядчого акта неправомочною на те особою. Іншими словами, домагання, що випливають з ефективно оскарженого розпорядчого акта, можуть бути заявлені тільки правомочною на те особою. Наявність угоди про перенесення права власності за загальним правилом виключає необхідність фактичної передачі володіння річчю. При цьому момент, у який переходить право власності, може бути визначений угодою сторін, за винятком випадків, коли відповідно до національного права для набуття права власності потрібна реєстрація (ст. VIII.-2:103 DCFR). Однак при відсутності угоди право власності може бути здійснене за допомогою передачі речі або вчинення еквівалентних такої передачі дій, зокрема: *traditio symbolica*, *traditio brevi manu*, *constitutum possessorium*. За правилами ст. VIII.-2:104 DCFR, передача речей має місце, якщо той, хто переносить право, відмовляється від володіння, а той, на кого переноситься право, отримує речі у володіння, під яким, відповідно до ч. (1) ст. VII.-2:205 DCFR, розуміється наявність прямого або опосередкованого фізичного контролю над цими речами.

У DCFR передача речі не має абстрактного характеру, так як у її основі лежить певний юридичний акт або норма права. Передача речі має вольовий характер, основою якого є намір особи передати разом з річчю речове право на неї. Передача речі спрямована на передачу майнового права за допомогою встановлення володіння. Передача речі має обов'язковий характер, оскільки особа, наділена правом вимоги, може претендувати на передачу речі, однак така особа не набуває речового права до моменту передачі речі. Передача опосередковує перехід права від однієї особи до іншої особи, визначаючи момент переходу права і виступаючи необхідною умовою такого переходу. Передача речі конституює речове право в договорах, які передбачають, що виникнення прав визначається моментом передачі речі [про правову природу традиції див.: 18, с. 170; 19, с. 43–64]. Таким чином, передачу речі, що здійснюються за правилами DCFR, слід визначити як засновану на дійсному акті юридично значиму дію, яка тягне перенесення права власності.

Список використаних джерел

1. *Zimmermann, R.* Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today [Text] / Zimmermann Reinhard. — Oxford University Press, 2004. — 197 p.
2. *Харитонов, С. О.* Приватне право як концепт: пошук парадигми [Текст]: монограф. / С. О. Харитонов, О. І. Харитонova. — Одеса: Фенікс, 2014. — 804 с.
3. *Гутников, О. В.* Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания [Текст] / О. В. Гутников. — М.: Бератор-Пресс, 2003. — 576 с.
4. *Зезекало, А. Ю.* Заблуждение при совершении сделки [Текст] / А. Ю. Зезекало. — Томск: Изд-во Томск. ун-та, 2011. — 198 с.
5. *Влиет, Л. П. У. ван.* Сравнительно-правовые аспекты перехода прав на движимые вещи: классификация систем перехода прав [Текст] / Л. П. У. ван Влиет // Ежегодник сравнительного права, 2011. — М.: Статут, 2011. — С. 228–246.
6. *Годэмэ, Е.* Общая теория обязательств = Eugène Gaudemet. Théorie générale des obligations [Текст] / Е. Годэмэ; пер. с франц. И. Б. Новицкого. — М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. — 511 с.
7. *Сэгерт, В.* Консенсуальная система и система передачи в европейском частном праве — консенсус в отношении передачи? [Текст] / В. Сэгерт; пер. Д. Дождев // Ежегодник сравнительного права, 2011. — М.: Статут, 2011. — С. 280–308.
8. *Сакко, Р.* Переход права собственности на движимое имущество в свете сравнительного права [Текст] / Р. Сакко; пер. с итал. Д. О. Тузова // Вещные права: система, содержание, приобретение: сб. науч. ст. в честь Б. Л. Хаскельберга / под ред. Д. О. Тузова. — М., 2008. — С. 163–185.
9. Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière [Les ressources électroniques] / Légifrance. — URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000850274>.
10. *Саватье, Р.* Теория обязательств [Текст] = René Savatier. La théorie des obligations: vision juridique et économique. Paris 1937 / Р. Саватье. — М.: Прогресс, 1972. — 440 с.
11. *Жужжалов, М. Б.* Требование о государственной регистрации перехода права собственности [Текст] / М. Б. Жужжалов // Проблемы регистрации прав, фиксации и удостоверения юридических фактов гражданского права: сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. — М.: Статут, 2013. — С. 61–108.
12. *Carbonnier, J.* Droit civil. Volume II, Les biens. Les obligations [Texte imprimé] / Jean Carbonnier. — Paris, Presses universitaires de France — DL 2004. — 1 vol. (1516–2574 p.).
13. *Суханов, Е. А.* О видах сделок в германском и российском гражданском праве [Текст] / Е. А. Суханов // Вестник гражданского права. — 2006. — № 2. — С. 5–26.
14. *Шанн, Я.* Система германского гражданского права [Текст]: учеб. / Ян Шанн; пер. с нем. С. В. Королева. — М.: Междунар. отношения, 2006. — 360 с.
15. *Baurdy-Locantinerie, G.* Traté theorique et pratique de droit civil [Texte] / G. Baurdy-Locantinerie, A. Tissier. — 3ed. — Paris, 1905. — vol. XXVIII (de la prescription).

16. *Koziol, H.* Grundriss des bürgerlichen Rechts: Band I: Allgemeiner Teil. Sachenrecht, Familienrecht [Text] / H. Koziol, R. Welser. — 13. Aufl. Wien, 2006. — 674 s.
17. *Ваке, А.* Приобретение права собственности покупателем в силу простого соглашения или лишь вследствие передачи вещи? [Текст] / А. Ваке // Цивилистические исследования: сб. научн. тр. памяти профессора И. Н. Федорова. — М.: Статут, 2004. — Вып. 1. — С. 133–147.
18. *Халабуденко, О. А.* Имущественные права [Текст] / О. А. Халабуденко. — Кишинев, 2011. — Книга 1. Вещное право. — 305 с.
19. *Тузов, Д. О.* Реституция при недействительности сделок и защита добросовестного приобретателя в российском гражданском праве / Д. О. Тузов. — М.: Статут, 2007. — 206 с.



ДИМІНСЬКА Олена Юріївна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Подільська лабораторія Науково-дослідного інституту

приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака

Національної академії правових наук України,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

ВПЛИВ ПРОЦЕСІВ УНІФІКАЦІЇ ДОГОВІРНОГО ПРАВА ЄС НА РОЗВИТОК ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

У процесі розвитку та функціонування ЄС в окремих сферах цивільного та комерційного права з'явилися певні ознаки уніфікації або принаймні гармонізації. Особливо це помітно у сфері корпоративного права та захисту прав споживачів.

Природа недержавних уніфікацій цивільного права, що мають місце зараз у ЄС, в останні десятиліття залишається в центрі уваги світового професійного та академічного співтовариства, оскільки вони руйнують звичні уявлення, що сформувалися в рамках позитивістського праворозуміння, і не дозволяють інтегрувати в систему джерел права зведення правил, які не підкріплені певним розпорядчим державним актом.

Незважаючи на відносну історичну молодість європейського договірного права, яке фактично виникло у другій половині ХХ ст., не можна не відзначити його розвиненість та ефективність, особливо зважаючи на прагнення України стати членом Європейського Союзу, що призвело до підписання Угоди про асоціацію з ЄС [1] (політичну

частину угоди — 21 березня 2014 р., економічну частину — 27 червня 2014 р.), яка була ратифікована Україною 16 вересня 2014 р. В Угоді визначено, що основною метою асоціації є запровадження умов для посиленних економічних та торговельних відносин, які вестимуть до поступової інтеграції України до внутрішнього ринку ЄС, у тому числі завдяки створенню поглибленої і всеохоплюючої зони вільної торгівлі, як це визначено у розд. IV («Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею») цієї Угоди, та підтримання зусиль України стосовно завершення переходу до діючої ринкової економіки, у тому числі шляхом поступової адаптації її законодавства до *acquis* ЄС. Серед іншого у гл. 6 вказаної Угоди наголошується на необхідності вироблення спільної політики у сфері торгівлі послугами та електронній торгівлі, в тому числі шляхом приведення у відповідність законодавства України до законодавства ЄС.

При цьому, звичайно, було б помилкою стверджувати, що сучасне вітчизняне договірне право України у своєму розвитку спирається виключно лише на досвід правового регулювання за кордоном і не має своєї історії та специфіки. Однак історичний досвід є динамічною категорією, яка потребує постійного переосмислення й уточнення, особливо зважаючи на сучасні тенденції європеїзації вітчизняного законодавства, в тому числі в сфері договірного права. У зв'язку із цим, необхідно погодитись із Р. О. Стефанчуком, що додаткового обґрунтування потребують питання можливості застосування результатів уніфікації договірного права ЄС у системі вітчизняного законодавства [2, с. 210], оскільки на сучасному етапі розвитку цивілістичної науки України, більшість розвідок стосуються окремих питань адаптації законодавства України до законодавства ЄС у певних напрямках, однак фактично відсутні наукові висновки щодо можливості й адекватного сприйняття вітчизняним законодавцем результатів уніфікації договірного права ЄС, що в більшості мають характер «м'якого права».

В останні роки європейське приватне право і договірне право стали предметом надзвичайно гострих дискусій. Сучасні теоретичні основи приватного права виявилися нездатними пояснити або вирішити взаємозв'язок між трьома одночасними і взаємопов'язаними явищами:

- 1) економічна глобалізація;
- 2) правова глобалізація, тобто гармонізація правових норм у сфері договірного права і норм між суверенними суб'єктами;
- 3) зміна ролі національної держави як основного фундаменту приватного права і як основного захисника правових, економічних інтересів осіб [3, с. 17].

Питання доцільності «європеїзації» договірного права є досить дискусійним на рівні європейських наукових досліджень. З одного боку, відзначається, що створення будь-яких кодифікацій чи

узагальнень може призвести до їх несприйняття окремими країнами, невідповідності традиції розвитку їх законодавства, зменшенню ролі національного законодавства [4, р. 51]. З іншого — робота над такими актами дозволяє не чекати від національних правових систем знаходження спільних позицій загального права, заснованих на практиці чи прецедентному праві, що будуть однакові ефективні для врегулювання договірних відносин у кожній окремій країні [5, с. 17].

Системи мінімальної і глибокої гармонізації мають велику кількість прихильників серед учених-юристів. У своєму повідомленні для Ради та Європейського парламенту з питань європейського договірного права у вересні 2001 року Комісія поставила основні проблеми з цього питання, які і сьогодні є актуальними, в результаті чого було визначено чотири можливі рішення проблем гармонізації договірного права:

- залишити можливість вирішення проблем у договірному процесі для сторін, які є учасниками ринку;

- сприяти розвитку необов'язкових принципів права в рамках публічних договорів, з метою їх використання сторонами в розробці своїх контрактів, національними судами і суддями у своїх рішеннях і національними законодавчими органами відповідно;

- розглянути й удосконалити чинне законодавство ЄС у сфері договірного права, з метою його адаптації до ситуацій, які можуть виникати в момент прийняття тих чи інших норм;

- прийняти новий правовий інструмент регулювання договірного права на рівні ЄС з урахуванням характеру прийнятих актів (директива, рекомендація, регламент), врегулювання питання узгодження таких актів з національним правом країн-учасниць ЄС, можливості використання договірного права ЄС в якості основного або додаткового інструменту регулювання договірних відносин [3, с. 32].

Для проведення роботи з уніфікації договірного права ЄС було створено низку робочих груп, результатом яких стало створення на сьогодні найдетальнішого і змістовного концепту — *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Можливість розробки такого акта академічними експертами та юристами з різних країн ЄС також неодноразово піддавалась критиці, однак вона передбачала важливий момент — можливість обговорення результату роботи експертів у максимумально широкій європейській експертній спільності. Ми не ставимо за мету оспорювати чи підтримувати такий крок у межах ЄС щодо розробки та створення DCFR; по суті у цьому дослідженні ми лише спробуємо визначити можливість існування та застосування такого прикладу «soft law» акту в вітчизняній правовій системі та можливі впливи актів уніфікації, в тому числі DCFR, на розвиток вітчизняного договірного права.

На нашу думку, уніфікація чи гармонізація договірного права в певній сфері має низку переваг, пов'язаних з економічними чинниками

(можливостями вирішення питань зменшення податкового тиску на експорт/імпорт, спрощення вимог до імпортерів у частині забезпечення прав споживачів на маркування та якість продукції, які можуть визначатись різними за змістом у кожній країні). Також такі переваги мають інтеграційну, політичну складову щодо функціонування спільного ринку, оскільки однорідна (спільна) модель функціонування договірних відносин може гарантувати рівний статус усім правовим системам країнам-учасницям ЄС, а також третім країнам, що вступають у відносини з ЄС або відповідно країнами-членами ЄС.

Необхідно відзначити, що учасники міжнародних відносин досить часто свідомо обирають більш м'які форми легалізації як такі, що переважають над інституційними механізмами регулювання. Безумовно, м'яке право інколи визначають як певну транзитну інстанцію на шляху до більш жорсткої легалізації. М'яке право зберігає певні переваги жорсткого права, разом із тим виключаючи низки витрат, пов'язаних з останнім, але також має і свої переваги. Важливо відзначити, в першу чергу, спрощені процедури досягнення м'якої легалізації договірних відносин, ніж жорсткої, особливо у випадку, коли ми говоримо про певне рівне ставлення кожної держави до своєї автономії, в тому числі в частині небажання змін національного законодавства та правових традицій за рахунок законодавства інших країн чи об'єднань. М'яка легалізація спрощує досягнення компромісу і тим самим — взаємовигідну співпрацю між учасниками правовідносин з різними інтересами і цінностями, з різними часовими межами та повноваженнями [6, р. 423].

Разом із тим ми можемо стверджувати, що процеси уніфікації та гармонізації в окремих випадках жертвують стандартами захисту, вже досягнутими на національному рівні. Це, на наше переконання, є одним із найважливіших заперечень існування та доцільності таких форм. Однак при досягненні певної рівноваги між усіма національними системами, що є в ЄС, можна досягти того середнього ефективного для всіх результату, що враховуватиме традиції французької, англійської чи німецької систем права. У свою чергу, вітчизняне законодавство базується саме на традиціях французької та німецької правових традицій.

Також доцільно додати, що такі зауваження подекуди стосуються тільки редакційного змісту тих чи інших норм. Але вони не враховують той факт, що певні юридичні явища, культурні тенденції і практика застосування правил є складними явищами, в яких текстовий компонент — тільки один з багатьох аспектів, які відіграють певну роль. Однак важливим є створення такого правила, яке відображає менталітет, культуру, соціальне середовище того суб'єкта, що застосовуватиме те чи інше правило [4, р. 201]. Тому щодо однієї і тієї ж норми можуть бути прихильники і противники, оскільки вона може здаватись менш ефективною, аніж національне законодавство,

але вона також фактично може бути інтерпретована (адаптована) порізному, щоб не надавати негативного змісту тим правам, які вже визначені в національному законодавстві. Також необхідно враховувати, що будь-який процес пристосування, єдиного унормування, створення однакових правил неминуче тягне за собою певні послаблення кожної зі сторін, що прагне до уніфікації чи гармонізації. Але такі послаблення є здебільшого із позитивним змістом, бо вони приносять більше користі, ніж порушують логіку викладу і зміст захисту тих чи інших відносин на національному рівні.

Розпад СРСР призвів до створення двох таборів країн, що отримали абсолютно різний шлях розвитку регулювання договірних прав. З одного боку, були країни балтійського напрямку, які обрали своїм вектором європейське законодавство і вже, починаючи з 1992 року, уклали договори про співпрацю з ЄС, удосконалювали систему договірних прав, базуючись на традиціях прийнятих на той момент актів ЄС, а також зразків уніфікованих актів у цій сфері (наприклад, Естонська Республіка) [7, р. 123]. Інша частина країн, у тому числі Україна, пішли шляхом «найменшого спротиву», розробляючи систему договірних прав. Навіть враховуючи, що Угоду про партнерство та співробітництво з ЄС було укладено ще у 1994 році [8], до змісту ЦК України 2003 року норми договірних прав, визнані в ЄС, здебільшого не увійшли, незважаючи на те, що розробники намагалися врахувати традиції німецького та французького законодавства [9, с. 110]. Лише в 2004 році було прийнято Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС» [10], де було визначено пріоритетні сфері такої адаптації, а також перелік актів вторинного права ЄС, які потребували опрацювання з відповідним унормуванням їх змісту зі змістом договірних прав України. Однак і в той час, і на сьогодні відсутні ґрунтовні дослідження результатів гармонізації договірних прав ЄС, що є на сьогодні непоодинокими. Прикладами таких уніфікацій на сьогодні можна назвати Принципи європейського договірних прав (*Principles of European Contract Law*) (1995–2002 рр.), *Acquis* Принципи (*Acquis Principles*) (2005 р.), Проект загальної системи підходів (*DCFR*) (2009 р.) та ін.

Звісно, зміни у вітчизняній правовій системі станом на 2003 рік були революційними — вони пропагували до змін усього способу мислення, розуміння ролі права і справедливості в суспільстві. Однак вони будувались на тісній співпраці з країнами пострадянського простору і тому неповною мірою враховували ту традицію і демократизацію договірних прав, що на той час вже панувала в європейських країнах. У підсумку ми маємо ЦК України, який, з одного боку, визначив основні засади приватноправового регулювання, однак не зміг відійти від тієї правової традиції, що ставила на певний зарегульований рівень відносини між суб'єктами договірних відносин

(особливо щодо таких суб'єктів, як юридичні особи приватного та публічного права). Про недоліки правового регулювання договірних відносин на сьогодні неодноразово говорилося більшістю провідних вітчизняних науковців [2; 11; 12], Це, на превеликий жаль, не сприяє швидкому та ефективному процесу змін у цивільному законодавстві. На нашу думку, основною метою реформування договірного права повинна стати перерва в минулому і розбудова нової правової системи, заснованої на принципах, загальних для всіх європейських країн і правових систем.

Для здійснення такого реформування існує традиція порівняльного дослідження у пошуках кращих рішень від інших правових систем і їх адаптації до наших власних правових традицій і культури — до нашого розуміння справедливості, розумності та потреб реального життя.

Методика транспозиції правил з різних джерел залежить від правової природи і регуляторної мети такого перенесення. З одного боку, ми можемо говорити про приведення до повної відповідності національного договірного законодавства до законодавства ЄС, з іншого — про часткове запозичення певних традицій і врахування в національних актах результатів гармонізації договірного права ЄС у тій частині, що має суттєві суперечності. Особливо важливим цей процес є саме у зв'язку із відкриттям кордонів з ЄС для експортно-імпортних операцій також можливості створення гідного конкурентоспроможного продукту та його просування на ринку ЄС вітчизняним товаровиробником. Основні проблеми, що стоять на сьогодні перед Україною, — це створення такого правового поля, яке б визнавало основні принципи договірного права ЄС відповідно до європейської традиції, де на перше місце виходить не зарегульованість, а адекватний механізм свободи договору, форми договору, визначення його змісту, відходу від традицій законодавчого закріплення істотних умов договору, закріплення першочергового значення ділової репутації як основної засади існування договірного права.

Список використаних джерел

1. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16.09.2014 р. [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2014. — № 40. — Ст. 2021.
2. *Стефанчук, Р. О.* Десятиліття нового Цивільного кодексу України: робота над помилками [Текст] / Р. О. Стефанчук // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. — 2014. — № 1. — С. 200–211.
3. Гармонизация договорного права [Текст] : учеб. пособ. / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская Е. Ю. и др. ; под ред. У. Хелльманна,

- С. А. Балащенко, Ю. В. Белоусова. — Хмельницький : Хмельницький університет управління і права, 2015. — 268 с.
4. *Alpa, G.* Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law [Text] / Guido Alpa. — Munich : Sellier european law publishers, 2013. — 232 p.
 5. *Schwenzer, I.* Who Needs a Uniform Contract Law, and Why? [Text] / I. Schwenzer // Villanova Law Review. — 2013. — Vol. 58, № 4. — P. 723–732.
 6. *Abbott, K. W.* Hard and soft law in international governance [Text] / K. W. Abbott, D. Snidal // International organization. — 2000. — Vol. 54. #3. — P. 421–456.
 7. *Kull, I.* Reform of Contract Law in Estonia: Influences of Harmonisation of European Private Law [Text] / I. Kull // Juridica International. — 2008. — № 1. — P. 122–129.
 8. Угода про партнерство та співробітництво між Європейськими співтовариствами і Україною від 14.06.1994 р. [Текст] // Офіційний вісник України. — 2006. — № 24. — Ст. 1794.
 9. *Довгерт, А.* Про підготовку проекту Цивільного кодексу України [Текст] / А. Довгерт, В. Калакура // Українське право. — 1997. — № 1. — С. 108–114
 10. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу [Текст]: Закон України від 18.03.2004 р. № 1629–IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 29. — Ст. 367.
 11. *Сібільов, М. М.* Про необхідність збереження основних концептуальних положень чинного Цивільного кодексу України [Текст] / М. М. Сібільов // Університетські наукові записки. — 2011. — № 2. — С. 74–80.
 12. *Кісель, В. Й.* Проблема дуалізму приватного права та її трансформація в Україні [Текст] / В. Й. Кісель // Університетські наукові записки. — 2014. — № 1. — С. 54–60.



МИХАЙЛІВ Марія Омелянівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Львівський національний університет імені Івана Франка,

м. Львів, Україна

ВІДНОСИНИ У СФЕРІ НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Важливого значення в умовах перебудови ключових сфер суспільного життя в Україні набула допомога зарубіжних країн та міжнародних фінансових організацій. Ця допомога виражається як у передачі коштів, майна, обладнання, так і в наданні послуг та інформації, виконанні робіт, навчанні та стажуванні персоналу, передачі об'єктів інтелектуальної власності, зокрема технологій та комерційної таємниці. Саме така діяльність вищезгаданих іноземних суб'єктів отримала назву міжнародної технічної допомоги.

У науковій літературі не існує єдиного підходу щодо визначення поняття «міжнародна технічна допомога». Мабуть, на це впливає як сфера відносин, у яких така допомога виступає об'єктом, так і форми, у яких міжнародна технічна допомога може залучатися. На думку Т. Липової, міжнародна технічна допомога — це цільова передача країною-донором ресурсів і послуг у втіленій формі на безоплатній і неповоротній основі для підтримання соціально-економічного розвитку країни-реципієнта [1, с. 4] Як зазначає О. Стоук, міжнародна технічна допомога — це передача матеріальних ресурсів, що спрямована на створення довгострокового сталого розвитку країни-реципієнта [2, с. 56]. І. В. Братко під міжнародною технічною допомогою розуміє безповоротну та безоплатну офіційну допомогу в розвитку, що надається міжнародними організаціями і країнами-донорами країни-реципієнту для забезпечення сталого розвитку країни-реципієнта та здійснення позитивних перетворень у міжнародному співтоваристві [3, с. 33]. На нашу думку, під міжнародною технічною допомогою необхідно розуміти обладнання, матеріали, права інтелектуальної власності, інформацію, грошові кошти, роботи (послуги) та інше майно, що надається на підставі договору між донором (уповноваженою донором особою) та реципієнтом на безоплатній, безповоротній основі з метою забезпечення виконання соціально-економічних проектів (програм), які зареєстровані у встановленому законодавством порядку [4].

Поняття «міжнародна технічна допомога» визначене постановою Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2002 р. № 153 «Про створення єдиної системи залучення, використання та моніторингу міжнародної

технічної допомоги» [5]. Відповідно до ч. 5 пункту першого постанови під міжнародною технічною допомогою розуміють ресурси та послуги, що відповідно до міжнародних договорів України надаються донорами на безоплатній та безповоротній основі з метою підтримки України. Наведене визначення міжнародної технічної допомоги, на нашу думку, не висвітлює всіх аспектів здійснення міжнародної технічної допомоги. Вважаємо, що:

— замість слів «ресурси» та «послуги» краще вживати словосполучення «цінності майнового та немайнового характеру»;

— така міжнародна технічна допомога має надаватися на підставі цивільних договорів у рамках міжнародних договорів про передачу міжнародної технічної допомоги, які належним чином ратифіковані;

— у визначенні не передбачено, кому саме така допомога може надаватися тощо.

Правовідносини, що виникають у процесі залучення та використання міжнародної технічної допомоги, мають бути чітко врегульовані положеннями міжнародних договорів України з питань міжнародної технічної допомоги та нормами національного законодавства. Передумовою успішного впровадження проектів та збільшення обсягів залучення міжнародної технічної допомоги має стати прийняття Закону України «Про міжнародну технічну допомогу» з урахуванням сучасної міжнародної практики та набутого досвіду співробітництва з донорами в Україні.

Відносини у сфері надання міжнародної технічної допомоги за своїм характером є міжнародними приватноправовими. У законодавстві визначення поняття відносин з надання міжнародної технічної допомоги є відсутнім. Під ними, на нашу думку, необхідно розуміти приватноправові відносини міжнародного характеру, що спрямовані на безоплатне та безповоротне передання міжнародної технічної допомоги у вигляді, визначеному законодавством України та міжнародними договорами.

Елементами таких відносин є суб'єкти, об'єкти та зміст правовідносин.

Безпосередніми суб'єктами відносин з надання міжнародної технічної допомоги є донор і реципієнт. Донор є ключовою фігурою у відносинах з надання міжнародної технічної допомоги, адже безпосередньо він за своєю ініціативою надає міжнародну технічну допомогу на підставі щорічних програм, що розробляються реципієнтом (за погодженням з донором) на кожний наступний фінансовий рік, відповідно до погодженої між сторонами процедури, та контролює її цільове використання. Реципієнт — це особа, яка безпосередньо отримує міжнародну технічну допомогу у вигляді, передбаченому договором, та яка зобов'язується її використовувати за цільовим призначенням, у встановлену законодавством порядку і строки

зарахувати на баланс. Окрім донора та реципієнта, учасниками таких відносин можуть виступати виконавець та бенефіціар.

Щодо об'єкта міжнародної технічної допомоги у вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі наявні різні точки зору, серед яких можна виділити три підходи. Так, деякі західні вчені відносять до об'єкта міжнародної технічної допомоги лише матеріальні (в тому числі фінансові) ресурси [6, с. 207]. Інші ж зводять технічну допомогу виключно до «послуг та робіт, які надає іноземний донор отримувачеві-резидентові: консультації, допомога зі знаходження фінансування проєктів, проведення тренінгів для персоналу, юридичні послуги, маркетинг тощо» [7]. Проте більшість авторів вважає, що об'єктом міжнародної технічної допомоги можуть бути як матеріальні ресурси, так і послуги. Третій підхід є, на нашу думку, найбільш правильним, що обґрунтовується насамперед природою міжнародної технічної допомоги, а також метою її надання. Більшість міжнародних договорів про надання міжнародної технічної допомоги та українське законодавство у цій сфері також свідчать на користь такої позиції.

Аналіз практики та еволюції українського законодавства у цій сфері свідчить, що міжнародна технічна допомога може залучатися у вигляді:

1) товарів, матеріалів, обладнання (устаткування) та іншого майна (предметів), необхідного для забезпечення виконання завдань та проєктів технічної допомоги, яке ввозиться або набувається в Україні;

2) робіт і послуг;

3) прав інтелектуальної власності, включаючи авторські права, права на відкриття, корисні моделі, промислові зразки, ноу-хау, технології тощо;

4) фінансових ресурсів у національній чи іноземній валюті (грантів);

5) інших цінностей інвестиційного характеру, не заборонених законодавством України.

Зміст відносин з надання міжнародної технічної допомоги розкривається через сукупність прав та обов'язків, якими наділяються сторони договірних відносин відповідно до законодавства та міжнародних договорів.

Однією з важливих проблем, пов'язаних з регулюванням відносин за участю іноземного елемента, є відсилання до норм національного законодавства. У контексті регулювання відносин з надання міжнародної технічної допомоги важливе значення має дослідження колізійних норм, які застосовуються в цій сфері.

Останнім часом посилилась тенденція до заміни формальних колізійних прив'язок відшуканням національного правопорядку, з яким найбільш тісно пов'язане певне правовідношення. Аналіз нових законодавчих актів у сфері міжнародного приватного права дає

можливість діяти висновку, що принцип найбільш тісного зв'язку має місце не лише в англо-американському праві, але й в континентальному праві.

Отже, приватні відносини з надання міжнародної технічної допомоги регулюються, окрім міжнародних договорів, також положеннями національного законодавства. Тому слід визначитися з колізійними прив'язками у разі надання міжнародної технічної допомоги. В цьому аспекті слід розглянути типи колізійних прив'язок, що можуть застосовуватись.

Предмет міжнародної технічної допомоги у вигляді певного обладнання та інших речей до моменту передання реципієнту є власністю донора. Загальновизнаною колізійною прив'язкою щодо права власності є закон країни, на території якої річ знаходиться. Отже, право власності на предмет міжнародної технічної допомоги, зокрема правомочності донора, визначатимуться за законодавством країни місцезнаходження (проживання) останнього.

Щодо власності на рухоме майно, яке перебуває в дорозі, то застосовується закон країни, з якої річ відправлялася, або місця призначення. У контексті відносин з надання міжнародної допомоги має діяти презумпція, згідно з якою право власності на предмет цієї допомоги у вигляді обладнання (речей) до моменту передання реципієнту буде визначатися за законодавством країни — місцезнаходження (місця проживання) донора.

З моменту передання речей, які складають предмет міжнародної технічної допомоги, реципієнту право власності на такі об'єкти буде визначатися за законодавством країни — місцезнаходження (проживання) реципієнта (виконавця), тобто України. Такий висновок випливає з того, що предмет міжнародної технічної допомоги передається реципієнту на безповоротній основі, і відповідно правовий режим має визначатись за законодавством країни, де знаходиться реципієнт. Але на наш погляд, застосування колізійної прив'язки, яка визначає право власності на предмет міжнародної технічної допомоги, недостатньо для з'ясування правового режиму надання такої допомоги.

Метою міжнародної допомоги є сприяння проведення реформ та вирішення проблем соціально-економічного характеру. Міжнародна допомога може використовуватися лише з метою, визначеною відповідними проектами (програмами). Отже, існує безпосередній зв'язок міжнародної допомоги з реалізацією проекту, погодженого донором та реципієнтом у договорі про надання такої допомоги. Тому, на наш погляд, визначаючись із національним законодавством, слід відштовхуватися від такого критерію: з якою національною правовою системою найбільш тісно пов'язане це правовідношення. Через те, що проект (програма), під який надається міжнародна технічна допомога покликаний (а) сприяти здійсненню реформ та вирішенню завдань соціального та економічного характеру, то колізійна прив'язка повинна

відсилати до законодавства країни, на території якої реципієнтом (виконавцем) реалізуються заходи в рамках надання цієї допомоги.

На сьогодні діє Закон України від 23 червня 2005 р. «Про міжнародне приватне право» [8], що є правовим регулятором міжнародних приватно правових відносин, ускладнених іноземним елементом. Саме такі відносини з іноземним елементом регулюються за допомогою колізійних норм. На жаль, цей Закон не передбачає колізійних норм щодо правового регулювання відносин з надання міжнародної технічної допомоги. Тому слід такі колізійні норми передбачити у спеціальному законі, який регулюватиме відносини з надання міжнародної технічної допомоги. Зокрема в зазначеному законі слід передбачити положення такого змісту: «Відносини з надання міжнародної технічної допомоги регулюються міжнародними договорами України та національним законодавством країни, на території якої здійснюється реалізація реципієнтом (виконавцем) погодженого з донором проекту (програми)».

Список використаних джерел

1. *Липова, Т. В.* Роль технічної допомоги в ринкових перетвореннях країн з перехідною економікою [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. економ. наук : спец. 08.05.01 «Світове господарство і міжнародні економічні відносини» / Т. В. Липова. — К., 2006. — 19 с.
2. *Stokke, O.* Foreign Aid Towards the Year 2000: Experience and Challenges [Text] / O. Stokke. — London : Frank Cass, 1996. — 362 p.
3. *Братко, І. В.* Правове регулювання міжнародної технічної допомоги: стан, тенденції та перспективи розвитку [Текст] : монограф. / І. В. Братко. — Одеса : Фенікс, 2011. — 243 с.
4. *Коссак, В. М.* Правове регулювання іноземних інвестицій та міжнародної технічної допомоги в Україні [Текст] : підруч. / В. М. Коссак, М. О. Михайлів. — К. : Алерта; КНТ; ЦУЛІ, 2009. — 308 с.
5. Про створення єдиної системи залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги : постанова Кабінету Міністрів України від 15.02.2002 р. № 153 [Текст] // Офіційний вісник України. — 2002. — № 8. — Ст. 101.
6. Guide to Foreign Funding Sources Available to Ukrainian Nonprofits [Text] = Путівник до закордонних джерел фінансування українського неприбуткового сектора : directory. — Kyiv : Innovation and Development Centre, 2002. — 244 p.
7. Advisory services and technical assistance in the field of human rights [Text] / United Nations. Centre for Human Rights, 1988. — 9 p.
8. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.



МИКИТА Ірина Русланівна,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

РОТТЕРДАМСЬКІ ПРАВИЛА ЯК СПРОБА СПРИЯННЯ ПРАВОВІЙ ВИЗНАЧЕНОСТІ, ГАРМОНІЗАЦІЇ ТА МОДЕРНІЗАЦІЇ РЕЖИМУ, ЩО РЕГУЛЮЄ МІЖНАРОДНІ МОРСЬКІ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖІВ МОРЕМ

Як відомо, близько 90 % міжнародної торгівлі здійснюється за допомогою перевезень вантажів морем. Міжнародне морське перевезення вантажів вважається глобальною індустрією. З урахуванням цього, Комісією ООН з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL) було створено нову Конвенцію ООН про договори повного або часткового морського перевезення вантажів від 11 грудня 2008 р. (Роттердамські правила), що було укладено у Нью-Йорку.

UNCITRAL вбачав необхідність у перегляді попередніх правил і у створенні нових, що дозволило б не зіштовхувати різні юрисдикції, тим самим забезпечити правову єдність та визначення у цій сфері. Було визначено передумови, які зумовили створення Роттердамських правил, насамперед історичні, які полягають у тому, що світ постійно змінюється і разом з тим змінюється торгівля. Виникали проблеми, які Гаазькі, Гаазько-Вісбійські та Гамбурзькі правила не могли врегулювати, хоча і було знайдено шляхи вирішення деяких проблем, але все це не дозволило забезпечити однорідність та правову визначеність.

Цим питанням займалися такі дослідники, як Джон Вільсон, О. Г. Калпін, Теодора Нікакі, Д. А. Рябікін, В. Тетлі, Баріс Соер.

UNCITRAL розкриває політичну передумову прийняття Роттердамських правил через прагнення держав віднайти компроміс. Для деяких держав ця Конвенція була останньою спробою отримати міжнародний документ, який врівноважив би інтереси сторін договору міжнародного морського перевезення і відповідав би вимогам сучасності.

UNCITRAL позиціонує Конвенцію ООН про договори повного чи часткового морського перевезення вантажу від 11 грудня 2008 р. як Конвенцію, яка встановлює єдиний і сучасний правовий режим, що регулює права та обов'язки вантажовідправників, перевізників та вантажоодержувачів за договором перевезення «від дверей до дверей», включаючи *sea legs*. Цей документ спирається на досвід попередніх документів і забезпечує сучасну альтернативу. Роттердамські правила

забезпечують правову основу, пов'язаний і збалансований режим та враховують багатотехнічних і комерційних змін, що відбулись на морському транспорті після прийняття більш ранніх конвенцій, враховуючи зростання контейнеризації, розробки електронних документів. Але думка зарубіжних вчених дещо відрізняється від думки UNCITRAL.

Основними завданнями, що лежать в основі Роттердамських правил, є:

- 1) сприяння правовій визначеності;
- 2) узгодження та модернізації правил, що регулюють міжнародні морські перевезення;
- 3) сприяння розвитку торгівлі;
- 4) підвищення ефективності [4].

Джон Вільсон зазначає, що Роттердамські правила укладені в стилі Гамбурзьких правил, хоча, на відміну від них, більш детально охоплюють різні аспекти договору перевезення, що включає у загальній кількості 96 статей. Нова Конвенція передбачає режим «від дверей до дверей», який є швидше від «порту до порту». Період відповідальності перевізника буде розпочинатись з моменту отримання вантажу і тривати до часу отримання вантажу вантажоодержувачем, включаючи відповідальність за втрату, пошкодження і затримку протягом перевезення, що буде здійснюватись по суші, яке передуватиме перевезенню морем [2].

О. Г. Калпін вважає, що при мультимодальних перевезеннях існує два підходи. Один з них передбачає наявність відповідальності перед вантажовласником першого перевізника протягом всього перевезення вантажу, з яких би відрізків воно не складалось і якими б видами транспорту не здійснювалось. Відшкодувавши збитки, які були спричинені незбереженістю вантажу, перевізник, який вступив першим до договору, має право пред'явити регресний позов до співперевізника, на ділянці якого було нанесено збитків вантажу. Якщо ж збиток або втрата вантажу були заподіяні на всьому шляху, то перевізник вправі в регресному порядку вимагати відшкодування з інших співперевізників за мінусом тієї частки збитку, яка припадає на виконане ним перевезення [5].

Однак при контейнерному перевезенні «від дверей до дверей» доволі складно встановити, на якій ділянці перевезення було допущене незбереження вантажу. До того ж при пред'явленні регресного позову до одного із співперевізників його відповідальність буде визначатись за нормами міжнародного договору, що належить до відповідного виду транспорту, або норми імперативного національного законодавства. Отже, вона може не збігатись з відповідальністю того перевізника, який вступив у мультимодальне перевезення.

Другий підхід до визначення сфер дії міжнародних конвенцій отримав назву мережевого. Його зміст зводиться до того, що при

мультимодальному перевезенні кожен із співперевізників несе відповідальність за втрату або пошкодження вантажу, що були допущені на його навантаженні. Він відповідає за нормами тієї конвенції, що регулює відносини відповідно до певного виду транспорту. За таким підходом при контейнерних мультимодальних перевезеннях у скрутному становищі опиняється вантажоодержувач. На ньому лежить обов'язок встановити, на якому відрізку перевезення вантажу було допущено його незбереження і виникли обставини, які завадили його вчасній здачі.

Вільям Тетлі у своїй праці «A summary of General Criticism of the UNCITRAL Convention (The Rotterdam Rules)» вважає, що ця Конвенція має обмежену сферу застосування. За цим договором буде забезпечуватися перевезення морем і перевезення вантажу іншими видами транспорту на додачу до морського перевезення. Це пояснює можливість цього документа застосовуватись до мультимодальних перевезень, але не буде застосовуватись до мультимодальних перевезень повітряним транспортом і автомобільним, чого не можна сказати про таке перевезення морським і автомобільним транспортом. Ця обмежена сфера дії застосування Роттердамських правил суперечить самій меті їхнього створення, а саме «зобов'язального універсального режиму підтримки функціонування договорів міжнародного перевезення, включаючи інші види транспорту, що були заявлені у преамбулі Роттердамських правил. Як результат, режим регулювання є неповним, тому сторони будуть змушені шукати інші конвенції та інші правові режими для керування їхніми транспортними договорами. Отже, Роттердамські правила не здатні створити певного однаманітного кістяку регулювання мультимодального транспорту і додає складності до вже існуючих мультимодальних транспортних режимів.

На думку В. Тетлі, набагато обґрунтованіший підхід для перевезення вантажу за допомогою мультимодального перевезення можна знайти у Конвенції ООН з міжнародних мультимодальних перевезень. Перша стаття цієї Конвенції могла б застосовуватись до перевезення вантажів як мінімум двома різними видами транспорту і не обмежуватись морським перевезенням та іншими видами транспорту як у випадку Роттердамських правил. Стаття 26 вищезгаданого документа містить норму про те, що втрата чи пошкодження вантажу чи подія, чи обставина, яка веде до затримки при його здачі, виникають у період відповідальності перевізника, однак лише до моменту його навантаження на судно або тільки після моменту його вивантаження з судна, тому Конвенції не має переважної сили порівняно з положеннями іншого міжнародного документа. У п. б ст. 26 передбачається норма, відповідно до якого положення такого документа застосовувались б у відносно всіх або будь-яких видах діяльності перевізника, якщо вантажовідправник уклав з перевізником

окремий і прямиий договір, що стосується конкретної стадії перевезення, на якій виникли втрата або пошкодження вантажу, або подія чи обставина, що ведуть до затримки в його здачі. Це означає, що інший правовий інструмент має пріоритет над цими правилами, коли останні передбачають обмеження відповідальності. Вони можуть водночас застосовуватись до одного і того ж договору міжнародного морського перевезення. Оскільки різні унімодалні міжнародні конвенції та національні закони вміщують різні обсяги відповідальності, це може викликати складності для сторін договору прогнозувати межу відповідальності. Більшість сторін також не може бути ознайомлена зі всіма різними унімодалними конвенціями та тими обмеженнями, що вони містять стосовно обмеження відповідальності і не зможуть передбачити можливі потенційні вимоги, які мають вплив [3].

Отже, можна зробити висновок, що ця Конвенція, насправді, може застосовуватись тільки до повного морського перевезення. Ця обмежена сфера дії Роттердамських правил також створює проблему непередбачуваності.

В. Тетлі припускає, що є можливість надати Роттердамським правилам регулювати договірні відносини, які складаються у сфері міжнародного морського перевезення. Але зазначає, що є певні неточності з частинами 14 «Юрисдикція» та 15 «Арбітраж», а саме — вони не є обов'язковими для держав, які ратифікували Конвенцію; їм надається можливість приєднання до положення про юрисдикцію. Стаття 74 ч. 14 встановлює, що вона зобов'язує лише договірні держави, обов'язком яких є виконання цих правил. Стаття 78 ч. 15 також містить аналогічне положення про те, що арбітражні положення будуть застосовуватись, якщо держави зобов'язались виконувати ці правила. У результаті не для всіх держав, які ратифікували Роттердамські правила, положення про юрисдикцію та арбітраж будуть обов'язковими. У свою чергу, сторони договору мультимодального перевезення вантажу, відносини яких регулюватимуться Роттердамськими правилами, будуть змушені спеціально перевіряти чи їхня договірна держава зробила заяву про обов'язковість щодо положення про юрисдикцію та арбітраж. Навіть якщо це і не той випадок, то договірні сторони будуть зобов'язані прийняти певні положення про арбітраж і юрисдикцію для регулювання договору міжнародного морського перевезення. Необов'язкова природа положень про юрисдикцію та арбітраж Конвенції ООН про повністю чи часткове морське перевезення вантажів не сприяє досягненню одноманітного регулювання мультимодальних перевезень вантажів, а лише додає проблем.

Також було виявлено проблеми, пов'язані з використанням транспортних документів. Роттердамські правила передбачають використання оборотних документів, необоротних документів та коносаментів. В. Тетлі вважає, що краще було б залишити два види —

оборотні та необоротні документи, оскільки вони спричиняють три різні правові наслідки, коли вони виступають як докази, наприклад, при частковій доставці вантажу, при аварії судна. Конвенція містить певні двозначності, наприклад, відповідно до ст. 17 (6) перевізник несе відповідальність лише за ту частину втрати, пошкодження або затримки, що пов'язано з подією чи обставиною, за які він несе відповідальність. Ось це посилання на «частину втрати» передбачає, що відповідальність може бути розподілено, але не пояснено, як цей розподіл можна здійснити на практиці. Таким чином, виходить, що стаття містить дві інтерпретації, що знову потягне за собою непорозуміння між сторонами.

Теодора Нікакі (*Theodora Nikaki*), Баріс Соєр (*Baris Soyer*) аналізують у своїй статті новий правовий режим регулювання договорів міжнародного морського перевезення. Міжнародна спільнота визначила, що для процвітання міжнародної морської торгівлі потрібно створити міжнародний режим, який би містив дві мети:

- 1) гнучке виділення ризиків відповідальності у зв'язку з комерційними інтересами перевізників;
- 2) запобігання зловживань та забезпечення захисту для сторін, більш слабких у переговорах.

Значну більшість міжнародних морських перевезень регулює змінений варіант Гаазько-Вісбійських правил. Гамбурзькі правила було пізніше розроблено як альтернативу вищезгаданим правилам з метою відновлення балансу між інтересами вантажовідправниками та перевізниками. Правилам так і не вдалось залучитись великою підтримкою; як результат Гамбурзькі правила зруйнували надії досягти однаковості у всьому світі і в цій галузі. Після цього розпочалось нове лобювання з приводу створення нової альтернативної системи регулювання. Як зазначалось раніше, у грудні 2008 року. Генеральна Асамблея ООН прийняла нову Конвенцію ООН про договори повного та часткового перевезення морем. Роттердамські правила останніми роками є джерелом інтенсивної академічної та промислової дискусії. Водночас цей документ має як своїх прихильників, так і низку організацій, які висловили свої заперечення.

Теодора Нікакі (*Theodora Nikaki*), Баріс Соєр (*Baris Soyer*) розбили проблеми, які пов'язані з Роттердамськими правилами. Одне з головних завдань для будь-якого міжнародного документа — підвищення правової визначеності. Укладачі витратили велику кількість зусиль, щоб переконати, що остаточний документ нової Конвенції буде зрозумілим, тому що він буде сприяти підвищенню ефективності та передбачуваності в контексті перевезення вантажу. Ці поліпшення повинні, у свою чергу, зменшити деякі транзакційні витрати та судові спори, що випливають за договором міжнародного морського перевезення. Застосування єдиного закону до всього договору міжнародного морського перевезення, безсумнівно, буде сприяти

деякою мірою забезпеченню правової визначеності. Наразі досягти цього не так просто, бо зазвичай пріоритети можуть відрізнитись від держави до держави і мати більше значення в процесі прийняття рішення в одній державі, чим в іншій. Наприклад, це стосується того, на когось держава більше орієнтується — на вантажовідправників чи на перевізників.

Дебати переключились на політичну арену, Європейський Союз закликав держави-члени приймати Роттердамські правила без затримки. Вчені наголошують на тому, що при прийнятті таких рішень кожна держава, у свою чергу, повинна визначити свою кінцеву позицію за Роттердамськими правилами, але перед цим взяти до уваги також національні інтереси і те чи їхні торгові партнери погоджуються на прийняття такого документа. Якщо у двох різних державах будуть існувати два різні правові режими, то економіка таких держав може постраждати від негативних наслідків. При прийнятті таких політичних рішень необхідно враховувати не лише інтереси держав та їхніх вантажовідправників, а й трейдерів, банків, страховиків, та інших, що надають свої послуги з підтримки морського сектору.

Роттердамські правила пропонують гармонізацію правового режиму регулювання міжнародних морських перевезень вантажу, досягаючи цієї мети шляхом поліпшення вже існуючих правил з урахуванням нових комерційних практик або технічних досягнень. Крім того, вони покривають велике коло питань, які сьогодні не врегульовані, наприклад: перевезення «від дверей до дверей», електронні транспортні документи, відповідальність третіх сторін, категорія «морська виконуюча сторона», затримка в доставці, доставка товарів та права контролюючих сторін. Перевага підходу Роттердамських правил, на думку вчених, полягає у тому, що він заповнює існуючі прогалини вже існуючих режимів і в той же час сприяє однаково тлумаченню в застосуванні, що допоможе судам різних юрисдикцій [4].

Зробивши аналіз універсальної уніфікації у сфері міжнародних морських перевезень вантажів, можна дійти висновку, що світова спільнота намагається врівноважити розвиток та вимоги світової торгівлі за допомогою правового регулювання. Роттердамські правила не вирішують правових проблем, які пов'язані з міжнародними морськими перевезеннями вантажів, тому що містять у собі багато суперечливих положень, які не можуть сприяти правовій визначеності, а також модернізації нового режиму, що використовується в зазначеній сфері.

Список використаних джерел

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори повного або часткового морського міжнародного перевезення вантажів від 11.12.2008 р. [Електронний ресурс] / the United Nations. — URL :

- http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/carriage_of_goods.shtml.
2. *Wilson, J.* Carriage of goods by sea [Text] / John Wilson. — London : Longman, 2010. — 616 p.
 3. *William Tetley* Summary of Some General Criticism of the UNCITRAL Convention (The Rotterdam Rules) [Electronic Resource] / William Tetley ; McGill University. — URL : http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/Tetley_Criticism_of_Rotterdam_Rules.pdf.
 4. *Nikaki, T.* A New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, Inclusive AND Efficient, or Just Another One for the Shelves [Electronic Resource] / Teodora Nikaki, Baris Soyer // Berkeley Journal of International Law. — Vol. 33, Issue 1 (2015) ; Berkeley Law Scholarship Repository | Berkeley Law Research. — URL : <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol30/iss2/2>.
 5. *Калпин, А. Г.* Конвенция ООН о договорах полностью или частично морской перевозке грузов (Роттердамские правила) [Электронный ресурс] / А. Г. Калпин // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2010. — № 4. — С. 85–97 ; Федеральный образовательный портал «Экономика, Социология, Менеджмент». — URL : <http://ecsocman.hse.ru/hsedata/2012/06/25/1256190785/4-2010-8.pdf>.



ПОСИКАЛЮК Олег Олександрович,

кандидат юридичних наук, доцент,

Подільська лабораторія Науково-дослідного інституту

приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака

Національної академії правових наук України,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

МЕХАНІЗМ ПРИМУСОВОГО ПРОДАЖУ АКЦІЙ SQUEEZE-OUT: ДОСВІД ЄС ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ В ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Питання закріплення в законодавстві України механізму примусового продажу акцій *squeeze-out* (правило про витіснення) не є чимось новим. Воно достатньо довгий час обговорюється серед вітчизняних науковців та юристів-практиків. Зокрема *squeeze-out* ставав предметом дослідження у працях таких правників, як: О. Кібенко, С. Юргелевич, О. Загребельний, Ю. Заремба, Ю. Нечаев та інших. Це пояснюється процесами євроінтеграції, які значно актуалізувалися з підписанням Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом [1], відповідно до якої Україна зобов'язана з-

поміж іншого впровадити положення Директиви № 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21 квітня 2004 р. про заявки та пропозиції ціни поглинання [2] (надалі — Директива) протягом 4 років з дати набрання чинності цією Угодою. Саме вказаною директивою встановлюються загальні правила *squeeze-out* в ЄС: можливість акціонера вимагати від усіх власників решти цінних паперів продати йому ці папери за справедливою ціною, якщо він володіє акціями, що складають не менше, ніж 90 % капіталу.

При цьому Директива закріплює лише загальні положення щодо умов примусового продажу, таких як строки і ціна. Деталізація цих положень, відповідно до принципу субсидіарності, відбувається на рівні права держав-членів ЄС, які повинні забезпечити, щоб основні вимоги, передбачені цією Директивою, були дотримані, однак при цьому можуть встановлювати жорсткіші додаткові умови та положення, ніж ті, що містяться у цій Директиві. Такі країни, як Німеччина і Бельгія, використали своє право розширити кількість випадків, коли може бути використаний механізм *squeeze-out*, і передбачили у своєму національному законодавстві можливість використання мажоритарним акціонером механізму *squeeze-out* у приватних акціонерних товариствах. При цьому в Німеччині і Бельгії умовою для використання цього механізму в приватних акціонерних товариствах є володіння мажоритарним акціонером у будь-який момент часу 95 % і більше акцій акціонерного товариства, незалежно від яких-небудь додаткових чинників, окрім зобов'язання мажоритарного акціонера заздалегідь повідомити раду директорів компанії про свій намір реалізувати таке право [3, с. 12]. Право *squeeze-out* відомо не тільки романо-германській, але й англо-американській системам приватного права. Так, корпоративне право в США в цілому визнає, що за певних обставин можна змусити міноритарних акціонерів погодитися прийняти справедливе відшкодування вартості їх акцій, причому вони фактично «витісняються» з корпорації. Також Акт про компанії Великобританії 1985 року визнає, що як тільки пропозиція про поглинання приймається більшістю акціонерів як публічних, так і приватних компаній, покушцеві має бути надана можливість вивести міноритарних акціонерів з їх складу [4, с. 46]. Спробуємо дослідити механізм примусового продажу акцій *squeeze-out* та перспективи його запровадження в законодавство України.

Спершу необхідно з'ясувати економічне підґрунтя *squeeze-out*. Так, на ринку корпоративних інвестицій можна спостерігати два різноспрямовані економічні процеси. Перший пов'язаний із залученням інвестицій і розширенням кількості учасників акціонерного товариства (відкриття компанії, *going public*). Друга тенденція пов'язана з інтеграцією корпоративного контролю в рамках публічних поглинань (закриття компанії, *going private*) [5, с. 138]. Таким чином, інститут примусового викупу акцій у міноритарних

акціонерів покликаний регламентувати фінальну стадію процесу закриття компанії, коли мажоритарний акціонер у результаті акцепту добровільної або обов'язкової пропозиції про придбання акцій товариства досягає надвисокої концентрації корпоративного контролю.

Безсумнівним є те, що *squeeze-out* слугує, в першу, чергу захисту інтересів мажоритарних акціонерів за рахунок інтересів міноритарних акціонерів. Зокрема можна виокремити такі переваги *squeeze-out* для мажоритарного акціонера:

1) забезпечує можливість повної інтеграції товариства в економічну групу компаній мажоритарного акціонера;

2) сприяє ефективному менеджменту та контролю над товариством з боку мажоритарних акціонерів;

3) зменшує витрати, які спричиняє наявність міноритарних акціонерів, тобто витрати, які не залежать від волі самих міноритарних акціонерів, необхідні для підтримки інфраструктури, пов'язаної зі скликанням загальних зборів (повідомлення, розкриття інформації, виготовлення бюлетенів, оплата приміщення, оргтехніки та інші витрати, пов'язані з проведенням зборів) або з реалізацією акціонерами своїх інших прав (на ознайомлення з інформацією, гарантоване отримання дивідендів, подання позовів проти товариства та його директорів) [6, с. 349];

4) усуває ризик зловживанням міноритарними акціонерами своїми правами, тобто зловживання акціонером своїм правом звертатися до товариства з пропозиціями, зверненнями, запитами, скаргами та ін. під загрозою притягнення товариства до юридичної відповідальності за порушення її органами (неналежне забезпечення) прав акціонера, а так само і зловживання акціонером судовим захистом своїх прав, іноді без реальних до того підстав;

5) вирішує проблему «фрірайдерства» (*free-rider problem*), яка полягає в тому, що акціонер утримується від продажу акцій, сподіваючись на інвестиції мажоритарного акціонера в розвиток бізнесу, що дозволить міноритарному акціонеру пасивно збільшити свій дохід (дивіденди), а також підвищити вартість акцій, тобто «паразитувати» на капіталі володільця великого пакета акцій [7, с. 85];

6) знижує ризик рейдерського захоплення товариств [8, с. 30].

Очевидним є також і те, що *squeeze-out* призводить до припинення прав міноритарних акціонерів, що, по суті, є підставою обов'язкового, незалежного від волі акціонера, припинення його прав. Таке позбавлення прав міноритарних акціонерів є одним із основних аргументів проти нормативного закріплення правила про витіснення. Насправді, в законодавстві України та судовій практиці забезпечується захист прав та інтересів акціонера, незалежно від того, наскільки незначною є його частка. Наприклад, Вищий господарський суд України зазначає, що акціонерів не може бути відмовлено в задоволенні позовних вимог тільки з мотивів недостатності його голосів

для зміни результатів голосування з прийнятих загальними зборами акціонерів рішень [9]. Тому постає питання: наскільки виправданим є примусовий продаж акцій, який призводить до позбавлення права власності на акції?

Насамперед слід вказати, що цивільному праву України відомі випадки, коли право особи на частку у спільному майні може бути припинене за рішенням суду на підставі позову інших співвласників, якщо частка є незначною і не може бути виділена в натурі при дотриманні інших умов (наприклад, ст. 365 ЦК України). Зрозуміло, що аналогія закону в цьому випадку недопустима, однак ця норма свідчить: примусове позбавлення суб'єктивного права однієї особи на вимогу іншої особи може бути прийнятним. З цього приводу важливим є звернення до практики Європейського суду з прав людини, відповідно до якої право власності на акції охоплюються змістом ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [10]. Прецедентним у цьому контексті є рішення у справі *Bramelid v. Sweden* від 12 жовтня 1982 р. [11]. Ця справа стосувалася застосування механізму *squeeze-out* згідно з чинним на той час Законом Швеції про компанії 1977 року, який передбачав, що будь-яка особа, яка володіє більше 90 % акцій і прав голосу в компанії, має право змусити міноритарного акціонера продати свої акції за ціною, яка застосовувалась при продажі через публічну оферту, або за ціною, встановленою арбітражним рішенням [11]. Ця процедура *squeeze-out* була визнана такою, що не порушує Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод. Можна констатувати, що позбавлення акціонерів права власності на акції в силу застосування правила про витіснення є допустимим, не інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

Отже інтереси мажоритарних та міноритарних акціонерів можуть бути протилежними, суперечити один одному, а тому необхідним є встановлення балансу між ними. При цьому необхідно враховувати, що міноритарний акціонер — це економічно слабка сторона. Однак було б помилкою вважати, що більшість акціонерів зазвичай ущемляють меншість, і тому меншість як слабкішу сторону акціонерних відносин слід захищати від більшості. Адже відомо, що до зловживання правами буває схильний не лише крупний акціонер, але і «слабка» меншість [12, с. 7]. Попри те, що *squeeze-out* забезпечує приватний інтерес мажоритарного акціонера, нормативне закріплення цього інституту пояснюється спрямуванням на досягнення публічних цілей — забезпечення ефективного корпоративного управління та підвищення інвестиційної привабливості. Так, на думку багатьох європейських експертів, саме поглинання компаній є важливим фактором розвитку економіки і побудови єдиного європейського економічного простору [13, с. 165]. Однак без права на витіснення

публічна пропозиція про поглинання стає значно менш привабливою для особи, яка має намір набути контроль над товариством [6, с. 350]. Таким чином, *squeeze-out* дозволяє усунути дисбаланс між вартістю триваючого захисту прав міноритарних акціонерів, яка стає непропорційною, коли кількість міноритаріїв є зовсім незначною, і витратами та ризиками, які несе мажоритарний акціонер.

Аналіз чинного законодавства свідчить, що правило про витіснення йому не відоме, однак у ньому вже закріплені окремі механізми обов'язкового продажу та (або) викупу акцій, спрямовані на узгодження інтересів мажоритарних та міноритарних акціонерів. Мається на увазі:

1) *mandatory bid* — обов'язкова пропозиція про поглинання: «Особа (особи, що діють спільно), яка внаслідок придбання акцій товариства з урахуванням кількості акцій, які належать їй та її афілійованим особам, стала власником контрольного пакета акцій товариства, протягом 20 днів з дати придбання зобов'язана запропонувати всім акціонерам придбати у них прості акції товариства» (ст. 65 Закону України «Про акціонерні товариства» [14]);

2) *mandatory buy-out* — обов'язковий викуп акціонерним товариством акцій на вимогу акціонерів: «Кожний акціонер — власник простих акцій товариства має право вимагати здійснення обов'язкового викупу акціонерним товариством належних йому голосуючих акцій, якщо він зареєструвався для участі у загальних зборах та голосував проти прийняття загальними зборами рішення про злиття, приєднання, поділ, перетворення, виділ, зміну типу товариства; вчинення товариством значного правочину; зміну розміру статутного капіталу (ст. 68 Закону України «Про акціонерні товариства» [14]).

Спроби законотворчих ініціатив щодо закріплення *squeeze-out* в національному законодавстві робились неодноразово. Наприклад, проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах за № 4534а від 22 серпня 2014 р. (Проект № 4534а) передбачав введення до національного законодавства одного з інструментів захисту акціонерів — механізму обов'язкового продажу акцій акціонерами на вимогу акціонера — власника 95 відсотків акцій товариства, який у випадку зміни типу акціонерного товариства з публічного на приватне зобов'язаний бути запропонованим власником 95 відсотків акцій такого товариства [15]. У підсумку цей законопроект було відкликано 27 листопада 2014 р. Для впровадження ефективного механізму *squeeze-out* законодавство України повинно передбачити підставу, умови, порядок здійснення права на витіснення, а також відповідні механізми захисту міноритарних акціонерів та інших заінтересованих осіб.

Підставою для виникнення права *squeeze-out* є набуття акціонером певної граничної кількості акцій публічного акціонерного

товариства. Директива в якості такої порогової величини встановлює 90 відсотків акцій, які дають право голосу, дозволяючи державам-членам встановити вищий поріг, котрий, однак, не може бути вищим, ніж 95 відсотків. Оптимальним може стати встановлення максимальної граничної кількості акцій — 95 відсотків. При цьому вважаємо, що право *squeeze-out* повинно виникати не лише внаслідок придбання акцій після публічної пропозиції поглинання (*takeover squeeze-out*), але й в інших випадках набуття граничної кількості акцій (*corporate squeeze-out*).

До умов виникнення права *squeeze-out* слід віднести:

1) набуття акцій товариства особою (особами, що діють спільно), яка з урахуванням кількості акцій, які належать їй та її афілійованим особам, стала власником 95 і більше відсотків акцій, які дають право голосу;

2) набуття 95 і більше відсотків акцій, які дають право голосу, повинно бути підтверджено в передбаченому законом порядку (інформація про це повинна подаватися Національній комісії з цінних паперів та фондового ринку та емітентові цінних паперів особою, яка веде облік права власності на акції емітента у депозитарній системі України, і у загальнодоступній інформаційній базі даних Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку про ринок цінних паперів);

3) якщо акціонерне товариство розмістило більше, ніж один тип (клас) акцій, право *squeeze-out* застосовувалося тільки до типу (класу), у якому був досягнутий відповідний поріг.

При цьому вважаємо за недоцільне обмежувати сферу застосування *squeeze-out* лише «публічним акціонерним товариством, за акціями якого розраховується біржовий курс у встановленому законодавством порядку», як це зроблено в Проекті № 4534а. Така прив'язка права обов'язкового викупу акцій до розрахунку біржового курсу не передбачена Директивою і не має економічних або юридичних підстав. Більше того, таку норму можна розцінити як нерівне ставлення до акціонерів різних товариств (тих, по яких розраховується біржовий курс цінних паперів, та всіх інших) стосовно права на вимогу щодо обов'язкового викупу акцій [16]. У той же час можливо виключити із суб'єктів права *squeeze-out* осіб, які придбали відповідний пакет акцій у процесі приватизації, а також не застосовувати *squeeze-out* до акціонерних товариств, у статутному капіталі яких є корпоративні права держави.

Механізм здійснення права *squeeze-out* повинен включати такі правила.

По-перше, передбачити порядок пред'явлення вимоги акціонера, який є власником 95 і більше відсотків акцій, що дають право голосу, та прийняв рішення про витіснення, до всіх власників решти цінних паперів продати йому/їй ці папери за справедливою ціною. При цьому ми критично ставимось до положення Проекту № 4534а, відповідно до

якого рішення про надання акціонеру — власнику 95 і більше відсотків акцій публічного акціонерного товариства права *squeeze-out* приймають загальні збори товариства. Такі загальні збори є неефективними, оскільки їх рішення є наперед однозначно передбачуваним, а їх проведення потягне за собою витрати та ризики для мажоритарного акціонера, на усунення яких, власне, і спрямований *squeeze-out*. Натомість доцільно передбачити, що акціонер, який є власником 95 і більше відсотків акцій, що дають право голосу, надсилає до товариства вимогу для всіх решти акціонерів продати йому/їй ці папери за справедливою ціною та повідомляє про це Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку і кожну фондову біржу (біржі), на якій товариство пройшло процедуру лістингу. Наглядова рада (виконавчий орган товариства) зобов'язана надіслати зазначену вимогу кожному акціонеру відповідно до переліку акціонерів товариства протягом 10 днів з моменту її отримання. А також встановити вимоги до змісту та форми такої вимоги.

По-друге, встановити преклюзивний строк існування права *squeeze-out* протягом трьох місяців після його виникнення, як цього вимагає Директива.

По-третє, гарантувати справедливу ціну примусового викупу акцій, при визначенні якої повинно поєднуватись два правила: експертної оцінки та мінімальної ціни.

Тобто справедлива ціна, визначена у вимозі примусового викупу, повинна бути підтверджена незалежним оцінювачем відповідно до законодавства про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність, але не може бути меншою, ніж:

1) найвища ціна, за якою особа, що стала власником 95 і більше відсотків акцій публічного акціонерного товариства (або особи, що діють спільно з ним), придбавала акції цього товариства протягом шести місяців, що передують дню пред'явлення вимоги;

2) середній біржовий курс акцій цього товариства протягом шести місяців, що передують дню пред'явлення вимоги;

3) номінальна вартість акцій;

4) вартість акцій, обчислена шляхом ділення вартості чистих активів акціонерного товариства на кількість емітованих акцій.

По-четверте, передбачити порядок здійснення оплати примусово викуплених акцій. Так, оплата акцій, що викупувуться, повинна здійснюватись виключно у грошовій формі шляхом внесення грошової суми за викуплені акції у депозит нотаріуса.

Для захисту прав міноритарних акціонерів повинна бути забезпечена можливість:

1) оспорити в суді право *squeeze-out* акціонера, який є власником 95 і більше відсотків акцій, що дають право голосу, якщо при цьому ним були порушені вимоги закону щодо придбання значного та контрольного пакета акцій акціонерного товариства;

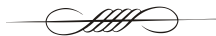
2) оспорити визначений розмір справедливої ціни примусового викупу акцій.

З метою збалансування інтересів мажоритарних та міноритарних акціонерів одночасно із впровадженням *squeeze-out*, як *quid pro quo*, необхідно закріплювати і правило *sell-out* — право міноритарного акціонера вимагати від акціонера, який є власником 95 і більше відсотків акцій, що дають право голосу, викупити належні міноритарному акціонеру акції за справедливою ціною [17, с. 10]. Для захисту інтересів третіх осіб, у тому числі кредиторів міноритарних акціонерів, повідомлення про пред'явлення акціонером вимоги про *squeeze-out* повинно підлягати опублікуванню в офіційному друкованому органі, а порядок примусового викупу акцій, щодо яких встановлено обтяження, повинен відбуватись за спеціальними правилами, з метою захисту інтересів осіб, на користь яких такі обтяження встановлені.

Список використаних джерел

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. [Текст] // Офіційний вісник України. — 2014. — № 75. — Том 1. — Ст. 2125.
2. Про заявки та пропозиції ціни поглинання : Директива № 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21.04.2004 р. [Електронний ресурс] / Міністерство юстиції України. — URL : <http://old.minjust.gov.ua/file/32694>.
3. *Нечаев, Ю.* Корпоративный сбор [Текст] / Ю. Нечаев, Ю. Заремба // Юридическая практика. — 2014. — № 38. — С. 12–13.
4. *Калашников, Г.* Вытеснение миноритарного акционера в России миф или реальность? [Текст] / Георгий Калашников // Рынок ценных бумаг. — 2004. — № 23. — С. 45–48.
5. *Байрамкулов, А. К.* Правовой механизм принудительного выкупа акций у миноритарных акционеров [Текст] / А. К. Байрамкулов // Закон. — 2011. — № 11. — С. 137–154.
6. *Кібенко, О. Р.* Сучасний стан та перспективи правового регулювання корпоративних відносин: порівняльно-правовий аналіз права ЄС, Великобританії та України [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / Кібенко Олена Рувимівна ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2006. — 527 арк.
7. *Иванов, Д. А.* Вытеснение миноритарных акционеров как способ защиты прав мажоритария [Текст] / Д. А. Иванов // Актуальные проблемы защиты гражданских прав : сб. материалов Всерос. студ. науч. конф. / отв. ред. С. Ю. Чашкова ; ВГУЮ (РПА Минюста России). — М. : ВГУЮ (РПА Минюста России), 2015. — С. 81–85.
8. *Папаїка, А.* Вдосконалення корпоративного законодавства — одне з головних завдань, яке поставила перед собою Комісія на цей рік [Текст] / Алла Папаїка // Юридична газета. — 2014. — № 9–10. — 4 березня. — С. 30–31.

9. Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин: рекомендації Вищого господарського суду України від 28.12.2007 р. № 04–5/14 [Текст] // Вісник господарського судочинства. — 2008. — № 1. — Ст. 22.
10. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України від 25.07.2002 р. [Текст] // Офіційний вісник України. — 2003. — № 44. — Ст. 2344.
11. *Bramelid and Malmstrom v. Sweden* : Decision of 12 October 1982 [Electronic Resource] / HUDOC. — URL : <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-74445&filename=BRAMELID%20v.%20SWEDEN.pdf>.
12. *Бушев, А. Ю.* О балансе интересов акционеров при консолидации акций [Текст] / А. Ю. Бушев, В. Ф. Попондопуло // Арбитражные споры. — 2004. — № 3 (27). — С. 1–24.
13. *Кушерець, Д.* Директива про поглинання: організаційно-правові засади регулювання процесів поглинань в ЄС [Текст] / Дарина Кушерець // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. — 2002. — № 5. — С. 164–167.
14. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 р. № 514–VI [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50, 50–51. — Ст. 384.
15. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах за № 4534а від 22.08.2014 р. (Кабінет Міністрів України) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52022.
16. Корпоративне управління: впровадження сквіз-аут в акціонерних товариствах // Програма розвитку фінансового сектору USAID/FINREP-II від 23 жовтня 2013 р. [Електронний ресурс] / Financial Sector Development Program. — URL : http://finrep.kiev.ua/download/lmonitoring_squeeze-out_23oct2013_ua.pdf.
17. Babak A. Adoption of Squeeze-Out and Sell-Out Rights of Shareholders in Ukraine on the Basis of a Comparison of EU, Germany and USA [Electronic Resource] / Babak Anton. — Budapest : CEU, Budapest College, 2012 ; The Library of Central European University. — URL : http://www.etd.ceu.hu/2012/babak_anton.pdf.



ОТРАДНОВА Олесь Олександрівна,

доктор юридичних наук, доцент,

Київський національний університет імені Тараса Шевченка,

м. Київ, Україна

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ДЕЛІКТНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ» ТА «РЕПАРАЦІЇ ЯК НАСЛІДОК ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ»

Репарації — у загальному розумінні — це компенсація за порушення або ушкодження. Значення поняття «репарації» протягом останнього сторіччя змінювалося. З початку XIX ст. у міжнародному праві існувало основне поняття репарацій як форми матеріальної відповідальності суб'єкта міжнародного права за збитки, заподіяні у результаті вчиненого ним міжнародного правопорушення іншому суб'єктові міжнародного права. Зокрема на підставі мирного договору або іншого міжнародного акта на державу-агресора покладалася обов'язок відшкодування збитків, заподіяних державам, що зазнали напад.

На сьогодні під репараціями розуміються не тільки виплата військових збитків, але й виплати, що здійснюються жертвам серйозних порушень прав людини, у зв'язку із чим виникає необхідність розмежування понять «репарації як наслідок порушення прав людини» і «деліктні зобов'язання» як інститут цивільного права.

Аналізуючи це питання, варто брати до уваги різні критерії, що у сукупності дозволить скласти загальну картину. По-перше, це джерела правового регулювання. Якщо деліктні зобов'язання здебільшого регулюються внутрішнім цивільним законодавством країн та частково міжнародними договорами (конвенціями), то застосуванню репарацій присвячені **Основні принципи та керівні положення, що стосуються права на правовий захист і відшкодування збитку для жертв грубих порушень міжнародних норм у галузі прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права**, прийняті резолюцією № 60/147 Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 2005 р.

Підставою виникнення деліктного зобов'язання є заподіяння позадоговірної шкоди, тоді як право на репарації виникає в разі порушення прав людини. У низці випадків заподіяння шкоди і є порушенням прав людини (якщо йдеться про заподіяння шкоди каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я, смертю, майнової шкоди, заподіяної об'єктам власності тощо). Однак поняття «права людини» є ширшим і включає в себе також політичні, культурні, соціальні права, порушення яких є підставою для застосування репарацій.

Застосування репарацій та виконання деліктних зобов'язань також відрізняються за суб'єктами обов'язку. Делінквентом (особою, зобов'язаною відшкодувати позадоговірну шкоду) може бути будь-який учасник цивільних правовідносин: фізична, юридична особа, держава, територіальна громада. У свою чергу, вимога про репарації може пред'являтися виключно до держави-порушниці прав людини. Так само відрізняється і суб'єктний склад уповноважених осіб. У деліктних зобов'язаннях потерпілим (кредитором) може бути будь-яка особа (суб'єкт цивільних правовідносин), якій заподіяно позадоговірної шкоди. Це і фізична, і юридична особа, держава та територіальна громада. У відносинах щодо стягнення репарацій потерпілі мають назву «жертви». Відповідно до Основних принципів та керівних положень, що стосуються права на правовий захист і відшкодування збитку для жертв грубих порушень міжнародних норм у галузі прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, жертвами визнаються фізичні особи, які зазнали шкоди колективно або індивідуально, а також прямі члени родини або утриманці потерпілого та особи, яким заподіяно шкоду при втручанні з метою надання допомоги жертвам, що перебували у тяжкому стані.

Також істотна різниця спостерігається у формі та видах репарацій та цивільно-правових деліктів. Для деліктних зобов'язань обов'язковою кваліфікуючою ознакою є матеріальна форма. Відшкодування шкоди завжди здійснюється або грошами, або в інший спосіб, що має матеріальне вираження. Водночас репарації можуть надаватися як у матеріальній формі у вигляді компенсацій, так і символічно (у вигляді публічного визнання порушення прав людини, вибачення тощо).

Деліктному праву відомі два основні види зобов'язань: відшкодування майнової шкоди та компенсація моральної (немайнової) шкоди. Майнова шкода відшкодовується у разі заподіяння її каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я, смертю потерпілого або у разі заподіяння шкоди майну потерпілого (знищення або пошкодження майна). Моральна шкода — це негативні наслідки для внутрішньої, психічної сфери людини, її відчуттів, самопочуття, ментального здоров'я, що полягають у відсутності емоційного благополуччя та/або наявності психічного розладу. Компенсація моральної шкоди також здійснюється у грошовій або іншій матеріальній формі.

Міжнародні репарації передбачають дещо інші форми втілення, а саме:

— **реституція** (відновлення первісного стану жертви, що існував до порушення (відновлення волі, документів, що засвідчують особу, громадянства, повернення на колишнє місце проживання, поновлення на роботі, повернення майна);

— **компенсація** за будь-які збитки, що піддаються економічній оцінці (фізичну або психічну шкоду, упущені можливості, в тому числі

в галузі працевлаштування, освіти та одержання соціальних пільг; матеріальні збитки і упушену вигоду; моральну шкоду; видатки на правову та експертну допомогу);

— **реабілітація** — надання медичної та психологічної допомоги, юридичних і соціальних послуг;

— **сатисфакція** (припинення триваючих порушень, публічне оприлюднення фактів про порушення; поминання / відплата належної пам'яті жертв; надання публічних вибачень; пошук місцезнаходження зниклих осіб, установлення особистості викрадених, упізнання тіл вбитих;

— **гарантії неповторення того, що трапилося** (забезпечення ефективного цивільного контролю над збройними силами та службою безпеки; зміцнення незалежності судових органів; захист юристів, правозахисників, журналістів від порушень, пов'язаних з їхньою професійною діяльністю; перегляд і реформування законів, що допускають грубе порушення прав людини.

Таким чином, «репарації» як інститут міжнародного права в галузі захисту прав людини є більш широким поняттям, ніж деліктні зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння позадоговірної шкоди. Більше того, репарації припускають не тільки застосування правових наслідків порушення прав конкретної людини, а й наявність політичних, суспільних, культурних наслідків. Однак якщо виникає потреба відшкодування (компенсації) заподіяної шкоди, потерпілий насамперед повинен керуватися нормами цивільного законодавства, що більшою мірою дозволить відновити його порушене право та компенсувати заподіяну шкоду.



ПРИМАК Володимир Дмитрович,

доктор юридичних наук,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ШЛЯХИ АДАПТАЦІЇ ІНСТИТУТУ ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ І СВІТОВИХ СТАНДАРТІВ

Відшкодування моральної шкоди в сучасному міжнародному праві та у багатьох національних правових системах розглядається як один з найдієвіших способів захисту цивільних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб. Річ у тому, що йдеться про правовий засіб, який, будучи за своєю суттю заходом цивільно-правової відповідальності, виявляється спроможним виконувати превентивну і компенсаційну функції щодо ледь не будь-яких правопорушень, які спричиняють немайнові втрати на боці потерпілого. Такий погляд відображений у практиці Європейського суду з прав людини, ст. III.-3:701 Принципів, дефініцій та модельних правил європейського приватного права (Проекту спільної системи підходів (DCFR) [1], ст. 9:501 Принципів європейського договірної права (PECL) [2] і ст. 10:301 Принципів європейського деліктного права (PETL) [3].

У порівняльно-правовому плані примітним є те, що майже повсюдно розвинуті зарубіжні правопорядки демонструють виразно еволюційний, підкреслено неквапний і системний розвиток національних механізмів компенсації немайнових втрат, який, спираючись на засади справедливості, розумності й добросовісності, а також усвідомлення суто немайнового характеру завданих потерпілому втрат, концентрується на створенні ефективних гарантій для дедалі повнішої реалізації функцій відшкодування моральної шкоди як засобу правового захисту. Завдяки поступальній реалізації такого підходу поволі розширюється коло дійсно вразливих категорій осіб, здатних у різних правових ситуаціях набувати право на відшкодування завданої їм моральної шкоди; першочерговий захист надається таким особистим немайновим благам, як життя і здоров'я фізичної особи; посилено стимулюється добросовісність зобов'язаних осіб, оскільки зазначений захід відповідальності часто особливо акцентовано застосовується до правопорушників, які умисно завдали шкоди потерпілому; поступово збільшувалися розміри присуджуваних компенсацій залишаються помірними, економічно обґрунтованими, посилюються для усередненого боржника; активніше використовуються механізми страхування відповідальності у формі відшкодування моральної шкоди.

Величезним є внесок у розвиток універсальних засад застосування згаданого засобу юридичного захисту з боку Європейського суду з прав людини, практика якого із зазначеного питання слугує орієнтиром також і для інших міжнародних судів, різноманітних арбітражних органів з вирішення комерційних спорів і, звичайно, національних юрисдикційних інституцій. Зокрема в одному зі своїх рішень ЄСПЛ висловив здивування щодо відмови українського суду стягнути відшкодування за моральну шкоду, завдану потерпілому порушенням його прав у сфері житлових правовідносин [4].

У такий спосіб ЄСПЛ фактично:

а) легітимізує можливість використання відповідного засобу правового захисту, розцінюючи її саме як природне право, що потребує всебічного сприяння у його реалізації незалежно від особливостей законодавчої регламентації цього різновиду цивільних охоронних правовідносин у правовій системі конкретної країни;

б) імпліцитно визнає відшкодування моральної шкоди свого роду універсальною гарантією додержання права особи на доступ до ефективного засобу юридичного захисту потенційно в усіх правових ситуаціях, що характеризуються достатньо істотним порушенням особистих немайнових прав та інтересів потерпілого (в тому числі й тісно пов'язаних з первісно порушеними суб'єктивними майновими правами).

Проте визнання ЄСПЛ та вищезгаданими модельними документами європейського права універсального захисного характеру відшкодування моральної шкоди щодо широкого спектру прав і свобод людини, цивільних інтересів учасників як абсолютних, так і зобов'язальних відносин не призводить до гіпертрофування ролі зазначеного заходу цивільно-правової відповідальності. Адже навіть у разі порушення договірної зобов'язання відшкодування моральної шкоди залишається формою майнової відповідальності за вчинення делікту, нехай і «супутнього» щодо порушення договору.

Примітно також, що ст. 10:301 ПЕТЛ хоча й непрямом, однак доволі жорстко обмежує застосування захисного засобу, що розглядається нами, відносно визначеним колом прав, інтересів, благ. Загалом, зазначений документ передбачає необхідність забезпечення відшкодування немайнової шкоди насамперед у випадках посягання на життя і здоров'я, людську гідність та свободу; визначення розміру належної потерпілому компенсації з огляду на тяжкість, тривалість та наслідки завданих цій особі втрат; можливість урахування ступеня вини правопорушника, якщо зазначений чинник істотно сприяв виникненню шкоди тощо.

Тож попри те, що ст. 9:501 ПЕСЛ, яка закріплює загальне право на відшкодування втрат, завданих порушенням договірних зобов'язань, передбачає можливість відшкодування моральної шкоди, це положення слід трактувати зважено, крізь призму засад

справедливості, розумності й добросовісності, які істотно обмежують можливість відшкодування моральної шкоди у царині договірних відносин, передусім зважаючи на мету забезпечення посиленого захисту слабкої, об'єктивно вразливої (залежної) сторони договору або реагування на грубу недобросовісність договірного контрагента.

Тому слід, напевно, визначати і правові наслідки недобросовісності, виявленої суб'єктом цивільного права у переддоговірних відносинах. Принаймні у разі доведення наміру сторони, яка зтягувала перемовини щодо укладання договору, а згодом безпідставно відмовилася від його підписання, завдати шкоди (майнової — у вигляді збитків або немайнової — у тому числі у формі приниження ділової репутації) іншій стороні недобросовісність відповідної особи має зумовлювати оцінку її дій як протиправних, а розумно обгрунтований висновок про заподіяння через таке зловживання свободою договору немайнових втрат потерпілому буде вказувати на існування підстави та належних умов для виникнення деліктного зобов'язання з приводу відшкодування моральної шкоди.

Тобто оскільки при переддоговірному порушенні договірні відносини ще не виникли, то умисне завдання шкоди у розглянутій ситуації постає як класична форма зловживання правом, внаслідок якого за наявності конкретних негативних наслідків має виникати саме деліктне зобов'язання. Звичайно, таке тлумачення у контексті переддоговірної відповідальності ще має бути сприйняте судовою практикою, однак і поза тим в Україні воно може спиратися на цілком певні безпосередньо нормативні підстави — п. 3 ч. 2 ст. 11 і ч. 3 ст. 13 ЦК України. Переконані, що наведений підхід цілком відповідатиме ст. 2:301 PECL, зі змісту якої випливає, що відповідальність сторони, яка вела перемовини щодо укладання договору або перервала їх всупереч вимогам принципу добросовісності й чесного ведення справ, не обмежується певним заздалегідь визначеним видом втрат, завданих іншій стороні.

У вітчизняній правовій науці і практиці правозастосування надзвичайно гострими є питання про засади доказування наявності моральної шкоди та визначення розміру її відшкодування. З цього погляду корисно звернутися до аналізу практики міжнародних юрисдикційних органів.

Так, розглядаючи вимоги про компенсацію нематеріальної шкоди, завданої A. S. Diallo, Міжнародний суд (справедливості) ООН у рішенні від 19.06.2012 р. цілком закономірно:

а) відзначив можливість встановлення такого роду шкоди навіть без розгляду яких-небудь спеціальних доказів (п. 21);

б) наголосив на тому, що визначення розміру відповідної компенсації ґрунтується на міркуваннях справедливості (п. 24).

При цьому Міжнародний суд справедливості досить слушно послався на рішення Європейського суду з прав людини від 7 липня

2011 р. у справі *All-Jedda v. United Kingdom*, у якому зазначається, що при встановленні шкоди (немайнової) «керівним принципом є справедливості, яка насамперед передбачає гнучкість і об'єктивну оцінку того, що є справедливим, чесним і розумним з огляду на всі обставини справи, включаючи не тільки позицію заявника, а й загальний контекст вчиненого порушення» [5].

У свою чергу, застосування такого підходу передбачає, на нашу думку:

а) широке використання стандарту розумних очікувань для встановлення наявності юридично значимого причинно-наслідкового зв'язку між поведінкою правопорушника і завданою потерпілому моральною шкодою, а також конкретизації форм її вияву, передбачуваних за обставин, що характеризують певну справу;

б) необхідність покладання передусім безпосередньо на судову практику завдання із встановлення меж і критеріїв визначення сум відшкодування моральної шкоди, що мають присуджуватися за певного роду типових життєвих ситуацій.

Отож, наприклад, за невизначеності у законодавстві України меж розміру відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення права людини на життя і здоров'я, однією з основних функцій Верховного Суду України зі спрямування судової практики — так само, як і в окремих європейських країнах — слід визнати встановлення максимальних розмірів відповідних компенсацій. Крім того, з метою забезпечення правової визначеності в означеній категорії справ Верховному Суду України варто започаткувати складання орієнтовних схем визначення граничних (мінімальних і максимальних) розмірів компенсацій, що мають присуджуватися в окремих випадках завдання типової шкоди здоров'ю фізичної особи. У межах зазначених схем має враховуватися як тяжкість завданого ушкодження або спричиненої правопорушенням хвороби, так і період тимчасової непрацездатності або вимушеного (обов'язкового) перебування потерпілого в умовах стаціонарного лікування, а також ступінь стійкої втрати працездатності потерпілою особою.

Проблемні аспекти будь-якого механізму правового регулювання найбільш концентровано виявляються на тлі аналізу правовідносин, змодельованих за допомогою цієї правової конструкції. Значимим принагідно, що у розрізі структури цивільних правовідносин загалом і деліктних зобов'язань зокрема відповідні проблеми об'єктивно виникають у зв'язку з визначенням переважно двох елементів зобов'язання з відшкодування моральної шкоди — його суб'єктного складу та об'єкта (насамперед щодо останнього в частині визначення розміру відповідальності).

З огляду на це, природною виглядає і відзначена Б. Кохом (Bernhard A. Koch) головна тенденція сучасного розвитку європейського деліктного права в частині присудження компенсацій за завдані

потерпілим особам немайнові втрати, яка може бути охарактеризована через поєднання двох гасел — «більше позивачів» та «вищі суми» [6]. Приміром, про істотні зрушення у визначенні переліку суб'єктів, наділених правом на відшкодування завданої їм немайнової шкоди, свідчить те, що у низці держав (у Франції, Німеччині та Англії зокрема) визнається можливість застосування зазначеного способу захисту в інтересах осіб, які перебувають у неприйнятному («вегетативному», коматозному або подібних до них) стані. При цьому Верховний Суд Німеччини наголошує, що розмір відповідної компенсації має бути більш ніж символічним, оскільки він повинен віддзеркалювати втрати, заподіяні індивідуальності потерпілого і людській гідності [7].

У ст. VI.-2:202 DCFR і багатьох зарубіжних правопорядках закріплено можливість одержання компенсації за немайнові втрати, завдані фізичній особі у певному розумінні опосередковано, тобто внаслідок завдання шкоди первісному потерпілому, що перебував чи перебуває у близьких відносинах з позивачем. Як зауважує Б. Кох, з одного боку, судові органи окремих європейських держав визнають право на відшкодування моральної шкоди, завданої «вторинним» потерпілим, які формально не перебувають у сімейних відносинах з «первинно» потерпілою особою, а з іншого — навіть за їх наявності в окремих юрисдикціях вирішальне значення надається якості таких відносин, тобто справжній близькості позивача з «первинним» потерпілим. Зазначається, наприклад, що за відсутності дійсно тісних емоційних зв'язків суди Австрії та Фінляндії відмовляють у задоволенні такого роду вимог. Подекуди право на відповідну компенсацію визнається винятково за тими близькими безпосереднього потерпілого від надзвичайної пригоди, які виявилися її свідками, або ж висуваються спеціальні вимоги щодо певної міри завданих «вторинному» потерпілому душевних страждань — це може бути не тільки так званий нервовий шок, а й відчуття горя або тяжкої втрати [6].

Принагідно можна виокремити два відмінні підходи до визначення характеру правопорушення, у зв'язку з яким може бути вчинений позов про компенсацію членові сім'ї первісного потерпілого завданих йому немайнових втрат — у більшості країн йдеться винятково про смертельні випадки, тоді як у деяких — також і про різного ступеня тілесні ушкодження (Франція, Бельгія, Швейцарія) [6]. Вважаємо, що цей досвід вартий наслідування, адже справедливо буде обумовити виникнення права на відшкодування моральної шкоди, завданої близьким членам сім'ї або родичам потерпілого внаслідок протиправної поведінки щодо нього, насамперед, двома взаємопов'язаними критеріями: істотністю душевних страждань «вторинного» потерпілого (1), викликаних тяжкістю шкоди, завданої життю або здоров'ю близької людини (2).

Загалом, всі вищезгадані моменти, будучи врахованими при визначенні законодавцем правового статусу якої-небудь групи осіб або важливих для прийняття справедливого судового рішення фактичних обставин, засвідчують своє істотне правове значення. Тож недарма в абз. 2 ч. 3 ст. 23 ЦК України згадка про обставини, які мають істотне значення, постає як узагальнена характеристика фактичних критеріїв встановлення розміру компенсації за завдану потерпілому моральну шкоду.

У цьому зв'язку важливим є той факт, що Європейський суд з прав людини та деякі зарубіжні правові порядки саму можливість стягнення грошової компенсації за порушення особистих немайнових прав потерпілого пов'язують найчастіше не з будь-якими їх порушеннями, а лише з тими, які набули певного ступеня істотності. Приміром, як зазначають К. Цвайгерт і Х. Кетц, у Німеччині «для судів стало вже постійною практикою присуджувати відшкодування моральної шкоди, якщо посягання на право особистості позивача вкрай «серйозно». Тут беруться до уваги мотивація дій відповідача, тяжкість його вини, а також посягання на право особистості позивача та наскільки глибокі негативні наслідки воно для нього буде мати». У відповідному рішенні Федерального суду Німеччини, яке відкрило шлях для такої судової практики, вважають К. Цвайгерт і Х. Кетц, «багато спільного зі швейцарським правом у тому, що стосується відшкодування шкоди за порушення права особистості: згідно зі ст. 49 швейцарського Закону про зобов'язальне право позов щодо відшкодування шкоди у цьому випадку можливий лише у випадку, «коли це виправдано серйозністю порушення і його ніяк інакше не можна виправити» [8, с. 491–492].

Проблеми компенсаційного захисту особистих немайнових прав (благ) привертають пильну увагу зарубіжних вчених, причому на ефективність порівняльно-правового аналізу в зазначеній сфері жодним чином не впливає обумовлене переважно особливостями розвитку національних правових систем термінологічне розмаїття у визначенні типу шкоди, у зв'язку із завданням якої може виникати право на одержання відмінної від відшкодування матеріальних втрат майнової компенсації. Найчастіше, однак, як узагальнюючий у порівняльно-правових дослідженнях у практиці міжнародних юрисдикційних органів і в модельних документах європейського приватного права чи в коментарях до них використовується термін «немайнова шкода» або його похідні — такі, скажімо, як «неекономічні втрати», внаслідок юридичної кваліфікації яких, власне, і постає питання про відшкодування немайнової шкоди. Рівнобіжно в європейському праві (п. 2 ст. VI.-6:101 DCFR) утверджується підхід, що передбачає розгляд грошової компенсації за завдані кредиторів майнові або немайнові втрати як однієї з форм (вочевидь, основної) відшкодування заподіяної йому шкоди. Орієнтуючись на окреслені

методологічні підходи, можна послуговуватися як рівнозначними, якщо інше не випливає з порушеного контексту, термінами (та їх похідними) на кшталт «моральна шкода» і «немайнова шкода»; «відшкодування (компенсація) моральної (немайнової) шкоди» і «відшкодування (компенсація) особистих немайнових втрат».

Крім того, привертає увагу, що коментатори DCFR додержуються надзвичайно широких поглядів у питанні щодо конкретизації ймовірних форм втілення немайнових втрат потерпілої сторони [1, с. 3031, 3040], що відкриває потенційно необмежені можливості для застосування відповідного правового засобу з метою захисту прав та інтересів як різних категорій фізичних, так і юридичних осіб. До речі, так само чи не найширше «визнання моральної шкоди» відбулося у Франції, законодавство якої, за твердженням Р. Леже, містить лише найбільш загальні положення з порушеного питання і не визначає спеціальних ознак зазначеної шкоди, тоді як «постанови Касаційного суду визнали і розвинули лібералізм кодексу (Цивільного кодексу Франції, — В. П.). Визнали, проголосивши ординарну природу моральної шкоди, закріплени ст. 1382. Розвинули, оскільки залишався певний резерв для уточнення того, що є моральною шкодою, і визначення осіб, які можуть претендувати на її відшкодування. Постанови Касаційного суду забезпечили найширші можливості для отримання відшкодування» [9, с. 285].

Враховуючи зазначене і керуючись прагненням до закріплення надійніших гарантій компенсаційного захисту особистих немайнових благ суб'єктів цивільного права, на нашу думку, перевагу слід віддавати формальній інтерпретації моральної шкоди за допомогою простого протиставлення її майновій шкоді, завдяки чому перший із згаданих різновидів шкоди (у сенсі обов'язкової умови позадоговірної відповідальності) поставав би у формі будь-яких істотних для потерпілої особи негативних наслідків правопорушення, які відрізняються від придатних для вираження в безпосередньо вартісній формі матеріальних втрат, що конституують майнову шкоду. Такого роду тлумачення (подібно до підходу, якого додержуються французькі суди) залишатиме достатні можливості і для уточнення змісту моральної шкоди, що може підлягати відшкодуванню, і для забезпечення за допомогою механізму стягнення відповідних компенсацій захисту інтересів якомога ширшого кола суб'єктів цивільного права.

З огляду на вищевикладене, юридично значущими формами втілення моральної шкоди можуть бути визнані всі можливі вияви заподіяних потерпілому особистих немайнових втрат, які підлягають компенсації не на еквівалентних засадах природної пропорційності об'єктів порушених регулятивних і виниклих охоронних правовідносин, а безпосередньо в силу вимог справедливості, розумності та добросовісності, тобто у зв'язку з визнанням державою свого морально-

правового обов'язку гарантувати компенсаційний захист особистих немайнових благ потерпілої особи та пов'язаних з ними моральних імперативів, які постають тут у ролі безпосередніх об'єктів правового захисту.

На підставі викладеного можна дійти висновку, що магістральним напрямом вдосконалення правового регулювання відносин з відшкодування моральної шкоди в Україні слід визначити його адаптацію до відповідних механізмів, вироблених міжнародними юрисдикційними органами, і підходів, реалізованих у модельних документах європейського приватного права. Крім того, неодмінною запорукою ефективності такої діяльності є її опора на широке використання порівняльно-правового методу наукових досліджень.

Список використаних джерел

1. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) [Electronic Resource] / European Commission. — URL : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.
2. The Principles of European Contract Law (Parts I, II, and III) [Electronic Resource] / The University of Oslo. The Faculty of Law. — URL : <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>.
3. Principles of European Tort Law [Electronic Resource] / European Group on Tort Law. — URL : <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=129>.
4. Рішення Європейського суду з прав людини від 22.02.2005 р. у справі Новоселецький проти України [Текст] // Офіційний вісник України. — 2005. — № 31. — Т. 2. — Ст. 1917.
5. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) [Electronic Resource] / Lazareff Le Bars. — URL : <http://lazareff-lebars.com/wp-content/uploads/2012/07/Judgment.pdf>.
6. Koch, B. A. Mainstreams in the Development of European Tort Law: A Front-Line Snapshot [Electronic Resource] / Bernhard A. Koch // The Geneva Papers on Risk and Insurance — Issues and Practice. — 2006. — № 31. — P. 270–276 ; The Geneva Association. — URL : https://www.genevaassociation.org/media/244269/ga2006_gp31%282%29_koch.pdf.
7. Van Dam C. European tort law [Text] / Cees van Dam. — Oxford, U.K. : Oxford University Press, 2013. — 601 p.
8. Цвайгерт, К. Ведение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — пер. с нем. — М. : Междунар. отношения, 1998. — Т. 2. — 512 с.
9. Леже, Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход [Текст] / Р. Леже ; пер. с франц. [Грядов А. В.]. — 2-е изд., перераб. — М. : Волтерс Клувер, 2010. — 592 с.



СОЛТИС Ніна Борисівна,

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ДОГОВОРИ ПРО СПАДКУВАННЯ У ЗАКОНОДАВСТВІ КРАЇН ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Договір як юридичний факт займає особливе місце в механізмі правового регулювання спадкових відносин. Залежно від волевиявлення спадкодавця договірне зобов'язання виникає на підставі спадкового договору. Спадковий договір законодавчо в Україні не визнається підставою для виникнення спадкових правовідносин у правонаступника (набувача) права на спадкування, відповідно до ст. 1223 ЦК України, а на правовідносини, що виникають у зв'язку з його укладенням, не поширюються норми, що регулюють умови і порядок спадкування. У законодавстві європейських країн регулювання спадкового договору має істотні розбіжності та залежить від правової системи у державі. Зазвичай національні законодавства йдуть шляхом або повного визнання спадкового договору або його абсолютної заборони. У світлі інтеграційних процесів та адаптації національного законодавства до законодавства країн Європейського Союзу становить науковий інтерес аналіз норм інституту спадкового договору в деяких країнах його визнання, зокрема в Німеччині та Швейцарії.

Законодавство Німеччини, крім загальновизнаного інституту заповіту, передбачає окремий інститут розпорядження своїм майном на випадок смерті — договір про спадкування, який врегульовано положеннями §§ 1941, 2274–2302 Німецького цивільного уложення. Відповідно до § 1941 НЦУ спадкодавець у договорі може призначити спадкоємця, а також встановити заповідальний відказ і покладання. При цьому спадкоємцем (спадкоємцем за договором) або відказоодержувачем можуть бути призначені як інша сторона за договором, так і третя особа.

Договір про спадкування за нормами права Німеччини має подвійну природу і поєднує в собі заповідальне розпорядження на випадок смерті та цивільно-правовий договір. Спадковий договір може бути розірваний або оскаржений тільки у випадках, передбачених законом, тоді як заповіт може бути змінено або скасовано спадкодавцем в односторонньому порядку.

За законодавством Німеччини укласти договір про спадкування може фізична особа з повною цивільною дієздатністю і лише особисто. Слід зазначити, що для подружжя законодавство розширює їх правосуб'єктність у здійсненні права на спадкування. Зокрема згідно з п. 2 § 2275 НЦУ один із подружжя може укласти з іншим із подружжя договір про спадкування як спадкодавець, навіть якщо він обмежений у дієздатності, але за згодою свого законного представника або опікуна. Якщо законним представником є опікун, то потрібне рішення суду у справах опіки. Слід зазначити, що правила щодо укладання договору про спадкування подружжям розповсюджуються й на наречених згідно із Законом Німеччини «Про зареєстровані партнерства».

Договір про спадкування підлягає нотаріальному посвідченню, але дозволяється і дотримання такої форми, яка встановлена для шлюбного договору, оскільки законодавство Німеччини дозволяє об'єднувати в одному документі умови договору про спадкування і шлюбного договору (п. 2 § 2276 НЦУ).

Зміст розпорядження за договором про спадкування у Німеччині становлять дії як майнового, так і немайнового характеру. Вони трактуються у законодавстві Німеччини як розпорядження, які: є допустимими за договором (§ 2278 НЦУ); виникають з правочинів між живими (§ 2286 НЦУ); із дарування, яке завдало шкоди спадкоємцю за договором (§ 2287 НЦУ); із заповідальних розпоряджень (§§ 2338 і 2289 НЦУ).

У договорі про спадкування кожна зі сторін, що домовляються, може зробити відповідне договору розпорядження на випадок смерті. Законодавець обмежує коло розпоряджень, які можуть бути допустимими за договором спадкування: сторони можуть здійснити розпорядження лише щодо призначення спадкоємців, встановлення заповідального відказу і заповідального покладання (п. 2 § 2278 НЦУ). Зазначені розпорядження може зробити кожна зі сторін договору, при цьому необов'язково, щоб виконання розпоряджень кожною стороною було взаємним. Також слід зауважити, що § 2289 НЦУ залишає за спадковим договором юридичну перевагу над заповідальним розпорядженням у тому разі, якщо він був укладений після складання заповідального розпорядження (принагідно нагадаємо, що згідно з ч. 2 ст. 1254 ЦК України заповіт, який було складено пізніше, скасовує попередній заповіт).

На відміну від спільного заповіту, сторони договору необов'язково повинні перебувати у шлюбі. Крім договірних розпоряджень, у спадковому договорі можуть бути передбачені односторонні розпорядження, які за своєю природою є спільними із заповітом. На противагу договірним умовам односторонні розпорядження можуть бути скасовані спадкодавцем в односторонньому порядку. Для уникнення непорозумінь на практиці

сторонам договору рекомендується зазначати в тексті договору, які з розпоряджень є договірними, а які односторонніми.

Укладення договору відбувається за правилами, передбаченими для складання заповіту (§§ 2231, 2232, 2233 НЦУ) [1]. Згідно з цими нормами при укладенні договору про спадкування спадкодавець повідомляє нотаріусу усно свою останню волю або передає йому письмовий текст із заявою, в якому зазначається його остання воля. Оформлений нотаріусом спадковий договір може бути прийнятий ним на особливе офіційне зберігання, при цьому він зобов'язаний видати кожній стороні спадкового договору розписку про прийняття договору на зберігання.

Спадковий договір у силу свого обов'язкового характеру не може бути скасований в односторонньому порядку. Його дійсність може бути оспоржена в суді з підстав, прямо передбачених цивільним законодавством Німеччини. Так, відповідно до Німецького цивільного уложення спадковий договір може бути оспоржений, якщо:

1) спадкодавець помилявся щодо змісту свого волевиявлення або взагалі не мав наміру робити волевиявлення такого змісту; і слід вважати, що, знаючи про це, він не уклав би його (§ 2078 НЦУ);

2) спадкодавця примушували здійснити розпорядження або він помилково припускав настання чи ненастання певних несприятливих наслідків (§ 2078 НЦУ) [1];

3) спадкодавець у спадковому договорі не зробив розпоряджень на користь особи, яка має право на обов'язкову частку у спадщині на момент відкриття спадщини, він не знав про її існування або якщо особа народилася чи набула право на обов'язкову частку лише після укладення договору.

Право на оспорювання умов договору виникає у спадкодавця особисто, представництва його інтересів законодавство Німеччини не передбачає. При цьому, якщо спадкодавець обмежений у дієздатності, він не потребує згоди свого законного представника на оспорювання (п. 1 § 2282 НЦУ). Лише у випадку, якщо спадкодавець є недієздатним, спадковий договір може бути оспоржений його законним представником з дозволу суду у справах опіки. У всіх зазначених випадках заява про оскарження має бути нотаріально посвідчена. Законом встановлено річний строк для оскарження спадкового договору. Початок перебігу цього строку залежить від підстави, за якою договір заперечується. Так, у разі оскарження договору, укладеного під впливом насильства, перебіг строку починається з моменту припинення тиску на потерпілу особу. В інших випадках — з моменту, коли спадкодавець дізнався про настання підстави для оскарження.

Договір про спадкування та окреме його розпорядження, яке передбачено у договорі, може бути розірвано у разі: укладення договору між сторонами спадкового договору; у разі складання заповіту (у тому числі спільного заповіту); у разі відмови від спадкового договору.

Відмова від спадкового договору можлива у формі нотаріально посвідченої заяви спадкодавця, яка направляється іншій стороні [2].

Можливість укладення спадкових договорів визнає й цивільне право Швейцарії. Спадковий договір у Швейцарії є правочином, який укладається щодо однієї або декількох спадщин між однією або декількома сторонами договору. Законодавчо інститут спадкового договору у Швейцарії врегульовано в Цивільному кодексі [3]. Відповідно до ст. 468 ЦК Швейцарії укласти спадковий договір може лише фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Договір укладається сторонами особисто у письмовій формі та посвідчується нотаріально при двох свідках (ст. 512 ЦК Швейцарії).

Зміст спадкового договору може передбачати як позитивні, так і негативні наслідки для спадкоємця. Так, згідно зі ст. 494 ЦК Швейцарії договором може бути передбачено, що особа отримає спадщину після смерті спадкодавця, яким може бути як інша сторона договору, так і третя особа, яка не є стороною договору.

Водночас у ст. 495 ЦК Швейцарії передбачена негативна умова для спадкоємця, згідно з якою спадковий договір припиняється, якщо спадкоємець, який має право на обов'язкову частку у спадщині, відмовляється від свого права повністю або в його частині. Досить часто в такому спадковому договорі передбачається зустрічне надання в разі підприємництва спадкоємця або відмови від спадщини [2].

Обов'язковий характер цього договору не обмежує здатності спадкодавця розпоряджатися своїм майном за життя шляхом його відчуження. Тому для спадкоємця відсутня гарантія отримати спадщину, яка передбачалася за договором. Спадкодавець не втрачає можливості при укладанні спадкового договору розпоряджатися своїм майном за життя — навіть у разі, якщо передбачені спадковим договором розпорядження щодо майна виконати неможливо або вони втрачуть будь-який сенс.

Питання про можливість оскарження правочинів щодо розпорядження майном за життя спадкодавця безпосередньо не врегульовано швейцарським законодавством і по-різному роз'яснюється в доктрині. Однак судова практика міцно стоїть на тому, що деякі правочини щодо розпорядження майном, наприклад, дарування, не можуть бути скасовані судом у випадку, якщо заборона на вчинення відчуження майна не була прямо передбачена спадковим договором [2].

За загальним правилом, після укладення спадкового договору спадкодавець уже не може зробити ніяких розпоряджень на випадок своєї смерті. Це ставить спадкодавця перед вибором розпорядження своїм майном на випадок смерті за спадковим договором або за заповітом. Разом з тим цивільне законодавство Швейцарії передбачає можливість односторонньої відмови від окремих положень спадкового договору, а саме у разі, якщо йдеться про односторонні розпорядження.

Одностороння відмова від договірних розпоряджень можлива лише у випадках, прямо передбачених законом, зокрема:

- 1) якщо це прямо передбачено договором (ст. 513 ЦК Швейцарії);
- 2) якщо одна сторона договору порушила або не виконала взяті на себе зустрічні зобов'язання (ст. 514 ЦК Швейцарії);
- 3) внаслідок дефекту волі при укладенні договору (ст. 469 ЦК Швейцарії);
- 4) якщо спадкоємець помер раніше спадкодавця (ст. 515 ЦК Швейцарії).

Відповідно до ст. 514 ЦК Швейцарії право на відмову від договору має спадкодавець, тоді як у спадкоємця таке право виникає, якщо він відмовляється від обов'язкової частки у спадщині. Подібно до норм німецького законодавства, абз. 1 ст. 513 ЦК Швейцарії передбачає відмову від спадкового договору шляхом укладення нового договору між тими самими сторонами.

Проведений аналіз законодавства зарубіжних країн дає підстави для висновку, що спадкові договори займають особливе місце у системі цивільно-правових договорів та мають певні особливості, що відрізняють їх від інших форм розпоряджень щодо передачі майна у спадщину. Слід зазначити, що природа спадкового договору в законодавстві зарубіжних країн Німеччини та Швейцарії є схожою та поєднує в собі ознаки цивільно-правового договору та одностороннього розпорядження (заповіту). Спільним для законодавств двох країн є норми щодо предмета, форми, умов про зміну та розірвання спадкового договору, порядок судового оскарження, умови, за яких спадковий договір визнається недійсним.

На відміну від вітчизняного законодавства, законодавство Німеччини та Швейцарії не обмежується єдиною класифікацією сторін і передбачає укладення як одно-, дво-, так і багатостороннього спадкового договору. Відмінним є положення у законодавстві щодо статусу подружжя як сторони спадкового договору: у Швейцарії допускається укладення договорів про спадкування тільки між подружжям; у Німеччині не ставиться обов'язкової умови наявності шлюбних відносин між сторонами спадкового договору. Крім того, відмінність існує і щодо змісту спадкового договору. Так, конструкція змісту спадкового договору у Швейцарії може передбачати як позитивні (розпорядження спадщиною за життя), так і негативні (припинення договору шляхом відмови від права (повністю або частково) спадкоємця, який має право на обов'язкову частку у спадщині) наслідки для спадкоємця.

Список використаних джерел

1. Гражданское уложение Германии = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz [Текст] / пер. с нем. / В. Бергманн [введ., сост.] ;

- науч. ред. В. Бергманн [и др.]. — 3-е изд., перераб. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — (Серия «Германские и европейские законы»; Кн. 1).
2. *Аболонин, В.* Общая характеристика наследственного договора в праве Германии, Австрии и Швейцарии [Электронный ресурс] / В. Аболонин ; Центр нотариальных исследований. — URL : http://www.notiss.ru/usring/pacte%20successoral_allemanne_autriche_suisse.pdf.
 3. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (stand am 1. Februar 2010) [Elektronische Ressourcen] / WIPO — World Intellectual Property Organization. — URL : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/de/ch/ch193de.pdf>.



ГЕТМАНЦЕВ Максим Олександрович,

кандидат юридичних наук,

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва

*імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

КОМПАРАТИВІСТСЬКЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ТЕНДЕНЦІЙ РОЗВИТКУ СПАДКОВОГО ПРАВА ПОСТРАДЯНСЬКИХ ДЕРЖАВ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

Актуальність теми дослідження обумовлюється нагальною потребою аналізу спадкового права держав пострадянського простору, що дедалі більше посилюється з огляду на загальносвітові тенденції уніфікації норм відповідних галузей права. Неминучий розпад Радянського Союзу у свій час виявив чимало протиріч у сфері правового регулювання всіх без винятку правових відносин у колишніх радянських республіках. Соціально-економічні перетворення, що об'єктивно супроводжують процес становлення незалежних держав пострадянського простору, загострили ці законодавчі колізії. Наразі спадкове право колишніх республік СРСР, попри наявність подібних норм, все ж істотно відрізняється між собою, що лише посилює актуальність проведеного нами дослідження.

Зважаючи на велику кількість родинних зв'язків наших співвітчизників із громадянами пострадянських країн, що рано чи пізно призводить до необхідності отримати спадщину за кордоном, ознайомлення з основними принципами спадкового права зарубіжних країн є невідкладною необхідністю для багатьох юристів-практиків.

Науково-теоретична важливість визначення та законодавчої регламентації спадкових правовідносин обумовлює постійний незгасаючий інтерес серед вчених до багатопланових досліджень складної і неоднозначної проблематики спадкового права. У дореволюційний період окреслені питання досліджували такі вчені, як Є. В. Васьковський, Ю. С. Гамбаров, В. Г. Демченко, Г. Ф. Дормідонтов, І. О. Кістяківський, Д. І. Мейер, В. В. Покровський, В. О. Рязановський тощо. У радянський період дослідження, у тому числі фундаментальні, у сфері правового регулювання спадкового права проводили такі цивілісти, як Б. С. Антімонов, Ю. М. Власов, М. В. Гордон, В. П. Грібанов, В. К. Дроніков, Т. І. Зайцева, О. С. Йоффе, О. А. Красавчиков, П. В. Крашенінников, Є. А. Суханов, Ю. К. Толстой, Р. О. Халфіна та чимало інших. Серед сучасних досліджень щодо спадкового правовідношення слід назвати праці таких вітчизняних вчених, як: Ю. В. Білоусова, В. В. Васильченка, Ю. О. Заїки, О. Є. Кухарева, Є. О. Рябокопя, С. Я. Фурси, Є. І. Фурси та ін. Зростає останнім часом і кількість дисертацій, присвячених обраній для дослідження темі (В. В. Валах, О. І. Нелін, Р. М. Достдар та ін.).

При цьому доводиться констатувати, що лише деякі з наведених робіт містили окремі підрозділи, де проблеми спадкового права вивчалися у порівняльно-правовому аспекті. Водночас цілісного дослідження сучасного спадкового права колишніх радянських республік, де були б визначені спільні та відмінні закономірності розвитку спадкових правовідносин, досі не проведено. Враховуючи обсяг та мету цієї статті, наше дослідження є лише маленьким кроком уперед на шляху заповнення цієї прогалини у правовому регулюванні спадкового права держав пострадянського простору.

Основною *метою* нашого дослідження є комплексний компаративістський аналіз загальних тенденцій розвитку та нормативного закріплення окремих інститутів спадкового права пострадянських держав на сучасному етапі. Задля досягнення окресленої мети в роботі були поставлені та послідовно вирішені такі **завдання**:

1) розглянути історичні етапи розвитку спадкового права як передумови для наближеного правового регулювання спадкових правовідносин на території держав пострадянського простору;

2) визначити правову природу спадкування за цивільним законодавством таких країн, як: Білорусь, Грузія, Казахстан, Латвія, Молдова, Україна, Росія;

3) з'ясувати особливості законодавчої регламентації окремих інститутів спадкового права у державах-колишніх республіках СРСР;

4) співставити норми спадкового права різних пострадянських держав з метою виявлення спільних та відмінних тенденцій у функціонуванні механізму спадково-правового регулювання;

5) розробити та обґрунтувати пропозиції з удосконалення норм вітчизняного спадкового законодавства.

Розпочинаючи порівняльно-правове дослідження однієї з найбільш консервативних підгалузей цивільного права — спадкового права, важливо одразу ж окреслити, що поняттям «пострадянські держави» ми охоплюємо всі суверенні та визнані у встановленому порядку світовим співтовариством країни, які виникли після розпаду Радянського Союзу на території колишніх радянських республік. Як правило, більшість з цих країн є між собою географічними сусідами, що обумовлює схожість їхніх правових звичаїв і спадкових традицій, або в силу тривалого співіснування в межах певної політично-правової формації (наприклад, Київської Русі, Великого Князівства Литовського, об'єднань часів Гетьманщини, Російської імперії і, зрештою, СРСР) характеризуються майже ідентичним законодавчим регламентуванням спадкових правовідносин. У будь-якому випадку критичне осмислення історичного досвіду кожної з держав пострадянського простору в наш час є необхідною передумовою якісного розвитку національної правової системи.

Як відзначає О. І. Нелін, наприкінці XI — на початку XII ст. на Русі спадкування здійснювалось згідно з нормами звичаєвого права, спадкування за законом було пріоритетним, а спадкування за заповітом з'явилося лише у Просторовій редакції Руської Правди на початку XIII ст. У Литовсько-Руській державі серед запозичених іноземних джерел вирізнялося німецьке, або магдебурзьке, право. Відносно самостійність правова система України певний час зберігала у Запорозькій Січі та в Українській гетьманській державі. Проте після входження України під протекторат російського царя, попри деякі спроби зберегти українську державність і самостійну правову систему, вона дедалі більше втягувалася в контекст історичного розвитку Російської імперії. Надалі всі правові рішення визначались імперською (до 1917 року) і радянською правовими доктринами [1, с. 7].

Загальна Генеза спадкового права радянської доби розпочинається з Декрету ВЦВК «Про основні приватні майнові права, що визнаються в СРСР, охороняються його законами і захищаються судами» від 22 травня 1922 р. та однойменних декретів решти республік, що лягло в основу наступних цивільних кодексів країни. Відчутним кроком уперед у розвитку спадкових правовідносин став Указ Президії Верховної Ради СРСР від 14 березня 1945 р. «Про спадкоємців за законом і за заповітом». Централізований механізм спадково-правового регулювання відповідних правовідносин наклав свій відбиток на наближеність структурної будови спадкового права та ідентичність багатьох нормативних положень у цій сфері.

Натомість розробка та прийняття нині чинних цивільних кодексів суверенних держав-учасниць колишнього Радянського Союзу демонструє часткове відходження від попередніх правових традицій,

оскільки, орієнтуючись на власні правові надбання та досягнення європейської правової доктрини, переважна більшість країн пострадянського простору прагне до відродження власної юридичної автентичності. Це яскраво простежується на прикладі прибалтійських республік, де після здобуття незалежності були фактично відроджені елементи дорадянської правової системи.

Що ж стосується нашої держави, то, як зазначає Р. М. Достдар, на законодавство України вплинуло те, що воно довгий час знаходилося між західноєвропейською й східноєвропейською правовими системами [2, с. 10]. На практиці це виражається у тому, що наша країна чи не єдина на пострадянському просторі держава, де органічно поєднані дві системи набуття спадщини: система прийняття (використовується як загальне правило) і система відмови, при якій особа вважається такою, що вступила у спадщину, якщо прямо не оголосила про зворотне (стосується, наприклад, спадкоємців, які постійно проживали з померлим спадкодавцем).

Провівши ретельний аналіз нормативно-правових джерел іноземних держав на предмет виявлення особливостей закріплення положень спадкового права, доводиться констатувати, що зміст спадкових правовідносин має як чимало відмінних, так і багато тотожних положень, на формування яких, очевидно, вплинули загальні тенденції розвитку спадкової підгалузі цивільного права на території держав, які колись були частиною СРСР. Серед спільних рис спадкового права досліджуваних країн найперше, що з очевидністю впадає в очі, це, наприклад, характерна для них усіх відсутність спеціального кодифікованого правового акта зі спадкового права та розміщення норм, що регулюють спадкові правовідносини, у цивільних кодексах відповідних держав. Винятком у цьому відношенні є лише Естонія, де у січні 2008 року було схвалено Закон «Про спадкування», норми якого є досить традиційними для романо-германської правової сім'ї.

Також у законодавстві всіх досліджених нами колишніх республік СРСР наявна велика кількість норм спадкового права, які майже ідентичні за своїм змістом у різних державах. Це, зокрема, положення про місце відкриття спадщини (ст. 1221 ЦК України, п. 2 ст. 3 Закону Естонії «Про спадкування», ст. 1036 ЦК Республіки Білорусь, ст. 1043 ЦК Казахстану, ст. 1324 ЦК Грузії, ст. 1443 ЦК Молдови, ст. 1115 ЦК РФ тощо), час відкриття спадщини (ч. 2 ст. 1220 ЦК України, ч. 2 ст. 1035 ЦК Білорусі, ч. 2 ст. 1042 ЦК Казахстану, ст. 1320 ЦК Грузії, ст. 388 ЦК Латвії та ін.) тощо. Аналогічної законодавчої регламентації зазнають правові наслідки усунення від права на спадкування осіб, які навмисно позбавили життя спадкодавця або вчинили замах на його життя (ст. 1224 ЦК України). Відомо, що у якості загальної родової назви для позначення таких суб'єктів цивільне законодавство більшості держав пострадянського простору

використовує термін «негідні спадкоємці» (див. ст. 1038 ЦК Білорусі, ст. 1045 ЦК Казахстану, ст. 1434 ЦК Молдови, ст. 1310 ЦК Грузії тощо), а ст. 6 Закону Естонії «Про спадкування» називає їх нездатними до спадкування. Як бачимо, досвід пострадянської кодифікації у більшості держав-колишніх республік СРСР засвідчує, що національні традиції у сфері спадкового права підкоряються загальноісторичним підходам до нормативного закріплення відповідних положень і, що здобуття, зрештою, політичної незалежності не призвело у цих країнах до створення кардинально нового спадкового законодавства. Більше того, зважаючи на потреби пришвидшення неминучої уніфікації та гармонізації норм права всіх європейських держав, з нашої точки зору, подальше збереження таких однакових норм спадкування відіграє позитивну роль у системній оптимізації спадково-правового механізму регулювання досліджуваних правовідносин.

Загальною тенденцією для пострадянського розвитку спадкового права є класичне закріплення черговості спадкування за законом, що засноване на кровній спорідненості та родинній близькості спадкоємців. І хоча кількість черг спадкоємців за законом у різних країнах відрізняється (так, у Молдові та Казахстані закріплено три черги спадкоємців за законом (ст. 1500 ЦК Республіки Молдова, ст.ст. 1061–1063 ЦК Республіки Казахстан); у Латвії та Білорусії — чотири черги (ст. 404 ЦК Латвії, ст.ст. 1059–1060 ЦК Республіки Білорусь); у Грузії та Україні — 5 черг спадкоємців за законом (ст. 1336 ЦК Грузії, ст.ст. 1261–1265 ЦК України), проте спільний принцип віддалення потенційної можливості одержання спадку в залежності від ступеню родинних зв'язків з померлою особою залишається незмінним. При цьому історично усталені порядки закликання до спадкування зазнали істотних трансформацій і в первісному вигляді в законодавстві досліджуваних республік практично не використовуються. Інакше кажучи, розвиток і реформування спадкового права на території колишніх республік СРСР не призвів до остаточного скасування тих положень спадкового права, які збереглися від радянської правової системи, яка, в свою чергу, теж базувалася на рецепційованих нормах римського спадкового права, хоча часткове відновлення елементів спадкових правовідносин з дореволюційного права та імплементація принципів зі спадково-правових систем зарубіжних держав теж має місце в законодавстві окремих пострадянських країн, представники яких висловлюють власні пропозиції щодо збільшення кількості черг спадкування за законом. Так, В. В. Валах пропонує розширити коло спадкоємців за законом в Україні шляхом формування шостої черги, до якої слід віднести осіб, які перебували зі спадкодавцем у соціальній спорідненості (пасинки, падчерки, вітчим, мачуха тощо), за умови, якщо вони надавали матеріальну допомогу спадкодавцю на підставах та у порядку, передбачених чинним сімейним законодавством [3, с. 7].

Водночас, попри чималу кількість спільних рис, спадкове законодавство кожної з країн пострадянського простору характеризується також і значним числом оригінальних нормативних положень, існування яких обумовлено історичною самобутністю та особливостями сучасного стану розвитку цієї підгалузі права у кожній конкретній державі. Зокрема спадкове законодавство Грузії містить норми про домашній заповіт (ст. 1364 ЦК Грузії) та запасного спадкоємця (ст. 1370 ЦК Грузії). Натомість у Латвії заповіти поділяються на публічні та приватні (ст. 433 ЦК Латвії), а сирітський суд має можливість відібрати спадщину у випадку, якщо спадкоємець використовує її недбало (ст. 395 ЦК Латвійської Республіки), і водночас закріплено право на отримання декількох частин спадщини особою, яка перебуває із спадкодавцем у чисельній спорідненості одночасно (ст. 402 ЦК Латвії).

Вражає також і неординарний спосіб визначення поняття «заповіт», продемонстрований молдовським законодавцем, який вклав у цей термін значення урочистого, відкличного та особистого правочину (ч. 1 ст. 1449 ЦК Молдови). Очевидно, що такий транслятивний підхід до легального впорядкування спадкових правовідносин неминуче викликаний національними особливостями відповідної держави, де поряд із рецепцією норм римського права та інтеграцією міжнародного законодавства триває складний процес конструювання відмінної національної правової системи.

Співставляючи загальні положення спадкового законодавства різних держав, безперечним виступає той факт, що наведені вище аргументи обумовлюють і багаточисельні відмінності у змістовному наповненні самого поняття «спадщина» у різних країнах пострадянського простору. Відомо, що в одному випадку до складу спадщини включаються права й обов'язки, які належали спадкодавцю на момент відкриття спадщини (наприклад, ч. 1 ст. 1216, ст. 1218 ЦК України), в іншому — не тільки майнові права й обов'язки, але й інші цінності (ст. 1112 ЦК Російської Федерації). Так, серед найбільш деталізованих підходів до визначення змісту спадкового майна, безумовно, перебуває Латвійське спадкове законодавство, де поняттям «спадщина» охоплено сукупність, що складається з рухомого і нерухомого майна, а також інших відчужуваних прав та обов'язків, які належали померлому на час його дійсної чи установленної законом смерті (ст. 382 ЦК Латвії). Відмінною є також і законодавча регламентація цього питання у ЦК Молдови, де до складу спадкового майна входять спадковий актив і спадковий пасив (ч. 1 ст. 1444 ЦК Республіки Молдова).

Водночас за законодавством окремих держав для позначення спадщини використовується загальний термін «майно померлого» (див., до прикладу, ст. 1306 ЦК Грузії, ст. 1038 ЦК Казахстану тощо). Натомість цивільне право Республіки Білорусь та Російської Федерації

розрізняє у складі майна померлого власне спадщину й окремо спадкове майно, хоча і не закріплює критеріїв для їхнього розмежування (ч. 1 ст. 1031 ЦК Білорусі, ч. 1 ст. 1110 ЦК РФ). Слід зазначити, що, з нашої точки зору, вказані розбіжності обумовлені різними формами законодавчого втілення доктринального розуміння об'єкта та предмета спадкування, коли в одному випадку ними визнаються лише права та обов'язки, а у другому — безпосередні блага як похідні сурогати від існуючих матеріальних благ.

Неоднозначним у різних країнах пострадянського простору також є підхід законодавця до закріплення спадкових прав осіб, які в силу певних обставин не можуть самостійно підписати заповіт. У всіх країнах таким особам дозволяється вдатися до допомоги сторонньої особи, яка підпише заповіт замість заповідача (абз. 2 ч. 2 ст. 1247 ЦК України). При цьому у Грузії поряд із таким загальним положенням окремо врегульовано питання складання заповіту глухонімою чи сліпою особою (ст. 1361 ЦК Грузії), а у Республіці Молдова передбачено можливість складання заповіту також і неграмотним громадянином (ст. 1461 ЦК Молдови). Зважаючи на таку однотайність у нормативному закріпленні досліджуваного питання, що засвідчує втілення демократичних цінностей та соціального гуманізму, дивує кардинально відмінний підхід до конкретизації цього питання у спадковому законодавстві Латвійської Республіки, ст. 421 ЦК якого закріплює, що та особа, яка не може писати чи зрозуміло говорити, тобто не спроможна ясно пояснити свою волю, взагалі не може залишити заповіту. Така нормативна полярність у регламентації досліджуваного інституту спадкового права лише підтверджує, що захист і забезпечення реалізації спадкових прав усіх учасників цивільного обігу має вирішальне значення на сучасному етапі, і кожна держава намагається по-своєму вирішити це питання.

Визнаючи історично обґрунтовані спільні закономірності розвитку та функціонування спадкового права країн пострадянського простору і водночас національну самобутність нормативно-правового регулювання спадкових правовідносин у цих державах, вважаємо, що виокремлені в результаті цього компаративістського дослідження основні тенденції розвитку спадкового права держав-колишніх учасниць СРСР на сучасному етапі свідчать про те, що стрижневою науково-методологічною проблемою для всіх досліджених країн є оптимізація механізму спадково-правового регулювання з метою приведення норм спадкового права у відповідність до міжнародних стандартів. Подальший поглиблений порівняльно-правовий аналіз інститутів спадкового права у пострадянських державах сприятиме формуванню сутнісних орієнтирів у процесі наступної модернізації механізму спадково-правового регулювання у нашій державі.

Список використаних джерел

1. *Нелін, О. І.* Еволюція спадкового права в Україні (історично-правовий аспект) [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Нелін Олександр Іванович. — К., 2010. — 415 арк.
2. *Достдар, Р. М.* Реценція принципів візантійської Еклоги сучасним сімейним та спадковим законодавством України [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Р. М. Достдар. — Одеса, 2005. — 20 с.
3. *Валах, В. В.* Порівняльно-правова характеристика спадкових правовідносин в Україні та зарубіжних країнах (Російській Федерації, Франції, Німеччині, США) [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. В. Валах. — К., 2009. — 20 с.
4. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 г. № 218-З : принят Палатой представителей 28.10.1998 г., одобрен Советом Республики 19.11.1998 г. [Электронный ресурс] / ЭТАЛОН-ONLINE. Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. — URL : http://etalonline.by/?type=text®num=НК9800218#load_text_none_1_.
5. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 01.07.1999 г. № 409-І [Электронный ресурс] / Информационное агентство [Zakon.kz](http://zakon.kz). — URL : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880.
6. Гражданский кодекс Грузии от 26.06.1997 г. [Электронный ресурс] / ЮРИДИЧЕСКАЯ РОССИЯ — образовательный правовой портал. — URL : <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1259884&subID>.
7. Гражданский кодекс Республики Молдова от 06.06.2002 г. Nr. 1107 [Электронный ресурс] / Ministerul Justitiei. — URL : <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=325085>.
8. Гражданский кодекс Латвийской Республики от 23.01.1937 г. [Электронный ресурс] / ЮРИДИЧЕСКАЯ РОССИЯ — образовательный правовой портал. — URL : <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1260168&subID>.
9. Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) [Электронный ресурс] / Гарант-сервис. — URL : <http://base.garant.ru/10164072>.



МИРОНОВА Галина Анатоліївна,
*кандидат філософських наук, старший науковий співробітник,
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ПРИНЦИП ОСОБИСТОЇ АВТОНОМІЇ У ПРАВОВІДНОСИНАХ З НАДАННЯ ПАЛІАТИВНОЇ ДОПОМОГИ

Право людини на самовизначення щодо лікування корениться в її гідності та індивідуальності, які за сучасними етико-правовими стандартами є невіддільними та недоторканими. Людина володіє гідністю протягом усього життя, тож право на самовизначення повинно бути визнане і захищене від будь-яких зовнішніх впливів. Людську гідність не можна розділити або обмежити на певних етапах або за певних життєвих умов, адже хвороба, біль, страждання і слабкість як такі не позбавляють людину її гідності та прав. Саме тому вирішення комплексу проблем невиліковно хворих або вмираючих має, в першу чергу, керуватися поняттям людської гідності і заснованої на ньому концепції прав людини.

Питання розвитку хоспісної та паліативної допомоги в Україні привертають до себе все більше уваги останнім часом, адже, за даними національних та міжнародних експертів, «в Україні щороку близько 500 тисяч осіб потребують паліативної та хоспісної допомоги, зокрема дорослих і дітей, в термінальних стадіях онкологічних і серцево-судинних захворювань, СНІДу і туберкульозу, хворих з важкими травматичними і дегенеративними ураженнями головного і спинного мозку, периферичної нервової системи й опорно-рухового апарату, інвалідів та людей похилого віку тощо» [1]. За розумінням ВООЗ, паліативна допомога є підходом, що покращує якість життя пацієнтів та членів їх сімей, у ситуації, пов'язаній із хворобою, що загрожує життю пацієнта, через попередження та послаблення його страждань шляхом ранньої ідентифікації та точної (бездоганної) оцінки й лікування болю і полегшення інших фізичних, психосоціальних та духовних проблем. Але повнолітні паліативні хворі не тільки потребують уваги та допомоги, вони є фізичними особами, які володіють всіма суб'єктивними цивільними правами, передбаченими у ЦК України та спеціальному законодавстві.

Права паліативних хворих походять від прав, закріплених у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.). Зокрема, це — право на життя (ст. 2), заборона катувань (ст. 3) та право на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8). Ці права однаково

належать як здоровим, так і хворим, отже, кожен має право або дозволити медичне втручання у свій організм, або відмовитися від такого. У європейській традиції будь-який захід, що здійснюється проти волі пацієнта, вважається дією, що спричинила тілесне ушкодження. Проте принцип особистої автономії, як правило, не трактується в аспекті права на активні втручання від інших людей, тож лікуючий лікар не матиме обов'язку вчинити захід, який не є медично доцільним.

Такий підхід базується на європейських етико-правових цінностях, традиційно відстоюється і рекомендується у документах Ради Європи. Оскільки Україна тільки встає на цей цивілізаційний шлях, варто врахувати напрацьовані європейською спільнотою принципи та правові конструкції, які можна застосувати у врахуванням національних особливостей у вітчизняне правове поле.

Так, у Резолюції 613 (1976) та Рекомендації 779 (1976) «Про права хворих і вмираючих» [2] ПАРЕ констатує, що права на особисту гідність, цілісність та інформацію повинні бути чітко визначені та гарантовані кожній людині, та рекомендує, що лікарі повинні, в першу чергу, дізнаватися волю хворого щодо лікування, яке пропонується. У *Рекомендації 1418 (1999) «Захист прав людини і гідності невиліковно хворих і помираючих»* [3] серед найсуттєвіших загроз, які існують на сучасному етапі для дотримання прав паліативних хворих, названо «штучне продовження процесу вмирання або використання непропорційних заходів медичного характеру без згоди пацієнта». У зв'язку з цим, ПАРЕ закликає уряди держав-членів встановити етичні правила поведіння з особами, які наближаються до кінця життя, і на цій основі визначити медичні та юридичні керівні принципи; норми національного законодавства у цій сфері.

Це означає вимогу надати у внутрішньому праві необхідного правового та соціального захисту від цих специфічних небезпек, з якими невиліковно хвора або умираюча людина може зіткнутися через проблеми в національному законодавстві, зокрема, за такими напрямками: визнання і захист права невиліковно хворої або вмираючої людини до комплексної паліативної допомоги; впровадження юридичних інструментів захисту прав невиліковно хворих або вмираючих людей на самовизначення; забезпечення юридичної сили та критеріїв дійсності завчасних розпоряджень і медичного заповіту, складених дієздатною особою, щодо відмови від певних медичних процедур. Якщо перший напрям стосується конституційно-правових гарантій та зобов'язань держави з медико-соціального забезпечення своїх громадян, то два наступні — це царина дії приватноправового методу регулювання правовідносин за участю паліативних хворих.

Вихідним принципом, який є наріжним та проходить червоною стрічкою через всі відповідні документи Ради Європи, є принцип особистої автономії та самовизначення паліативного хворого. Як

визначено у ключовому документі з цього питання — *Резолюції ПАРЕ № 1649 (2009) «Паліативна допомога: модель інноваційної медичної та соціальної політики»* [4], система паліативної допомоги повинна забезпечувати можливість для самовизначення людини, яка має серйозне захворювання, або страждає на перманентний біль, або перебуває у стані відчаю. Це означає, що автономія є обов'язковою вимогою для визначення суб'єктивної формули здоров'я та включає в себе свободу самостійно вирішувати, як впоратися з хворобою і смертю.

Як видно, принцип особистої автономії та самовизначення хворого є вихідним, який має бути реалізованим за допомогою приватноправового методу регулювання правовідносин за участю паліативних хворих через надання суб'єктам конкретних суб'єктивних прав. Так, відповідно до європейських правових стандартів щодо надання паліативної та хоспісної допомоги право на автономію та самовизначення розпадається на три аспекти та відповідно реалізується шляхом впровадження відповідних правових засобів:

- а) право на отримання повної медичної інформації;
- б) право на вибір методів лікування та догляду;
- в) право на складання та врахування документів з попередніх розпоряджень пацієнта.

Здійснення цих прав, безумовно, має свої особливості у правовідносинах з надання паліативної допомоги.

Вказані три аспекти є складовими міжнародно-правових стандартів щодо медико-соціального обслуговування паліативних пацієнтів та послідовно викладені в документах Ради Європи, починаючи з 1976 р. У *Рекомендації «Про права хворих і вмираючих» № 779 (1976)* [5] ПАРЕ закликає уряди держав-членів встановити етичні правила поведіння з особами, які наближаються до кінця життя, та на цій основі визначити медичні та юридичні керівні принципи та норми національного законодавства у цій сфері. Зокрема це стосується вимоги вдосконалення законодавства щодо впровадження юридичних інструментів захисту прав невиліковно хворих на самовизначення та забезпечення юридичної сили та критеріїв дійсності завчасних розпоряджень та медичного заповіту, складених дієздатною особою, щодо відмови від певних медичних процедур.

Щодо права людини на медичну інформацію у ст. 10 Конвенції про права людини та біомедицину (1997 р.) зазначено:

«1. Кожна особа має право на повагу до її особистого життя щодо інформації про її здоров'я.

2. Кожна особа має право на ознайомлення із будь-якою збіраною про її здоров'я інформацією. Однак бажання осіб не отримувати такої інформації має також поважатися.

3. У виняткових випадках в інтересах пацієнтів здійснення викладених у п. 2 прав може обмежуватися законом».

Враховуючи наведене, у європейській паліативній практиці вважається за правило повідомляти правдиву медичну інформацію пацієнту, якщо він хоче її знати, або особам, яких визначає хворий. Найбільш важливою особливістю процесу інформування паліативного хворого є той факт, що позитивного прогнозу щодо лікування тут немає взагалі, а інформація здебільшого стосується впливу хвороби та пропонуваного лікування на прогнозовану тривалість та якість життя. Тож ключовим елементом прийняття рішення має бути комунікативна складова, яка включає мистецтво делікатно повідомляти погані новини.

У світлі сучасних етичних вимог щодо автономії, гідності та індивідуальності паліативного пацієнта особливого значення набувають завчасно висловлені побажання, які є важливим інструментом процесу прийняття медичних рішень та новітніми засобами ефективного захисту права і гідності невиліковних хворих.

Правовий статус таких документів, у першу чергу, визначається правилом ст. 9 Конвенції про права людини та біомедицину (1997): якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше». Всесвітня організація охорони здоров'я визначає попередні медичні вказівки пацієнта як «механізм, за допомогою якого компетентна людина висловлює свої побажання щодо обставин, у яких він або вона більше не в стані приймати раціональні та обгрунтовані рішення щодо власного лікування. Зазвичай «попередні розпорядження» належить до запитів щодо утримання життєпідтримуючого лікування в кінці життя, які зроблені в письмовій формі у вигляді заповіту та / або довіреності» [6, с. 8].

З 2009 року в ПАРЕ розпочинається рух за впровадження у національних правових системах механізмів врахування документів з попередніх розпоряджень пацієнтів. У спеціальній *Доповіді ПАРЕ 12088 «Doc. 12088 Living wills and the protection of health and human rights» — Медичний заповіт та права людини у сфері охорони здоров'я* (документ підписаний представником України О. Герасімюк 27 листопада 2009 р.) [7] — зазначено, що захист здоров'я, прав та гідності кожної людини на всіх стадіях життя, зокрема, для серйозно хворих або вмираючих залишається найважливішим завданням Ради Європи. На тлі загальних демографічних процесів, зокрема старіння населення, Асамблея вважає, що існує широкий інтерес для застосування завчасного волевиявлення з медичного втручання, адже важко хворі, які перебувають у лікарнях, часто не в змозі приймати рішення у своїх власних інтересах. У таких випадках відповідальність за прийняття рішень щодо лікування та догляду здебільшого передається родичам, лікарям, судовим інстанціям.

Завдяки досягненням у медичній техніці життя деяких пацієнтів, які постраждали від невиліковних або смертельних хвороб,

тепер може бути підтримано штучним шляхом. Іноді пацієнт бажає такого лікування, бо цей тимчасовий захід може потенційно привести до відновлення здоров'я. В інших випадках таке лікування може бути небажаним, оскільки воно здатне тільки продовжити процес вмирання, а не відновити здоров'я та якість життя. Поки пацієнт є розумово компетентним, з ним можуть бути проведені консультації з приводу можливого лікування. Проте коли пацієнт втратив здатність до спілкування, ситуація є зовсім інакшою як з клінічної, так і з етико-правової точки зору. В усіх таких випадках медичний заповіт (або волевиявлення щодо медичного втручання) як добровільна заява, в якій людина висловлює власні переваги щодо лікування та догляду, може виконувати важливу функцію інформування та нагадування стосовно самовизначення особи пацієнта.

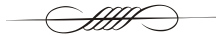
Спеціальні принципи щодо статусу та юридичних механізмів інституту завчасного планування лікування та догляду було викладено у *Рекомендаціях Комітету міністрів «Про принципи, що стосуються довготривалих доручень та попередніх розпоряджень на випадок недієздатності» Res (2009) 11* [8]. «Довготривала довіреність» у документі визначається як юридичний документ, який складається дієздатним повнолітнім з метою, що він залишається в силі або вступає в силу у випадку недієздатності довірителя. «Попередні директиви» відповідно до Рекомендацій — це інструкції чи побажання, зроблені дієздатними дорослими щодо питань, які можуть виникнути в разі їхньої недієздатності.

У 2011 році у медико-правовому просторі України відбулася соціально значуща подія — паліативну допомогу було легалізовано. У ст. 8 паліативну допомогу було додано до переліку видів медичної допомоги, які кожен громадянин має право отримати безоплатно у державних та комунальних закладах охорони здоров'я. Також згідно із Законом України № 3611–VI від 7 липня 2011 р. [9] у тексті профільного закону — Основ законодавства України про охорону здоров'я — з'явилася ст. 35⁴ «Паліативна допомога», в якій зазначено: «На останніх стадіях перебігу невиліковних захворювань пацієнтам надається паліативна допомога, яка включає комплекс заходів, спрямованих на полегшення фізичних та емоційних страждань пацієнтів, а також надання психосоціальної і моральної підтримки членам їх сімей.

У такий спосіб паліативна допомога в Україні набула законодавчого визначення та державного визнання. Це значний крок у гуманізації суспільства. Тепер на часі кропітка робота з формування правового механізму регулювання цієї галузі медико-соціальної допомоги, частиною якого є цивільно-правові засоби здійснення прав паліативних хворих на засадах визнаних міжнародно-правових стандартів.

Список використаних джерел

1. Глушко, Л. В. Удосконалення викладання паліативної та hospісної допомоги на етапі післядипломної підготовки лікарів-терапевтів та лікарів загальної практики — сімейної медицини [Текст] // Л. В. Глушко, Н. З. Позур, О. Р. Сарапук // Практична медицина. — 2010. — Т. 16. — № 6. — С. 119–124.
2. Recommendation 613 (1976) «Rights of the sick and dying», adopted by the Assembly on 29 January 1976 [Electronic Resource] / PACE. — URL : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16026&lang=en>.
3. Recommendation 1418 (1999) «Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying» [Electronic Resource] / PACE. — URL : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16722&lang=en>.
4. Резолюція 1649 (2009) «Паллиативное лечение: образец инновационного подхода к здравоохранению и социальной политике» [Electronic Resource] / Council of Europe. — URL : http://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/%5BRussian_documents%5D/%5B2009%5D/%5BJan2009%5D/Res1649_rus.asp.
5. Recommendation 779 (1976) «Rights of the sick and dying», adopted by the Assembly on 29 January 1976 [Electronic Resource] / PACE. — URL : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14813&lang=en>.
6. A glossary of terms for community health care and services for older persons / WHO Centre for Health Development, Ageing and Health Technical Report. Vol. 5 [Electronic Resource] / WHO | World Health Organization. — URL : http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/68896/1/WHO_WKC_Tech.Ser._04.2.pdf.
7. Living wills and the protection of health and human rights. Doc. 12088 27 November 2009 [Electronic Resource] / PACE. — URL : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=12348&lang=EN>.
8. Recommendation CM/Rec (2009) 11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity [Electronic Resource] / Council of Europe. — URL : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1563397&Site=CM>.
9. Про внесення змін до Основ законодавства України про охорону здоров'я щодо вдосконалення надання медичної допомоги : Закон України від 07.07.2011 р. № 3611–VI [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2012. — № 14. — Ст. 86.



ЧОРНА Жанна Леонтіївна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

ЕМАНСИПАЦІЯ НЕПОВНОЛІТНІХ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ КРАЇН СНД

Надання особі повної цивільної дієздатності відповідно до ст. 35 ЦК України [1] сприяє здатності особи самостійно, без допомоги інших осіб здійснювати свої цивільні права та обов'язки. Отже, відповідно до ч. 1 ст. 35 ЦК України повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором, яка досягла шістнадцяти років і бажає займатися підприємницькою діяльністю, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини. Разом з тим слід звернути увагу на підстави і порядок надання повної цивільної дієздатності в таких випадках. Якщо особа працює за трудовим договором, надання дієздатності в повному обсязі провадиться за рішенням органу опіки та піклування за заявою заінтересованої особи за письмовою згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальника, а у разі відсутності такої згоди повна цивільна дієздатність може бути надана за рішенням суду (ч. 2 ст. 35 ЦК України).

Виходячи з такого положення, предметом оскарження може бути:

а) відмова батьків або інших законних представників дати згоду на надання фізичній особі повної цивільної дієздатності;

б) відмова органу опіки та піклування у наданні повної цивільної дієздатності.

Відповідно до ж до ч. 1 ст. 242 ЦПК України [2], заява неповнолітньої особи про надання їй повної цивільної дієздатності подається за відсутності згоди батьків (усиновлювачів) або піклувальника. Отже, неповнолітній подає заяву саме у разі відсутності згоди законних представників, і у разі її задоволення — повна дієздатність виникає з моменту набрання законної сили рішенням суду. У зв'язку з цим, пропонуємо ч. 2 ст. 35 ЦК України доповнити реченням такого змісту: «У цьому разі наступне рішення органу опіки та піклування про надання повної цивільної дієздатності не вимагається».

Якщо ж неповнолітньому відмовлено у задоволенні його заяви органом опіки та піклування, він позбавлений права оскаржувати рішення цього органу за формулюванням ч. 1 ст. 242 ЦПК України. Хоча низка науковців, зокрема Н. Бондаренко-Зелінська, зазначає, що

порядок провадження у справах про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності за відсутності згоди її законних представників (батьків, усиновлювачів чи піклувальників) або дозволу органів опіки та піклування визначається гл. III розд. IV ЦПК України, з норм якої випливає, що такі справи розглядаються у порядку окремого провадження відповідно до вимог ст.ст. 242–245 ЦПК України [3].

У випадку, коли особа бажає займатися підприємницькою діяльністю, спочатку потрібно отримати письмову згоду на це батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування. За наявності письмової згоди така особа може бути зареєстрована як підприємець. У цьому разі фізична особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації її як підприємця (абз. 2 ч. 3 ст. 35 ЦК України). Так, відповідно до абз. 5 ч. 1 ст. 42 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [4] серед документів, що подаються для проведення державної реєстрації фізичної особи, яка має намір стати підприємцем, вказується на нотаріально засвідчену письмову згоду батьків (усиновлювачів) або піклувальника, або органу опіки та піклування, якщо заявником є фізична особа, яка досягла шістнадцяти років і має бажання займатися підприємницькою діяльністю.

Якщо ж особа записана матір'ю або батьком дитини, необхідний факт державної реєстрації народження дитини. У такому випадку згоди батьків неповнолітньої особи, органу опіки та піклування на емансипацію не потрібно [5, с. 48].

Отже, зазначені факти, свідчать про зрілість психіки фізичної особи та здатність повністю самостійно набувати цивільних прав та обов'язків, виконувати їх та нести відповідальність за їх невиконання.

Одним із елементів дієздатності є деліктоздатність, тобто здатність особи нести відповідальність за вчинене цивільне правопорушення. У зв'язку з цим, постає питання про відшкодування шкоди, завданої неповнолітньою особою, після набуття нею повної цивільної дієздатності. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1180 ЦК України, за загальним правилом, шкода, завдана такою особою, відшкодовується нею самостійно на загальних підставах, виходячи з того, що у момент завдання шкоди вона діяла як особа, що володіє повною дієздатністю. Але таке загальне правило має виняток. Так, відповідно до ч. 2 ст. 1180 ЦК України у разі відсутності в неповнолітньої особи, яка набула повної цивільної дієздатності, майна, достатнього для відшкодування завданої нею шкоди, ця шкода відшкодовується в частці, якої не вистачає, або в повному обсязі її батьками (усиновлювачами) або піклувальником, якщо вони дали згоду на набуття нею повної цивільної дієздатності і не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини. Обов'язок цих осіб відшкодувати шкоду припиняється з досягненням особою, яка завдала шкоди, повноліття.

Отже, якщо неповнолітній особі надано повну цивільну дієздатність за рішенням суду, то батьки (усиновлювачі) або піклувальник звільнюються від обов'язку відшкодувати завдану шкоду.

Щодо емансипації неповнолітніх за законодавством країн СНД, то, наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 20 ЦК Республіки Молдова передбачено, що неповнолітня особа, яка досягла шістнадцяти років, може бути оголошена повністю дієздатною, якщо вона працює за трудовим договором або за згодою батьків (усиновлювачів) чи піклувальника здійснює підприємницьку діяльність. Оголошення неповнолітньої особи повністю дієздатною здійснюється за рішенням органу опіки та піклування, за згодою обох батьків, усиновлювачів чи піклувальника або за рішенням суду. Щодо цивільної відповідальності такої особи ЦК Молдови відповідної норми не містить. Але відповідно до ст. 27 цього Кодексу фізична особа відповідає за своїми зобов'язаннями всім своїм майном, за виключенням майна, на яке не може бути звернено стягнення. Крім цього, відповідно до ст. 1407 ЦК Республіки Молдова неповнолітня особа самостійно несе відповідальність за завдану нею шкоду на загальних підставах. У разі, якщо в такій особі відсутні майно чи кошти, достатні для відшкодування завданої нею шкоди, шкода повинна бути відшкодована повністю або частково її батьками (усиновлювачами) чи піклувальником, якщо вони не доведуть, що шкода виникла не з їхньої вини. Обов'язок останніх припиняється з досягненням неповнолітньою особою повноліття, а також якщо у неї до досягнення повноліття з'явиться майно або доходи, достатні для відшкодування шкоди [6].

Відповідно до ст. 22¹ ЦК Республіки Казахстан [7] підставами для надання повної цивільної дієздатності неповнолітній особі теж є досягнення шістнадцятирічного віку та здійснення трудової діяльності або зайняття підприємницькою діяльністю з дозволу її законних представників. Емансипація відбувається за рішенням органу опіки та піклування, за згодою її законних представників або за рішенням суду. Така особа наділена цивільними правами і несе обов'язки (в тому числі за зобов'язаннями, які виникають внаслідок заподіяння шкоди), за виключенням тих прав та обов'язків, для набуття яких законодавчими актами Республіки Казахстан встановлений віковий ценз. Що стосується відповідальності таких осіб, то відповідно до ч. 1 ст. 926 ЦК Республіки Казахстан, за загальним правилом, вони є повністю деліктоздатними. Також у разі, якщо в неповнолітній особі відсутнє майно чи інші джерела доходів, достатні для відшкодування шкоди, шкода повинна бути відшкодована повністю або частково її законними представниками, якщо вони не доведуть, що шкода виникла не з їхньої вини (ч. 2 ст. 926 ЦК Республіки Казахстан). Разом з тим обов'язок законних представників по відшкодуванню завданої шкоди припиняється після досягнення неповнолітньою особою повноліття, або якщо у неї до досягнення повноліття з'явиться майно або інші джерела

доходів, достатні для відшкодування шкоди, або коли вона до досягнення повноліття набуде повної цивільної дієздатності (ч. 3 ст. 926 ЦК Республіки Казахстан) [8].

Відповідно до ст. 26 ЦК Республіки Білорусь [9] підставами для надання повної цивільної дієздатності є досягнення неповнолітньою особою шістнадцятирічного віку та здійснення трудової діяльності або зайняття підприємницькою діяльністю з дозволу її законних представників. Емансипація відбувається за рішенням органу опіки та піклування, за згодою її законних представників або за рішенням суду. Батьки, усиновлювачі або піклувальник не несуть відповідальності за зобов'язаннями емансипованої неповнолітньої особи, в тому числі за зобов'язаннями, які виникають внаслідок заподіяння нею шкоди. Щодо відповідальності за шкоду, завдану такими особами, то відповідно до ст. 943 ЦК Республіки Білорусь вона на них покладається за загальними правилами. Обов'язок законних представників по відшкодуванню завданої шкоди припиняється з досягненням неповнолітньою особою повноліття, або якщо у неї до досягнення повноліття з'явиться майно або інші джерела доходів, достатні для відшкодування шкоди, або коли вона до досягнення повноліття набуде повної цивільної дієздатності (ч. 3 ст. 943 ЦК Республіки Білорусь).

Аналогічні норми містяться і в ЦК Республіки Таджикистан (ст. 28 та ч. 2 ст. 1089) [10], ЦК Республіки Азербайджан (ч.ч. 4, 5 ст. 28 і ч. 4 ст. 1104) [11], ЦК Республіки Узбекистан (ст. 28 і ст. 994) [12], ЦК Киргизької Республіки (ст. 62 і ст. 1002) [13; 14], ЦК Російської Федерації (ст. 27 і ст. 1074) [15; 16].

Що стосується дієздатності осіб за ЦК Туркменістану, то відповідно до ст. 25 неповнолітні у віці від семи до вісімнадцяти років наділені обмеженою дієздатністю. Для дійсності правочину, укладеного такою особою, необхідною є згода її законного представника, за виключенням випадків, коли така особа отримує від правочину вигоду. Що стосується відповідальності за шкоду, завдану неповнолітніми, то відповідно до ст. 1029 цього Кодексу [17] особа, яка не досягла десятилітнього віку, не несе відповідальності за шкоду, завдану нею іншим особам. Ті особи, які досягли десяти років, не несуть відповідальності за шкоду, завдану ними іншим особам, якщо в момент завдання шкоди вони не могли розуміти значення своїх дій. Батьки й особи, які повинні здійснювати нагляд за неповнолітніми, зобов'язані відшкодувати шкоду, завдану іншим особам неправомірними діями неповнолітніх осіб. Відповідальність виключається, якщо такі особи не могли запобігти завданню шкоди.

Отже, проаналізувавши процедуру емансипації неповнолітніх, ми можемо зазначити, що саме ЦК України найбільш повно врегулює ці питання, включаючи і ширший перелік підстав для набуття повної цивільної дієздатності та регулювання відповідальності таких осіб, що виникають внаслідок делікту.

Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435–IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — №№ 40–44. — Ст. 356.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618–IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — №№ 40–41, 42. — Ст. 492.
3. *Бондаренко-Зелінська, Н.* Особливості відкриття провадження у справах про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності [Електронний ресурс] / Н. Бондаренко-Зелінська // Юридичний журнал. — #2/2009; Юстиніан. — URL : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3134>.
4. Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців : Закон України від 15.05.2003 р. № 755–IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 31–32. — Ст. 263.
5. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар [Текст] / [за ред. Є. О. Харитоновна]. — [вид. третє, перероб. та доп.]. — Х. : Одісеї, 2006. — 1200 с.
6. Гражданский кодекс Республики Молдова от 06.06.2002 г. Nr.1107 [Электронный ресурс] / Ministerul Justitiei. — URL : <http://Lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=325085>.
7. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27.12.1994 г. [Электронный ресурс] / Информационное агентство Zakon.kz. — URL : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061.
8. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 01.07.1999 г. № 409–I [Электронный ресурс] / Информационное агентство Zakon.kz. — URL : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880.
9. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 г. № 218–З : принят Палатой представителей 28.10.1998 г., одобрен Советом Республики 19.11.1998 г. [Электронный ресурс] / ЭТАЛОН-ONLINE. Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. — URL : http://etalonline.by/?type=text®num=НК9800218#load_text_none_1_.
10. Гражданский кодекс Республики Таджикистан от 30.07.1999 г. [Электронный ресурс] / Информационный портал о недвижимости Таджикистана www.asia-realty.ru. — URL : <http://www.asia-realty.ru/cozakon-tajikistan.php?Id=347>.
11. Гражданский кодекс Азербайджанской Республики : утв. Законом Азербайджанской Республики от 28.12.1999 г. № 779–IQ [Электронный ресурс] / Министерство по налогам Азербайджанской Республики. — URL : http://www.taxes.gov.az/uploads/qanun/2011/mecelleler/mulki_mecelle_rus.pdf.
12. Глава 57. Обязательства вследствие причинения вреда — § 1. Общие положения / Гражданский кодекс Республики Узбекистан от 29.08.1996 г. № 257–I [Электронный ресурс] / Налоговое и финансовое законодательство Узбекистана. — URL : http://fmc.uz/legisl.php?id=k_grajjd_57_1.
13. Гражданский кодекс Кыргызской Республики от 08.05.1996 г. № 15 [Электронный ресурс] / Министерство юстиции Кыргызской Республики. — URL : <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/4>.

14. Гражданский кодекс Кыргызской Республики (Часть II) от 05.01.1998 г. № 1 [Электронный ресурс] / Министерство юстиции Кыргызской Республики. — URL : <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/5?cl=ru-ru>.
15. Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) от 30.11.1994 г. № 51–ФЗ [Электронный ресурс] / Консультант Плюс. — URL : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142.
16. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть 2 (ГК РФ ч. 2) от 26.01.1996 г. № 14–ФЗ [Электронный ресурс] / Консультант Плюс. — URL : https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9027.
17. Гражданский кодекс Туркменистана от 17.07.1998 р. № 294–1 [Электронный ресурс] / Министерство адалат Туркменистана. — URL : http://minjust.gov.tm/ru/mmerkezi/doc_book_det.php?book_id=2.



ШУПІНСЬКА Олена В'ячеславівна,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ПРАВОВІ РЕЖИМИ СПАДКУВАННЯ МАЙНА В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН

Зростання з кожним роком мобільності населення призводить до того, що фізичні особи поступово отримують осілість в інших країнах, у зв'язку з чим виникає все більше питань щодо спадкування за такими особами, причому спадкодавці можуть залишати своє спадкове майно не лише в одній країні. Збільшенню проблем транскордонного спадкування сприяє тенденція до придбання іноземцями нерухомого майна в інших країнах.

Основним колізійним питанням у галузі спадкового права є загальне правило щодо визначення закону, що застосовується до спадкових відносин. Істотною особливістю регулювання спадкових відносин з іноземним елементом є те, що норми спадкового права в міжнародному приватному праві не містять прямого припису щодо того, як вирішити справу, оскільки норми лише вказують, яке законодавство треба застосувати. На практиці виникають колізії при визначенні правових режимів спадкування, які потребують теоретичного уточнення разом із категоріями «статут спадкування» та «розщеплення статуту спадкування».

Під правовим режимом спадкування у доктрині міжнародного приватного права розуміють визначене на підставі колізійної норми

право (закон країни), що підлягає застосуванню до всієї сукупності спадкових відносин, ускладнених іноземним елементом, або, принаймні, до основної їх частини [1, с. 86; 2].

На сьогодні можна говорити про існування двох основних режимів спадкування залежно від типу спадкового майна. У *законодавствах універсального режиму* не проводиться різниці між рухомим та нерухомим майном. Для вирішення питання про право, що застосовується до спадкових відносин, використовується відповідно колізійний принцип громадянства (*patriae*), критерій місця проживання (*domicilii*) або, дещо рідше, критерій місцезнаходження майна, як рухомого, так і нерухомого (*rei sitae*). У *законодавствах роздільного режиму* право, що застосовується до відносин спадкування, визначається залежно від типу спадкового майна (така ситуація має назву «розщеплення спадкового статуту»). Відповідно, виокремлюються дві групи країн: у першій до спадкових правовідносин щодо рухомого майна застосовується критерій громадянства, у другій — місця проживання. В обох групах країн право, що регулює спадкування нерухомості, визначається як право країни, де така нерухомість знаходиться [3, с. 352–353].

Правовий режим спадкування визначається статутом спадкування. Статутом спадкування (або спадковим статутом) є право, що компетентне регулювати спадкові відносини. Що стосується визначення права, яке підлягає застосуванню до спадкових відносин з іноземним елементом, тут склалося декілька механізмів колізійного регулювання. Існування відмінних режимів колізійного регулювання спадкових відносин обумовлено неоднаковим ставленням у різних правових системах як до колізійних питань особистого статусу, так і до статусу майна, що входить до спадкової маси [4, с. 240, 239].

У законодавстві різних держав та в доктрині міжнародного приватного права спадковий статут, як правило, охоплює: підстави спадкування взагалі та окремих видів майна зокрема; склад спадкової маси; порядок відкриття спадщини; особи, що закликаються до спадкування, включаючи питання про «негідних спадкоємців»; спадкування за заповітом (окрім заповідальної здатності і форми заповіту), включаючи тлумачення і виконання заповіту, питання про заповідальну відмову; спадкування за законом, включаючи визначення черговості спадкоємців, право спадкоємців на обов'язкову частку; спадкування виморочного майна; прийняття спадку або відмова від нього; спадкування деяких видів майна, наприклад, спадкування підприємств, прав, пов'язаних із споживчим кооперативом, земельних ділянок, прав на інтелектуальну власність, банківських вкладів і т.п.

Заслужовує на увагу, поряд і з іншими позиціями правознавців, думка Н. В. Погорелької, що у колізійному праві іноземних держав питання, пов'язані із визначенням статуту спадкування вирішуються виходячи з принципів єдності спадкового майна (єдність статуту) або

його розмежування на рухоме і нерухоме майно (розщеплення / роздвоєння статуту). А також твердження про те, що «категорія «статуту» знаходить розуміння переважно в країнах кодифікованого права, і особливо в країнах континентальної Європи, де взаємодія формалізованих і гнучких колізійних норм будується на основі зваженого підходу, уникаючи крайнощів компромісу» [5, с. 144–145, 143].

У світовій доктрині «розщеплення статуту» не має єдиного визначення, що призводить до проблем у колізійному регулюванні, пов'язаному із розщепленням, зокрема речового, спадкового статутів в міжнародному приватному праві, а також у правозастосовній практиці судових органів окремих країн, у тому числі й України. Під розщепленням статуту може розумітися розщеплення права в широкому сенсі, тобто так звана колізія статутів. Німецький дослідник Г. Кегель вважає, що розщеплення права має місце в тому випадку, якщо в іноземній державі діє інше право, а не те, що підлягає застосуванню. При цьому розщеплюватися можуть як матеріальні, так і колізійні норми. Під «розщепленням права» за Г. Кегелем розуміються випадки визначення компетентного правопорядку, наприклад, за умов існування в одній державі множинності територіальних правових систем та застосування відповідного статуту [5, с. 142–143].

Розщеплення спадкового статуту може відбуватися в тому випадку, коли визначення належної колізійної прив'язки залежить від того, до якого типу (рухомого чи нерухомого) належить те чи інше спадкове майно. За загальним правилом, зарахування спадкового майна до рухомого або нерухомого здійснюється відповідно до права країни, на території якої таке майно знаходиться [4, с. 235].

Представляє науковий інтерес порівняння наведених вище двох основних режимів спадкування майна — універсального та роздільного на прикладі законодавчих актів європейських країн, поряд із двома існуючими підходами до визначення статуту спадкування, які ґрунтуються, відповідно, на принципах єдності або розщеплення (роздвоєння).

1-й підхід. Під єдністю статуту спадкування розуміється вся сукупність спадкових відносин, пов'язаних з іноземним правопорядком, які регулюються на основі єдиної колізійної прив'язки. *Засади єдності статуту спадкування виражено в законодавствах універсального режиму спадкування — Швейцарії, Австрії, Іспанії, Угорщини, Італії, Німеччини, Польщі та ін.*

На сьогодні у світі одним із найкращих зразків кодифікації вважається *Федеральний закон про міжнародне приватне право Швейцарії*, прийнятий ще 18 грудня 1987 р., який є найзначнішим за обсягом та комплексністю. Розділ 6 присвячений спадкуванню [6, с. 645–648], у ст.ст. 90–91, зокрема, вирішено колізії і визначено, що спадкування особи, яка мала останнє місце проживання:

— в Швейцарії, здійснюється за швейцарським правом (ст. 90 (1));

— за кордоном, здійснюється за правом, на яке вказують норми міжнародного приватного права держави місця знаходження спадкодавця (ст. 91 (1)). Тією мірою, якою швейцарські судові органи визнаються компетентними в силу ст. 87, спадкування майна громадянина Швейцарії, який мав останнє місце проживання за кордоном, здійснюється за швейцарським правом, за винятком випадків, коли спадкодавець в заповіті або спадковому договорі прямо вказав на право свого останнього місця проживання (ст. 91 (2)).

Право, що застосовується до спадкування, визначає, із якого майна складається спадок, хто закликається до спадкоємства, хто і в якій частці відповідає за боргами спадку, на які інститути спадкового права допускаються посилення, які заходи і на яких умовах можуть бути наказані (ст. 92 (1)). Процесуальні питання регулюються правом держави, орган якої визнається компетентним. Цим правом регулюються, зокрема, забезпечувальні заходи і ліквідація спадкового майна, включаючи виконання заповіту (ст. 92 (2)).

До спадкового договору застосовується право держави, в якій спадкодавець мав місце проживання на час укладення договору (ст. 95 (1)). Якщо в договорі спадкодавець підкоряє спадкування всього свого майна праву держави свого громадянства, то це право застосовується замість права держави місця проживання (ст. 95 (2)). Взаємні розпорядження на випадок смерті мають силу, якщо вони задовольняють вимогам права країни місця проживання кожного із спадкодавців або права, обраної ними держави, громадянами якої вони обоє є (ст. 95 (3)).

В Австрії в § 9 (1) Федерального закону «Про міжнародне приватне право» 1978 року визначено, що особистим законом фізичної особи є право тієї держави, до якої особа належить [6, с. 159]. Вирішення колізій у спадковому праві регулюється § 28. У першій частині цієї статті міститься загальна норма, яка передбачає, що законом, який підлягає застосуванню до спадкових відносин, є національний закон спадкодавця на момент смерті. Ця основна норма в другій частині визначає, що якщо процедура переходу спадщини відбувається в Австрії, то при прийнятті спадщини, виплаті боргів та виконанні зобов'язань із спадкування застосовується австрійський закон [6, с. 163].

Австрійська кодифікація враховує той факт, що в питаннях спадкування різниця в законах не стосується порядку спадкування та визначення кола спадкоємців. Законодавець вважає, що колізійна норма, скоріше, повинна бути присвячена питанню про те, як спадкоємець має приймати власність спадкодавця. Якщо на спадок не знаходяться спадкоємці або воно поступає якому-небудь територіальному публічно-правовому утворенню як спадкоємцю за

законом, то це право заміняється, відповідно, правом тієї держави, в якій знаходиться майно спадкодавця на момент його смерті (§ 29). Рішення австрійської кодифікації є досить вдалими. Національний закон спадкодавця застосовується для вирішення питань про спадкоємців, а закон місцезнаходження речі — до переходу спадкового майна [6, с. 163].

У *Цивільному кодексі Іспанії* 1889 року розд. IV присвячено нормам міжнародного приватного права, де чітко визначено, що спадкування регулюється законом громадянства спадкодавця, який визначається на момент його смерті, якою би не була природа майна і країна, де воно знаходиться. Тим не менш, положення, які зроблені в заповіті і в угодах про спадкування, що вчинені згідно закону громадянства заповідача або особи, яка розпоряджається, на момент їх укладення, зберігають свою дійсність, навіть якщо спадкування регулюється іншим законом, хоча законні частки спадкування визначаються, у випадку необхідності, за цим останнім. Рівним чином є дійсними акти і договори, які відносяться до нерухомого майна, укладені згідно формам та формальностям місця, в якому це майно розташовано [6, с. 310].

В *Указі Президії Угорської Народної Республіки «Про міжнародне приватне право»* від 31 травня 1979 р. № 13, що набрав чинність з 1 липня 1979 р., за загальним правилом спадкові правовідносини визначають за особистим законом спадкодавця на момент його смерті (§ 36 (1)). Відповідно до § 11 цього ж Закону, особистим законом людини є право держави, громадянином якої вона є [6, с. 240, 231] (прив'язка *patriae*). При цьому зазначимо, що зміна громадянства не впливає на попередній особистий статус та права й обов'язки, що виникли під його дією. Сам Указ не встановлює окремих режимів колізійного регулювання для рухомого та нерухомого майна.

Деякі закони у сфері міжнародного приватного права передбачають можливість обрання спадкодавцем закону місця проживання замість закону громадянства або навпаки, хоча із обмежувальними застереженнями [7]. Так, в *Законі Італії «Реформа італійської системи міжнародного приватного права»* 1995 року № 218 питання спадкування врегульовано у розд. VII і у ст. 46 зазначається, що спадкодавець має право за допомогою заяви, зробленої у формі заповіту, підпорядкувати все майно, яке є предметом спадкування, праву країни, на території якої він перебуває. Такий вибір права не визнається дійсним, якщо на момент смерті особа, яка зробила таку заяву, не перебувала на території відповідної держави. Якщо особа, яка зробила заяву про вибір права, є громадянином Італії, то такий вибір не може зачіпати прав, яких італійське законодавство надає стосовно спадкового майна спадкоємцям, які перебувають на території Італії на час смерті спадкодавця.

Правонаступництво у випадку смерті регулюється національним законом спадкодавця на момент його смерті. При цьому, спадкодавець має право шляхом заяви, складеній у формі заповіту, підкорити все майно, що є предметом спадкування, дії праву країни, на території якої він перебуває. Такий вибір права не визнається чинним, якщо на момент смерті особа, яка зробила таку заяву, не перебувала на території відповідної держави. Якщо особа, яка зробила заяву про вибір права, є громадянином Італії, то такий вибір не може зачіпати прав, яких італійське законодавство надає стосовно спадкового майна спадкоємцям, які перебувають на території Італії на час смерті спадкодавця.

Італійська юрисдикція з питань спадкування визнається існуючою у певних випадках, зокрема, коли: найбільш вартісна частина спадкового майна перебуває на території Італії; відповідач має місце проживання чи перебування на території Італії або погодився на підкорення італійській юрисдикції, окрім випадків пред'явлення позовних вимог, що стосуються нерухомого майна, яке знаходиться за кордоном; позовна заява стосується спадкового майна, що перебуває на території Італії [6, с. 334–335].

Четвертий розділ другої глави *Увідного закону Німеччини* 1896 року до Цивільного уложення присвячено спадковому праву [6, с. 278]. Ст. 25 встановлює два традиційні принципи колізійного спадкування: громадянство спадкодавця як основна прив'язка та принцип єдності спадкової маси. Існує загальна норма, яка підкоряє спадкові відносини в цілому праву держави, громадянином якої є спадкодавець, але є застереження, якщо нерухомість знаходиться в Німеччині, то спадкодавець може обрати німецьке право (п. 2 ст. 25). Тобто, закон однаково підходить до регулювання, незалежно від предмета спадщини — рухомого чи нерухомого майна. Водночас законодавець певною мірою допустив можливість відходу від правила громадянства в цій сфері на користь автономії волі, наприклад, щодо нерухомості, яка знаходиться на території Федеративної Республіки Німеччини. Отже, німецький законодавець відійшов від традиційного підходу регулювання спадкових відносин імперативною колізійною нормою, допустивши, хоч і незначною мірою, диспозитивність.

У *Законі Польщі «Про міжнародне приватне право»* від 12 листопада 1965 р. лаконічно визначено, що у справах про спадкування застосовується національне право спадкодавця (ст. 34) [6, с. 475].

Зазначимо, що серед країн універсального режиму спадкування Швейцарію можна віднести до тих держав, колізійне право яких, незалежно від природи спадкового майна, встановлює прив'язку до права місця проживання спадкодавця, а Австрію, Іспанію, Угорщину, Італію, Німеччину, Польщу — до держав, які при регулюванні спадкових правовідносин з іноземним елементом виходять з принципу

застосування права держави громадянства спадкодавця. Також звернемо увагу, що у Німеччині існує можливість вибору спадкодавцем німецького права як такого, що регулюватиме спадкування нерухомого майна, яке знаходиться на території Німеччини.

II-й підхід. Під розщепленням статуту спадкування розуміється застосування до спадкових відносин різних правопорядків в силу неоднакового місцезнаходження рухомого і нерухомого майна. У законодавствах роздільного режиму спадкування — Румунії, Франції, України відбувається розщеплення (роздвоєння) статуту спадкування.

У Законі Румунії стосовно регулювання відносин міжнародного приватного права від 22 вересня 1992 р. № 105 питанням спадкування присвячено розд. VI. Зазначимо, що ці положення румунського Закону є прикладом закону, де зміст спадкового статуту встановлено нормативно. Так, згідно із ст. 67 закон, що застосовується до спадкування (за румунським правом — це особистий закон померлого для рухомості і закон місця знаходження майна для нерухомості), визначає, зокрема: час відкриття спадщини; осіб, викликаних до спадкування; якості, якими повинні володіти спадкоємці; порядок володіння майном, що залишено спадкодавцем; умови і наслідок розпорядження спадкодавця на випадок смерті; межі обов'язку спадкоємців сплачувати борги спадкодавця; право держави спадкувати виморочне майно. До статуту спадкування не входять питання, пов'язані із заповітом, для них встановлена окрема колізійна норма [6, с. 504].

У Цивільному кодексі Франції 1804 року у ст. 1000 визначено, що заповіти, здійснені в іноземній державі, можуть бути виконані стосовно майна, що розташовано у Франції, лише після того, як вони будуть зареєстровані в бюро за місцем проживання заповідача, якщо він зберіг своє місце проживання, а в іншому випадку — в бюро за його останнім відомим місцем проживання у Франції; і у випадку, якщо заповіт буде містити розпорядження щодо нерухомості, що розташовані у Франції, то він повинен бути, окрім цього, зареєстрованим в бюро за місцем розташування цієї нерухомості, але без вимоги подвійних зборів [6, с. 598].

У Законі України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709–IV колізійні норми щодо спадкування розміщені у розд. X. Наявність в українському праві двох спадкових статутів призводить до того, що питання, що входять до спадкового статуту, встановлюються паралельно: для рухомого і для нерухомого майна. Згідно із ст. 71 цього Закону спадкування нерухомого майна регулюється правом держави, на території якої знаходиться це майно, а майно, яке підлягає державній реєстрації в Україні, — правом України. Зазначена спеціальна колізійна норма стосується спадкування речей, на які поширюється законом режим нерухомої речі.

Тобто, для врегулювання спадкових відносин з іноземним елементом щодо нерухомості, незалежно від того, перебуває це майно в Україні чи в іншій державі, застосовується одна і та же колізійна прив'язка — право держави, на території якої знаходиться це майно (*lex rei sitae*). Особливістю правового режиму нерухомого майна є те, що його об'єкти, а також права на них підлягають спеціальній державній реєстрації. Застосування до нерухомого майна, яке підлягає державній реєстрації в Україні, права України має практичне значення тільки для тих видів майна, яке, незважаючи на його державну реєстрацію в Україні, може знаходитися не на території України. Щодо поняття «нерухоме майно» слід зазначити, що відповідно до ст. 38 Закону України «Про міжнародне приватне право» положення про те, що право власності визначається правом держави, у якій це майно знаходиться, стосується рухомого і нерухомого майна. Якщо ж розглядати цю норму в контексті спадкового права, то вона може бути сприйнята як виникнення колізійно-правового розщеплення статуту спадкування, коли в силу неоднакового місцезнаходження рухомого і нерухомого майна до спадкових відносин застосовуються різні правопорядки. Тобто, спадкування різних категорій майна може бути підпорядковане різним правопорядкам — вітчизняному чи іноземному [8, с. 283–284]. А в результаті звернення до різних правопорядків такі категорії, як «місце проживання», «останнє місце проживання», «рухоме чи нерухоме майно», можуть призвести до розбіжностей в їхньому тлумаченні [2].

Зазначимо, що серед наведених вище країн, у яких прийнято роздільний режим колізійного регулювання, застосування закону громадянства спадкодавця до спадкування рухомих речей та закону місцезнаходження речі до спадкування нерухомості характерно для законодавства Румунії, а принцип застосування закону місця проживання спадкодавця до спадкування рухомих речей та закону місцезнаходження речі до спадкування нерухомості сприйнятий законодавством Франції та України.

Погоджуємося також з твердженням В. І. Кісіля, який вважає, що, як правило, навіть там, де закон ґрунтується на колізійному критерії місця проживання, і спадкодавцю надається певна автономія волі, можливим є лише вибір права держави громадянства спадкодавця. Законодавець не дозволяє широких прав вибору з метою запобігання шахрайському обходу закону та маніпулюванню розподілом спадщини [3, с. 354].

Вищенаведений аналіз колізійних норм дає підстави для здійснення узагальнень щодо статутів спадкування майна в міжнародному приватному праві європейських країн Швейцарії, Австрії, Іспанії, Угорщини, Італії, Німеччини, Польщі, що підтримують єдність статуту спадкування і належать до держав з універсальним режимом спадкування та деяких європейських країн, зокрема Франції, Румунії, України, законодавство яких базується на принципі

розщеплення (роздвоєння) статуту спадкування, які відносяться до держав роздільного режиму спадкування майна.

Бездискусійним слід вважати те, що в національному колізійному праві різних держав існують два підходи при визначенні спадкового статуту. Перший випливає із єдності спадкового статуту, коли на підставі єдиного колізійного критерію визначається право, що компетентне регулювати всю сукупність спадкових відносин як з приводу рухомого, так і з приводу нерухомого майна, але при цьому єдиний підхід не виключає наявності додаткових колізійних норм для вирішення окремих питань, наприклад, форми заповіту. Так, в деяких європейських країнах континентального права таким колізійним критерієм є особистий закон спадкодавця, переважно закон громадянства, що вбачається із швейцарського, німецького, австрійського, угорського, іспанського, італійського, польського законів з міжнародного приватного права.

Другий підхід пов'язаний із розщепленням спадкового статуту, що виявляється в застосуванні різних колізійних критеріїв для рухомого і нерухомого майна: спадкування рухомого майна підкоряється особистому закону спадкодавця (закону місця проживання або закону громадянства), а для регулювання відносин спадкування нерухомого майна застосовується право країни, де така нерухомість знаходиться. Такий підхід до визначення спадкового статуту притаманний, зокрема, для українського, французького та румунського міжнародного приватного права.

Критерієм розщеплення спадкового статуту є класифікація спадкового майна як рухомого або нерухомого. Віднесення майна до рухомого призводить до вибору права країни місця проживання спадкодавця, а віднесення спірного майна до нерухомого призводить до вибору місця знаходження майна. Отже, віднесення майна до рухомого або нерухомого необхідно зробити до вибору права, що застосовуватиметься до спадкування, але зробити це досить складно, оскільки в праві різних держав існує багато відмінностей в класифікації майна. Враховуючи це, в загальних положеннях про право, що застосовується до права власності, як правило, закріплюється спеціальна норма щодо класифікації майна приблизно такого змісту: приналежність майна до рухомих або рухомих речей визначається за правом країни, де це майно знаходиться [9, с. 238–239].

Підводячи підсумок, звернемо увагу на те, що особливу значимість для встановлення права, яке застосовується до питань спадкування майна мають дві колізійні прив'язки (принципи), а саме:

— особистий закон спадкодавця (*lex personalia*), до якого може бути віднесено закон громадянства (*lex patriae*) або останнє [постійне] місце проживання (*lex domicilii*);

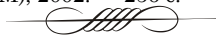
— закон місцезнаходження спадкового майна (*lex rei sitae*), тобто закон тієї країни, де розташоване майно спадкодавця.

Виходячи з аналізу положень нормативних актів, а також теоретичних викладень, які сьогодні містяться у правовій літературі, можна зробити висновок, що розщеплення статуту є поширеним явищем в міжнародному приватному праві. А оскільки право власності захищається в кожній державі, то достатньо часто відбувається розщеплення будь-якого статуту на речовий.

Насамкінець зазначимо, що за сучасних умов посилення міжнародних контактів серед юридичних і фізичних осіб як європейських країн, так і інших держав світу є підстави вважати актуальним та доцільним подальше здійснення наукових та практичних розробок у сфері транскордонного спадкування майна.

Список використаних джерел

1. Международное частное право [Текст]: учеб. / отв. ред. Н. И. Марышева. — М.: Wolters Kluwer, 2004. — 444 с.
2. *Розгон, О.* Колізійні питання спадкування за наявністю іноземного елемента відносно здатності до складання заповіту та форми заповіту в сучасному українському законодавстві [Електронний ресурс] / О. Розгон // Мала енциклопедія нотаріуса. — 2009. — № 6 (48). — URL <http://yurradnik.com.ua/stati/d0-ba-d0-be-d0-bb-d1-96-d0-b7-d1-96-d0-b9-d0-bd-d1-96-d0-bf-d0-b8-d1-82-d0-b0-d0-bd-d0-bd-d1-8f-d1-81-d0-bf-d0-b0-d0-b4-d0-ba-d1-83-d0-b2-d0-b0-d0-bd-d0-bd-d1-8f-d0-b7-d0-b0-d0-bd-d0-b0-d1-8f/>.
3. Міжнародне приватне право [Текст]: підруч. / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. — 2-ге вид. — К.: Алерта, 2014. — 656 с.
4. *Кисіль, В. І.* Сучасне регулювання спадкових відносин у міжнародному приватному праві [Текст] / В. І. Кисіль // Нариси з міжнародного приватного права. Вип. 3 / за заг. ред. А. С. Довгерта, О. М. Бірюкова. — К.: Алеута, 2014. — 324 с.
5. *Погорецька, Н. В.* «Розщеплення статуту» у міжнародному приватному праві [Текст] / Н. В. Погорецька // Прикарпатський юридичний вісник. — 2013. — № 3. — С. 142–153.
6. Международное частное право: Иностранное законодательство [Текст] / предисл. А. Л. Маковского; сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. — М.: Статут, 2000. — 892 с. — (Серия: «Современное зарубежное и международное частное право»).
7. *Кармаза, О. О.* Спадкування у сучасному міжнародному приватному праві [Текст]: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. О. Кармаза; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2006. — 18 с.
8. Науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право» [Текст] / за ред. А. С. Довгерта. — Х.: Одісей, 2008. — 352 с.
9. *Дмитриева, Г. К.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право» [Текст] / Г. К. Дмитриева. — М.: НОРМА (Издательская группа НОРМА — ИНФРА-М), 2002. — 256 с.



Розділ 3

РОЗВИТОК НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВА В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ

ГРИНЬКО Світлана Дмитрівна,

доктор юридичних наук, професор,

Подільська лабораторія Науково-дослідного інституту

приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака

Національної академії правових наук України,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

ДЕЛІКТНЕ ПРАВО НІМЕЧЧИНИ ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Право є соціально-психологічною силою, що регулює поведінку людей; воно є тим станом суспільного пізнання і суспільної волі, що включає в себе психічний примус індивідуума до відомої поведінки. Метою такого пізнання є констатування існуючих у цьому суспільстві норм і встановлення їх змісту щодо безпосередніх практичних інтересів життя. «Таке констатування поступового розвитку призводить до систематизації правових норм, до встановлення більш наукових заходів їх тлумачення, тобто до догматичної юриспруденції», — так писав Й. О. Покровський, визначаючи основні ідеологічні течії в історії цивільного права [1, с. 64].

Наука цивільного права раніше за інших досягла високого рівня розвитку, що пояснюється розвитком цивільного права в стародавні часи. При цьому основні засади цивільного права, сформовані римськими юристами, живуть сьогодні.

Деліктне право є лише спеціальною сферою цивільного права взагалі, тому до нього застосовуються всі його загальні закони. У континентальній Європі всі зусилля правової науки спрямовані на пошук єдиних коренів і усунення історичних відмінностей окремих деліктів. Тобто мова йде про уніфікацію деліктного права. При цьому правовим підґрунтям здійснення уніфікації є німецьке деліктне право, яке найбільш повно увібрало головні засади римського деліктного права. Як відзначав Зом, геніальне розуміння форми, що відрізняє стародавнє мистецтво, надало також і юридичній науці ту симетрію, ту прозорість, ту яскраву силу її понять, що зачарувало уми Німеччини одразу, як тільки римське право з'явилося на горизонті часу [2, с. 2].

Порівняльне правознавство в сфері деліктного права було предметом дослідження Ю. Г. Матвеева щодо англо-американської правової системи [3] та К. Цвайгерта і Х. Кетца — романо-германської правової системи [4]. Однак для нас інтерес має здійснення порівняльного аналізу деліктного права в контексті української правової доктрини, що визначає предмет нашого дослідження.

1 червня 1896 р. було прийнято Парламентом та затверджено Імператором 18 серпня *Bürgerliches Gesetzbuch* — Цивільне уложення Німеччини (ЦУН), — яке вступило в силу 1 січня 1900 р. [5]. Тривала відсутність уніфікованого цивільного права була зумовлена роздробленістю німецької держави, де застосовувалося звичаєве право, ЦКФ, римське право із Зводу Юстиніана, специфічні кодекси, зокрема Саксонський 1865 року. На думку Савінії, німці до кодифікації не досі, тому їм зашкодить те, що можуть собі дозволити більш розвинуті народи. Не кодифікація, а всенімецька наука права, яка здатна служити вираженню народного духу, — це те, чого потребує Німеччина [6, с. 33].

Ідеї Савінії зумовили появу в німецькому праві двох протилежних течій: пандектистів — теоретиків, які намагалися побудувати раціональне й уніфіковане право шляхом тлумачення *Corpus juris civilis*, і германістів, які бажали відшукати глибоке коріння німецького і народного права [7, с. 72]. Однак, як відзначав Р. Кабріак, створена Савінії систематична концепція права, яка була більш плодотворною, ніж його історико-філософські погляди, не лише не гальмувала, а швидше сприяла кодифікації німецького права, якою завершилося ХІХ століття [7, с. 72].

На думку д-ра Гольденринга [8, с. 10–11], соціальність, справедливість і моральність ЦУН найбільш видно з принципу, за яким забороняється здійснювати права для того, щоб завдати іншому шкоди (§ 226 ЦУН). Тобто мова йде про заборону вчиняти делікт.

1. Деліктне право за ЦУН одержало тричленну конструкцію, яку було закріплено в 32 параграфах окремого розділу «Недозволені дії». При цьому більш ніж за сто років було відмінено лише два параграфи (§ 835 і § 847) та доповнено кодекс одним (§ 839а). Решта норм залишена майже без змін¹.

Слід відзначити, що автори німецької кодифікації тривалий час намагалися вирішити питання: наслідувати загальний принцип деліктного права Цивільного кодексу Франції щодо покладення відповідальності за шкоду, завдану протиправними і винними діями чи пов'язувати виникнення обов'язку відшкодувати шкоду з окремими конкретними видами деліктів. На їхню думку, якщо пов'язати виникнення обов'язку відшкодувати шкоду з видами деліктів, то буде неможливим забезпечити достатній захист від протиправних дій, при цьому виключний перелік деліктів неможливо навести. Однак закріпити загальний принцип деліктного права вони не наважилися, так як він, на їхнє переконання, буде перекладати всі проблеми вирішення питань про відшкодування шкоди на суддів. А це суперечило б поглядам німецького народу на їх функціям. Крім того,

¹ Найбільш істотні зміни внесено до ст. 828 ЦУН щодо віку деліктоздатності людини [9, с. 239–246].

існувала думка, що якщо німецьку судову практику не тримати в певних рамках за допомогою закріплених законом критеріїв, то їй постійно будуть властиві такі негативні явища, які спостерігаються в багатьох рішеннях французьких судів [4, с. 363]. Тому автори німецької кодифікації поділили деліктне право на три частини.

Перша частина передбачала покладення обов'язку відшкодувати шкоду, завдану протиправно та умисно або внаслідок необережності життю, здоров'ю, зазіханням на волю, власність або інше право особи (абз. 1 § 823 ЦУН) [5]. Згідно з другою частиною обов'язок відшкодувати шкоду виникає в особи, яка порушує закон, який направлений на захист іншої особи (абз. 2 § 823 ЦУН) [5]. За третьою частиною конструкції німецького деліктного права, особа, яка умисно завдасть іншій особі шкоди способом, що суперечить добрим звичаям, зобов'язана її відшкодувати (§ 826 ЦУН) [5].

Загальні тенденції розвитку німецького деліктного права враховано розробниками Цивільного кодексу України, який було прийнято 16 січня 2003 р. (ЦК України). З урахуванням завдань, які має вирішувати Цивільний кодекс, він ґрунтується на принципово новій — приватноправовій — концепції регулювання особистих немайнових та майнових відносин, що засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленню, майновій самостійності їх учасників [10]. Законодавець присвятив деліктному праву 46 статей, що становить у трое більше, ніж за Цивільним кодексом УРСР 1963 року.

Як і за попередніми кодифікованими актами (ст. 403 ЦК УРСР 1922 р.; ст. 440 ЦК УРСР 1963 р.), так і за кодексом 2003 року (ч. 1, 2 ст. 1166), деліктне право побудовано за єдиним загальним принципом покладення обов'язку відшкодувати майнову шкоду, завдану неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкоду, завдану майну фізичної або юридичної особи на особу, яка її завдала, якщо вона не доведе відсутність своєї вини [10]. У цій нормі вбачається ідея звести деліктне право до єдиного принципу. Водночас у кодифікованому акті зроблена спроба вирішити найбільш проблемні питання щодо розробки норм і критеріїв визначення змісту окремих деліктів. Вищезазначене свідчить, з одного боку, що українське деліктне право ґрунтується на загальному принципі відшкодування завданої шкоди, а з іншого — встановлює певні межі покладення такого обов'язку щодо окремих деліктів. Тобто законодавець закріпив як загальний делікт, так і спеціальні делікти.

Для виникнення зобов'язань із відшкодування шкоди деліктне право німецької та української доктрини передбачає необхідність встановлення умов, що дозволяють кваліфікувати поведінку заподіювача шкоди як правопорушення. До таких умов німецький та український законодавець відніс наявність шкоди, протиправність,

причинно-наслідковий зв'язок між шкодою і протиправністю, вину. При цьому кожна правова доктрина має власні погляди на сутність та межі застосування кожної із названих умов делікту.

Першою умовою, необхідною для обґрунтування покладення обов'язку здійснити відшкодування, є наявність шкоди як наслідку вчинення делікту.

Німецьке законодавство значну увагу приділяє шкоді як обов'язковій умові виникнення зобов'язання. Так, шкода може бути завдана життю, здоров'ю, свободі, власності чи іншим правам іншої особи (абз. 1 § 823 ЦУН) [5]. Тобто законодавець розрізняє немайнову шкоду та майнову. Щодо майнової шкоди, то вона може полягати у знищенні чужої речі, пошкодженні чи її псуванні, позбавленні власника речі права на її володіння, користування чи розпорядження. Стосовно останнього випадку завдання шкоди, то до нього слід віднести як привласнення чужої речі, так і створення власнику перешкод у користуванні річчю.

2. Німецький закон захищає також інтереси, які підпадають під поняття «інші права особи» (абз. 1 § 823 ЦУН) [5]. До них належать інтереси, які захищає правопорядок *erga omnes* (проти всіх), зокрема речові права, такі як сервітути (*dienstbarkeiten*), та іпотеку, володіння та «право на очікування» (*anwartschaftsrecht*) того, хто вже набув щонебудь з умовою про збереження права власності, а також право на ім'я, патентні права та інші права, які впливають із комерційної діяльності, що регулюються спеціальним законом. Однак німецька правова доктрина не розглядає майно як «інші права» в розумінні абз. 1 § 823 ЦУН. Тому якщо внаслідок винних дій іншої особи потерпілому завдано лише економічні збитки, які не спричинили завдання шкоди його особистості, власності чи одному із його «інших прав», то він не має права подати позов на підставі абз. 1 § 823 ЦУН. Наприклад, екскаватор будівельної фірми пошкодив кабель високої напруги, внаслідок чого підприємство було позбавлено електроенергії. Якщо внаслідок цього устаткування не працювало, тому зменшено обсяг виробленої продукції, то підприємство не має права вимагати відшкодування збитків від будівельної фірми, так як її винні дії спричинили лише економічні збитки. А якщо відключення електроенергії стало причиною порушення процесу виведення бройлерних курчат в інкубаторі птахофабрики внаслідок зниження температури, то має місце «завдання шкоди власності». Тому будівельна фірма буде відшкодовувати не лише вартість курчат, але й всі економічні збитки внаслідок псування яєць [4, с. 364–366].

Закріплення німецьким законодавцем виключного переліку видів шкоди, від наявності яких залежало виникнення права потерпілого звернутися з позовом до суду, мало, як наслідок, недостатню захищеність прав особи. Тому в 1954 році Верховний федеральний суд прийняв рішення, за яким уся сукупність прав особи

визнавалася як «інші права» в розумінні абз. 1 § 823 ЦУН. Така поправка полегшила застосування деліктного права для захисту від таких протиправних посягань, як втручання в приватне життя, а також інших порушень честі та гідності людини.

Якщо майнової шкоди завдано внаслідок порушення договору, то німецьке право надає потерпілому право альтернативного вибору між деліктним позовом «із протиправної дії» та позовом «із порушення договору».

Деліктне право української доктрини розрізняє майнову та моральну шкоду. При цьому законодавець майнову шкоду визначає як шкоду, завдану немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкоду, завдану майну фізичної або юридичної особи (ст. 1166 ЦК України) [10]. Тобто різновидами майнової шкоди є шкода, завдана особі (каліцтвом та іншим ушкодженням здоров'я фізичної особи або смертю фізичної особи, честі, гідності, ділової репутації), та шкода, завдана майну (порушенням права власності, права володіння і користування чи іншого речового права).

Щодо моральної шкоди, то законодавець визначає її:

1) у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я;

2) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів;

3) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна;

4) у приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи (ст. 23 ЦК України) [10].

Характерною рисою українського деліктного права є виникнення зобов'язань із відшкодування шкоди незалежно від наявності договірних відносин. Тобто мова йде про зобов'язання із відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг). Для покладення відповідальності на продавця, виготовлювача товару, виконавця робіт (послуг) не достатньо факту правопорушення, а слід встановити наявність договірних відносин із потерпілим. Тобто автори ЦК України віднесли до деліктного права норми, що регулюють як недоговірні відносини, так і договірні. При цьому потерпіла особа наділяється правом звернутися до продавця, виготовлювача товару, виконавця робіт (послуг) з «деліктним позовом» про відшкодування шкоди, завданої внаслідок конструктивних, технологічних, рецептурних та інших недоліків товарів, робіт (послуг), а також недостовірної або недостатньої інформації про них, а не з «договірним».

Наступною умовою виникнення деліктних зобов'язань є протиправність поведінки її заподіювача. Німецький законодавець розглядає протиправність як посягання на одне із вказаних в абз. 1 § 823 ЦУН чужих благ, які захищаються законом, за винятком

випадків, коли особа мала право на завдання шкоди: змушена оборона, крайня нужда та ін. У німецькій доктрині зустрічається погляд на протиправність як дію, що засуджується правопорядком, так як порушує законодавчу заборону чи імперативний припис щодо волевиявлення громадян. Тому для визнання дії протиправною у розумінні абз. 1 § 823 ЦУН недостатньо, щоб нею завдавалася шкода благам, які захищаються законом. Необхідним є, щоб поведінка особи, внаслідок якої завдано шкоду, мала умисний характер або особа не проявила необхідної обережності та турботи [4, с. 364–366]. Тобто законодавець пов'язує протиправну дію із наявністю вини деліквента.

Відповідно до абз. 2 § 823 ЦУН, обов'язок відшкодувати завдану шкоду виникає в особи, яка порушує закон, який направлений на захист іншої особи [4]. Тобто протиправність за цим деліктом виражається у порушенні закону, який за своїм змістом має на меті забезпечити захист окремої особи чи окремого кола осіб, а не захищати населення в цілому.

Щодо третьої частини конструкції деліктного права Німеччини, то протиправність наділена найбільшою специфікою. Так, згідно з § 826 ЦУН, особа, яка умисно завдасть іншій особі шкоди способом, що суперечить добрим звичаям, зобов'язана її відшкодувати [4]. Тобто протиправність за цим деліктом має форму дії, що суперечить добрим звичаям. Як відзначав І. Колер, ця норма встановлена для випадків недобросовісної конкуренції, тому її слід розглядати як порушення прав особи [11, с. 314–316].

При цьому дії, що суперечать добрим звичаям, не слід ототожнювати із аморальними діями взагалі. Не будь-яка аморальність суперечить добрим звичаям. Жорстоке ставлення до ближніх, жадібність, скупість не суперечать добрим звичаям, так як останні надають кожному право вибору своєї поведінки. Однак проти добрих звичаїв діє особа, яка будь-якою аморальною дією завдає шкоди іншому, внаслідок чого останній несе витрати для виправлення його наслідку, а також особа, яка своїм безчинством створює необхідність поліцейського дізнання, і держава зазначає витрат на його проведення. Також випадки, коли особа утримує свій будинок настільки брудно, що створює неможливим або неприємним сусідство з ним [11, с. 314–316].

До дій, що суперечать добрим звичаям, судова практика відносила:

1) дії, які дуже наближені до чужого права, внаслідок чого йому завдається шкода (пряма чи непряма), так як добрі звичаї забороняють надзвичайне втручання до чужого права. До таких дій віднесено:

а) допомогу для порушення договору (переймання працівників, підбурювання їх до дострокового залишення служби для того, щоб надалі взяти їх на службу до себе);

б) набуття за обтяжуючих обставин речі, яку відчужено іншому;

в) зловмисне перешкоджання виникненню права;

2) зловживання правом, що може полягати:

а) в шикані, тобто дії особи з єдиною метою — завдати шкоду іншому;

б) у надзвичайному користуванні своєю дискреційною владою (право запозичення газетних статей, договори про виключення бойкоту, користування речами спільного призначення), тобто особа, реалізуючи свої права, не повинна виходити за допустимі законом межі [11, с. 314–316].

Таким чином, німецька доктрина надає широкого захисту проти аморальних дій.

Український законодавець визначає протиправність як порушення неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистих немайнових і майнових прав фізичної або юридичної особи (ч. 1 ст. 1166 ЦК України) [10]. При цьому протиправність може виражатися як у активній поведінці деліквента, так і в пасивній — бездіяльності. Щодо протиправної бездіяльності, то для притягнення заподіювача шкоди до відповідальності слід встановити наявність двох умов:

а) наявність у особи обов'язку здійснити певні позитивні дії, що може впливати із прямої вказівки закону, договору, службових відносин, а також з випадків, створених самою особою;

б) можливість їх здійснити за цих умов.

За деліктним правом України протиправність поведінки заподіювача шкоди презюмується, тобто він діє протиправно, якщо не уповноважений на завдання шкоди. ЦК України уповноважує особу на завдання шкоди іншому в таких випадках: здійснення нею права на самозахист (ст. 1169); прийняття закону про припинення права власності на певне майно (ст. 1170); у стані крайньої необхідності (ст. 1171) [10].

Суб'єктивною умовою деліктної відповідальності є вина відповідача. Цивільне право Німеччини визначає вину як вільне волевиявлення особи, що виражається через умисел і необережність (абз. 1 § 823 ЦУН) [5]. При цьому законодавець визначає необережність як прояв недостатньої розумної обережності та турботи (абз. 2 § 276 ЦУН) [5]. Тобто застосовується фікція щодо способу дій розумної та добросовісної людини в подібній ситуації. Відповідно якщо шкоди завдано особою певної професії, то суд з'ясує, чи дотримано такою особою необхідних заходів обережності, які характерні представникам такої професії [4, с. 364–366].

Тобто недозволені дії передбачають етичний порок волі — наявність вини деліквента. Якщо має місце порушення прав, то порок волі має виражатися у формі умислу чи необережності. Якщо порушується постанова, спрямована на охорону суспільної безпеки, то досить умислу або необережності, так як кримінальний закон карає навіть необережність. Якщо кримінальний закон передбачає

покарання лише за умисел, то шкода відшкодовується також за умисел. Зокрема для відповідальності за дії, що суперечать добрим звичаям, необхідним є умисел [11, с. 314–316].

Законодавець передбачає можливість покладення відповідальності за відсутності вини деліквента. Наприклад, якщо при експлуатації залізниці загинула чи поранена людина, то залізниця відповідає завжди, крім випадків завдання шкоди дією непереборної сили або за наявності вини потерпілого. Про це було прийнято окремий Закон від 7 червня 1871 р. При цьому під непереборною силою розуміють зовнішній вплив, настільки сильний, що навіть спеціальна передбачуваність не могла б його уникнути [11, с. 314–316].

Етична вина завжди передбачає передбачуваність, тому відсутність вільного волевиявлення особи свідчить про відсутність її вини, тому особа не несе відповідальність, якщо вона:

а) знаходилася в непритомному стані або в стані хворобливого розладу психічної діяльності (§ 827 ЦУН) [5];

б) не досягла 7 років (абз. 1 § 828 ЦУН) [5];

в) віком від 7 до 10 років за шкоду, завдану іншій особі внаслідок аварії на автотранспортному засобі, рельсовому транспортному засобі чи на підвісній дорозі (абз. 2 § 828 ЦУН) [5];

г) не досягла 18 років, якщо при завданні шкоди в неї було відсутнє розуміння усвідомлення своєї відповідальності (абз. 3 § 828 ЦУН) [5].

Українська правова доктрина виділяє такі характерні ознаки вини в цивільному праві:

а) вина заподіювача шкоди припускається, тобто обов'язок довести відсутність вини заподіювача покладається на нього самого; до цього часу він вважається винним;

б) формами вини є умисел і необережність;

в) наявність вини залежить від здатності особи усвідомлювати значення своїх дій та (або) ними керувати, тому не виникає питання про вину осіб віком до 14 років, недієздатних, які перебували у стані афекту, непритомному та іншому стані;

г) розмір відшкодування не залежить від завдання шкоди умисно чи необережно, тобто береться до уваги тільки наявність вини, а не її форма;

г) виникнення обов'язку відшкодувати шкоду та розмір відшкодування залежить від форми вини потерпілого;

д) у випадках, передбачених законом, обов'язок відшкодувати шкоду виникає за відсутності вини деліквента (наприклад, якщо шкоду завдано джерелом підвищеної відповідальності (ст. 1187 ЦК) [10].

Відповідно до абз. 1 § 823 ЦУН, потерпілому буде надано відшкодування лише за наявності причинно-наслідкового зв'язку між протиправними діями відповідача і завданою шкодою [5]. Практика Верховного імперського суду займає позицію, що такий зв'язок

наявний, якщо мета, якої досягнув відповідач, є наслідком його поведінки, а не лише особливих і незвичайних обставин, які розумна людина в повсякденному житті не приймає до уваги (доктрина причинно-наслідкових зв'язків). Цим положенням керуються також тоді, коли обов'язок відшкодувати шкоду за завдання тілесних ушкоджень поширюється на наслідки завдання шкоди, які проявилися пізніше внаслідок неправильного лікування. При цьому враховуються наслідки, що настали через помилку досвідченого лікаря, а не у зв'язку з грубим порушенням елементарних принципів медичного мистецтва. Наприклад, якщо особа, яка стала інвалідом з вини відповідача, після спливу 22 років упав в своїй кімнаті внаслідок нестійкості свого протезу й одержить нові ушкодження, то останній повинен буде відшкодувати йому шкоду [4, с. 364–366].

Українська правова доктрина розрізняє простий і складний причинно-наслідковий зв'язок між протиправною поведінкою деліквента і завданою шкодою. Простий зв'язок означає його одиничний характер, а складний — наявність декількох зв'язків. Наприклад, у разі завдання каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я фізичній особі необхідно встановити причинно-наслідковий зв'язок між протиправною поведінкою і каліцтвом, а також між каліцтвом і втратою професійної чи загальної працездатності (ст. 1195 ЦКУ) [10].

Таким чином, аналіз деліктного права Німеччини та України дозволяє провести порівняльний аналіз загальних засад їх правового регулювання та позиції правової доктрини:

— якщо деліктне право України ґрунтується на єдиному загальному принципі покладення обов'язку відшкодувати шкоду на особу, яка її завдала, то німецьке право характеризує наявність трьох принципів відшкодування шкоди, залежно від видів шкоди і протиправної дії;

— підставою виникнення деліктних зобов'язань Німеччини та України є делікт — правопорушення;

— умовами виникнення деліктних зобов'язань за правом Німеччини та України є наявність шкоди, протиправності, причинно-наслідкового зв'язку та вини;

— німецька та українська правова доктрина розмежовує поняття майнової та немайнової шкоди (зокрема моральної);

— німецький і український законодавець надає право на відшкодування моральної шкоди особам лише у випадках, передбачених законом;

— протиправна поведінка заподіювача шкоди за німецьким законодавством може виражатися лише у формі дії, а цивільне законодавство України — як у активній формі (дії), так і в пасивній (бездіяльності);

— за німецьким і українським законодавством з деліктним позовом можна звернутися до суду, якщо особи перебували в договірних відносинах;

— за українським правом форма вини заподіювача шкоди не має значення для покладення на нього обов'язку відшкодувати завдану шкоду, тобто досить встановити факт вини, а за німецьким — відповідальність за окремі делікти настає за наявності умисної дії деліквента;

— за двома правовими доктринами, вина визначається через умисел і необережність, встановлюються випадки деліктної відповідальності за відсутності вини, підставами звільнення від обов'язку відшкодувати шкоду визнаються непереборна сила, вина потерпілого і третіх осіб.

Незважаючи на незначні розбіжності в підходах цивілістичної доктрини двох держав, загальні засади їх деліктного права мають багато спільного. Це пояснюється спільним корінням їх правової доктрини — римським приватним правом.

Список використаних джерел

1. *Покровский, И. А.* Основные проблемы гражданского права [Текст] / И. А. Покровский. — М. : Статут, 2003. — 351 с.
2. *Зом, Р.* Институции. Учебник истории и системы римского гражданского права [Текст] / Р. Зом. — СПб., 1888. — Вып. II (Система). — 368 с.
3. *Матвеев, Ю. Г.* Англо-американское деликтное право [Текст] / Ю. Г. Матвеев. — М. : Юридическая литература, 1973. — 176 с.
4. *Цвайгерт, К.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М. : Международные отношения, 1998. — Т. 2. — 512 с.
5. Гражданское уложение Германии [Текст] / науч. ред. А. Л. Маковский и др. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 816 с.
6. *Черниловский, З. М.* Главные кодификации буржуазного гражданского права XIX в. [Текст] / З. М. Черниловский // Очерки кодификации и новеллизации буржуазного гражданского права : сб. науч. тр. — М., 1983. — С. 16–43.
7. *Кабрияк, Р.* Кодификации [Текст] / Р. Кабрияк ; пер. с франц. Л. В. Головки. — М. : Статут, 2007. — 476 с.
8. *Гольденринг.* Духъ новаго Германскаго гражданскаго уложения [Текст] / Гольденринг ; пер. с нем. Ал. Бугаевского. — СПб. : [Б.и.], 1900. — 25 с.
9. Гражданское уложение Германской империи [Текст]. — СПб. : Типография Правительственного Сената, 1898. — 503 с.
10. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV [Текст] // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
11. *Бернгефтъ, Ф.* Гражданское право Германии [Текст] / Ф. Бернгефтъ, И. Колеръ ; Пер. с нем. Б. М. Брамсона, С. О. Добрина, Е. Е. Карасова и В. В. Нечаева ; под ред. В. М. Нечаева. — С.- Пб., 1910. — 320 с.



ГОГОЛЬ Богдан Миколайович,

кандидат юридичних наук,

Інститут суспільства Київського університету

імені Бориса Грінченка, м. Київ, Україна

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗБЕРЕЖЕННЯ КОНФІДЕНЦІЙНОЇ ІНФОРМАЦІЇ В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ

У наш час інформація стала товаром та важливим ресурсом підприємницької діяльності, на що неодноразово звертали увагу сучасні дослідники інформаційних правовідносин [1, с. 3; 2 с. 5]. Це обумовило визнання інформації об'єктом цивільних правовідносин (ст. 177 Цивільного кодексу України) [3]. Для отримання необхідної інформації суб'єкти підприємницької діяльності досить часто прикладають значні зусилля та витрачають кошти. Згодом така інформація може використовуватись у підприємницькій діяльності для власних потреб або надаватися третім особам на оплатній основі.

За таких умов суб'єкти приватних правовідносин досить часто не бажають, щоб наявна в них інформація стала відомою третім особам без їх згоди.

Для забезпечення інтересів вказаних осіб чинне законодавство України передбачає можливість захисту інформації в режимі конфіденційності.

Так, згідно зі ст. 20 Закону України «Про інформацію» за порядком доступу інформація поділяється на відкриту інформацію та інформацію з обмеженим доступом [4].

Відповідно до ст. 21 вказаного Закону інформацією з обмеженим доступом є конфіденційна, таємна та службова інформація.

Конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень. Конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених нею умов, а також в інших випадках, визначених законом.

Схоже визначення конфіденційної інформації міститься у ст. 7 Закону України «Про доступ до публічної інформації» [5].

Тобто суб'єкти приватного права можуть обмежити доступ третіх осіб до інформації, яка використовується ними в підприємницькій діяльності. Відповідно всі інші суб'єкти правовідносин зобов'язані утримуватись від дій щодо отримання та поширення інформації, яка охороняється в режимі конфіденційності володільцем прав на неї.

Такий юридичний механізм може забезпечити охорону інтересів володільця прав на конфіденційну інформацію у випадку незаконного її отримання, використання або поширення третіми особами.

Однак у наш час конфіденційна інформація досить часто не лише знаходиться у володінні суб'єктів приватного права, а й передається ними на підставі різного роду договорів іншим особам.

У юридичній літературі були висловлені різні підходи щодо класифікації договорів в інформаційній сфері [6, с. 173–201]. Договори про надання конфіденційної інформації, загалом, можна поділити на дві групи.

До першої групи належать договори, предметом та основною метою укладення яких є саме надання конфіденційної інформації.

До другої групи належать договори про передачу майна, виконання робіт, надання послуг, які також передбачають і обмін конфіденційною інформацією. Тобто надання інформації не є предметом та основною метою укладення таких договорів, однак їх укладення та належне виконання неможливе без своєчасного надання контрагентом певної інформації. У такого роду відносинах конфіденційна інформація може надаватись не тільки під час виконання договорів, а й на етапі їх укладення.

Слід зазначити, що кількість договорів про надання інформації постійно збільшується, що пов'язано з технологічним розвитком суспільства, збільшенням асортименту товарів, робіт та послуг.

За таких умов існує потреба комплексної охорони інтересів володільців прав на конфіденційну інформацію в договірних відносинах. Натомість чинне законодавство України містить норми, які охороняють інтереси володільців прав на конфіденційну інформацію лише в окремих видах договірних відносин.

Так, ст. 862 ЦК України спрямована на захист конфіденційної інформації у підрядних правовідносинах, а ст. 895 ЦК України забезпечує захист конфіденційної інформації у разі укладення договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт.

Однак чинне законодавство України не містить загальної норми, яка б забороняла розголошення конфіденційної інформації сторонами договору.

Володільці прав на конфіденційну інформацію можуть захистити свої інтереси шляхом укладення зі своїми контрагентами угоди про конфіденційність, яка може бути складовою частиною договору або оформлена у вигляді окремого документа. Така угода закріплює обов'язок особи, яка отримує конфіденційну інформацію, не розголошувати її.

Проте на практиці володільці прав на конфіденційну інформацію не завжди укладають зазначену угоду. Також трапляються випадки, коли конфіденційна інформація передається на етапі

переговорів, однак сторони так і не укладають договір. У таких випадках захистити права на конфіденційну інформацію стає доволі складно.

Враховуючи загальний курс України на євроінтеграцію, корисним та необхідним є врахування європейського досвіду та наукової думки в сфері захисту конфіденційної інформації.

У цьому аспекті прогресивними є положення Проекту спільної системи підходів (Draft Common Frame of Reference, надалі — «DCFR») [7].

Так, згідно зі ст. IV.E.-2:203 DCFR сторона, яка отримала конфіденційну інформацію від іншої сторони, зобов'язана зберігати таку інформацію в режимі конфіденційності і не розголошувати її третім особам як до, так і після періоду існування договірних відносин.

Також відповідно до ст. II.-3:302 DCFR якщо конфіденційна інформація надана однією стороною під час переговорів, інша сторона зобов'язана не розголошувати таку інформацію чи використовувати її з власною метою незалежно від того, чи буде згодом укладений договір.

Позитивним моментом вказаних положень є те, що вони дозволяють захистити конфіденційну інформацію навіть у тих випадках, коли сторони з будь-яких причин не уклали договір.

Вважаємо доцільним закріпити в законодавстві України схожі положення, спрямовані на забезпечення збереження конфіденційної інформації в договірних відносинах.

Враховуючи зазначене, пропонуємо доповнити Закон України «Про інформацію» статтею 21¹ такого змісту:

«Стаття 21¹. Захист конфіденційної інформації в договірних відносинах

Особа, яка одержала конфіденційну інформацію від іншої особи під час укладення чи виконання договору, зобов'язана не розголошувати таку інформацію».

Також вважаємо корисним подальше вивчення європейського досвіду охорони конфіденційної інформації.

Список використаних джерел

1. *Петров, С. В.* Інформація як об'єкт цивільно-правових відносин [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / С. В. Петров. — Х., 2003. — 18 с.
2. *Кохановська, О. В.* Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. В. Кохановська. — К., 2006. — 34 с.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV [Текст] // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.

4. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657–XII [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 650.
5. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 р. № 2939–VI [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 32 — Ст. 314.
6. *Северин, В. А.* Коммерческая тайна в России [Текст] / В. А. Северин. — М. : Зерцало–М, 2007. — 615 с.
7. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) [Electronic Resource] / European Commission. — URL : http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.



БОРИСЛАВСЬКА Марина В'ячеславівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

ІНСТИТУТ ОПІКИ ТА ПІКЛУВАННЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Аксиоматичним та безспірним є твердження, що кожна фізична особа незалежно від віку та стану здоров'я здатна мати права та обов'язки, тобто володіє правоздатністю. Проте можливість реалізації своєї правоздатності в людей є різною. Окремі особи не можуть самостійно її реалізувати у зв'язку з недостатністю дієздатності або її повною відсутністю.

Отже, є значний прошарок осіб, які не в стані самостійно бути учасниками правовідносин, самостійно здійснювати свою цивільну дієздатність, а у кінцевому рахунку — просто організувати та забезпечувати власне життя. Законодавство передбачає способи адаптації таких осіб до сучасних нелегких умов життя. Окремі з них відомі ще з часів Римської імперії. Однією з форм влаштування таких осіб є опіка та піклування. Цей правовий інститут застосовується, поперше, до дітей, що залишилися без батьківського піклування, а подруге, до повнолітніх осіб, які за рішенням суду визнані недієздатними або цивільна дієздатність яких обмежена.

Для деяких категорій осіб, які потребують захисту їх прав та інтересів (а саме для недієздатних або обмежено дієздатних), ця форма фактично є єдиною можливою, передбаченою законодавством (ч. 1 ст. 37, ч. 1 ст. 41 ЦК України). Для інших же осіб — малолітніх та

неповнолітніх дітей така форма хоч і не є єдиною та найбільш пріоритетною, проте згідно зі статистичними даними — найпоширенішою.

Опіка та піклування є одним із найбільш стабільних та старих інститутів права. Свою історію він веде ще з часів римського права, де розрізнялись *tutela* (опіка) та *cura* (піклування). Саме у римському праві було закладено основні принципи та засади правового регулювання опіки, які в подальшому були сприйняті кодифікаціями цивільного права багатьох європейських країн, зокрема Франції, Німеччини, Англії тощо [1, с. 7].

Становлення вітчизняної концепції опіки та піклування пов'язане із розвитком законодавства Російської імперії, до складу якої на той час входила більшість українських земель. Перші спроби врегулювати питання влаштування осіб, які потребують захисту їх прав та інтересів, здійснив ще Петро I. Подальше і більш ефективне реформування у цій сфері здійснювалося за часів Катерини II. Прийняте у 1775 році Положення про губернії передбачало застосування опіки та піклування, заснування опікунського управління [2, с. 202]. Це були перші подібні норми у вітчизняному законодавстві.

Навіть у перші (як і у подальші) роки радянської влади інститут опіки та піклування знаходив своє відображення в законодавстві та практиці його застосування. На відміну від деяких інших правових інститутів (наприклад, спадкування, права приватної власності), не було спроб його скасувати. Загалом, положення законодавства щодо опіки та піклування не залишалися незмінними, постійно відбувалися намагання удосконалити цей інститут.

Слід зазначити, що такий інститут опіки та піклування досить тривалий час детально не досліджувався. Аналізуючи наукові дослідження радянських часів, Л. Ю. Міхєєва вказувала, що серед вчених-юристів стало традиційним розуміння його як незначного [3, с. 3]. Кількість спеціальних досліджень щодо опіки та піклування і дійсно була невеликою (А. М. Беякова, Н. М. Єршова, О. М. Нечаєва, А. І. Пергамент). Певною мірою це зумовлювалося тим, що положення про опіку та піклування містилися у Кодексі про шлюб та сім'ю УРСР (розд. IV), тобто у сімейному, а не у цивільному законодавстві. Тогочасні юристи, як теоретики, так і практики, справедливо вважали це нелогічним. За висловом Н. М. Єршової, спеціалісти з сімейного права не вважали інститут опіки та піклування своєю сферою, цивілісти, у свою чергу, також не досліджували цю галузь, оскільки вважали цей інститут скоріше сімейно-правовим [4, с. 46]. Усе зазначене та й ті зміни, що відбулися в соціально-економічних відносинах держави та у цивілістичній науці на початку 90-х років ХХ ст., обумовили потребу в реформуванні інституту опіки та піклування.

Ситуація змінилася у зв'язку з прийняттям ЦК України та СК України, що набули чинності одночасно — 1 січня 2004 р. Відповідно загальні положення про опіку та піклування були розміщені у ЦК України, а положення щодо опіки та піклування над дитиною — у СК України разом з іншими формами влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. На користь цивільно-правової (а не сімейно-правової) природи загальних положень про опіку та піклування свідчать декілька аргументів:

1) СК України відповідно до ст. 2 врегульовує відносини між родичами та членами сім'ї, а щодо опікунів (піклувальників) закон ніколи категорично не встановлював вимогу щодо належності їх до родичів (членів сім'ї) підопічного, хоча таким особам і могла бути надана перевага (з урахуванням інших умов);

2) відносини між повнолітніми особами, які потребують призначення їм опікуна (піклувальника), не належать до сфери сімейно-правового регулювання;

3) такі питання, як правовий статус опікунів та піклувальників, їх правовідносини з третіми особами, порядок встановлення та припинення опіки (піклування) підпадають під сферу цивільно-правового регулювання.

Отже, розміщення загальних положень про опіку та піклування саме у цивільному законодавстві виглядає абсолютно логічним.

Відбулися й інші важливі зміни. До таких можна віднести встановлення обов'язку саме суду призначати опікуна та піклувальника для мало- та неповнолітніх осіб (ст. 60 ЦК України) у тих випадках, коли із матеріалів справи, яка ним розглядається, чи із суті винесеного рішення є очевидним, що дитина позбавлена батьківського піклування. І відповідно необхідно обрати щодо неї форму влаштування, наприклад, опіки та піклування. І лише у випадках, коли про необхідність встановлення щодо дитини опіки (піклування) стане відомо з інших обставин, а не під час розгляду будь-якої справи (зокрема кримінальної), призначення опікуна (піклувальника) покладається на орган опіки та піклування.

Друге важливе нововведення: ст. 73 ЦК України передбачила право опікуна (піклувальника) на плату за виконання своїх послуг. Проте на сьогодні норма має декларативний характер, оскільки в ній зазначено, що підстави виникнення права на оплату послуг опікуна та піклувальника, її розмір та порядок виплати встановлюються Кабінетом Міністрів України (ст. 73 ЦК України). Але нині подібного нормативного акту Кабінету Міністрів України немає. Відповідно про оплату послуг опікуна (піклувальника) на сьогодні не йдеться. Першопочаткова редакція ч. 5 ст. 249 СК України суперечила зазначеній нормі ЦК України. Так, вона передбачала, що обов'язки з опіки та піклування стосовно дитини виконуються опікуном та піклувальником безоплатно [5]. Показово, що зазначена суперечність

була усунена шляхом прийняття ч. 5 ст. 249 СК України у новій редакції [6], яка дослівно повторює зміст ст. 73 ЦК України. Проте навіть усунення цих суперечностей у ЦК України та СК України не усуває декларативності зазначених норм та потреби у реальному її виконанні.

Необґрунтованими є твердження, що така плата повинна здійснюватися, лише якщо опікун чи піклувальник вимагатиме оплату своїх послуг [7, с. 116]. Чинне законодавство України не дозволяє зробити такий висновок, оскільки у ньому відсутні будь-які вказівки щодо цього.

Як приклад вирішення цього питання можна навести зміст ст. 16 Федерального закону Російської Федерації «Про опіку та піклування», яка прямо передбачає, що виконання обов'язків з опіки та піклування здійснюється безоплатно, окрім випадків, передбачених законодавством. При здійсненні таких обов'язків відплатно винагорода опікуну (піклувальнику) може виплачуватися за рахунок доходів від майна підопічного, коштів третіх осіб, а також бюджетних коштів [8]. При цьому відплатність передбачає надання опікуну чи піклувальнику винагороди у грошовій формі чи у формі інших благ, зокрема права безоплатного користування житловим приміщенням чи іншим майном підопічного у своїх інтересах [9, с. 121].

Аналізуючи оплату послуг опікуна (піклувальника), науковці часто трактують її також і як право опікуна (піклувальника) на відшкодування необхідних витрат, понесених на утримання підопічного [7, с. 116; 10, с. 307]. Вважаємо, що слід розрізняти право на винагороду та право на відшкодування понесених витрат. Відповідно друге із них також має бути однозначно закріплене у цивільному законодавстві, що повинно бути важливою гарантією діяльності опікуна (піклувальника).

На сьогодні значна частина дослідників критикує сучасний стан регулювання інституту опіки та піклування в Україні. Визначення можливих напрямів та перспектив його удосконалення має на меті сприяти створенню інституту опіки та піклування як максимально універсального, пластичного, такого, що здатен найкращим чином задовольнити потреби підопічних осіб, опікунів (піклувальників) та суспільства у цілому. При цьому недопустимо ігнорувати історичний досвід нашої держави та накопичений досвід зарубіжних країн. Йдеться про країни, через законодавство яких відбулася рецепція римсько-правових рішень щодо опіки в сучасне цивільне законодавство України. Це, передусім, такі західноєвропейські країни, як Австрія, Німеччина, Польща та Франція [1, с. 4].

Удосконалення законодавства про опіку (піклування) повинно здійснюватися шляхом розширення можливостей її диспозитивного (договірного) регулювання, необхідність приведення її положень відповідно до загальних засад врегулювання інших сімейних форм

влаштування дітей, що позбавлені батьківського піклування тощо. Тому вважаємо за необхідне звернутися до таких класичних джерел цивільного права зарубіжних країн, як Цивільний кодекс Франції (ЦК Франції), чи Кодекс Наполеона, та Німецьке цивільне уложення (НЦУ). Багато положень, вартих уваги, а можливо, і запозичень у чинне законодавство України, містилося також у дореволюційному законодавстві Російської імперії у сучасному законодавстві країн ближнього зарубіжжя. Зупинимось детальніше на деяких питаннях щодо встановлення опіки (піклування) та призначення опікунів (піклувальників).

У різні історичні періоди в різних державах призначення опікунів мала *примусовий* або *добровільний* характер. В Україні діє виключно добровільний порядок призначення опікунів: на особу не може бути покладено виконання цих обов'язків без її згоди, вираженій у поданій заяві. Примусовий порядок передбачений на сьогодні день у багатьох країнах світу. Закріплений він і у ЦК Франції та НЦУ. Разом з тим дані нормативні акти містять достатньо широкий перелік випадків (поважних причин), коли «потенційний» опікун вправі відмовитися від виконання цього обов'язку (ст.ст. 401, 428 ЦК Франції [11, с. 200], § 1785 НЦУ [12, с. 450]). У будь-якому випадку практика застосування законодавства виходить з того, що належне виконання опікунських обов'язків може здійснювати лише та особа, яка має і можливість, і бажання щодо цього. Найімовірніше, чинність положень про примусову опіку свідчить про нагадування державою щодо морального обов'язку кожного члена суспільства перед особами, які не в змозі здійснити, забезпечити, захистити свої права та інтереси власноруч. ЦК Франції пов'язує обов'язок прийняти на себе опікунство з наявністю родинних відносин по висхідній лінії (ст. 402) [11]. Не будучи прихильниками введення «примусової» опіки у законодавстві України, вважаємо доцільним визнати, що одним із напрямів здійснення державної політики у цій сфері є проведення виховної, пропагандистської, інформаційної політики, спрямованої на спонукання громадян не відмовлятися (або погоджуватися) брати на себе повноваження опікунів. Звичайно, свою роль тут може відіграти й соціальна реклама з цієї проблематики на зразок тієї, яка подекуди зустрічається щодо усиновлення. Важливим чинником для того, щоб виявити бажання стати опікуном (піклувальником), може стати запровадження у законодавстві України окремих пілг та інших заохочень різної галузевої спрямованості.

Ще однією особливістю інституту опіки та піклування є те, що нині чинне українське законодавство не передбачає *врахування волі батьків дитини при обранні опікуна (піклувальника)*. Це не можна визнати справедливим та обґрунтованим, оскільки хто, як не батьки, здатні оцінити та обрати найкращий спосіб забезпечення прав власних

дітей, звичайно, за умови, що вони самі не порушують права та інтереси дітей.

Потребу в такому нововведенні у законодавстві Л. Ю. Міхеєва пояснює самою логікою закону, відповідно до якої можливість та право заміщати чи доповнювати волю мало- та неповнолітньої особи або впливати на її формування відповідно до закону мають її батьки. Відповідно, повинна бути надана можливість врахування волі батьків щодо влаштування їх дітей [3, с. 46].

Отже, безспірним правом батьків повинна бути визнана можливість визначати опікунів (піклувальників) у заповіті, а також їх побажання щодо визначення особи опікуна у випадку, коли вони, у зв'язку з певними об'єктивними причинами, не можуть самостійно здійснювати повноваження законних представників власних дітей. Такими причинами може бути тривала хвороба, довгострокове відрадження тощо. Вважаємо, що такою поважною причиною слід вважати і відбування покарання у місцях позбавлення волі. Окрім того, слід погодитись з Д. С. Прутяном, що при призначенні опікуна (піклувальника) загальним правилом повинно стати з'ясування думки батьків малолітньої дитини, які не позбавлені батьківських прав, щодо призначення певної особи опікуном (піклувальником) їх дитини [1, с. 5]. Думка батьків повинна враховуватися судом (чи органом опіки та піклування), але при цьому обов'язково мають бути дотримані положення законодавства щодо того, хто може і хто не може бути опікуном (ст.ст. 63–64 ЦК України, п. 38 Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини [13]).

До 1917 року у вітчизняному праві взагалі існувало два способи призначення опікунів та піклувальників — за заповітом та за призначенням. Можливість у заповіті визначати опікуна своїм дітям радянським законодавством не надавалась [3, с. 46]. Відсутня вона і в сучасному українському законодавстві.

Для порівняння можна навести положення НЦУ, яким визначається, що в якості опікуна дитини закликається особа, яку запропонували батьки підопічного (ч. 2 § 1776) у заповідальному розпорядженні (ч. 3 § 1777 НЦУ) [12]. Логічним продовженням цієї норми є закріплення німецьким законодавством права батьків підопічного визначити особу, яку не можна буде призначити опікуном (ч. 1 § 1782 НЦУ). При цьому якщо батько та мати запропонували різних осіб, то силу має вказівка того з батьків, хто помер останнім (ч. 2 § 1776 НЦУ) [12].

Подібне правило містить і ЦК Франції. Згідно зі ст. 397 ЦК Франції право особистого вибору опікуна, незалежно від того, чи є він родичем, належить лише тому з батьків, хто помирає останнім, якщо на день своєї смерті він зберіг право здійснювати покладене законом управління майном чи опіку [11, с. 195].

Німецьке законодавство пішло значно далі у плані врахування волі батьків, і передбачило право батька запропонувати опікуна дитині, яка народиться тільки після його смерті (ч. 2 § 1777 НЦУ) [12]. Відповідно до німецького законодавства *призначення судом у справах опіки опікуна дитині до моменту її народження* може мати місце у ситуації, коли є підстави вважати це за необхідне. Таке призначення набуває сили з моменту народження дитини (§ 1774 НЦУ) [12]. Отже, такий юридичний факт-подія, як народження, виступає відкладальною умовою.

За німецьким законодавством суд у справах опіки вправі замінити особу, визначену батьками як опікун, без її згоди лише у виняткових, передбачених законодавством випадках (ч. 1 § 1778 НЦУ). Одним з таких є заперечення підопічного проти подібного призначення, за умови, що йому виповнилося не менше 14 років та він не є недієздатним (підп. 5 ч. 1 § 1778 НЦУ) [12]. Отже, пріоритет при визначенні опікуна надається саме волі батьків.

Отже, підсумовуючи, можна зазначити, що в сучасному українському законодавстві було б доцільним передбачити право батьків за життя обрати опікуна своїй малолітній дитині на випадок своєї смерті. Таке розпорядження може бути здійснене у заповіті, посвідченому нотаріусом та поданому органу опіки та піклування за місцем проживання дитини. Подібне нововведення потребує й відповідних змін у спадковому законодавстві. Проте переконані, що воля батьків не повинна мати абсолютного та беззаперечного значення. Тобто призначення опікуна повинно здійснюватися з урахуванням волі батьків, інтересів дитини, їх відносин з потенційним опікуном на момент його призначення тощо. А інтереси дитини гарантуються й тими обмеженнями, які передбачені українським законодавством щодо можливості бути опікуном (піклувальником). Отже, необхідно відмежовувати призначення опікуна (піклувальника), яке здійснюється уповноваженим органом від висловленого батьками (одним із них) побажання (пропозиції) щодо призначення опікуном (піклувальником) певної особи.

Традиційно законодавство європейських країн обмежує *кількість опікунів*. Так, у НЦУ підопічній особі (чи декільком підопічним, якщо вони є братами та сестрами) призначається один опікун; як варіант, опікунами може бути подружжя. Призначення декількох опікунів може мати місце лише за наявності особливих причин (§ 1775) [12]. Обмеження кількості опікунів сприяє більш чіткому визначенню їх повноважень, спрощує контроль за діяльністю законного представника. Особливо важливим, з точки зору гарантій, для підопічного є точне визначення у цьому разі особи-суб'єкта відповідальності за шкоду, завдану йому у зв'язку з неналежним здійсненням його прав та забезпечення інтересів. Розвиваючи тезу щодо запозичення такого положення до українського законодавства,

Д. С. Прутян вказує на доцільність призначення одного опікуна, проте з можливістю призначення додаткового опікуна над майном дитини, як це передбачено ч. 1 ст. 74 ЦК України [1, с. 5].

Підсумовуючи, можна зазначити, що інститут опіки та піклування за українським законодавством потребує удосконалення, насамперед, розширення в ньому диспозитивних засад. Аналіз сучасного українського законодавства та законодавства окремих зарубіжних країн дозволяє визначити напрями такого удосконалення. Серед них — забезпечення відплатності послуг опікуна (піклувальника), врахування волі батьків (зокрема вираженої у заповіті) щодо особи опікуна (піклувальника) для їх дитини, оптимізація положень щодо можливої кількості опікунів (піклувальників) для підопічного.

Список використаних джерел

1. *Прутян, Д. С.* Опіка за римським приватним правом та сучасним цивільним законодавством України [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Д. С. Прутян. — Одеса, 2007. — 20 с.
2. *Победоносцев, К. П.* Курс гражданского права [Текст] : в трех томах [по изд. 1896 года] / К. П. Победоносцев ; под ред. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003. — Том 2. — 656 с.
3. *Михеева, Л. Ю.* Опекa и попечительство: Теория и практика [Текст] / Л. Ю. Михеева ; под ред. Р. П. Мананковой. — М. : Wolters Kluwer, 2004. — 356 с.
4. *Ершова, Н. М.* Вопросы семьи в гражданском праве [Текст] / Н. М. Ершова. — М. : Юридическая литература, 1977. — 176 с.
5. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947—III [Текст] // Урядовий кур'єр. — 2002. — № 44. — 6 березня.
6. Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України : Закон України від 22.12.2006 р. № 524—V [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/524-16>.
7. Гражданский кодекс Украины: Комментарий [Текст]. — Изд. второе. — Х. : Одиссей, 2004. — Т. 1. — 832 с.
8. Про опеку и попечительство : Федеральный закон Российской Федерации от 24.04.2008 г. № 48—ФЗ [Электронный ресурс] / Консультант Плюс. — URL : https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_76459.
9. *Пивоварова, В. Г.* Комментарий к Федеральному закону «Об опеке и попечительстве» [Текст] / В. Г. Пивоварова, О. В. Кузнецова. — М. : Дашков и К°, 2015. — 256 с.
10. Цивільне право України. Загальна частина [Текст] : підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — 3-тє вид., перероб. і доп. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 976 с.
11. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) [Текст] / пер. с франц. В. Захватаев / отв. ред. А. С. Довгерт. — К. : Истина, 2006. — 1008 с.

12. Гражданское уложение Германии: Ввод. Закон к Гражд. Уложению [Текст]; пер. с нем. / [В. Бергман, введ. сост.]; научн. ред. А. Л. Маковский [и др.]. — 2-е изд., доп. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 816 с.
13. Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини: затв. постановою Кабінету Міністрів України від 24.09.2008 р. № 866 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-p>.



КУЛІНІЧ Ольга Олексіївна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Національний університет «Одеська юридична академія»,

м. Одеса, Україна

ВИКОРИСТАННЯ ЗОВНІШНЬОГО ВИГЛЯДУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ ДВІЙНИКОМ

Одним з актуальних питань у науці цивільного права залишається вироблення механізму ефективної охорони особистих немайнових благ фізичної особи, зокрема її зовнішнього вигляду, власного зображення, імені та інших. Незважаючи на чисельні наукові праці у сфері особистих немайнових прав, не втрачає своєї актуальності питання визначення умов правомірності використання зовнішнього вигляду фізичної особи іншими особами. При розгляді питання про охорону права фізичної особи на власне зображення, права на зовнішній вигляд постає проблема законодавчого закріплення умов правомірності використання зовнішнього вигляду іншими особами.

Зовнішній вигляд фізичної особи є нематеріальним благом, яке індивідуалізує особу в суспільстві та характеризується через сукупність анатомічних, функціональних, соціальних та інших ознак матеріального чи нематеріального характеру, що є проявом її індивідуальності. Зовнішній вигляд як особисте благо фізичної особи володіє специфічними ознаками, формується та змінюється під впливом розгалуженої системи факторів: особистісно-родинних, існування яких зумовлене традиціями, правилами родини, в якій фізична особа народилась і/або виховувалась, та волею особи; природних, які діють незалежно від волі людини та проявляються у природних законах та явищах оточуючого світу; соціальних факторів, які частково можуть впливати на поведінку особи, спрямовану на зміну зовнішнього вигляду.

Незважаючи на їх різноманітність, сучасні технології та засоби зміни зовнішності дозволяють з легкістю копіювати та втілювати образи будь-яких осіб як у творчій діяльності (при відтворенні вигляду історичних персонажів, при виконанні пародій чи інших виступів), так і у повсякденному житті пересічними особами.

У науковій літературі питання визначення умов правомірності використання зовнішнього вигляду (образу) людини іншими особами не було предметом окремих доктринальних розробок, але в дослідженнях вчених можна визначити єдність поглядів у більшості важливих питань.

Передусім представляє інтерес дослідження класифікація фізичних осіб-двійників. Перш за все їх можна розділити на дві групи, в залежності від *носія зовнішності: реальні фізичні особи та комп'ютерні (віртуальні) образи* (створені завдяки новітнім комп'ютерним технологіям).

Специфічними, з точки зору правового регулювання, є образи, які створюються завдяки комп'ютерним програмам. При цьому, як підкреслює С. Чуковська, виникають певні проблеми морально-етичного характеру та питання про дотримання права фізичної особи на власне зображення при відтворенні комп'ютерних образів відомих акторів після їх смерті з метою наступного використання у фільмах [1, с. 133–134]. В. Мужанова також акцентує увагу на інтерес визнання «віртуального актора» зображенням особи. Як приклад автор наводить фільм «The Crow», головний актор якого загинув до завершення зйомки. Комп'ютерною програмою були проаналізовані та відтворені його рухи і завдяки цьому фільм вийшов на екрани з комп'ютерним персонажем, який з певного моменту замінив справжнього [2, с. 97].

Фізичних осіб, у тому числі акторів, залежно від *природи схожості*, можна поділити на *природних* (властива природна схожість) та *штучних двійників*.

Штучні, у свою чергу, поділяються на дві групи залежно від *тривалості та методів зміни зовнішності*.

До першої групи належать особи, зовнішність яких змінилася *на тривалий час* завдяки хірургічному втручанням. Частиною є випадки, коли фізичні особи намагаються бути схожими на певні еталони та завдяки чисельним операціям все ж таки набувають певного ступеня схожості з їх кумирами.

До другої групи належать особи, зовнішність яких була змінена *тимчасово* без хірургічного втручання (завдяки косметичним прийомам, гриму тощо). Прикладами тимчасової зміни зовнішності можуть бути різноманітні музичні шоу, де головним завданням є перевтілення в образ будь-якої відомої співачки (співака). У таких шоу завдяки використанню гриму, спеціальних масок максимально досягається схожість із зовнішністю людиною-прототипом. Тимчасові засоби перевтілення також використовують при зйомках акторів, які

грають роль певної історичної постаті, артистами при виконанні пародій.

Урегулювання питання використання зовнішнього вигляду фізичної особи повинні здійснюватися у чинному законодавстві при визначенні змісту права фізичної особи на зовнішній вигляд. У науковій літературі більшість з дослідників, наприклад Ш. К. Гаюров, висловлюють позицію, що правомочність щодо використання свого індивідуального вигляду полягає в можливості отримати матеріальні та (або) нематеріальні переваги за допомогою свого вигляду, дати згоду або заборонити використовувати свій вигляд іншим особам (двійникам) [3, с. 252].

Деякими вченими уточняється, що випадками використання зовнішності фізичної особи без її згоди є використання у кінофільмах, телепередачах, відеофільмах людьми-двійниками й іншими способами, якщо ці фільми не належать до творів зображального мистецтва [4, с. 124].

У наукових дослідженнях визначають умови, за яких використання зовнішнього вигляду фізичної особи є неправомірним.

М. М. Малєїна вважає, що неправомірним слід вважати використання чужого зовнішнього вигляду двійником, якщо людина усвідомлює власну схожість та (або) свідомо змінює свій вигляд шляхом пластичних операцій, гриму; видає себе за зображувану особу [5, с. 137]. А. Казар'ян [6, с. 59], В. А. Белов [7, с. 15–19] звертають також увагу, що коли наслідування чужого образу здійснюється на умовах, що не можуть викликати плутанину з оригіналом, не приводить до збагачення особи, яка наслідує образ, не завдає шкоди особі, — використання зображення є законним. Позивачу потрібно буде довести, що порушення його суб'єктивного права на власне зображення чи завдає йому збитків чи моральної шкоди або призводить до безпідставного збагачення.

Отже, особи повинні розуміти свою схожість з оригінальним виглядом певних осіб та вживати дії, які компрометують чи висміюють особу або видають себе за неї з корисливою метою [8, с. 231; 9, с. 75–76; 10, с. 41], у тому числі з метою отримати вигоду з експлуатації чужого вигляду [11, с. 71].

На практиці непоодинокі випадки, коли відбувається використання образу фізичної особи з метою отримання незаконного прибутку. Прикладом є створення артистів-клонів. Так, у сценічного дуєту «Нові російські бабки» був клон, який, за висновком експертів, скопіював не тільки імідж, характерний одяг, особливості вимови персонажів, але й цілі фрагменти з оригінальних програм. Завдяки такій афері клон отримав за свій виступ більше 380 тис. руб. Про те, що вони несправжні бабки, клон став попереджати на початку свого виступу та тільки після того, як їх діяльністю почали цікавитися справжні артисти [12, с. 21] Такі випадки не є поодинокими.

П. Ю. Пустовалов допускає можливість використання осіб, схожих на популярних чи загримованих, у зйомках рекламних роликів (у випадку відмови від співробітництва справжнього артиста з будь-яким виробником чи рекламним агентством як продовження попередніх зйомок у рекламі) за умови, що не завдає шкоди та честі особи, образ якої використовується [13, с. 132].

У законодавстві США запроваджено таке положення, відповідно до якого використання «двійників» відомих людей може кваліфікуватися як втручання в особисте життя людини. Також у результаті розгляду судових справ встановлено, що право на невтручання в особисте життя зберігається і після смерті людини [14, с. 42].

Цивільно-правова охорона індивідуального вигляду і зображення фізичної особи переслідує ту ж саму мету, що і охорона імені. Фізична особа повинна мати можливість здійснювати суспільно корисну діяльність не боячись, що її з ким-небудь переплутають, присвоївши їй заслуги іншій особі або, навпаки, приписавши йому чужі недоліки. Вона повинна бути впевнена, що ніхто не зможе без її санкції «заробляти» на її зовнішності або зображенні. Переконані, що цілком виправданою є постановка питання про охорону саме зовнішнього вигляду (зовнішності) громадянина, а не тільки про право на власне зображення, яке в деяких ситуаціях може виявитися взагалі нездатним захистити інтереси громадянина, зовнішність якого була представлена широкій публіці без її на те згоди [15, с. 86].

При визначенні правових засад використання юридично значимих елементів — імені фізичної особи та зовнішнього вигляду, слід звернути увагу на такі норми ЦК України. Відповідно до ст. 296 ЦК України використання імені фізичної особи в літературних та інших творах, крім творів документального характеру, як персонажа (дійової особи) допускається лише за її згодою, а після її смерті — за згодою її дітей, вдови (вдівця), а якщо їх немає — батьків, братів та сестер. При цьому використання повинно відбуватися з дотримання моральних засад суспільства, з повагою до пам'яті про померлу особу [16, с. 43–44]. За аналогією, з врахуванням положень ст.ст. 307, 308 ЦК України, можна зробити висновок, що використання зображення фізичної особи як персонажа твору повинно відбуватися за його згодою. Цікавим, але поки ще не вирішеним залишається питання про використання образу фізичної особи як персонажа художніх творів шляхом його відтворення або шляхом створення пародії іншими особами.

В Україні у судовій практиці також існує приклад використання образу фізичної особи як персонажа твору, але, якщо прослідкувати обґрунтування рішень на розгляді в різних інстанціях, можна зробити висновок про відсутність єдиного підходу до тлумачення норм ст.ст. 307, 308 ЦК України та до тлумачення категорій «зображення» та

«зовнішній вигляд». Прикладом є така справа. Відповідач ТОВ «Галеон Кіно» здійснює розповсюдження художнього фільму, в якому у виконанні ролі (персонажа) певного естрадного виконавця без згоди використане його зображення в сукупності з найменуванням, що явно вказує на схожість з використовуваним ним найменуванням, а також у сукупності з вигаданими особливостями поведінки вищевказаного персонажа.

Судом першої інстанції було встановлено порушення права фізичної особи на зображення, закріплене у ст. 308 ЦК України та прийнято рішення про стягнення суми відшкодування моральної шкоди в розмірі 25 000 грн., про вилучення у відповідача всіх примірників художнього фільму для їх подальшого знищення, заборонено відповідачу вчиняти будь-які дії, пов'язані з рекламою та/або розповсюдженням спірного художнього фільму [17].

Судом апеляційної інстанції було звернуто увагу на те, що зображення позивача, зовнішність якого є загальновідомою, не використовувалось. Роль грає актор, риси якого мають схожість із зовнішністю позивача у справі. Проте ця обставина не свідчить про використання в художньому фільмі зображення позивача в розумінні положень ч. 1 ст. 308 ЦК України. Виконання ролі актором підтверджуються також титрами до цього фільму. Оскільки охорона інтересів особи за цією статтею презюмує використання зображення фізичної особи в цих художніх творах, а зображення позивача в художньому фільмі не використовувалось, то відповідачем особисте немайнове право позивача у справі на зображення не порушено. З врахуванням встановленого, рішення суду першої інстанції було скасовано, у задоволенні позовних вимог відмовлено [18]. При розгляді справи у касаційній інстанції рішення апеляційного суду м. Києва було скасовано, а справа направлена на новий розгляд до суду апеляційної інстанції [19].

Відповідачами доведено, що у фільмі вони не використовували зображення позивача, його фотографії та відеозаписи, а тому його згода на використання зображення не потрібна. Автори фільму створили свій персонаж, який за сценарієм є збірним сценічним образом російського шоу-мена, і не відповідає ані імені, ані прізвищу позивача. Зазначений фільм знятий у жанрі пародії на закулісний світ естрадного мистецтва. Використання в образі персонажа деяких елементів зовнішності позивача, манери одягатися, міміки, жестикуляції ніяким чином не доводить факт використання його зображення у фільмі, оскільки такі елементи зовнішності та манери поведінки є типовими для багатьох представників російської естради. З огляду на наведене, вважаємо, що висновок суду про порушення прав позивача на охорону його зображення у розумінні ст. 308 ЦК України є помилковим. Ім'я та прізвище позивача також не є тотожними з персонажем фільму, окрім

того, в фільмі відсутні твори образотворчого мистецтва, в яких зображений позивач.

На думку представників позивача, використання зображення позивача здійснено через відображення (зображення, використання) індивідуальних елементів і ознак зовнішності позивача в таких творах образотворчого мистецтва, як грим, за допомогою якого зовнішньому вигляду актора, виконуючого роль персонажа, надано максимальну схожість із зовнішністю позивача. Колегія суддів погоджується з доводами апеляційної скарги, що саме по собі посилання на окремі елементи схожості персонажа фільму з зовнішністю позивача (коротка зачіска, форма бороди, манера одягатися, міміки тощо) не доводить факт використання його зображення у фільмі, оскільки такі елементи зовнішності та манери поведінки є характерними для багатьох представників російської естради. Зважаючи на викладене, колегія суддів вважає, що рішення суду першої інстанції не ґрунтується на положеннях ч. 1 ст. 308 ЦК України та зібраних у справі доказах, а тому воно підлягає скасуванню з ухваленням у справі нового рішення про відмову в задоволенні позовних вимог за їх недоведеністю [20]. Це рішення демонструє важливість розмежування зовнішнього вигляду та зображення фізичної особи і прав на них. В Україні, на жаль, на законодавчому рівні не врегульовано використання зовнішності іншої особи. Чинне законодавство не містить засад створення та використання пародій, шоу-двійників та інших способів використання зовнішності чужої особи особами-двійниками.

Список використаних джерел

1. *Чуковская, Е. Э.* Правовые аспекты предпринимательской деятельности в кинематографии [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Чуковская Екатерина Эдуардовна. — М., 1999. — 200 л.
2. *Мужанова, В. А.* Понятие изображение в германском праве [Текст] / В. А. Мужанова // Защита частных прав: проблемы теории и практики: материалы Междунар. науч.-практ. конф. (г. Иркутск, 20–21 апреля 2012 г.) / отв. ред. Н. П. Асланян. — Иркутск : Изд-во БГУЭП, 2012. — С. 94–101.
3. *Гаюров, Ш. К.* Личное информационное право граждан: проблемы гражданско-правового регулирования в Республике Таджикистан [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Гаюров Шукрулло Караматуллоевич. — М., 2010. — 371 л.
4. *Скокіна, О. О.* Право на зовнішній вигляд: деякі аспекти цивільно-правового регулювання [Текст] / О. О. Скокіна // Проблеми цивільного права та цивільного процесу на сучасному етапі розвитку законодавства : матеріали міжвузівської курсантської (студентської) наукової конференції, 5 квітня 2002 р. — Донецьк : ДІВС, 2002. — С. 121–126.
5. *Малеіна, М. Н.* Право гражданина на внешний облик (вид) [Текст] / М. Н. Малеіна // Советское государство и право. — 1990. — № 11. — С. 134–138.

6. *Казарян, А.* Право на образ знаменитости [Текст] / А. Казарян // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2011. — № 5. — С. 56–59.
7. *Белов, В. А.* Занимательная цивилистика: Очерки по небольшим, но небезызвестным вопросам гражданского права [Текст] / В. А. Белов. — Вып. 1. — М.: Центр ЮрИнфорР®, 2006. — 189 с.
8. *Бородкін, А. О.* Право громадян України на індивідуальність: цивільно-правовий аспект [Текст] / А. О. Бородкін // Проблеми розвитку держави і права України в сучасних умовах: тези доповідей учасників Всеукраїнської студентської наукової конфер. 30–31 березня 2000 р. — Одеса: [Б.в.], 2000. — С. 230–231.
9. *Підпригора, І. С.* Право фізичних осіб на індивідуальність в Україні: цивільно-правовий аспект [Текст] / І. С. Підпригора // Наука і вища освіта: доповіді учасників Х Міжвузівської студентської наукової конференції. — Запоріжжя: Гуманітарний ун-т «Запорізький інститут державного та муніципального управління», 2002. — Вип. 6. — Ч. 2. — С. 74–76.
10. *Мінюкова, Т.* Право на індивідуальність [Текст] / Т. Мінюкова // Вісник прокуратури. — 2001. — № 1 (7). — С. 40–41.
11. *Волкова, Н. В.* Зовнішній вигляд і зображення фізичної особи в системі індивідуалізуємих засобів (окремі аспекти) [Текст] / Н. В. Волкова // Південноукраїнський правничий часопис. — 2008. — № 1. — С. 69–71.
12. *Галицьких, О.* Фальшивые бабки. Курортный «чес» артистов-«клонов» завершился в зале суда [Текст] / О. Галицьких // Российская газета. — 2006. — 29 марта. — С. 21.
13. *Пустовалов, П. Ю.* Право на изображение [Текст] / П. Ю. Пустовалов // Право и современность: сб. науч.-практ. ст. — Саратов: СЮИ МВД России, 2008. — Вып. 3: Ч. 1. — С. 128–132.
14. *Зоріна, Ю.* Особисті немайнові права людини у рекламі [Текст] / Ю. Зоріна // Право України. — 2004. — № 10. — С. 41–43.
15. *Красавчикова, Л. О.* Личная жизнь под охраной закона [Текст] / Л. О. Красавчикова. — М.: Юридическая литература, 1983. — 160 с.
16. *Гаврилов, Е. В.* К вопросу о доброй памяти об умершем человеке как нематериальном благе в России и в Украине [Текст] / Е. В. Гаврилов // Актуальні проблеми юридичної науки: зб. тез Міжнародної наукової конференції «Одинадцять осінніх юридичних читань» (м. Хмельницький, 23–24 листопада 2012 р.): у 4-х ч. — Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2012. — Частина третя. — С. 43–44.
17. Рішення Печерського районного суду м. Києва від 23.04.2013 р. у справі № 757/1460/13-ц [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31003057>.
18. Рішення Апеляційного суду м. Києва від 30.10.2013 р. у справі № 22-ц/796/7681/2013 [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34477157>.
19. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26.02.2014 р. [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37455196>.

20. Рішення Апеляційного суду м. Києва від 27.05.2014 р. у справі № 22-ц/796/5864/2014 [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38975727>.



СЕРДЕЧНА Ірина Леонідівна,

*Хмельницький університет управління та права,
м. Хмельницький, Україна*

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВІДНОСИН МІЖ ІНШИМИ ЧЛЕНАМИ СІМ'Ї ТА РОДИЧАМИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА КРАЇН СНД

Сім'я відіграє важливу роль в особистому житті людей. Членів сім'ї об'єднує почуття любові, дружби, поваги, взаємні обов'язки, відповідальність за виховання дітей [1, с. 3]. Однак розвиток та формування особистості дитини відбувається під впливом не лише батьків, але й інших членів сім'ї та родичів, а саме: діда, баби, прадіда, прабаби, братів, сестер, мачухи, вітчима та інших осіб. Сімейне законодавство наділяє названих суб'єктів повним колом особистих немайнових та майнових прав і обов'язків. У межах нашого дослідження плануємо дослідити, яким чином визначаються особливості правовідносин між іншими членами сім'ї та родичами за законодавством України та деяких країн СНД, серед них — Республіка Білорусь, Республіка Казахстан, Республіка Молдова та Російська Федерація.

При дослідженні поставленого питання звернемо увагу на кодифіковані нормативно-правові акти в галузі сімейного права, що дозволить чітко з'ясувати підхід законодавця у тій чи іншій країні до регулювання особистих немайнових та майнових відносин між іншими членами сім'ї та родичами. У кодексах, що регулюють сімейні відносини, для позначення досліджуваних суб'єктів використовуються різні категорії: інші члени сім'ї та родичі, інші члени сім'ї або інші родичі. Перейдемо до безпосереднього дослідження.

Кодексом Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю (Кодекс Республіки Білорусь) від 9 липня 1999 р. [2] поряд із найважливішими відносинами, які врегульовані сімейним законодавством країни, правовідносинам, що виникають між членами сім'ї та родичами, присвячено конкретні статті. В окремому розділі, що має назву «Сім'я», законодавцем визначено такі поняття:

— близьке споріднення — це відносини, що виникають із кривного споріднення між батьками і дітьми, рідними братами і сестрами, дідом, бабою та внуками;

— свояцтво — це відносини між одним із подружжя та близькими родичами іншого з подружжя.

Особисті немайнові правовідносини в сім'ї регулюються гл. 10 Кодексу Республіки Білорусь, відповідно до норм якої визначені особисті немайнові права та обов'язки не лише батьків, але і родичів. Статтею 78 Кодексу Республіки Білорусь передбачено право діда, баби на спілкування з внуками. Також гарантовано, що у випадку порушення цього права дід, баба мають право звернутися до суду за захистом своїх прав, однак окрім випадків, коли таке спілкування не відповідає інтересам дитини. Окремою главою визначені соціальні права дитини: право на життя та належні умови життя й охорону здоров'я; право жити в сім'ї разом з батьками та близькими родичами; право на їх турботу та увагу; право на освіту та працю. У свою чергу, майнові зобов'язання щодо взаємного утримання інших членів сім'ї та родичів нормами Кодексу не передбачені.

Отже, в Кодексі Республіки Білорусь, поряд із особистими немайновими правами батьків, сформульовано право діда та баби на спілкування з внуками, а також право дитини жити в сім'ї разом з батьками та близькими родичами. При цьому взаємних прав щодо утримання дідом, бабою своїх внуків сімейним законодавством Республіки Білорусь не передбачено.

Кодекс Республіки Казахстан про шлюб (подружжя) та сім'ю (далі — Кодекс Республіки Казахстан) від 26 грудня 2011 р. [3] значно систематизував і удосконалив норми, що регулюють сучасні сімейні відносини.

У загальних положеннях Кодекс Республіки Казахстан при визначенні термінології, яка в ньому використовується, у п.п. 13, 16, 36 ст. 1 сформулював такі поняття:

— близькі родичі — батьки (один із батьків), діти, усиновлювачі, усиновлені діти, повнорідні та неповнорідні брати і сестри, дід, баба, внуки;

— свояцтво — відносини одного із подружжя до близьких родичів іншого з подружжя;

— родичі — особи, які перебувають у родинному зв'язку, мають спільних предків до прадіда і прабаби.

Особисті немайнові правовідносини між членами сім'ї та родичами регулюються окремими нормами, а саме ст. 61 Кодексу Республіки Казахстан, відповідно до якої дитина має право на спілкування з батьками та іншими родичами (дідом, бабою, братами, сестрами та іншими родичами). При цьому вказано, що розірвання шлюбу між батьками, визнання його недійсним чи окреме проживання батьків не можуть впливати на права дитини.

Окремою нормою визначено, що дитина, яка перебуває у складній життєвій ситуації, має право на спілкування зі своїми батьками та іншими родичами у визначеному законом порядку.

Поряд із аліментними зобов'язаннями, які виникають між батьками та дітьми, подружжям, колишнім подружжям, гл. 21 в Кодексі Республіки Казахстан визначено порядок та способи стягнення аліментів з членів сім'ї (баби, діда та внуків, братів та сестер, мачухи, вітчима та пасинка, падчерки та вихованця на користь особи, яка фактично його виховувала).

Отже, сімейним законодавством Республіки Казахстан врегульовано право на спілкування дитини з іншими родичами, а також обов'язок щодо взаємного утримання. Окрім того, закріплено основні поняття, пов'язані із досліджуваними правовідносинами.

Сімейні правовідносини в Республіці Молдова регулюються Сімейним кодексом (далі — СК Республіки Молдова) від 26 жовтня 2000 р. [4]. Поряд із відносинами, що виникають між подружжям, батьками та дітьми і щодо влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, сімейне законодавство країни регулює особисті немайнові та майнові правовідносини, що виникають між членами сім'ї та родичами. У першу чергу, варто звернути увагу на розуміння понять «споріднення» та «свояцтво». Відповідно до п.п. 1–3 ст. 45 СК Республіки Молдова:

— споріднення — це зв'язок, що виникає на підставі походження однієї особи від іншої (пряма лінія) або декількох осіб від спільного пращура (бокова лінія);

— родичі одного із подружжя є свояками іншого з подружжя. Лінії та ступені свояцтва відповідають лініям та ступеням споріднення.

У розділі III «Правові відносини між батьками та дітьми» визначаються права неповнолітніх дітей. Одне із них є право дитини на спілкування з батьками та іншими родичами (ст. 52 СК Республіки Молдова). Відповідно до змісту статті дитина має право на спілкування з батьками, дідом, бабою, братами, сестрами та іншими родичами. А також у разі, якщо дитина потрапила в екстремальну ситуацію (затримання, арешт тощо), вона має право зв'язатися з батьками або іншими родичами у встановленому порядку. Окремо виділене особисте немайнове право діда, баби, брата, сестри на спілкування з дитиною (ст. 65 СК Республіки Молдова). Законодавець не лише уповноважує осіб цим правом, але й вказує на способи його захисту. Глава 14 СК Республіки Молдова регулює питання щодо аліментних зобов'язань інших членів сім'ї, відповідно до якої зобов'язання щодо взаємного утримання покладаються на братів, сестер, діда, бабу та внуків, мачуху, вітчима та пасинка, падчерку та інших осіб (ст.ст. 86–91).

Отже, в СК Республіки Молдова визначаються поняття «споріднення» та «свояцтво». Поряд із особистими немайними

правами інших членів сім'ї, сформульовано майнові обов'язки діда, баби, братів, сестер, мачухи, вітчима та інших.

«Сім'я, материнство, батьківство та дитинство знаходиться під захистом держави», на загальних положеннях, якою ґрунтуються сімейне законодавство Російської Федерації, закріплене в ст. 1 Сімейного кодексу (далі — СК РФ) від 29 грудня 1995 р. [5]. Права неповнолітніх дітей систематизовано в межах окремої глави, де поряд із основними правами дитини, такими як: право жити та виховуватись у сім'ї, право на захист, право висловлювати свою думку, — майновими правами визначено право дитини на спілкування з батьками та іншими родичами. Законодавець вказує, що розірвання шлюбу не впливає на це право, а також визначає, що при перебуванні дитини в екстремальній ситуації (затримання, арешт, взяття під варту, перебування в лікувальному закладі та інші) вона має право на спілкування зі своїми батьками та іншими родичами.

У СК РФ особистим немайновим правовідносинам між членами сім'ї та родичами присвячено незначну увагу. Визначивши у ст. 55 СК РФ право дитини на спілкування з батьками та іншими родичами, законодавець повторює це право у ст. 67 СК РФ та формулює його як право на спілкування з дитиною діда, баби, брата, сестри, інших родичів.

Отже, узагальнюючи вищеназване СК РФ не залишає поза увагою правовідносини, що виникають між іншими членами сім'ї та родичами, і регулює не лише майнові, але й особисті немайнові відносини.

Особисті немайнові та майнові правовідносини між родичами та іншими членами сім'ї в Україні регулюються Сімейним кодексом України (СК України) від 10 січня 2002 р. [6]. Цим правовідносинам присвячений V розділ СК України, що має назву «Права та обов'язки інших членів сім'ї та родичів». Учасниками цих сімейних правовідносин відповідно до ст. 2 СК України виступають дід, баба, прадід, прабаба, внуки, правнуки, брати та сестри, мачуха, вітчима та падчерка, пасинок, інші члени сім'ї, визначені Кодексом, а також особа, яка взяла у свою сім'ю дитину на виховання. Не регулює СК України відносини між двоюрідними братами та сестрами, між дядьком, тіткою та племінницею, племінником і між іншими родичами за походженням.

Українським сімейним законодавством порівняно із законодавствами вищезгаданих країн визначено більш широке коло особистих немайнових прав та обов'язків, що виникають між родичами та іншими членами сім'ї, а саме: право баби та діда, прабаби, прадіда на виховання внука та правнука (ст. 257); право баби і діда щодо захисту внуків (ст. 258); права братів та сестер на спілкування (ст. 259); право мачухи, вітчима брати участь у вихованні пасинка, падчерки (ст. 260); права та обов'язки особи, яка взяла у свою сім'ю дитину, щодо

її виховання (ст. 261); право сестри, брата, мачухи, вітчима та інших членів сім'ї на захист дітей (ст. 262). Також передбачений взаємний особистий немайновий обов'язок особи піклуватися про діда, бабу, прадіда, прабабу, а також особу, з якою вона проживала однією сім'єю (ст. 264).

Отже, сьогодні, як і в усі часи, важливим завданням є правове регулювання сім'ї. Особисті немайнові та майнові правовідносини, що виникають між іншими членами сім'ї та родичами, потребують значної уваги з боку законодавця. З аналізу сімейного законодавства щодо регулювання досліджуваних правовідносин Республіки Білорусь, Республіки Казахстан, Республіки Молдова, Російської Федерації та України, ми можемо відзначити, що досить широко врегульовано це питання законодавствами досліджуваних країн.

Повною мірою визначаються відносини між іншими членами сім'ї та родичами, що виникають як у сфері особистих немайнових прав, так і майнових, що сприяє нормальному функціонуванню відносин у межах сім'ї та родини. Позитивним у законодавствах деяких країн вбачаємо нормативне визначення таких понять, як: споріднення, свояцтво, родичі та близькі родичі, закріплення яких було б позитивним для регулювання сучасних сімейних відносин в Україні.

Список використаних джерел

1. Мельник, Є. Ф. Права і обов'язки членів сім'ї. Деякі питання шлюбно-сімейного законодавства [Текст] / Є. Ф. Мельник. — К. : Політвидав України, 1976. — 52 с.
2. Кодекс Республіки Беларусь о браке и семье от 09.07.1999 г. № 278–З [Текст] // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. — 28.07.1999 — № 55. — 2/53.
3. Кодекс Республики Казахстан о браке (супружестве) и семье от 26.12.2011 г. № 518–IV [Электронный ресурс] / Информационное агентство Zakon.kz. — URL : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31102748.
4. Семейный кодекс Республики Молдова от 26.10.2000 г. № 1316 // Monitorul Oficial. — 2000. — Nr. 47–48. — № 210 [Электронный ресурс] / Ministerul Justitiei. — URL : <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=286119&lang=2>.
5. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 г. № 223–ФЗ [Электронный ресурс] / Банк данных «Нормативно-правовые акты Федерального Собрания Российской Федерации». — URL : <http://duma.consultant.ru/documents/1164412>.
6. Семейный кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947–III [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 21–22. — Ст. 135.



ВАТРАС Володимир Антонович,

кандидат юридичних наук, доцент,

*Подільська лабораторія Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака*

Національної академії правових наук України,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ УКРАЇНИ У СІМЕЙНИХ ВІДНОСИНАХ

Важливе місце в системі джерел сімейного права відводиться міжнародним договорам України, які не лише визнаються частиною національного законодавства, але й мають вищу юридичну силу серед інших актів законодавства. Спробуємо дослідити проблему застосування міжнародних договорів у сімейних відносинах.

19 грудня 2014 р. була прийнята постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ № 13 «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя» [4]. У ній зазначається, що міжнародні договори України, які набрали чинності, не лише сприяють розвитку міждержавного співробітництва у різних сферах суспільного життя та належному забезпеченню національних інтересів, здійсненню мети, завдань і принципів зовнішньої політики України, закріплених у Конституції України, а й можуть завдяки своєму пріоритету над нормами відповідних законодавчих актів України змінювати регулювання правових відносин, установлених законодавством України. У п. 8 Постанови визначені загальні правила застосування міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя, що мають значення для захисту сімейних прав та інтересів. Так, чинні міжнародні договори України застосовуються судами при здійсненні правосуддя, зокрема: при розгляді та вирішенні цивільних справ, якщо міжнародним договором України встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, яке регулює відносини, що є предметом судового розгляду; при розгляді та вирішенні цивільних справ, якщо міжнародним договором України встановлено інші правила судочинства, ніж ті, що передбачені цивільним процесуальним законом України; при вирішенні цивільних справ, якщо міжнародним договором України регулюються відносини, у тому числі з іноземними державами чи іноземцями, що стали предметом судового розгляду (наприклад, при розгляді клопотань про виконання рішень іноземних судів в Україні); якщо є відсылна норма національного законодавства до відповідних джерел міжнародного

права; якщо міжнародно-правова норма визначає іншу процесуальну форму судового провадження, ніж та, що встановлена Цивільним процесуальним кодексом України (ЦПК України) (наприклад, при вирішенні цивільної справи міжнародним договором України передбачені інші правила судового провадження).

У разі застосування судом відповідного міжнародного договору України при вирішенні справи в мотивувальній частині судового рішення в обов'язковому порядку має зазначатися норма цього міжнародного договору (назва, стаття, її частина, абзац, пункт, підпункт міжнародного договору, на підставі яких вирішено справу, а також процесуального закону, яким керувався суд). Причому вказується, що слід визнати правильною практику тих судів, які за наявності аналогічних норм національного законодавства, що регулюють спірні правовідносини, при вирішенні справ по суті застосовують не норми міжнародного договору України, а національне законодавство. При цьому не є зайвим посилення на наявність аналогічних норм міжнародного права.

Слід зауважити, що Україна не лише визначила міжнародний договір частиною національного законодавства, але й у застосуванні надала йому перевагу над іншими актами сімейного законодавства. Причому такі правила законодавчо закріплені як у СК України, так й інших спеціальних законах. У зв'язку з цим, для того, щоб міжнародний договір став джерелом сімейного права, необхідно:

1) щоб він став частиною національного законодавства, тобто згоду на його обов'язковість надала Верховна Рада України відповідно до Закону України «Про міжнародні договори України» або така згода вже була надана у порядку правонаступництва згідно з Віденською конвенцією про правонаступництво держав щодо договорів від 23 серпня 1978 р. [2] та Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р., яким Україна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України (ст. 6) [5];

2) щоб він регулював сімейні відносини, коло яких визначено в СК України та інших актах сімейного законодавства, а саме: сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачами та усиновленими, між матір'ю та батьком дитини щодо її виховання, розвитку та утримання; сімейні особисті немайнові та майнові відносини між бабою, дідом, прабабою, прадідом та внуками, правнуками, рідними братами та сестрами, мачухою, вітчимою та падчеркою, пасинком; сімейні особисті немайнові та (або) майнові відносини між іншими членами сім'ї, визначеними у ньому (ст. 2 СК України). Такі сімейні правовідносини можливо класифікувати за критерієм їх суб'єктного складу на правовідносини між подружжям, особами, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, та колишнім подружжям (подружні і прирівняні до них

правовідносини); правовідносини між батьками та дітьми (батьківське правовідношення); правовідносини між близькими родичами та особами, що до них прирівнюються (родинні правовідносини); правовідносини між усиновлювачем та усиновленою ним дитиною (правовідношення з приводу усиновлення); правовідносини між суб'єктами сімейного права, що пов'язані із влаштуванням дітей, позбавлених батьківського піклування, в сім'ю (опіка, піклування, патронат, прийомна сім'я) [1];

3) щоб він не суперечив Конституції України (ст. 9), де закріплено правило, за яким укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України.

Україна є учасницею низки міжнародних договорів у сфері сім'ї та шлюбу. Причому серед них наявні конвенції, пакти, хартії, декларації, двосторонні угоди про надання правової допомоги тощо. Слід зауважити, що серед міжнародних договорів, що є частиною національного сімейного законодавства, є договори із загальних питань, які регулюють різні суспільні відносини, в тому числі сімейні відносини, наприклад, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., яка прийнята у Римі та ратифікована Україною 17 липня 1991 р., що стосується захисту низки прав людини і основоположних свобод, у тому числі і права на повагу до сімейного життя (ст. 8). Окремі аспекти сімейних відносин регулюються у Загальній декларації прав людини, проголошеній Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р. (ст.ст. 12, 16, 25, 26 — щодо права на сімейне життя, шлюб і створення та захист сім'ї, материнства і дитинства, здійснення права на виховання дітей тощо). До складу цієї групи договорів можна віднести Конвенцію про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах держав-членів СНД (м. Мінськ) від 22 січня 1993 р., що ратифікована Україною 10 листопада 1994 р. [3], яка діє в рамках СНД і регулює низку питань взаємодії та допомоги держав-учасниць у сімейних справах. На зміну Мінській конвенції має прийти Кишинівська конвенція з аналогічною назвою від 7 жовтня 2002 р., яка знаходиться в процесі ратифікації Україною.

Захист прав дитини, в тому числі у сім'ї, гарантується Декларацією прав дитини, що прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1959 р. (принципи 6–8), Конвенцією про права дитини від 20 листопада 1989 р. (ратифікована Україною 27 лютого 1991 р.), Європейською конвенцією про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 р., підписаною у Страсбурзі (ратифікована Україною 3 серпня 2006 р.), Конвенцією про контракт з дітьми (м. Страсбург) від 15 травня 2003 р. (ратифікована Україною 20 вересня 2006 р.), Європейською конвенцією про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом ETS

№ 085 від 15 жовтня 1975 р. (ратифікована Україною 14 січня 2009 р.) тощо.

Сьогодні досить жваво обговорюється питання про формування ювенального права та ювенальної юстиції, а тому міжнародно-правова база, сформована завдяки міжнародним договорам, є потужною правовою основою для цього. СК України наділяє дитину особливим правовим статусом, у першу чергу, завдяки розвитку міжнародного договірної права, свідченням чого є ч. 7 ст. 7 СК України, відповідно до якої дитина має бути забезпечена можливістю здійснення її прав, установлених Конституцією України, Конвенцією про права дитини, іншими міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

В окрему групу слід виділити міжнародні договори, які власне є сімейно-правовими за своє юридичною природою і регулюють сімейні відносини в межах інститутів сімейного права. Серед них слід назвати Конвенцію про стягнення аліментів закордоном від 20 червня 1956 р. (м. Нью-Йорк), яка підписана Україною 20 липня 2006 р., Конвенцію про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання від 23 листопада 2007 р. (м. Гаага, ратифікована Україною 11 січня 2013 р.), Конвенцію про громадянство заміжньої жінки від 20 лютого 1957 р. (ратифікована для республік СРСР 28 серпня 1958 р.), Конвенцію про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання від 2 жовтня 1973 р. (Україна приєдналась 14 вересня 2006 р.), Європейську конвенцію про визнання та виконання рішень стосовно опіки над дітьми та про поновлення опіки над дітьми ETS № 105 від 20 травня 1980 р. (ратифікована Україною від 6 березня 2008 р.), Конвенцію про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей від 19 жовтня 1996 р. (ратифікована Україною 14 вересня 2006 р.), Європейську конвенцію про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 р. (ратифікована Україною 15 лютого 2011 р.) тощо. Вищевказані міжнародні договори володіють сімейно-правовою природою та регулюють окремі інститути сімейного права.

Щодо окремих міжнародних договорів України у сфері сім'ї та шлюбу існують обмеження та застереження до їх застосування. Наприклад, Україна в Законі України «Про приєднання України до Конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей» висловила застереження відповідно до ст.ст. 55, 60 цієї Конвенції щодо збереження юрисдикції своїх компетентних органів вживати заходів, спрямованих на захист нерухомого майна дитини, що розташоване на її території, та залишення за собою права не визнавати будь-яку батьківську відповідальність, а також заходи, якщо вони є несумісними із заходом, вжитим її компетентними

органами стосовно нерухомого майна дитини, розташованого на її території. Згідно з п. 3 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ № 13 від 19 грудня 2014 р. «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя» при застосуванні багатостороннього міжнародного договору судам слід враховувати, що в деяких випадках положення такого договору не будуть чинними у відносинах між двома його сторонами. Наприклад, відповідно до ст. 29 Гаазької конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970 року її положення замінюють положення ст.ст. 8–16 Гаазької конвенції з питань цивільного процесу 1954 року; згідно з положеннями ст. 38 Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 року для держави, яка приєднується до Конвенції, ця Конвенція набирає чинності лише у відносинах з тими її державами-учасницями, що висловили згоду на таке приєднання і застосування Конвенції, у зв'язку з чим наведена Конвенція застосовується у відносинах України з 65 державами з 92 учасниць Конвенції.

Можуть траплятися ситуації щодо обмеження в застосуванні положень міжнародних конвенцій у відносинах між окремими державами. Так, 30 червня 2011 р. Данія висловила заперечення проти приєднання України до Конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей 1996 року, до якої Україна приєдналася відповідно до Закону України від 14 вересня 2006 р. № 136–V «Про приєднання України до Конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей» і яка набрала чинності для України з 1 лютого 2008 р. У зв'язку із цим, згідно з п. 3 ст. 58 цієї Конвенції вона не набрала чинності у відносинах між Україною та Данією.

Слід зауважити, що ціла низка міжнародних договорів, які регулюють сімейні відносини, ще не стала частиною національного законодавства, а саме: Конвенція про згоду на вступ у шлюб, шлюбний вік і реєстрацію шлюбу від 10 грудня 1962 р., Конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується, та визнання рішень про усиновлення від 15 листопада 1965 р., Європейська конвенція про усиновлення дітей ETS № 058 від 24 квітня 1967 р., Конвенція про визнання розлучень і рішень про окреме проживання подружжя від 1 червня 1970 р., Конвенція про право, що застосовується до режимів власності подружжя від 14 жовтня 1978 р., Конвенція про укладення і визнання дійсності шлюбів від 14 жовтня 1978 р., Конвенція про захист дітей та співробітництво з питань міждержавного усиновлення від 29 травня 1993 р. та інші. У свою чергу, Україна вживає заходів щодо ратифікації таких договорів, серед яких особливе місце займають

міжнародні акти в рамках ЄС, ОБСЄ та Ради Європи з огляду на обраний Україною курс зовнішньої політики і прагнення стати частиною європейського правового простору.

Окрему відособлену групу джерел сімейного права складають двосторонні угоди про правову допомогу в сімейних та цивільних справах. Вони за юридичною силою нижчі в ієрархії міжнародних договорів, оскільки є обов'язковими лише для договірних сторін, однак з часу ратифікації стають частиною національного законодавства обох країн. Такі двосторонні договори про правову допомогу в сімейних справах Україна уклала з Чеською Республікою 28 травня 2001 р., Республікою Куба — 27 березня 2003 р., Республікою Польща — 24 травня 1993 р., Литовською Республікою — 7 липня 1993 р., Республікою Грузія — 9 січня 1995 р., Соціалістичною Республікою В'єтнам — 6 квітня 2000 р., Республікою Македонія — 10 квітня 2000 р., Латвійською Республікою — 23 травня 1995 р., Республікою Молдова — 13 грудня 1993 р., Естонською Республікою — 15 лютого 1995 р., з Турецькою Республікою — 23 листопада 2000 р. тощо.

Подальші наші наукові розвідки будуть спрямовані на більш детальне дослідження особливостей правого регулювання міжнародними договорами окремих видів сімейних відносин та діяльності України у сфері міжнародної договірної правотворчості.

Список використаних джерел

1. *Ватрас, В. А.* Суб'єкти сімейних правовідносин [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. А. Ватрас ; Ін-тут держави і права імені В. М. Корецького НАН України. — К., 2008. — 19 с.
2. Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів від 23.08.1978 р. [Текст] // Офіційний вісник України. — 2008. — № 20. — Ст. 584.
3. Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22.01.1993 р. [Текст] // Офіційний вісник України. — 2005. — № 44. — Ст. 2824.
4. Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя : постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 19.12.2014 р. № 13 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-14>.
5. Про правонаступництво України : Закон України від 12.09.1991 р. № 1543-ХІІ [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 46. — Ст. 617.



ПОПОВИЧ Тетяна Григорівна,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СТАНДАРТИЗАЦІЇ В УМОВАХ НАБУТТЯ ЧИННОСТІ УГОДОЮ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЄС

Система Європейської стандартизації виникла з потреби створити спільний ринок серед країн-членів й усунути усі технічні перепони торгівлі в межах європейської спільноти. З 1985 року, коли Європейський Союз розпочав велику реформу, спрямовану на зближення технічних законодавств своїх країн-членів (в рамках Нового підходу), європейська стандартизація розвивалася з феноменальною швидкістю і стала чинником, що сприяє інноваціям і технічному прогресу, забезпечуючи разом із тим безпечність та якість продукції та послуг, що надаються споживачу.

Європейські стандарти стали потужним інструментом для підвищення конкурентоспроможності підприємств Європейського Союзу. Вони стали на сторожі та захисті здоров'я та безпеки громадян Європи, а також охорони навколишнього природного середовища. Стандарти запропонували технічні вирішення проблем, посприяли торгівлі та співробітництву між країнами-членами [2]. На сьогодні стандарти та інші нормативно-технічні документи є основними рушіями, що допомагають переносити і поширювати технології в інтересах суспільства. Найголовнішим є те, що вони підвищують рівень ефективності політики ЄС з підтримки добробуту споживачів, охорони навколишнього природного середовища, торгівлі та єдиного ринку. Іноді надається фінансування та сприяння для окремих ініціатив і досліджень. Разом із тим Європейська комісія сприяє відкритості, прозорості та ефективності. Відповідно, Європейська комісія співпрацює з усіма визнаними органами стандартизації [1]. Це допомагає їм інтерпретувати і впроваджувати політику Співтовариства і міжнародні принципи. Загальними принципами стандартизації Міжнародної організації зі стандартизації (ISO) є:

1) відповідність потребам ринку (ISO самостійно, за власною ініціативою, не приймає рішення про початок процесу стандартизації). Лише за запитом представників певної галузі промисловості (ринку) або окремих суб'єктів цього ринку розпочинається розробка нового чи вдосконалення існуючого стандарту. Зазвичай ініціатори початку стандартизації певних товарів чи послуг звертаються до національних

органів стандартизації, що є членами ISO, як до посередників, що лобіюють надалі інтереси у цій сфері);

2) глобальність та неупередженість (зادля уникнення монопольного лобіювання інтересів представників певної галузі промисловості (ринку) або окремих суб'єктів цього ринку розробкою нового чи вдосконаленням існуючого стандарту займаються експертні групи. Ці експертні групи (комітети) обговорюють на глобальному рівні масштаби, особливості та основні засади нових вимог у сфері стандартизації. Вони несуть відповідальність за наповненість остаточного варіанту стандарту змістом);

3) різносторонність та різнорівневість (даний принцип уточнює попередній за суб'єктним складом експертних груп. До них мають входити не лише спеціалісти високої кваліфікації у цій галузі, але й представники споживацьких організацій, науково-дослідних інституцій, неурядових та урядових організацій);

4) консенсус при прийнятті остаточних рішень (усі коментарі, що надходять у робочу експертну групу, мають бути розглянуті. У разі відхилення таких пропозицій мають бути наведені ґрунтовні аргументи щодо такої відмови).

Застосування на міжнародному рівні цих чотирьох принципів показує гнучкість та одночасну твердість ISO щодо запровадження нових вимог стандартизації.

В Україні було значно розширено перелік принципів стандартизації. Так, державна політика України у сфері стандартизації базується на збалансованому застосуванні таких принципів:

1) забезпечення участі фізичних і юридичних осіб у розробленні національних стандартів та кодексів усталеної практики;

2) відкритості та прозорості процедур розроблення і прийняття національних стандартів та кодексів усталеної практики з урахуванням інтересів усіх заінтересованих сторін;

3) неупередженого прийняття національних стандартів та кодексів усталеної практики на засадах консенсусу;

4) добровільного застосування національних стандартів та кодексів усталеної практики, якщо інше не передбачено нормативно-правовими актами;

5) відповідності національних стандартів та кодексів усталеної практики законодавству;

6) адаптації до сучасних досягнень науки і техніки, сприяння впровадженню інновацій та підвищення конкурентоспроможності продукції вітчизняних виробників;

7) доступності національних стандартів та кодексів усталеної практики, а також інформації про них для користувачів;

8) пріоритетності прийняття в Україні міжнародних і регіональних стандартів та кодексів ustalеної практики як національних;

9) дотриманні міжнародних та регіональних правил і процедур стандартизації;

10) участі в міжнародній та регіональній стандартизації;

11) прийняття і дотримання суб'єктами стандартизації Кодексу добросовісної практики з розробки, прийняття та застосування стандартів відповідно до Угоди Світової організації торгівлі про технічні бар'єри у торгівлі, що є додатком до Марракеської Угоди про заснування Світової організації торгівлі від 15 квітня 1994 р.

На нашу думку, кількість не означає якість. Зменшення загальних засад здійснення стандартизації сприятиме розрегулюванню цієї сфери та усуненню суперечностей. Наприклад, у шостому принципі ми говоримо про надання переваг вітчизняному виробнику, а у інших пунктах говоримо, що маємо дотримуватися міжнародних норм. Суперечність полягає у тому, що на міжнародному рівні існує принцип режиму найбільшого сприяння, який передбачає надання однакових переваг всім країнам в разі надання певної переваги одній країні. Наприклад, держава-член СОТ надає окремій країні, яка не обов'язково є членом СОТ, деякі пільги в торгівлі певною послугою. Зазначена країна повинна згідно з режимом найбільшого сприяння встановити щодо інших держав-членів СОТ однаковий пільговий режим. Таким чином викликається мультиплікаторний ефект, який забезпечує поширення пільг, наданих окремій країні, на всі держави-члени, що і сприяє подальшій лібералізації торгівлі. Допускаються також винятки із зазначеного принципу, термін дії яких обмежений до 10 років та які переглядаються через 5 років після впровадження з метою перевірки існування умов, що зумовили їхню необхідність. Так само принцип національного режиму забороняє дискримінацію іноземних товарів та послуг. Наприклад, якщо держава субсидіює вітчизняного надавача послуг, тоді право на субсидії повинен також отримати подібний іноземний надавач.

При входженні до Європейського Союзу маємо також розуміти, що стандартизація є діяльністю, що сприяє формуванню, розвитку і впровадженню гнучкої регулятивної бази для єдиного ринку, одночасно захищаючи законні інтереси споживачів і громадян [3; 4]. «Новий підхід» у ЄС базується на тих самих принципах СОТ та сприяє розвитку комерції та взаємного визнання продукту, що є основою єдиного ринку та взаємної довіри. Взаємне визнання означає, що кожна країна-член зобов'язана приймати на своїй території продукти, законно вироблені і реалізовані в іншій державі, яка теж є членом спільноти. Країна-член може знехтувати даним принципом у виняткових випадках, та лише за наявності доказів загрози безпеки для населення або навколишнього природного середовища. Навіть тоді,

заходи у відповідь повинні бути пропорційні, тобто домагатися своїх цілей з найменшою шкодою для торгівлі та не використовуватися для усунення конкурентів на ринку [5].

Стандартизація також сприяє конкурентоспроможності, ефективності та доступу до ринку. Вона запобігає технічним бар'єрам в торгівлі, згідно з Угодою Всесвітньої Торгової Організації про технічні бар'єри в торгівлі. Як результат, посилюється економічне зростання, створюються робочі місця та забезпечуються права кінцевих споживачів товарів та послуг. Це показує необхідність зацікавлення суспільства в ефективному і якісному законодавстві у сфері стандартизації (технічного регулювання в цілому).

Важливо зрозуміти, що нормативно-технічні вимоги стандартизації, що мають рекомендаційну дію, є критично важливими не лише для нормального функціонування ринкової економіки, але й для досягнення засадничих завдань держави. До цих завдань слід відносити:

- 1) безпеку та здоров'я громадян;
- 2) захист навколишнього середовища;
- 3) інформування споживачів;
- 4) класифікацію продукції з метою її оподаткування.

Разом із тим, основним непрямим впливом системи нормативно-технічних вимог стандартизації є рівень технологій країни в цілому (інноваційний розвиток). Норми та стандарти в країні де-факто накладаються на той рівень технологій, що може стимулювати конкурентоздатність її економіки та підприємств у сьогоdnішньому глобальному змаганні й, у той самий час, впливати на добробут її громадян. Нормативно-технічні вимоги стандартизації за самою своєю природою визначають рівень якості технічних аспектів життя в країні, створюють загальне технічне середовище та впливають на повсякденне життя її громадян. Також не слід забувати, що безпека й здоров'я є головними елементами якості товарів та/або послуги.

З іншого боку, наявність та гнучкість системи впровадження інновацій в господарську діяльність, тобто можливість адаптуватися до безперервного технологічного прогресу й відмова від приписань часто застарілих технічних рішень для рішення проблем, формує готовність всього технічного середовища до зміни та надає величезну перевагу як у сфері законодавчого забезпечення господарської діяльності, так і у економічному оперуванні такими інноваціями.

Нормативно-технічні вимоги стандартизації, що пропонують застарілі методи та технології (у випадку безальтернативності їх застосування), прирікають як виробників, так і споживачів на низький рівень послуг і, найчастіше, унеможливають конкуренцію в цій сфері господарської діяльності. Вони можуть привести цілий сектор країни до абсурдного формалізму та швидкого виходу (або неможливості входу) з глобального ринку. Для того, щоб промисловість працювала

злагоджено та могла розгорнути весь свій потенціал, нормативно-технічні вимоги у сфері стандартизації мають дозволити адекватно прогнозувати зміни, необхідні для адаптації до технологічних й економічних новинок.

Відсутність стандартів або повільне відновлення існуючих стандартів ускладнює впровадження інновацій. Стандартизація, що постійно розвивається й оновлюється, не втрачає актуальності, що дозволяє прискорювати впровадження інновацій як на місцевому, так і на глобальному ринку. Крім того, сильна роль національної або регіональної стандартизації в межах міжнародної стандартизації — це також засоби капіталізації лідерства на нових ринках й одержання переваг першопрохідника на світових ринках. Для підтримки життєздатності стандартизації, промисловість й інші зацікавлені сторони повинні прискорити їх співробітництво в розробці, впровадженні та застосуванні стандартів, підтримуючи інновації в межах послідовної промислової політики, і в інших галузях, зокрема, безпосередньо пов'язаних з інновацією. Можна дійти висновку, що якщо стандартизація гальмується консервативними зацікавленими сторонами (наприклад, бюрократичними державними органами або економічними операторами, що мають сильний інтерес у захисті свого ринку), її вплив може шкідливо позначитися на впровадженні інновацій у відповідній країні.

Україна є афілійованим членом європейських організацій стандартизації — Європейського комітету з стандартизації (CEN) та Європейського комітету з стандартизації в галузі електротехніки (CENELEC) з 1 січня 2008 р., у яких її інтереси як національний орган стандартизації представляє центральний орган виконавчої влади з питань стандартизації. Для країн-претендентів на вступ до ЄС існує вимога щодо необхідності впровадження на національному рівні не менше ніж 80 % стандартів, чинних у ЄС. Прийняті стандарти повинні бути ідентичними із європейськими, тобто їх положення повинні бути прийняті без змін. Орієнтовна кількість нормативно-технічних документів, які застосовуються країнами-членами ЄС, становить: стандарти Європейського комітету з стандартизації — понад 14 тис., стандарти Європейського комітету з стандартизації в галузі електротехніки — понад 5 тис., загальна їх кількість становить понад 19 тис. стандартів. Роботи щодо гармонізації національних стандартів з міжнародними та європейськими, пріоритетність прямого впровадження яких визначена ст. 5 Закону України «Про стандартизацію», проводяться в Україні на постійній основі з 2001 року. На 2015 рік було заплановано Програму робіт з національної стандартизації на 2015 рік, до якого включено теми щодо скасування ГОСТ, розроблених до 1992 року. Цим документом передбачалося змінити існуючі, замінити застарілі або встановити нові вимоги у більше 1 000 нормативно-технічних документах.

Три основні стандарти все-таки були змінені:

1) ДСТУ 1.1:2015 Національна стандартизація. Стандартизація та суміжні види діяльності. Словник термінів;

2) ДСТУ 1.2:2015 Національна стандартизація. Правила проведення робіт з національної стандартизації;

3) ДСТУ 1.7:2015 Національна стандартизація. Правила та методи прийняття міжнародних і регіональних нормативних документів.

Сучасна країна не може дозволити собі обмежити свою економіку рішеннями, що зв'язують її з явно застарілими технологіями та надмірними витратами. Так само вільне переміщення товарів як один з наріжних каменів єдиного ринку не може існувати без стандартизації та взаємного визнання продукту. Без цього буде занадто багато національних бар'єрів у торгівлі. Сфери, що потребують зниження бар'єрів: транспорт, фармацевтика, хімічні продукти, будівельні матеріали, косметика, електрообладнання, взуття, газові установки, судна для відпочинку, механічне обладнання, медичне обладнання, пакувальні матеріали, радіо- та телекомунікаційне обладнання, текстиль, пресове обладнання та іграшки.

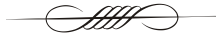
Прискорення процесу адаптації національних стандартів до європейських дозволяє подолати значне відставання у гармонізації національних стандартів. Для цього необхідно продовжувати системну та послідовну роботу щодо прийняття та впровадження європейських стандартів як національних, що мають забезпечувати наближення національних стандартів до європейських, що сприятиме створенню умов вільної торгівлі з ЄС. Також необхідно створити сучасні фонди (бази даних) нормативно-технічних документів в усіх сферах національної економіки, що відповідатимуть її потребам, шляхом застосування європейських принципів стандартизації, коли застосування нормативно-технічних документів є добровільним, але існує презумпція вимог Директив чи інших нормативно-технічних документів.

На нашу думку, лише такий принцип створить сприятливі умови для розвитку підприємництва та добросовісної конкуренції, поліпшення захисту людей від шкідливих і небезпечних факторів, а навколишнього природного середовища від негативного впливу.

Список використаних джерел

1. The European Committee for Standardization [Electronic Resource] / CEN. — URL : <http://www.cen.eu>.
2. The 'Blue Guide' on the implementation of EU product rules — Version 1.1 — 15/07/2015 [Electronic Resource] / European Commission. — URL : <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/12661>.
3. Regulation (EC) No 764/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 laying down procedures relating to the application of certain national technical rules to products lawfully marketed in

- another Member State and repealing Decision No 3052/95/EC (Text with EEA relevance) [Electronic Resource] / EUR-Lex. — URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008R0765>.
4. Decision No 768/2008/EC of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 on a common framework for the marketing of products, and repealing Council Decision 93/465/EEC (Text with EEA relevance) [Electronic Resource] / EUR-Lex. — URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008D0768>.
 5. New Approach Standardisation in the Internal Market [Electronic Resource] / New Approach Standardization in the Internal Market. — URL : <http://www.newapproach.eu/>.



БАКАЛІНСЬКА Ольга Олегівна,

доктор юридичних наук, доцент,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ВПЛИВ ПРОЦЕСІВ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ ТА ГЛОБАЛІЗАЦІЇ НА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Розвиток добросовісної конкуренції в Україні та світі залежить не тільки від ефективності організаційно-правових та економічних заходів, спрямованих на розвиток чесного та добросовісного конкурентного змагання, а й від ефективності та дієвості правил і звичаїв добросовісної конкуренції, що існують у суспільстві, сформовані в підприємницькому середовищі етики відносин суб'єктів господарювання та культури конкуренції.

Істотний вплив на формування позитивного підприємницького та інвестиційного клімату в державі має ефективне функціонування системи попередження і припинення фактів недобросовісної конкуренції. Основою законодавчого захисту від проявів недобросовісної конкуренції є положення Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», а також відповідні положення ст.ст. 32–37 ГК України та ст. 12, 13 ЦК України. Законодавство про захист від недобросовісної конкуренції має на меті забезпечити захист прав суб'єктів господарювання, суспільства та споживачів від спотворень конкуренції. Проте його застосування доводить, що

регуляторний та захисний вплив на конкурентні правовідносини не завжди досягає мети, а в окремих випадках дія норм чинного конкурентного законодавства є неефективною. Це пояснюється, головним чином, тим, що через відсутність власного досвіду український законодавець найчастіше орієнтується на апробовані моделі зарубіжного нормотворення. Проте норми, принципи та практика застосування права інших країн не можуть повною мірою адекватно відобразити сучасний стан та специфіку розвитку конкурентних відносин, що мають місце в Україні, хоча і відокремлювати розвиток інститутів приватного права від світових тенденцій правового регулювання також неправильно. На нашу думку, найбільш прийнятною позицією в цьому випадку є дослідження специфіки розвитку механізмів захисту прав учасників конкурентного змагання в контексті загальносвітових та євроінтеграційних процесів.

Недобросовісною конкуренцією відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визнаються будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності. Загальне положення ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» поширюється на всі відомі та невідомі форми недобросовісної конкуренції. Таким чином, поняття недобросовісної конкуренції сформульовано у формі генеральної заборони (генерального делікту), спрямованого на протидію будь-яким діям, незалежно від того, чи відповідає певна підприємницька практика чинному законодавству, чи порушує виключно морально-етичні норми і вимоги господарської діяльності.

Для кваліфікації певної поведінки як недобросовісної конкуренції необхідно довести, що відповідний суб'єкт господарювання чи група суб'єктів господарювання активно діють на ринку. Отже, визначення недобросовісної конкуренції в українському законодавстві не передбачає бездіяльності суб'єктів господарювання. Разом з цим сфера реалізації активної поведінки суб'єкта господарювання може бути різноманітною — виробництво продукції та реалізація товарів, надання послуг, виконання робіт.

Обов'язковою умовою визнання певних дій суб'єктів господарювання недобросовісною конкуренцією є вчинення цих дій «у конкуренції». Враховуючи, що економічна конкуренція — це змагання між учасниками конкурентних господарських відносин, недобросовісна конкуренція як форма зловживання правом на добросовісну конкуренцію проявляється в цих відносинах між суб'єктами господарювання, що змагаються за ринок, товар чи споживача. Таким чином, для визнання певної ділової практики недобросовісною конкуренцією варто довести, що суб'єкти господарювання є суперниками в певній сфері господарської діяльності; мають спільне або схоже коло споживачів; пропонують ідентичні або схожі (взаємозамінні) товари; отримують переваги у конкуренції завдяки

власним досягненням [1, с. 68]. З іншого боку, предметом оцінки дотримання вимог добросовісності чи недобросовісності поведінки певного суб'єкта господарювання в договірних відносинах, поряд з критеріями добросовісності дій учасників конкурентного змагання, мають застосовуватися і загальні критерії оцінки добросовісності, такі як вчинення дій суб'єктами господарювання, що характеризуються турботою та обачністю про права й інтереси контрагента, розумним передбаченням можливості завдання шкоди цим правам та інтересам з тим, щоб не допустити порушення справедливого балансу прав та інтересів сторін договірної зобов'язання [2, с. 175]. Разом з цим необхідно перевіряти відповідність змісту угоди чи дій учасників конкурентного змагання та їх наслідків вимогам конкурентного законодавства.

Варто зазначити, що в процесі розвитку практики застосування конкурентного законодавства ставлення до оцінки і визначення цього критерію при кваліфікації дій як недобросовісної конкуренції зазнало змін. Незважаючи на те, що для того, щоб вчинити недобросовісну дію, суб'єкт господарювання не обов'язково повинен бути конкурентом добросовісної сторони. У середині 90-х рр. ХХ ст. і науковці, і практики неодноразово наголошували, що дії в конкуренції можуть мати місце переважно в тих випадках, коли між учасниками конкурентного змагання існує конкурентна ситуація, а вони самі є учасниками конкурентних правовідносин. Проте теорія і практика застосування конкурентного законодавства свідчить, що недобросовісні дії вчиняють суб'єкти господарювання, які не є реальними або навіть потенційними конкурентами добросовісного учасника правовідносин, хоча можуть мати однакове або схоже коло споживачів чи конкурентів. Класичним уже став приклад, наведений А. Кур на міжнародній конференції у Києві (1995 рік) у доповіді «Принципи права щодо недобросовісної конкуренції, з центром уваги на німецькому праві», коли конкурентний суд Німеччини визнав наявність конкурентних відносин між суб'єктом господарювання, чий бізнес полягав у підсмажуванні кавових зерен, та торговцями квітами. Приймаючи рішення, суд виходив з того, що підприємець, використовуючи для реклами вислів «Замість квітів кава», своїми діями поклав початок конкурентним відносинам. Дедалі частіше до недобросовісних методів конкурентної боротьби вдаються суб'єкти господарювання, що діють в інтересах інших учасників ринку. Відсутність конкурентного зв'язку між правопорушником і особою, чії права порушено недобросовісними діями, в багатьох випадках надає можливість порушнику уникнути відповідальності. Досить часто такі дії є результатом маркетингових стратегій суб'єкта господарювання щодо просування товару на ринку таких як продакт плейсмент (*product placement*) та ембаш–маркетинг (*ambush marketing*). Використання таких маркетингових стратегій, як правило, пов'язане з постійно зростаючим впливом PR-технологій на розвиток комерційних зв'язків

та торгівлі і, таким чином, надає можливість отримати максимальні комерційні результати з мінімальним використанням власних інтелектуальних, фінансових та виробничих ресурсів. Крім того, в більшості країн світу подібна ділова практика на законодавчому рівні не заборонена.

По суті, продакт плейсмент — прийом прихованої реклами, що полягає в тому, що реквізит, яким користуються герої у фільмах, телевізійних передачах, комп'ютерних іграх, музичних кліпах, книгах, на ілюстраціях і картинах має реальний комерційний аналог. У квітні 2006 р. агенція Broadcasting & Cable повідомила, що дві третини рекламодавців використовують продакт плейсмент, 80 % якого припадає на телевізійні програми [3]. Сьогодні великі компанії дійшли висновку, що набагато ефективніше використовувати продакт плейсмент у сукупності з іншого роду діяльністю. Таким чином, створюється комплексна програма просування продукту або послуги на ринок, що надає змогу компаніям ознайомити цільову аудиторію з різними сторонами пропонованого продукту. Як правило, використання продукту або послуги органічно вплетено в канву художнього твору. Саме тому глядачів не дратує подібне розміщення, і поява товару чи послуги сприймається лояльно. Споживач переносить на рекламований продукт своє позитивне ставлення до носія реклами, в цьому випадку — до художнього твору. У такому випадку правоволоділець чи телеканал не мають на меті отримання конкурентних переваг для себе особисто, однак це сприяє просуванню чужого товару, в результаті чого саме власник товару й отримує переваги в конкуренції, причому цілком легально [4, с. 15].

Ще одним прикладом маркетингової стратегії, що спрямована на недобросовісне отримання переваг у конкуренції формально правомірним чином, є ембуш-маркетинг — дії, спрямовані на асоціювання певної компанії або бренду, що не є офіційними спонсорами, зі значущою (частіше спортивною) подією, без сплати комісійних організатору цієї події [5]. Компанії, що користуються таким різновидом маркетингу, зазвичай намагаються безкоштовно досягти того самого результату, що й офіційні спонсори. Наприклад, Міжнародний олімпійський комітет вважає проявом ембуш-маркетингу будь-яку спробу фізичної чи юридичної особи створити несанкціоновану або помилкову асоціацію (комерційного або некомерційного характеру) з Олімпійськими іграми, Олімпійським рухом, Міжнародним олімпійським комітетом, Національним олімпійським комітетом приймаючої сторони або Організаційним комітетом, яка порушує законні права, що випливають з відповідного договору, офіційного маркетингового партнера Олімпійських ігор. Таке суворе ставлення не заважає таким брендам, як Nike, Adidas і Reebok час від часу виступати то спонсорами, то ембушерами Олімпійських ігор та інших подій у світі спорту.

При кваліфікації певної дії як акта недобросовісної конкуренції здійснюється оцінка поведінки суб'єкта господарювання відповідно до добросовісності. Добросовісність поведінки суб'єкта господарювання у конкурентних правовідносинах повинна оцінюватися на основі аналізу поведінки суб'єкта господарювання стосовно конкурентів, споживачів та держави. Критерій добросовісності виступає як стандарт свідомої та відповідальної поведінки суб'єкта господарювання, який у процесі конкурентного змагання використовує власні здобутки з метою перемоги над конкурентами, проявляє необхідну дбайливість та турботу про збалансування власних прав та інтересів з відповідними інтересами конкурентів, держави та суспільства в цілому, не має наміру своїми діями завдавати шкоди конкурентам або споживачам, а його поведінка відповідає правилам та звичаям господарського обороту, моральним засадам суспільства.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» дії у конкуренції будуть вважатися недобросовісними, якщо вони суперечать торговим та іншим чесним звичаям. Таким чином, «торгові та інші чесні звичаї» розглядаються як стандарт оцінки певної господарської практики як добросовісної або недобросовісної, тобто, по суті, є формою втілення принципу добросовісності в господарській діяльності. Добросовісність і чесна ділова практика розглядаються як одна з основних ідей, закладених у Принципах УНІДРУА, зокрема сторони зобов'язані діяти відповідно до прийнятих у практиці міжнародної торгівлі добросовісності та чесної ділової практики (ст. 1.7), а іншим сторонам заборонено виключити або обмежити цей обов'язок [6, с. 48]. Варто зазначити, що поняття «торгових та інших чесних звичаїв» у господарській діяльності є дещо вужчим, ніж критерій чесної ділової практики (*honest practices*), використаний у ст. 10^{bis} Паризької конвенції про охорону промислової власності.

У чинному законодавстві України поняття звичаю визначене у ст. 7 ЦК України. Ним вважається правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. На думку Т. В. Кашаніної, визначальними рисами звичаїв є такі: властивість до масового виконання, звичаї відрізняються розумністю, звичай майже ніколи не суперечить добрим вдачам (нормам моралі) та державному порядку (нормам права) [7, с. 100]. Застосування правового звичаю є ознакою демократизації суспільства, оскільки створення звичаїв є безпосередньою народною правотворчістю [8, с. 126]. Визнання справедливості, розумності та добросовісності засадами цивільного законодавства та введення в систему джерел цивільного права звичаю як соціального джерела, на думку О. А. Беляневич, зближує правову систему України із західноєвропейськими правовими системами [9, с. 159].

Поняття «чесних звичаїв» в українській правовій літературі та правозастосовній практиці є недостатньо визначеним, тому що при застосуванні щодо конкуренції він відображає моральні, соціальні та економічні традиції, які існують у конкретному суспільстві, тому тлумачення цього терміна може варіюватися в різних країнах. На думку О. А. Беляневич, слід розмежовувати звичай та усталену практику відносин між сторонами. Якщо звичай — це насамперед правило поведінки, що є усталеним у певній сфері відносин, то усталена практика відносин між сторонами стосується лише конкретних суб'єктів договірних відносин. Крайня нечисленність внутрішніх звичаїв ділового обороту зумовлює те, що застосування звичаю при здійсненні судочинства господарським судом на цей час залишається суто гіпотетичним. Більш вірогідною є ситуація, коли суд, вирішуючи договірний спір, повинен буде досліджувати і давати юридичну оцінку саме усталеній практиці відносин між сторонами [9, с. 252–254]. Наприклад, при прийнятті рішень щодо «чесності» звичаїв у справах про недобросовісну конкуренцію німецькі судді посилаються на «позицію гіпотетичного доброго та законослухняного споживача або конкурента, який оцінює вплив певної дії на оточуючих». У Франції судді при визначенні певної дії як недобросовісної конкуренції керуються «думкою професіоналів», тобто конкурентів відповідного порушника та представників торгово-промислових палат [10, с. 76–82; 11, с. 148].

Важливий вплив на формування торгових та інших чесних звичаїв мають міжнародні торгові звичаї. Вони є одним з найважливіших джерел *lex mercatoria*. Під ним слід розуміти уніфіковане правило поведінки в галузі міжнародної торгівлі, юридично обов'язковий характер якого визнається всіма учасниками торгівлі [12, с. 14]. Вагому роль у кодифікації існуючих звичаїв міжнародної торгівлі відіграють, головним чином, торгові палати, які приймають спеціальні збірники; біржові комітети, які складають біржові правила; а також робочі комісії Комітету сприяння зовнішній торгівлі та інші організації, які діють у межах ООН. Особливо слід відзначити роль Міжнародної торгової палати (МТП), яка проводить роботу з узагальнення й уточнення звичаєвих норм, які формуються в міжнародній торговій практиці. У практиці міжнародних договорів найчастіше застосовуються підготовлені МТП «Міжнародні правила тлумачення (інтерпретації) торговельних термінів» (ІНКОТЕРМС), «Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів», «Уніфіковані правила по інкасо», «Уніфіковані правила стосовно договірних гарантій», підготовлені в рамках Міжнародного морського комітету «Йорк-Антверпенські правила про загальну аварію», та підготовлені Міжнародним інститутом з кодифікації приватного права (УНІДРУА) «Принципи міжнародних комерційних договорів» та ін.

Розвиток підприємництва та розширення господарських зв'язків поступово формують і культуру конкуренції. Одним з важливих джерел формування чесних звичаїв у господарській діяльності є саморегулювання господарської діяльності. Як зазначає В. В. Добровольська, саморегулювання в підприємстві розуміється як регулювання певних ринків і сфер підприємницької діяльності самими її учасниками без втручання держави. Воно означає установлення певних правил для учасників визначеного сегменту ринку, включаючи санкції за порушення цих правил, механізми вирішення конфліктів між учасниками ринку тощо, що встановлюється учасниками ринку [13, с. 69].

Формою саморегулювання в сфері конкуренції є правила професійної етики учасників конкурентних правовідносин. Відповідно до ст. 33 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та ст. 38 ГК України суб'єкти господарювання за сприяння Торгово-промислової палати України та інших зацікавлених організацій можуть розробляти правила професійної етики у конкуренції для відповідних сфер господарської діяльності, а також для певних галузей економіки. Такі правила повинні погоджуватися Антимонопольним комітетом України. Правила професійної етики можуть містити вимоги щодо питань, серед яких слід виділити такі: кваліфікація; надання необхідної правдивої інформації; розумні ціни, які зазвичай встановлюються за цінами в регіоні за подібні товари чи послуги; конфіденційність інформації; збереження інтересів інших клієнтів. Мета створення правил професійної етики передбачає наявність добровільного їх виконання особами, на яких поширюється дія правил, з метою забезпечення виконання сторонами своїх обов'язків.

Істотний вплив на формування правил професійної етики в усьому світі мають правила корпоративної соціальної відповідальності (CSR). У 2000 році під егідою ООН було розглянуто і підписано Всесвітню угоду ООН з корпоративної соціальної відповідальності, відповідно до якої представники понад 1 300 компаній зобов'язувалися робити свій внесок у розвиток правил корпоративної соціальної відповідальності активною причетністю до глобальних соціальних інвестицій, взаємодією зі спільнотою, адаптацією до соціальних і екологічних умов, соціальної відповідальності капіталу [14].

У сучасних умовах основними напрямками соціальної відповідальності (CSR) більшості корпорацій визнається виробництво необхідного обсягу продукції або послуг, що відповідають прийнятим стандартам і вимогам якості; дотримання правил ведення бізнесу; забезпечення безпеки праці всіх працівників; створення нових робочих місць, підкріплення їх соціальними гарантіями; підтримка мотивації для підвищення кваліфікації персоналу; захист навколишнього середовища; сприяння збереженню культурної, історичної спадщини країни; допомога органам влади в розвитку економіки, розвиток

соціальної сфери регіонів, де розміщуються філії компанії; фінансування соціальних програм [15, с. 9–13]. Саме просування та розвиток ідей корпоративної соціальної відповідальності в Україні та світі надає можливість окремим дослідникам розглядати ці правила як правила ділової етики і відповідальності, а їх порушення розглядати як форму недобросовісної конкуренції. На нашу думку, принципи і правила корпоративної соціальної відповідальності є особливим видом соціального саморегулювання корпорацій в умовах глобалізації світової економіки. Положення цих правил і принципів можуть використовуватись суб'єктами господарювання при розробці правил професійної етики в окремих галузях економіки. Таким чином, правила корпоративної соціальної відповідальності є джерелами формування чесних звичаїв у господарській діяльності, а не самими звичаями.

Розвиток господарської діяльності призводить до постійної зміни підприємницьких ділових практик, а таким чином, до постійної зміни форм недобросовісної конкуренції. З огляду на це, генеральна заборона недобросовісної конкуренції, що міститься в ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», має визначальний характер для забезпечення ефективного захисту добросовісної конкуренції в Україні. Разом з тим обмеження критерію оцінки добросовісності конкурентної поведінки лише торговими й іншими чесними звичаями негативно впливає на правозастосування, вимагаючи від суб'єктів господарювання або органів Антимонопольного комітету України доведення наявності та змісту певних звичаїв або звичаїв ділового обороту, хоча при оцінці поведінки суб'єкта господарювання добросовісність його поведінки може підтверджуватися іншими формами відповідальної поведінки не тільки на ринку, а й у соціальній, культурній сферах тощо.

Список використаних джерел

1. *Бакалінська, О. О.* Захист економічної конкуренції: організаційно-правові засади державного управління [Текст] : дис ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Бакалінська Ольга Олегівна ; КНТЕУ. — К., 2003. — 210 арк.
2. *Тобота, Ю. А.* Принцип справедливості, добросовісності і розумності в цивільному праві [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Тобота Юрій Анатолійович ; Юридична академія імені Ярослава Мудрого. — Х., 2011. — 235 арк.
3. Продакт плейсмент [Електронний ресурс] / Википедія. — URL : <http://ru.wikipedia.org/wiki/Продакт-плейсмент>.
4. Науково-практичний коментар до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [Текст] : наук.-практ. вид. / Г. О. Андрощук, Т. Б. Бондарев, Н. А. Іваницька, С. В. Шкляр. — К. : Юридична газета, 2013. — 175, [1] с.
5. Ambush marketing [Electronic Resource] / Wikipedia. — URL : http://en.wikipedia.org/wiki/Ambush_marketing.

6. *Кукин, А.* Соотношение Принципов УНИДРУА и Венской Конвенции международной купли-продажи товаров [Текст] / А. Кукин // Законодательство и экономика. — 2000. — № 4. — С. 46–50.
7. *Кашанина, Т. В.* Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности [Текст] / Т. В. Кашанина. — М. : Изд. гр. ИНФРА-М-КОДЕКС, 1995. — 554 с.
8. *Цветкова, Ю.* Місце правового звичаю у правовій системі України [Текст] / Ю. Цветкова // Підприємництво, господарство і право. — 2010. — № 12 (180). — С. 125–128.
9. *Беляневич, О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) [Текст] : монограф. / О. А. Беляневич. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 592 с.
10. *Нойффер, И. Т.* Основы законодательства против недобросовестной конкуренции [Текст] / И. Т. Нойффер // Основы немецкого торгового и хозяйственного права = Grundzuge des deutschen Handels — und Wirtschaftsrechts / Германский Фонд международного правового сотрудничества. — М. : БЕК, 1995. — С. 76–84.
11. *Бакалінська, О. О.* Застосування оціночних категорій цивільного права в конкурентному законодавстві України [Текст] / О. О. Бакалінська // Вісник господарського судочинства. — 2011. — № 6. — С. 148–149.
12. *Мережко, А. А.* Lex Mercatoria. Теория и принципы транснационального торгового права [Текст] / А. А. Мережко. — К. : Таксон, 1999. — 286 с.
13. *Добровольська, В. В.* Правові засади державного регулювання підприємницької діяльності [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Добровольська Володимира Володимирівна ; ОНЮА. — Одеса, 2007. — 226 арк.
14. *Karsten, L.* Корпоративная Социальная Ответственность (CSR): популярное понятие менеджмента [Электронный ресурс] / L. Karsten, А. Зайцев ; Липецкий государственный технический университет. — URL : http://www.stu.lipetsk.ru/files/materials/619/karsten_zaitsev.rtf.
15. Корпоративная социальная ответственность: общественные ожидания. Потребители, менеджеры, лидеры общественного мнения и эксперты оценивают социальную роль бизнеса в России [Текст] / под ред. С. Е. Литовченко, М. И. Корсакова. — М. : Ассоциация менеджеров, 2003. — 100 с.



Розділ 4

**ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ
МОДЕРНІЗАЦІЇ НАЦІОНАЛЬНОГО
ПРИВАТНОГО ПРАВА**

ШТАНЬКО Артем Олександрович,

кандидат юридичних наук,

Національна академія прокуратури України,

м. Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАННЯ ПРАВА У СИСТЕМІ СПОСОБІВ СУДОВОГО ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ

У ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України встановлено перелік способів захисту цивільних прав та інтересів, перше місце в якому відведено визнанню права. Одразу потрібно зазначити, що в національному цивільному законодавстві легального визначення визнанню права не надано, а наведені у юридичних джерелах його визначення далекі від досконалості, отож у повному обсязі не враховують особливостей цього способу захисту [1, с. 285]. Так, свого часу Д. Н. Латишов, беручи до уваги судову практику касаційної інстанції, розглядав визнання права як спосіб судового захисту, що є відображенням у судовому акті права, яке виникло на законній підставі і наявність якого не визнано ким-небудь із учасників правовідносин [2, с. 51]. Сучасний погляд на аналізований у цьому дослідженні спосіб захисту цивільних прав та інтересів залишається незмінним. Адже, приміром, Р. В. Падун під поняттям «визнання права» так само розуміє судовий спосіб захисту цивільних прав та інтересів, який обов'язково потребує відображення в судовому акті, що підтверджує наявність існуючого суб'єктивного права, яке не визнають інші учасники (учасник) цивільних правовідносин [3, с. 3]. Проте О. П. Печений зауважує, що у визначенні, наведеному Д. Н. Латишовим (повною мірою це стосується і визначення, наданого Р. В. Падуном, — *А. III.*), не враховано, що визнання права в нинішніх правових реаліях може охоплювати не лише констатацію вже існуючого права, а й встановлення права (наприклад, встановлення права власності, встановлення сервітуту судом) або його обтяження. Крім того, вчений дотримується позиції, згідно з якою визнання може бути реакцією як на невизнання, так і оспорювання права. Сутність визнання права найбільш повно, як вважає О. П. Печений, відображено у розумінні його Ю. Д. Притикою [1, с. 285], на думку якого цей спосіб захисту застосовується у випадку спору між суб'єктами цивільних прав з приводу наявності або відсутності правовідносин і відповідно наявності чи відсутності цивільних прав та обов'язків [4, с. 29]. О. П. Печений у результаті здійсненого аналізу літератури з окресленого питання найбільш повно виокремив основні ознаки

визнання права як способу захисту. Так, при визнанні права предметом судового захисту є не право, а охоронюваний законом інтерес особи у відновленні визначеності суб'єктивного права, що захищається судом, який констатує належність спірного права цій особі. Визнання права зумовлене його відсутністю, спірністю, невизнанням, іншими перешкодами — усе це поєднано з правомірним інтересом відповідної особи їх усунути. Невизначеність у відносинах, які потребують визнання, може бути обумовлена неможливістю документального чи іншого визначеного в чинному законодавстві підтвердження суб'єктивного права [1, с. 285–286]. Проте в контексті наведеного зауважимо: якщо раніше спостерігалася певна неоднозначність підходів щодо визначення підстав для застосування визнання права, то на сьогодні здебільшого наявна тенденція до застосування цього способу захисту у випадках їх невизнання, оспорювання, а також порушення чи загрози вчинення таких дій у майбутньому [5, с. 195].

На винятковий порівняно з іншими способами захисту цивільних прав характер визнання права вказує Л. В. Кузнецова, пояснюючи це тим, що можливість застосування того або іншого способу захисту існує лише для уповноваженої особи, тобто особи, за якою існуючим публічним порядком визнається наявність порушеного права. У цьому розумінні правильним є висновок про переважаючий характер визнання права над іншими способами захисту цивільних прав. Інститут визнання права є одночасно і матеріальним, і процесуальним. В основному це зумовлено тією обставиною, що визнання права за формою — винятково юрисдикційний (судовий) спосіб захисту цивільних прав, а також тим, що воно має власну специфіку та давню історію, що надає йому можливість виокремитись у самостійне явище процесуального характеру [6, с. 20]. У свою чергу, наведене можна розширити позицією Д. Н. Латипова про те, що визнання права реалізується лише в юрисдикційній судовій формі захисту, оскільки його застосування передбачає наявність спору між заінтересованими особами щодо наявності (відсутності) суб'єктивного права, для вирішення якого необхідна наявність спеціальної владної (судової) компетенції [2, с. 10]. Водночас О. П. Вершинін, обґрунтовуючи концепцію розмежування матеріально-правових і процесуальних способів захисту суб'єктивних цивільних прав, у визнанні права вбачає тільки спеціальний процесуальний спосіб захисту оспореного цивільного права [7, с. 26–27]. Натомість М. С. Мурашко такий висновок вважає необґрунтованим, адже, на його погляд, визнання суб'єктивного права не може бути, зокрема, за відсутності матеріально-правової підстави, інакше, вирішуючи питання щодо володіння чи не володіння суб'єктом відповідним правом, необхідно враховувати не матеріально-правову, а лише процесуальну природу спірних відносин [8, с. 102–103]. Визнання права в системі способів судового

захисту майнових цивільних прав та інтересів характеризується, зокрема, такими основними особливостями: по-перше, універсальністю, оскільки може бути застосоване у всіх цивільних правовідносинах [1, с. 283]; по-друге, здатністю усувати невизначеність у взаєминах суб'єктів і створювати необхідні умови для реалізації права та запобігання з боку третіх осіб дій, які перешкоджають його нормальному здійсненню [9, с. 346–347]; по-третє, може бути застосоване і як самостійний спосіб захисту, якого буде достатньо для захисту порушеного права заінтересованої особи за відсутності вимоги про присудження (й при цьому можливе відновлення порушеного права у повному обсязі [2, с. 10]) і поглинатися іншими способами захисту цивільних прав та інтересів [1, с. 288] (до того ж залежно, наприклад, від характеру порушеного майнового права або інтересу може поєднуватися судом ще з яким-небудь одним або навіть декількома способами захисту) [10, с. 59].

Список використаних джерел

1. Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов [Текст] : монограф. / И. В. Спасибо-Фатеева, М. Н. Сибилев, В. Л. Яроцкий и др. ; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. — Х. : Право, 2014. — 672 с.
2. *Латыпов, Д. Н.* Признание права как способ защиты гражданских прав [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Латыпов Денис Наилевич. — Пермь, 2010. — 173 л.
3. *Падун, Р. В.* Визнання права як спосіб захисту цивільних прав та інтересів [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Р. В. Падун ; Національна академія внутрішніх справ. — К., 2014. — 18 с.
4. *Притика, Ю. Д.* Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді [Текст] : монограф. / Ю. Д. Притика. — К. : Ін Юре, 2006. — 633 с.
5. *Стефанчук, Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) [Текст] : монограф. / Р. О. Стефанчук ; відп. ред. Я. М. Шевченко. — К. : КНТ, 2008. — 626 с.
6. *Кузнецова, Л. В.* Признание права как способ защиты гражданских прав [Текст] / Л. В. Кузнецова // Право и экономика. — 2004. — № 11. — С. 20–25.
7. *Вершинин, А. П.* Способы защиты гражданских прав в суде [Текст] / А. П. Вершинин. — СПб. : Изд-во С.-Петербургского ун-та, 1997. — 164 с.
8. *Мурашко, М. С.* Судебная защита субъективных гражданских прав [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Мурашко Михаил Савельевич. — С-Пб., 2000. — 124 л.
9. Цивільне право [Текст] : підруч. : [у 2 т.] / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, М. В. Домашенко та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — [2-ге вид., переробл. та допов.]. — Х. : Право, 2014. — Т. 1. — 656 с.

10. *Еремеев, Д. Ф.* Охрана имущественных прав советских граждан [Текст] / Д. Ф. Еремеев — Мн. : Беларусь, 1970. — 80 с.



ГРИНЬКО Руслан Віталійович,

кандидат юридичних наук,

*Національна академія Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького, м. Хмельницький, Україна*

СПІВВІДНОШЕННЯ ЗАХОДІВ ОПЕРАТИВНОГО ВПЛИВУ З ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИМИ САНКЦІЯМИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

Незважаючи на наукове визнання категорії заходів оперативного впливу, у наукових колах відсутня однастайність щодо їх правової природи, співвідношення з цивільно-правовими санкціями та відповідальністю, способами самозахисту. Це зумовлено тим, що такі заходи захисту застосовуються в зобов'язальних правовідносинах і пов'язані із виконанням зобов'язання, тому вони в більшості випадків розглядаються як примусове виконання обов'язку в натурі або забезпечення виконання зобов'язання. Крім того, у юридичній науці невирішеним залишилося питання щодо видів заходів оперативного впливу, що породжує появу суперечливих позицій про сутність окремих способів захисту.

У юридичній літературі склалися дві концепції щодо співвідношення заходів оперативного впливу із цивільно-правовою відповідальністю.

Відповідно до першої концепції заходи оперативного впливу становлять різновид заходів цивільно-правової відповідальності [1, с. 5]. Так, Є. В. Брінюх стверджує, що заходи оперативного впливу призводять до зміни первісного змісту зобов'язання, пов'язані з негативними майновими наслідками, ґрунтуються на можливості державного примусу, тому виконують функції цивільно-правової відповідальності та становлять цивільно-правові санкції і форми цивільно-правової відповідальності [2, с. 66–67].

Також заходи оперативного впливу відносять до різновиду цивільно-правової відповідальності Т. С. Шохіна, яка водночас виділяє такі особливості цих заходів:

1) реалізуються без попереднього звернення до порушника договірних зобов'язань і без їх згоди;

2) оперативність, тобто застосовуються відразу після вчинення конкретного правопорушення;

3) відносна самостійність госпоргану, який їх застосовує;

4) застосовуються у випадках і правових формах, встановлених законом [3, с. 13].

Прихильники другої концепції вважають, що заходи оперативного впливу та заходи цивільно-правової відповідальності становлять самостійні санкції у цивільному праві [4, с. 10]. На думку Т. Е. Каудирова, всі правоохоронні заходи охоплюються широкою категорією захисту права. Більш вузьке поняття — санкції (наслідки правопорушення). Вони складаються з відповідальності та оперативних санкцій [5, с. 53]. Подібні міркування висловлюють також В. В. Луць, А. О. Собчак, Я. М. Шевченко, які зазначають, що відмінні за своєю сутністю заходи відповідальності та більшості заходів, які належать до способів захисту, належать до санкцій, якщо під санкцією розуміти невігідні наслідки, передбачені правовою нормою для особи, яка порушила встановлені в ній правила [6, с. 116–117].

При цьому Т. Е. Каудиров вбачає особливості заходів оперативного впливу у змісті таких санкцій і порядку застосування [5, с. 55].

Таким чином, спільним між вищеведеними двома концепціями є те, що за ними цивільно-правову санкцію становлять заходи оперативного впливу.

Водночас у юридичній літературі зустрічається протилежне викладенням міркування щодо віднесення заходів оперативного впливу до самостійних правоохоронних заходів, які не є ні цивільно-правовими санкціями, ні цивільно-правовою відповідальністю. Прихильником такої позиції вважається В. П. Грібанов [7, с. 133–137]. На думку науковця, відмінність між цивільно-правовими санкціями і заходами оперативного впливу полягає у таких аспектах:

1) у цивільному праві санкції мають еквівалентно-відплатний (а в окремих випадках — штрафний) характер, а заходи оперативного впливу, — як правило, превентивне, попереджувальне значення;

2) санкції застосовуються за рішенням суду, а заходи оперативного впливу застосовуються стороною цивільного правовідношення;

3) санкції застосовуються на підставі спільних, єдиних для всіх випадків умов цивільно-правової відповідальності; а для кожного заходу оперативного впливу в законі встановлюються індивідуальні умови застосування;

4) санкції завжди передбачають настання невігідних для правопорушника наслідків майнового характеру, а настання негативних майнових наслідків у разі застосування заходів оперативного впливу становить виняток;

5) основна функція цивільно-правових санкцій полягає у відновленні майнової сфери потерпілого, а основне призначення заходів оперативного впливу полягає у забезпеченні належного виконання зобов'язання [7, с. 133–137].

Позиція В. П. Грїбанова одержала підтримку в наукових колах. Так, Б. І. Пугїнський вбачає відмінність санкції, цивільно-правової відповідальності із заходами оперативного впливу в їх різній правовій природі, що виявляється у таких аспектах:

1) цивільно-правова відповідальність завжди породжує новий додатковий обов'язок для правопорушника; заходи оперативного впливу такого обов'язку не спричиняють;

2) заходи цивільно-правової відповідальності володіють завжди майновим змістом; заходи оперативного впливу, навпаки, мають організаційний характер, оскільки перетворення структури правовідношення є їх метою (зміна порядку виконання, припинення виконання тощо), а майнові наслідки настають лише додатково;

3) санкція застосовується за рішенням правоохоронних органів, тобто від імені держави; а заходи оперативного впливу — безпосередньо контрагентами один до одного, без звернення до правоохоронних органів, тобто від свого імені;

4) цивільно-правова відповідальність покладається тоді, коли зобов'язання вже було порушене, а застосуванням її заходів не відновити первісне становище потерпілого; застосування заходів оперативного впливу забезпечує припинення правопорушення і попередження настання негативних наслідків, що дозволяє відновити первісне становище і досягти фактичного виконання зобов'язання, а в окремих випадках — попередити можливі порушення;

5) на засадах вини настає цивільно-правова відповідальність правопорушника; для застосування заходів оперативного впливу не потрібно враховувати вину боржника [8, с. 143–144].

У вищенаведеному розмежуванні цивільно-правової санкції, цивільно-правової відповідальності із заходами оперативного впливу повністю підтримує вчених М. С. Карпов [9, с. 42–43]. На думку науковця, уява про оперативні заходи як про різновид цивільно-правових санкцій не відповідає сучасним реаліям розвитку як галузі, так і науки цивільного права. Хоча вчений допускає іменування оперативних заходів оперативними санкціями, але у значенні відповідної частини логічної структури правової норми, а не в якості синоніму заходів відповідальності [9, с. 42–43].

У юридичній літературі звертається увага на проблему співвідношення заходів цивільно-правової відповідальності зі способами захисту, оскільки обидва заходи реалізуються в межах охоронного правовідношення. Така ситуація зумовлена тим, що законодавець не розрізняє ці правові категорії. У ст. 16 ЦК України закріплюється перелік способів захисту цивільних прав та інтересів, а у

ст. 611 ЦК України встановлено правові наслідки порушення зобов'язання. При цьому одні з них виступають заходами цивільно-правової відповідальності, а інші — лише виконують правозахисну функцію.

Одним із перших обґрунтував необхідність розмежування способів захисту і заходів відповідальності С. С. Алексеев [10, с. 184–189]. На думку вченого, основна відмінність між ними полягає в тому, що застосування способів захисту не призводить до додаткових обтяжень для правопорушника, тоді як заходи відповідальності завжди передбачають покладення на нього нових обтяжуючих зобов'язань. На відміну від відповідальності, способи захисту цивільних прав забезпечують їх відновлення й за відсутності вини правопорушника (наприклад, пред'явлення вимоги про виконання обов'язку в натурі, виндикаційна вимога) [10, с. 184–189].

Досліджуючи відповідальність, способи захисту й санкції в цивільному праві, О. О. Красавчиков зазначав: «Спільне між заходами відповідальності та способами захисту полягає в тому, що однією з умов їх застосування виступає протиправна поведінка особи. Особливістю заходів відповідальності є те, що для їх покладення на правопорушника необхідно, щоб його поведінка з суб'єктивної сторони характеризувалася виною. Однак покладення на правопорушника способів захисту не пов'язане із суб'єктивним моментом» [11, с. 11]. Науковець прийшов до висновку, що цивільно-правові способи захисту не можуть і не повинні ототожнюватися із заходами відповідальності, незважаючи на те, що обидва «обслуговуються» категорією санкції [11, с. 11].

Подібні міркування висловлює також Є. О. Харитонов, який зробив висновок, що в цивільному праві у випадку порушення прав і обов'язків (правопорушення) можуть застосовуватися дві групи санкцій: пов'язані з осудом з боку держави та суспільства і не пов'язані з ним [12, с. 471].

На думку М. Д. Єгорова, слід розрізняти заходи цивільно-правової відповідальності та інші передбачені законом способи захисту цивільних прав, які доцільно називати заходами захисту цивільних прав [13, с. 526]. Способи захисту науковець розкриває як такі санкції, які спрямовані на попередження або призупинення правопорушення, а якщо воно вчинено — на відновлення становища, що існувало до правопорушення [13, с. 526].

Необхідність такого розмежування впливає із факту, що, за загальним правилом, застосування заходів цивільно-правової відповідальності допускається за наявності вини правопорушника, а інші способи захисту можуть застосовуватися незалежно від вини правопорушника. На думку М. Д. Єгорова, недолік цієї концепції полягає в тому, що вона залишає поза межею цивільно-правової відповідальності добровільне відшкодування боржником збитків

кредитору або сплату неустойки, якщо це відбулося не під загрозою примусу, а в силу внутрішнього переконання боржника в необхідності відшкодування збитків, сплати неустойки тощо [13, с. 526]. Подібні міркування про самостійний характер способів захисту висловлює й А. О. Левков, на думку якого права можуть захищати за допомогою різних правових засобів [14, с. 5].

Таким чином, зі слів вчених випливає, що спільне між заходами відповідальності та способами захисту полягає в тому, що вони застосовуються за наявності протиправної поведінки особи. Водночас до відмінностей вони відносять те, що заходи відповідальності покладаються лише за наявності вини порушника, а способи захисту — за відсутності вини в його діях. Вважаємо наведену позицію науковців спірною, оскільки для окремих випадків законодавець встановлює відповідальність без вини правопорушника, що характерно для випадків завдання шкоди (ст.ст. 1173–1176, 1187, 1209 ЦК України), а способи захисту можуть застосовуватися також за наявності його вини (ст.ст. 615, 651 ЦК України). При цьому якщо має місце вина правопорушника, то можуть одночасно до нього застосовуватися способи захисту і заходи відповідальності: «Одностороння відмова від зобов'язання не звільняє винну сторону від відповідальності за порушення зобов'язання» (ч. 2 ст. 615 ЦК України). Тому слушною є позиція Г. Я. Стоякіна, який способи захисту визначає як засоби правового впливу, які застосовуються до зобов'язаного суб'єкта незалежно від його вини і спрямовані на захист суб'єктивного права або правопорядку шляхом відновлення майнових або особистих немайнових благ управочного або шляхом призупинення дій, які порушують право [15, с. 5].

На нашу думку, санкція є ширшим поняттям, що включає заходи цивільно-правової відповідальності, заходи оперативного впливу та інші способи захисту. Це зумовлено тим, що всім способам захисту, зокрема й заходам оперативного впливу, властиві ознаки, які характеризують будь-яку цивільно-правову санкцію:

- 1) застосовуються у разі порушення суб'єктивного цивільного права та норми права;
- 2) становлять засіб впливу на правопорушника;
- 3) передбачають настання негативних для правопорушника правових наслідків майнового або організаційного характеру;
- 4) реалізуються в межах охоронного правовідношення, де потерпіла особа виступає як управомочна сторона, а правопорушник — зобов'язана сторона;
- 5) спрямовані на забезпечення здійснення суб'єктивного права потерпілої особи та мають правовідновлюючий характер;
- 6) застосовуються за ініціативою потерпілої особи та не враховується воля правопорушника;

7) реалізація санкцій забезпечується державним примусом. Слід зазначити, що способи захисту застосовуються лише за ініціативою особи, суб'єктивні цивільні права якої було порушено. При цьому воля самого правопорушника не враховується, оскільки застосування способів захисту передбачає для нього негативні правові наслідки. Як зазначав В. Ф. Яковлев, у цивільному праві характер примусу має два аспекти: перший полягає в тому, що примус застосовується в основному як спосіб захисту суб'єктивних прав; другий — зводиться до того, що застосування способів захисту залежить від волі потерпілої особи й означає встановлену законом можливість цієї особи, тобто його право [16, с. 118]. Саме в такому характері примусу проявляється ініціатива та диспозитивність цивільно-правового регулювання відносин.

Усі способи захисту виконують функцію забезпечення здійснення суб'єктивного цивільного права потерпілої особи. Як зазначає Т. І. Ілларіонова, забезпечувальний аспект цивільно-правового захисту в договірних зобов'язаннях полягає в тому, що конкретними способами створюються додаткові умови і можливість для реального задоволення порушеного права (інтересу) у процесі виконання зобов'язання без припинення договору [17, с. 238–239]. Тобто мова йде про забезпечення здійснення права на захист саме з боку потерпілої особи від порушення зобов'язання, а не про забезпечення виконання зобов'язання. Тому способи захисту реалізуються в межах охоронного правовідношення, а не в межах забезпечувального зобов'язання.

Водночас слід зазначити, що цивільно-правову санкцію становлять не всі заходи оперативного впливу. Це зумовлено тим, що можуть бути реалізовані деякі заходи оперативного впливу в межах регулятивного правовідношення у випадку відсутності порушення права. У таких випадках підставою для їх застосування буде створення загрози порушення суб'єктивного цивільного права. Як слушно зазначав В. О. Тархов, способи захисту можуть застосовуватися за відсутності правопорушення і не бути пов'язані з санкціями, тим більше неблагоприятними наслідками [18, с. 261].

Такий висновок характерний не лише для договірних зобов'язань, але й недоговірних. Яскравим прикладом зробленого висновку в недоговірних зобов'язаннях є вимога фізичної особи, життя, здоров'ю або майну якої загрожує небезпека, а також юридичної особи, майну якої загрожує небезпека, про усунення її від того, хто її створює (ст. 1163 ЦК України). Специфіка застосування такого способу захисту полягає саме в тому, що відсутнє порушення суб'єктивного права особи, але створюється загроза такому порушенню, тому особа має право на захист.

Із вищезазначеного можна зробити також висновок про те, що заходи цивільно-правової відповідальності та заходи оперативного

впливу є самостійними цивільно-правовими санкціями. Відмінність між цими правовими категоріями в договірних зобов'язаннях полягає у зазначеному нижче.

По-перше, правопорушення є підставою виникнення цивільно-правової відповідальності; протиправна поведінка є підставою застосування заходів оперативного впливу.

По-друге, необхідно встановити для застосування заходів цивільно-правової відповідальності наявність умов, спільних для всіх випадків вчинення правопорушення; для кожного заходу оперативного впливу законодавець встановлює спеціальні умови застосування.

По-третє, реалізація заходів цивільно-правової відповідальності означає, що правопорушник несе негативні наслідки, для яких характерні такі ознаки:

а) мають майновий характер, а саме становлять майнові обтяження для правопорушника;

б) становлять новий додатковий обов'язок для правопорушника;

в) виступають безеквівалентними майновими обов'язками;

г) становлять міру цивільно-правової відповідальності.

Для правопорушника внаслідок застосування заходів оперативного впливу виникають також негативні наслідки, які мають організаційний характер. Покладання на правопорушника майнових додаткових обтяжень у разі застосування таких заходів, як правило, не допускається. Застосування заходів оперативного впливу в окремих випадках може супроводжуватися зменшенням майна правопорушника, однак лише як виняток.

По-четверте, заходи цивільно-правової відповідальності виконують відновлювальну (компенсаційну) і каральну (репресивну) функції; застосовуються заходи оперативного впливу з метою відновлення первісного становища та призупинення дій, які порушують суб'єктивне цивільне право.

По-п'яте, застосовуються заходи цивільно-правової відповідальності за наявності вини правопорушника, крім випадків, передбачених законом; не залежить від наявності вини правопорушника застосування заходів оперативного впливу.

По-шосте, законодавець встановлює підстави для звільнення правопорушника від обов'язку нести цивільно-правову відповідальність (непереборну силу, випадок, умисел потерпілого, згоду потерпілого, виконання обов'язку). Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 58 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» [19] банк не відповідає за невиконання або несвоечасне виконання зобов'язань у разі оголошення мораторію на задоволення вимог кредиторів, зупинення операцій по рахунках, арешту коштів банку на його рахунках уповноваженими органами державної влади. Практика останніх років показала, що у випадку кризових ситуацій в економіці країни заходи щодо запровадження мораторію є ефективними, і

відповідно банки мають бути законодавчо захищеними [20, с. 207–208]. Водночас нормативно-правові акти не передбачають заборони для застосування заходів оперативного впливу.

По-сьоме, потерпілий реалізовує своє право на застосування заходів цивільно-правової відповідальності самостійно або шляхом звернення до судових органів; заходи оперативного захисту застосовує кредитор лише самостійно без звернення до юрисдикційних органів.

Таким чином, заходи оперативного впливу та заходи цивільно-правової відповідальності становлять самостійні санкції в цивільному праві. Водночас деякі заходи оперативного впливу можуть бути реалізовані в межах регулятивного правовідношення у випадку відсутності порушення права, тому такі заходи не становлять цивільно-правову санкцію.

Відповідно заходи оперативного впливу поділяються на дві групи:

- 1) заходи оперативного впливу, що становлять цивільно-правову санкцію, оскільки застосовуються лише у разі правопорушення;
- 2) заходи оперативного впливу, які є способами захисту, що застосовуються в разі створення загрози вчинення правопорушення.

Список використаних джерел

1. Оперативные санкции в народном хозяйстве [Текст] / под ред. В. В. Качановой. — Куйбышев : КГУ, 1985. — 55 с.
2. *Бриных, Е. В.* Оперативные санкции — форма гражданско-правовой ответственности [Текст] / Е. В. Бриных // Советское государство и право. — 1969. — № 6. — С. 65–70.
3. Оперативные меры защиты прав предпринимателей и производственных объединений [Текст] / под ред. В. А. Рясенцева. — М. : ВЮЗИ, 1985. — 432 с.
4. *Басин, Ю. Г.* Защита субъективных гражданских прав [Текст] / Ю. Г. Басин, А. Г. Диденко // Юридические науки. — 1971. — Алма-Ата : Типография № 18 Главполиграфпрома Госкомитета Совета Министров Казахской ССР, 1971. — Вып. 1. — С. 3–11.
5. *Каудыров, Т. Е.* Оперативные санкции как средство обеспечения исполнения договора поставки [Текст] / Т. Е. Каудыров // Хозяйственный механизм: правовые формы совершенствования. Сборник научных трудов. — Алма-Ата, 1982. — С. 51–58.
6. Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций [Текст] / Я. Н. Шевченко, В. В. Луць, А. А. Собчак. — К. : Наукова думка, 1988. — 261 с.
7. *Грибанов, В. П.* Осуществление и защита гражданских прав [Текст] / В. П. Грибанов. — М. : Статут, 2000. — 411 с. («Классика российской цивилистики»).
8. *Пугинский, Б. И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях [Текст] / Б. И. Пугинский. — М. : Юридическая литература, 1984. — 224 с.

9. *Карпов, М. С.* Гражданско-правовые меры оперативного воздействия [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Карпов Максим Сергеевич. — М., 2003. — 171 л.
10. *Алексеев, С. С.* Общая теория социалистического права [Текст] / С. С. Алексеев. — Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1964. — 226 с.
11. *Красавчиков, О. А.* Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве [Текст] / О. А. Красавчиков // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. — Свердловск, 1973. — С. 5–16.
12. Цивільне право України [Текст] : підруч. [в 2-х т.] / за ред. Є. О. Харитоновна, Н. Ю. Голубевої. — Х. : Одіссей, 2008. — Том 1. — 832 с.
13. Гражданское право [Текст] : учеб. : [у 3 ч.] / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев, А. А. Иванов и др. ; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1997. — Часть 1. — 600 с.
14. *Левков, А. А.* Меры защиты в российском праве [Текст] : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / А. А. Левков. — Волгоград, 2002. — 23 с.
15. *Стоякин, Г. Я.* Меры защиты в советском гражданском праве [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / Г. Я. Стоякин ; Свердловский юрид. ин-т. — Свердловск, 1973. — 19 с.
16. *Яковлев, В. Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений [Текст] / В. Ф. Яковлев. — Свердловск : Свердлов. юрид. ин-т, 1972. — 212 с.
17. *Илларионова, Т. И.* Система гражданско-правовых охранительных мер [Текст] : дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Илларионова Тамара Ивановна. — Свердловск, 1985. — 339 л.
18. *Тархов, В. А.* Гражданское право [Текст] : курс лекц. / В. А. Тархов. — Чебоксары : Чув. кн. изд-во, 1997. — Общая часть. — 331 с.
19. Про гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 23.02.2012 р. № 4452-VI [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2012. — № 50. — Ст. 564.
20. Модернізація правових засад європейської та євразійської інтеграційних стратегій України [Текст] : зб. наук. пр. / за заг. ред. В. І. Короля. — К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2014. — 287 с.



ЗОЗУЛЯК Ольга Ігорівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Юридичний інститут Прикарпатського національного університету

імені Василя Стефаника, м. Івано-Франківськ, Україна

ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ УНІТАРНОГО ТИПУ

Останніми роками в Україні прийнято низку різних спеціальних законодавчих актів, якими врегульовується правове становище непідприємницьких юридичних осіб, що побудовані на унітарних засадах. Аналіз цих нормативно-правових актів дозволяє стверджувати, що такі непідприємницькі юридичні особи можуть створюватись і діяти як заклади, фонди, тому не слід забувати і про Господарський кодекс України (ГК України), який також врегульовує відносини, що складаються з некомерційного господарювання, шляхом нормативної регламентації діяльності відповідних підприємств. Кожна із наведених непідприємницьких структур має свої особливості, які пов'язані і зі спеціальною метою діяльності, і з особливостями формування майна та фінансування таких юридичних осіб. Окреслені особливості юридичних осіб, про які йдеться, не дозволяють з абсолютною певністю стверджувати, що вони вписуються в конструкцію організаційно-правової форми установи, яка передбачена ч. 3 ст. 83 ЦК України. Наведене свідчить про доцільність перегляду підходів щодо регламентації непідприємницьких юридичних осіб, що базуються на унітарних началах та потребу в доктринальному напрацюванні поняття «непідприємницька юридична особа унітарного типу», що й спробуємо здійснити в рамках цієї статті. Безперечно, що за період чинності ЦК України проблематика особливостей та місця установ у системі юридичних осіб неодноразово виступала предметом наукового пошуку вітчизняних вчених-цивілістів, у тому числі і на рівні кандидатських дисертацій. Варто виділити, зокрема, наукові праці І. П. Жигалкіна «Установи як юридичні особи» (2010 р.) [1], Д. С. Лещенка «Правовий статус установ у цивільному праві України» (2005 р.) [2]. Разом з тим у цих роботах увага науковців була прикута до дослідження установи як конкретної організаційно-правової форми юридичної особи, а не через призму побудови моделі так званої унітарної юридичної особи. З метою нашого дослідження слід проаналізувати, чи усі з ознак, що характеризують установу повною мірою, характерні і для закладів та фондів або ж фундаментальні зберігають своє значення, проте є й спеціальні, які можна використати

для обґрунтування самостійності організаційно-правової форми зазначених різновидів підприємницьких юридичних осіб.

Розпочнемо із характеристики фонду на предмет наявності в останнього ознак, що характеризують його як самостійну організаційно-правову форму юридичної особи. Тільки таким шляхом вдасться дати відповідь на запитання, чи це різновид установи чи є підстави для виокремлення його в самостійну організаційно-правову форму підприємницької юридичної особи. У чинному ЦК України про фонди як юридичні особи не згадується взагалі. Якщо звернутись до енциклопедичних джерел, то в них знаходимо вказівку на термін «фонд» у кількох аспектах, зокрема:

- 1) запаси, ресурси, нагромадження, капітал;
- 2) кошти або матеріальні засоби, призначені для якої-небудь мети;
- 3) цінні папери, що дають прибуток;
- 4) організація, що здійснює діяльність у певній сфері [3].

Очевидно, що в контексті розуміння сутності фонду найбільш повною мірою відповідають другий та четвертий аспекти, за якими під фондом розуміються кошти або матеріальні засоби, призначені для якої-небудь мети, і такі кошти акумулюються шляхом створення юридичної особи. Для прикладу: сучасна система гарантування вкладів фізичних осіб побудована таким чином, що Фонд гарантування вкладів фізичних осіб як юридична особа публічного права, що побудована на унітарних засадах, накопичує кошти з тим, щоб на випадок неповернення банками сум депозитів повернути гарантовані суми вкладникам у порядку, визначеному Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». Спробуємо на прикладі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб відмежувати його від установи. Безперечно, що Фонд гарантування вкладів фізичних осіб відповідає в цілому тим засадам, на яких базується установа: відсутність членства, особливий порядок формування майна та цільове призначення майна, заборона на управління установи засновником.

Разом з тим Фонд має і певні відмінності:

- 1) особливий порядок виникнення та припинення — на підставі Закону, виключно Законом врегульовано особливості створення, діяльності та припинення Фонду;
- 2) діяльність Фонду пов'язана із реалізацією специфічної мети — акумуляцією (накопиченням) коштів, що використовуються для певної мети — в межах цього прикладу для повернення сум вкладів вкладникам;
- 3) кошти Фонду, за загальним правилом, формуються за рахунок тих осіб, які мають право на виплати, або третіх осіб, що перебувають у договірних відносинах із особами, що мають право на виплати. Якщо звернутись до прикладу, пов'язаного із діяльністю Фонду гарантування

вкладів — збори до Фонду сплачують банки, які перебувають у договірних відносинах із вкладниками;

4) коло осіб, які користуються послугами установи, не визначене кількісно, у той же час коло осіб, що користуються послугами Фонду, є обмеженим.

На наше переконання, для всіх непідприємницьких юридичних осіб, що створюються з метою накопичення певних коштів для реалізації прав окремих категорій осіб у пенсійній, фінансовій, чи іншій сферах, Фонд є найоптимальнішою із організаційно-правових форм через ті особливості, що йому притаманні. З огляду на зазначене, вважаємо, що є всі підстави для виокремлення фонду в самостійну організаційно-правову форму непідприємницьких юридичних осіб.

Далі ж перейдемо до характеристики закладів. Останні як різновиди непідприємницьких юридичних осіб унітарного типу також мають свої особливості, що дозволяють ставити питання щодо виокремлення їх у самостійну організаційно-правову форму. У літературі останніх років цивілістами вже неодноразово піднімалась проблема щодо того, чи заклад є різновидом установи чи це самостійна організаційно-правова форма непідприємницьких юридичних осіб. Так, для прикладу, дослідники правового становища установ І. П. Жигалкін та Д. С. Лещенко переконані, що заклад є організаційно-правовою формою установи. Наведені цивілісти сприймають ці поняття як тотожні та не вбачають у правовому статусі закладів специфіки, яка б дозволяла виділяти їх з-поміж установ [1; 2].

Іншої позиції дотримується І. М. Кучеренко, виділяючи заклад у самостійну організаційно-правову форму. Цивіліст запропонувала такі основні засади правового регулювання закладів як організаційно-правової форми юридичної особи:

1) мета створення закладу визначається статутом та нормативними актами;

2) вони діють на підставі статуту;

3) створюються фізичними або юридичними особами, державою, територіальною громадою;

4) управління закладом здійснює засновник (засновники) у передбаченому статутом чи нормативними актами порядку;

5) заклад відповідає за своїми зобов'язаннями всім належним майном, а у випадку його недостатності субсидіарну відповідальність несе засновник;

6) у разі ліквідації закладу майно, яке залишилось після погашення боргів закладу, передається їй засновнику;

7) засновник зобов'язаний фінансувати діяльність закладу [4, с. 330].

Наведені цивілістом ознаки дозволяють виокремити заклади серед непідприємницьких юридичних осіб унітарного типу передусім за такими специфічними особливостями, як установчі документи та

необхідність постійного фінансування засновником діяльності закладу. Додамо, що заклади характеризуються специфічною метою діяльності — вони здійснюють свою діяльність виключно в освітньо-науковій (заклади освіти, науки), медичній (заклади охорони здоров'я) та культурній сфері (музеї, театри, бібліотеки). З огляду на наведений вище перелік ознак, не можемо погодитись із позицією, за якою заклад — це умовне поняття, яким охоплюється невизначений перелік організаційно-правових форм і непідприємницьких і підприємницьких юридичних осіб [5, с. 319]. Абсолютно підтримуючи позицію І. М. Кучеренко щодо особливих ознак закладу, нами вбачається можливість виокремлення закладу в самостійну організаційну форму непідприємницьких юридичних осіб [4, с. 331].

Наступне питання, на яке слід дати відповідь, — що ж розуміти під поняттям установа, якщо фонд та заклад характеризуються специфічними ознаками, відмінними від ознак установи? Очевидно, що за такого підходу установі будуть притаманні дещо інші характеристики. Вважаємо, що законодавчі тенденції повинні бути скореговані за напрямом збереження в установі ознак, що закладені у ст. 83 ЦК України, та закріплення на законодавчому рівні специфічної мети діяльності установ — реалізації державної влади у різних сферах управління, адже на сьогодні в більшості випадків установи якраз і реалізують державну владу. Це — органи державної влади (як центральні, так і місцеві); інші державні органи; судові органи; система правоохоронних органів. Установами є також Національний банк України, Державна іпотечна установа, Фонд державного майна, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку і низка інших юридичних осіб публічного права, що реалізують державну політику в тій чи іншій формі. За такого підходу до питання: установа — це не узагальнююча категорія, що об'єднує в собі різні види непідприємницьких юридичних осіб, а організаційно-правова форма юридичної особи унітарного типу. З огляду на наведені вище аргументи, не можемо погодитися та сприйняти міркування, що висловлюються в юридичній літературі з приводу того, що поняття «установа» є багатозначним та може мати загальне і спеціальне значення. У першому випадку «установа» є родовою характеристикою в класифікаційному поділі всіх організаційно-правових форм юридичних осіб на корпорації та установи. У спеціальному розумінні поняття «установа» використовується для видової класифікації юридичних осіб і означає конкретну організаційно-правову форму некомерційної організації [6, с. 135]. З такою позицією погодитись неможливо навіть тому, що родові (загальні) категорії та видові (спеціальні) апіорі не можуть бути тотожними та позначатись одним терміном. Звернемось до прикладу із підприємницькими юридичними особами. На сьогодні фахівці у сфері корпоративного права розробили поняття «корпорація» як узагальнюючу категорію, якою позначаються різні організаційно-

правові форми: товариство з обмеженою відповідальністю, акціонерне товариство, виробничий кооператив тощо. Такою ж є і позиція законодавця за тим виключенням, що ЦК України терміном «корпорація» не оперує, використовуючи натомість поняття «товариство», яке, тим не менше, не вживається одночасно у загальному та спеціальному значеннях. У випадку із установами аналогічна ситуація і замість того, щоб конструювати модель сприйняття одного і того ж явища як загального і як спеціального, слід подумати про зміну класифікаційних рівнів, коли йдеться про невідприємницькі юридичні особи, у правовій природі яких закладені унітарні начала. Відповідні зміни класифікаційних рівнів, на нашу думку, повинні здійснюватись в напрямку законодавчого закріплення поняття «невідприємницька юридична особа унітарного типу» та організаційно-правових форм, у яких вона може функціонувати. Такий підхід дозволить відтворити дійсний стан речей, що склався при діяльності невідприємницьких юридичних осіб, які діють на унітарних засадах, та запропонувати адекватний механізм їх цивільно-правового регулювання.

Як вбачається з наведеного, установа, фонд та заклад є тими організаційно-правовими формами невідприємницьких юридичних осіб унітарного типу, що повинні бути втілені в ЦК України. Проте на рівні актів господарського законодавства також регламентований статус унітарних некомерційних підприємств. Так, гл. 5 Господарського кодексу України під назвою «Некомерційна господарська діяльність» визначено поняття та організаційно-правові форми здійснення некомерційного господарювання. Такими організаційно-правовими формами є державні унітарні некомерційні, комунальні унітарні некомерційні та казенні підприємства. Такі організаційно-правові форми також потребують відповідних досліджень на предмет їх співвідношення із тими юридичними особами, які регламентовані ЦК України. Проблема цивільно-правової регламентації правового становища підприємств уже неодноразово піддавалась науковому аналізу. Так, досліджуючи специфіку цивільно-правових аспектів регулювання приватних підприємств, А. В. Зеліско приходить до правильного висновку, що коли йдеться про корпоративні підприємства, то їх неврегульованість нормами ГК України не викликає на практиці суттєвих труднощів, у зв'язку із належним визначенням статусу підприємницьких товариств, які «вписуються» у це поняття. Втім, ситуація із унітарними приватними підприємствами є дещо складнішою, адже ГК України не врегулює правовий статус такого підприємства, а звернутися до інших правових актів немає можливості, оскільки така організаційно-правова форма не належить за своєю правовою природою до жодної із організаційно-правових форм підприємницьких товариств, передбачених ЦК України. У результаті утворилася ситуація, за якої унітарне приватне підприємство фактично

випало зі сфери правового регулювання підприємницьких юридичних осіб приватного права [7, с. 63]. Дійсно, можна погодитись із висловленими міркуваннями автора, адже ЦК України не передбачає підприємницьких організаційно-правових форм, які б відображали суть унітарного приватного підприємства. Проте коли йдеться про некомерційних суб'єктів господарювання, що діють на унітарних началах, таких як державне некомерційне чи комунальне некомерційне підприємство, то їх у цілому можна «вписати» в організаційно-правову установу, що передбачена ЦК України. Так, серед організаційно-правових форм участі держави чи територіальної громади в цивільно-правових відносинах є створення ними установ, а також тих організаційно-правових форм унітарних некомерційних підприємств, що передбачені ГК України. Наведені унітарні форми некомерційних підприємств не є власниками майна (воно закріплюється за ними на одному з таких речових прав як право господарського відання чи оперативного управління) та мають низку інших особливостей, але їх не настільки багато, щоб у законодавчій перспективі це створювало перешкоди у можливості їх подальшого існування як тих юридичних осіб, які діють на унітарних засадах та регламентовані актами цивільного законодавства. У цьому контексті слід погодитись із В. А. Васильєвою, яка вказує, що існування такої групи юридичних осіб, які не є власниками, на майно яких засновники зберігають речове право, пов'язане з перехідним етапом розвитку економіки [8, с. 96]. Очевидно, що такі господарсько-правові конструкції слід сприймати як тимчасове явище.

Підсумовуючи, слід зазначити, що основною ознакою, яка об'єднує фонди, заклади та установи, є їхня побудова на унітарних засадах. Саме цю ознаку слід використати для зміни класифікаційних рівнів юридичних осіб з тим, щоб система як підприємницьких, так і непідприємницьких юридичних осіб стала більш зрозумілою та логічно побудованою. На сьогодні доцільним є законодавче закріплення поняття «непідприємницька юридична особа унітарного типу». Це об'єднуюча категорія, що включає в себе такі організаційно-правові форми, як установа, заклад та фонд. Саме ці організаційно-правові форми потребують теоретичного обґрунтування на теоретичному рівні із подальшим закріпленням базових елементів їх цивільно-правового становища у ЦК України.

Список використаних джерел

1. *Жигалкін, І. П.* Установи як юридичні особи [Текст]: монограф. / І. П. Жигалкін. — Х.: Право, 2010. — 168 с.
2. *Лещенко, Д. С.* Правовий статус установ в цивільному праві України [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Лещенко Дмитро Сергійович. — К., 2005. — 199 арк.

3. Словник іншомовних слів / за ред. О. С. Мельничука. — К., 1974 [Електронний ресурс] / Словники он-лайн. — URL : <http://www.rozum.org.ua/index.php?a=term&d=18&t=35493>.
4. Кучеренко, І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Кучеренко Ірина Миколаївна. — К., 2004. — 468 арк.
5. Правове регулювання некомерційних організацій в Україні [Текст] : монограф. / [І. В. Спасибо-Фатєєва, В. І. Борисова, О. П. Печений та ін.]; за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. — Х. : Право, 2013. — 480 с.
6. Давидова, Н. О. Установа як організаційно-правова форма вищого навчального закладу [Текст] / Н. О. Давидова // Юридична наука і практика: виклики часу: матеріали V Міжнародної науково-практичної конференції. Т. II. м. Київ, Національний авіаційний університет, 12 березня 2015 р. — К., 2015. — С. 134–137.
7. Зеліско, А. В. Цивільно-правові аспекти регулювання приватних підприємств [Текст] / А. В. Зеліско // Вдосконалення правового регулювання прав та основних свобод людини і громадянина : матеріали щорічної Всеукраїнської науково-практичної конференції молодих вчених та аспірантів (м. Івано-Франківськ, 16 травня 2014 р.). — Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2014. — С. 61–65.
8. Корпоративне право України [Текст] : підруч. / В. В. Луць, В. А. Васильєва, О. Р. Кібенко, І. В. Спасибо-Фатєєва [та ін.]; за заг. ред. В. В. Луця. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 384 с.



СПЦУК Ліліана Василівна,

кандидат юридичних наук,

Лабораторія проблем корпоративного права

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,

м. Івано-Франківськ, Україна

ВИХІД УЧАСНИКА З ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

У сучасних ринкових умовах здійснення підприємницької діяльності суб'єктами приватноправових відносин, як правило, реалізовується через створення товариств з обмеженою відповідальністю (ТОВ), що виступають однією з найбільш оптимальних організаційно-правових форм ведення малого та середнього бізнесу. Водночас, як показує практика правозастосування, нині механізм регулювання діяльності ТОВ не відповідає сучасним

вимогам щодо його гнучкості та ефективності. Недостатньо врегульований або взагалі відсутній механізм реалізації прав учасників товариства та їх захисту [1], в тому числі потребують перегляду та удосконалення положення закону, що визначають порядок реалізації права учасника на вихід з ТОВ. Недосконалість законодавчих норм, що регулюють порядок виходу з товариства, в практичній діяльності призводить до суттєвих порушень корпоративних прав учасників товариства, корпоративного інтересу самого товариства, а також є однією із передумов для ліквідації товариства. Така ситуація, зокрема, має місце, коли власники значних часток, реалізуючи право на вихід, виводять всі свої активи і залишають товариство фактично без майна, необхідного для продовження стабільного функціонування товариства. Адже право на вихід з ТОВ має будь-який учасник незалежно від розміру його частки у статутному капіталі товариства: чи то власник 10 % частки у статутному капіталі, чи то учасник, якому належить 90 % частки у статутному капіталі товариства.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 116, ч. 1 ст. 148 Цивільного кодексу України (ЦК України) та ч. 1 ст. 88 Господарського кодексу України, учасники ТОВ мають право вийти в передбаченому установчими документами та законом порядку зі складу товариства. Учасник зобов'язаний повідомити товариство про свій вихід не пізніше ніж за три місяці до виходу. Разом з тим у статуті товариства може передбачатися інший строк повідомлення про вихід учасника з товариства.

Слід зазначити, що вихід з товариства є добровільним волевиявленням учасника, яке спрямоване на припинення корпоративних відносин між учасником і товариством. Учасник має право вийти з товариства тільки з власної ініціативи, повідомивши товариство шляхом подання заяви. Водночас, оскільки право на вихід може реалізовуватися без будь-яких обмежень, виникає питання про момент, з якого учасник вважається таким, що вийшов. Якщо згідно з нормативними положеннями на учасника покладається обов'язок повідомити товариство про вихід за три місяці, то логічним є твердження про те, що учасник вважається таким, що вийшов після спливу цього строку. В той же час вихід з товариства зумовлює зміни суб'єктного складу учасників, що мають відобразитися в установчих документах товариства, зміни до яких вносяться загальними зборами і підлягають державній реєстрації. У зв'язку з цим, досить часто прив'язка робиться до часу проведення загальних зборів, на яких повинні вноситися зміни до складу учасників у зв'язку із виходом учасника з товариства, або до моменту державної реєстрації, оскільки відомості, що містяться в Єдиному державному реєстрі, є достовірними для всіх учасників цивільного обороту.

Не дає однозначної відповіді й судова практика. Зокрема, відповідно до п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів», вихід зі складу учасників товариства не пов'язується ні з рішенням зборів учасників, ні з внесенням змін до установчих документів товариства. У зв'язку з цим, моментом виходу учасника з товариства є дата подачі ним заяви про вихід відповідній посадовій особі товариства або вручення заяви цим особам органами зв'язку. Аналізуючи вказане твердження, слід зазначити таке: якщо вважати моментом виходу учасника з товариства дату подання заяви до товариства, то з наведеного випливає, що учасник повинен надіслати дві заяви — заяву, в якій учасник повідомляє про намір вийти з товариства, і заяву про вихід з товариства після визначеного законом або статутом строку. Однак у нормативних положеннях чітко визначено, що реалізується вихід учасника через три місяці з моменту повідомлення товариства, тому вимога про необхідність подання декількох заяв до товариства хіба що може передбачатися в установчих документах, але не є прямою вказівкою закону.

Існує й інша позиція. Згідно з п. 3.5 Рекомендації Президії Вищого господарського суду України «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин», учасник вважається таким, що вийшов з ТОВ, з моменту прийняття загальними зборами рішення про виключення учасника з товариства на підставі його заяви про вихід, а у випадку відсутності такого рішення — з дати закінчення строку, встановленого законом або статутом товариства для повідомлення про вихід з товариства. Наведений підхід також сприймається неоднозначно, оскільки скликання загальних зборів не завжди відбувається у тримісячний строк з моменту повідомлення товариства про вихід учасника. Більше того, на загальних зборах має вирішуватися питання не про виключення учасника з товариства на підставі його заяви про вихід, а про зміни складу учасників товариства у зв'язку із виходом учасника, про внесення змін до статуту у зв'язку із зміною складу учасників. Така позиція обґрунтовується тим, що, приймаючи рішення на загальних зборах, учасники мають право вибору: проголосувати за вихід учасника з товариства чи не проголосувати. З наведеного випливає, що вихід учасника з товариства залежить від результатів голосування на загальних зборах. При цьому, заявивши про вихід з товариства, учасник втрачає право брати участь в управлінні товариством та голосувати на загальних зборах, що позбавляє його можливості впливати на хід голосування. У такого учасника залишається тільки право звернутися за захистом своїх прав до суду з вимогою про зобов'язання товариства до державної реєстрації змін в установчих документах товариства у зв'язку зі зміною у складі учасників товариства, що передбачено п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду

України від 24 жовтня 2008 р. № 13. Враховуючи наведене, єдиноправильним є визначення моменту виходу учасника із товариства з дати закінчення строку, встановленого законом або статутом товариства для повідомлення про вихід з товариства, що потрібно більш детально прописати в законі.

Правовим наслідком виходу учасника є виникнення у товариства також обов'язків щодо здійснення з ним розрахунків на його вимогу. Згідно з ч. 2 ст. 148 ЦК України учасник, який виходить із ТОВ, має право одержати вартість частини майна, пропорційну його частці у статутному капіталі товариства. Така виплата провадиться після затвердження звіту за рік, у якому він вийшов з товариства, і в строк до 12 місяців з дня виходу. Крім того, учаснику, який вибув, виплачується належна йому частка прибутку, одержаного товариством у цьому році до моменту його виходу (ст. 54 Закону України «Про господарські товариства»).

Отже, вихід особи зі складу учасників ТОВ дає такій особі право одержати вартість частини майна, пропорційну її частці у статутному капіталі, та частину прибутків товариства, отриманих до моменту виходу учасника. Однак у законі не врегульовано низку питань, що потребують вирішення, а саме: як здійснюються виплати учаснику, частка якого оплачена не в повному обсязі, або учаснику, який володіє 60 % і більше частки у статутному капіталі; як визначається вартість частини майна, що підлягає виплаті пропорційно частці учасника; які дії товариство повинно вчинити після здійснення розрахунків з учасником, який вийшов з товариства, та інші? Якщо звернути увагу на порядок здійснення виплат учасникові пропорційно його частці у статутному капіталі, то слід зазначити, що більшість судових справ, пов'язаних із виходом з товариства, направлені на розгляд саме цього питання. Це пов'язано з низкою причин: по-перше, учасник, який заявив про вихід з товариства після закінчення строку для повідомлення товариства не має можливості скористатися своїм правом доступу до фінансових документів товариства, протидіяти виведенню активів із товариства, що призводить до значного зменшення вартості частки такого учасника до настання строку її оплати [1]; по-друге, на законодавчому рівні не визначено, яка вартість частини майна товариства має визначатися для виплати учасникові — балансова чи ринкова. З цього приводу у п. 3.7 Рекомендацій Президії Вищого господарського суду України № 04–5/14 від 28 грудня 2007 р. зазначається, що в основу розрахунку вартості частини майна товариства повинна братись балансова вартість майна товариства. При цьому будь-який учасник товариства має право вимагати проведення з ним розрахунків, виходячи з дійсної (ринкової) вартості майна товариства. Однак, як показує судова практика, при розгляді такої категорії справ, суди, як правило, виходять із того, що вартість частини майна товариства, належна до сплати учаснику, має визначатися

виключно із дійсної (ринкової) вартості об'єкта оцінки [2], що доцільно було б визначити в нормі закону.

Неврегульованість на рівні законодавства питань порядку та правових наслідків виходу з товариства також призводить до використання учасниками інших способів припинення участі шляхом виходу з товариства, зокрема здійснюючи відчуження частки у статутному капіталі. Учасник пише до товариства заяву про вихід та здійснює продаж частки за договором. У результаті, отримуючи прибуток від продажу частки, учасник, який вийшов, звертається до товариства з вимогою виплатити частину майна, пропорційну його частці. Однак вихід учасника із товариства та продаж частки іншій особі мають різну правову природу та відповідно різні юридичні наслідки. Вихід зі складу учасників товариства, у зв'язку з відчуженням частки у статутному капіталі, не є тотожним поданню учасником заяви про вихід з товариства. У разі продажу частки іншій особі учасник (продавець) втрачає право на отримання від товариства будь-яких виплат.

Враховуючи вищенаведене, доцільно було б передбачити на рівні законодавства перелік підстав, що обумовлювали б можливість реалізації учасником права на вихід, а саме:

1) якщо учасники товариства відмовилися скористатися переважним правом придбання частки (частини частки) у статутному капіталі товариства, запропонованої учасником товариства для продажу третім особам;

2) якщо статутом товариства заборонено відчужувати частку (частину частки) у статутному капіталі товариства третім особам;

3) якщо учасник товариства проголосував проти рішення загальних зборів товариства про збільшення (зменшення) статутного капіталу;

4) якщо учасник товариства проголосував проти рішення загальних зборів товариства про реорганізацію товариства. Такий перелік підстав має бути вичерпним.

Список використаних джерел

1. Концепція проекту Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»: схв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 06.02.2013 р. № 72-р [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/72-2013-p>.
2. Постанова Верховного Суду України від 18.11.2014 р. № 3-182rc14 [Електронний ресурс] // Закон і бізнес. — 2015. — № 4 (1198). — 24 січня — 30 січня. — URL: http://zib.com.ua/ua/114020-vs_zrobiv_visnovok_schodo_viplat_uchasniku_tovaristva.html.



ЮРКЕВИЧ Юрій Миколайович,

кандидат юридичних наук, доцент

Львівський національний університет імені Івана Франка,

м. Львів, Україна

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ДЕРЖАВНИХ ГОСПОДАРСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ (НА ОСНОВІ АНАЛІЗУ ПРИКЛАДІВ ІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ)

Діяльність господарських об'єднань в Україні головним чином, регламентована гл. 12 Господарського кодексу України (ГК України) [1]. Об'єднанням підприємств є господарська організація, утворена у складі двох або більше підприємств з метою координації їх виробничої, наукової та іншої діяльності для вирішення спільних економічних та соціальних завдань. Об'єднання підприємств утворюються підприємствами на добровільних засадах або за рішенням органів, які відповідно до ГК України та інших законів мають право утворювати об'єднання підприємств. В об'єднання підприємств можуть входити підприємства, утворені за законодавством інших держав, а підприємства України можуть входити в об'єднання підприємств, утворені на території інших держав. Варто відзначити, що згідно з чинним законодавством України, об'єднання підприємств є юридичною особою; при цьому підприємства-учасники об'єднання підприємств зберігають статус юридичної особи незалежно від організаційно-правової форми об'єднання, і на них поширюються положення ГК України та інших законів щодо регулювання діяльності підприємств.

Господарське об'єднання — об'єднання підприємств, утворене за ініціативою підприємств, незалежно від їх виду, які на добровільних засадах об'єднали свою господарську діяльність. Варто зазначити, що законодавець наводить наступне визначення державних господарських об'єднань. Державне господарське об'єднання — об'єднання підприємств, утворене державними підприємствами за рішенням Кабінету Міністрів України або у визначених законом випадках — рішенням міністерств (інших органів, до сфери управління яких входять підприємства, що утворюють об'єднання). Державне господарське об'єднання діє на основі рішення про його утворення та статуту, який затверджується органом, що прийняв рішення про утворення об'єднання.

Актуальність теми дослідження цивільно-правових аспектів захисту прав та інтересів державних господарських об'єднань обумовлена багатьма факторами. Серед таких — не тільки власний підхід вітчизняного законодавця порівняно з іншими європейськими

країнами, щодо правого статусу таких об'єднань, їх організаційно-правових форм, підстав створення, функціонування тощо, але й існуючі прогалини у національному правовому регулюванні окреслених відносин, недосконалість законодавчої техніки та наявність неоднакового застосування норм законодавства про таких суб'єктів у судовій практиці. Вищенаведені обставини породжують проблеми науково-практичного характеру, дослідженню окремих аспектів яких присвятили свої праці багато вчених, серед яких — О. М. Вінник, В. М. Коссак, В. К. Мамутов, В. І. Цікало, В. С. Щербина та багато інших. Одночасно згадані обставини зумовлюють і необхідність продовження детального вивчення окреслених питань та відповідно додатково аргументують актуальність обраної теми доповіді.

Перш за все доцільно зауважити, що майно передається державному господарському об'єднанню його засновником у господарське відання або в оперативне управління на основі рішення про утворення об'єднання. Вартість майна об'єднання відображається в його балансі. Управління державним господарським об'єднанням здійснюють правління об'єднання і генеральний директор об'єднання, який призначається на посаду та звільняється з посади органом, що прийняв рішення про утворення об'єднання. Склад правління визначається статутом об'єднання. Порядок управління державним господарським об'єднанням визначається статутом об'єднання відповідно до закону. Законом може бути передбачений інший порядок управління державним господарським об'єднанням в оборонно-промисловому комплексі.

Окремо необхідно наголосити на тому, що майнові права (інтереси) (власника, засновника) державних господарських об'єднань подекуди залишаються незахищеними, а судова практика досі не виробила єдиного механізму до вибору способів захисту таких прав. Так, у випадку відчуження майна, закріпленого за державними господарськими об'єднаннями, всупереч нормам їх статутів та чинного законодавства в аналогічних ситуаціях застосовуються як зобов'язально-правові, так і речово-правові способи захисту прав та інтересів, а самі державні господарські об'єднання у разі звернення до суду органів прокуратури в інтересах держави визначаються за аналогічних обставин то як позивачі, то як відповідачі. Для прикладу у справі № 439/406/13-ц/2 заступник Тернопільського прокурора з нагляду за додержанням законів у війсьній сфері звернувся до Бродівського районного суду Львівської області з позовною заявою про визнання недійсним договору купівлі-продажу нерухомого майна із застосуванням наслідків недійсності цього договору в інтересах держави в особі його органу, уповноваженого здійснювати відповідні функції у спірних відносинах: позивач — Міністерство оборони України до відповідачів — Концерну «Військторгсервіс» та Особи 2 [2]. За аналогічних обставин при одному і тому ж складі учасників спірних

відносин та тотожній доказовій базі у справі № 439/554/13–ц/2 прокурор Центрального регіону України з наглядом за додержанням законів у військовій сфері звернувся з позовом до Бродівського районного суду Львівської області про визнання недійсним договору купівлі-продажу нерухомого майна в інтересах держави в особі Міністерства оборони України, Концерну «Військторгсервіс» до Особи 3, треті особи — Регіональне відділення Фонду державного майна України по Львівській області, Рівненська міжрегіональна універсальна товарно-майнова біржа «ПРАЙС», приватний нотаріус Бродівського районного нотаріального округу Львівської області — Особа 4 [3]. При цьому варто підкреслити, що такі позови, як правило, задовольняють незалежно від процесуального статусу державних господарських об'єднань (позивачі чи відповідачі) у справах та незалежно від обраних способів порушених прав.

Проте у ст.ст. 15, 16 Цивільного кодексу України (ЦК України) [4] встановлено перелік матеріально-правових способів захисту порушених, оспорюваних та/або невизнаних прав та інтересів, за допомогою яких відновлюється майновий стан особи, усуваються перешкоди на шляху здійснення права або невизначеність правового стану та фактів. Одночасно, з нашої точки зору, особи-набувачі за такими договорами в розумінні ст. 330 ЦК України виступають добросовісними набувачами, оскільки правомірно, на конкурентних засадах, шляхом участі поряд з іншими учасниками у публічних торгах придбали майно як переможці публічних торгів, а всі обов'язки з організації проведення публічних торгів та отримання будь-яких дозволів на продаж майна лягають на особу, в господарському віданні (чи оперативному управлінні) якої це майно знаходиться. Також ЦК України передбачено засади захисту права власності. Зокрема ст. 387 ЦК України власнику надано право витребувати майно із чужого незаконного володіння. Відповідно ж до ч. 1 ст. 388 ЦК України у випадку, якщо майно за відплатним договором придбане в особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати (добросовісний набувач), власник має право витребувати це майно від набувача лише у разі, якщо майно було загублене власником або особою, якій він передав майно у володіння; було викрадене у власника або особи, якій він передав майно у володіння; вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом.

Водночас необхідно враховувати, що у справі № 22–3–30/336–07–9260 Верховний Суд України, ухвалюючи 31 жовтня 2012 р. своє рішення, дійшов до такого висновку: права особи, яка вважає себе власником майна, не підлягають захисту шляхом задоволення позову до добросовісного набувача з використанням правового механізму, встановленого ст.ст. 215, 216 ЦК України. Такий захист можливий лише шляхом задоволення ввіндоваційного позову у разі, якщо для

цього існують підстави, передбачені ст. 388 ЦК України, які дають право витребувати майно в добросовісного набувача [5].

З іншого боку, Верховний Суд України, переглядаючи згадану вище справу № 439/406/13–ц/2, у постанові від 16 вересня 2015 р. вказав таке: «Установивши, що на час укладення спірного договору купівлі-продажу відчуження об'єктів державної власності повинне було здійснюватися на підставі Порядку відчуження об'єктів державної власності (у редакції, яка була чинною на час виникнення спірних правовідносин), суд апеляційної інстанції, з висновками якого погодився касаційний суд, дійшов обґрунтованих висновків про те, що відчуження спірного приміщення магазину, що є об'єктом державної власності, відбулося з порушенням вимог указанного Порядку, зокрема без згоди та/або погодження на відчуження майна суб'єкта управління та Фонду державного майна; що спірний договір купівлі-продажу був укладений від імені концерну «Військгорсервіс» особою, яка не мала повноважень на вчинення дій щодо відчуження державного нерухомого майна, закріпленого на праві господарського відання за цим концерном, оскільки довіреність, що видана раніше Міністром оборони України, була на той час визнана недійсною та відкликана окремим дорученням Міністра оборони України, та про те, що прокурор звернувся з позовом до суду в інтересах держави в особі Мініборони України в межах установленої ст. 261 ЦК України позовної давності, а відтак укладений сторонами договір у силу положень ст.ст. 215, 216 ЦК України підлягає визнанню недійсним» [6].

Підсумовуючи, все ж вважаємо за можливе висловити такі міркування з питань застосування правових механізмів захисту прав та інтересів державних господарських об'єднань:

а) процесуальний статус учасників спорів за участю державних господарських об'єднань у разі його обрання органами, які звертаються за захистом їх прав та інтересів, повинен визначатися у суворій відповідності до закону і не повинен за аналогічних фактичних обставин і доказової бази бути відмінним в однотипних справах. Зокрема, на наше переконання, у випадку, коли державне майно, що було закріплене за державними господарськими об'єднаннями, необхідно повернути в державну власність з мотивів його відчуження на підставі договору, що суперечить законодавству (нормам приписів ст.ст. 203–216 ЦК України), відповідне державне господарське об'єднання, з нашої точки зору, мало б виступати у процесуальному статусі позивача, а орган, до сфери управління якого воно входить, — третьою особи без самостійних вимог. І навпаки, у разі якщо обґрунтування підставності позову зводиться до «вибуття з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом», уповноважений орган управління державним господарським об'єднанням — у статусі позивача, а державне господарське об'єднання та добросовісний набувач — у статусі

відповідачів. Водночас слід враховувати, що ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [7] передбачено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Європейського суду як джерело права. Так, у рішенні *Федоренко проти України*, де уряд оспорував угоду, укладену особою приватного права з державним органом з посиланням на перевищення останнім своєї компетенції, Європейський суд з прав людини послався на те, що орган державної влади при укладенні угоди вважав себе компетентним на її укладення, національне законодавство не містило чітко вираженої заборони на укладення угоди, й укладення таких угод було звичайною практикою, а відтак особа приватного права мала всі підстави розраховувати на те, що орган державної влади діє в межах компетенції [8];

б) права особи, яка вважає себе власником майна, все ж не підлягають захисту шляхом задоволення позову до добросовісного набувача з використанням правового механізму, встановленого ст.ст. 215, 216 ЦК України. Такий захист можливий лише шляхом задоволення віндикаційного позову у разі, якщо для цього існують підстави, передбачені ст. 388 ЦК України, які дають право витребувати майно в добросовісного набувача.

Список використаних джерел

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18. — Ст. 144.
2. Рішення Бродівського районного суду Львівської області від 04.09.2013 р. у справі № 439/406/13-ц/2 [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33289625>.
3. Рішення Бродівського районного суду Львівської області від 05.12.2013 р. у справі № 439/554/13-ц/2 [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36012725>.
4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 356.
5. Постанова Верховного Суду України від 31.10.2012 р. у справі № 6-53ц12 за заявою Бориспільського міжрайонного прокурора Київської області в інтересах Київської обласної ради та Бориспільської районної державної адміністрації Київської області до Управління земельних ресурсів у Бориспільському районі Київської області, державного підприємства «Центр державного земельного кадастру», ОСОБА_1 та ін. про визнання недійсними договорів купівлі-продажу, дарування й державної реєстрації державних актів на право власності на землю, визнання права власності на землю та витребування земельних ділянок із чужого незаконного володіння [Електронний ресурс] / Верховний Суд України. — URL : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/139b6d93235106c9c2257abb0036d9dc/\\$FILE/6-53ц12.doc](http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/139b6d93235106c9c2257abb0036d9dc/$FILE/6-53ц12.doc).

6. Постанова Верховного Суду України від 16.09.2015 р. у справі № 6–101цс15 за позовом прокурора Центрального регіону України з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері в інтересах держави в особі Міністерства оборони України, концерну «Військторгсервіс» до ОСОБА_1 про визнання договору купівлі-продажу недійсним та повернення майна [Електронний ресурс] / Верховний Суд України. — URL : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/2488fa88c22bbb9ac2257ed10028cf42/\\$FILE/6-101%D1%86%D1%8115.doc](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/2488fa88c22bbb9ac2257ed10028cf42/$FILE/6-101%D1%86%D1%8115.doc).
7. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 р. № 3477–IV [Текст] // Урядовий кур'єр. — 2006. — № 60. — 30 березня.
8. Справа Федоренко проти України (Заява № 25921/02) [Текст] // Офіційний вісник України. — 2006. — № 39. — Стор. 121. — Ст. 2653.



ЦЕГЕЛЬНИК Ольга Владимировна,

*кандидат юридических наук, доцент,
Белорусский государственный университет,
г. Минск, Республика Беларусь*

К ВОПРОСУ О ФОРМИРОВАНИИ ИНВЕСТИЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

После распада Советского Союза и перехода Республики Беларусь к рыночной экономике активно стало развиваться так называемое инвестиционное, хозяйственное и предпринимательское законодательство. Эти направления взаимозависимы и взаимообусловлены. Новой для современной юриспруденции в отличие от советского этапа стала категория «инвестиции». В данном процессе развития инвестиционного законодательства можно выделить несколько периодов:

1) начало девяностых годов прошлого века — период принятия двух базовых законов: Закона Республики Беларусь от 29 мая 1991 г. № 824–ХІ «Об инвестиционной деятельности в Республике Беларусь» [1] и Закона Республики Беларусь от 14 ноября 1991 г. № 1242–ХІ «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь» [2];

2) в 2001 году вступил в силу Инвестиционный кодекс Республики Беларусь (далее по тексту — ИК РБ) [3]. В рамках данного периода знаменательным было то, что, начиная с 2007 года, в стране

активизировалась практика заключения инвестиционных договоров с Республикой Беларусь — одного из самых сложных по своей правовой природе и весьма важных видов договоров для развития государства. В связи с чем, в 2009 году были приняты декрет Президента Республики Беларусь от 6 августа 2009 г. № 10 «О создании дополнительных условий для инвестиционной деятельности в Республике Беларусь» [4] и постановление Совета Министров Республики Беларусь от 6 августа 2011 г. № 1058 «О мерах по реализации декрета Президента Республики Беларусь от 6 июня 2011 г. № 4» [5];

3) в начале 2014 года вступили в силу два новых закона: Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 53–З «Об инвестициях» [6] и Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 63–З «О концессиях» [7], в связи с чем, фактически полностью утратил силу ИК РБ.

Таким образом, два первых названных закона являются представителями «третьего этапа» развития инвестиционного законодательства в Беларуси. Базовым из них является закон об инвестициях.

Структура Закона Республики Беларусь «Об инвестициях» является следующей:

Глава 1. Общие положения.

Глава 2. Государственное регулирование в сфере инвестиций.

Глава 3. Гарантии прав инвесторов и защита инвестиций.

Глава 4. Права и обязанности инвесторов.

Глава 5. Заключительные положения.

Если кратко характеризовать данный закон, то, безусловно, он имеет рамочный характер, одно единственное определение категории «инвестиции» (достаточно успешное, по мнению, автора), *а иные его положения носят общий характер, вызывают сложные вопросы при толковании и применении этого закона.* Общая характеристика рассматриваемого нормативного правового акта дана в следующей публикации [8].

Безусловно, если сравнивать первые два закона, принятые в 1991 году и регулирующие инвестиционную деятельность, ИК и ныне действующий закон об инвестициях, то следует отметить основное достоинство первых трех нормативных актов: в большинстве случаев они содержали определения основных категорий, что позволяло более-менее единообразно толковать и применять эти нормативные правовые акты. ***Закон об инвестициях требует для своего применения целой выверенной теории инвестиционного права.***

Одним из направлений деятельности юридического факультета является толкование действующего законодательства в процессе преподавания той или иной учебной дисциплины. С середины 90-х годов прошлого века на юридическом факультете Белорусского государственного университета кафедрой гражданского права был

введен спецкурс для студентов дневной формы обучения, в последующем — и для заочной формы под названием «Правовое регулирование инвестиционной деятельности», в настоящее время его преподавание обеспечивается кафедрой финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности. Согласно утвержденной базовой учебной программе от 23 января 2014 г. данный спецкурс включает в себя девять тем (с названиями тем можно ознакомиться на сайте юридического факультета Белорусского государственного университета (www.law.bsu.by)).

В рамках темы 5 также рассматриваются вопросы правового регулирования *инновационной деятельности, правовой природы государственно-частного партнерства.*

Отдельная тема «Законодательство об инвестиционной деятельности» включена в учебную дисциплину «Хозяйственное право».

Для магистрантов также преподается отдельный раздел «Инвестиционная деятельность» в рамках дисциплины «Внешнеэкономическое право», который согласно рабочей программе включает пять тем (с содержанием программ можно ознакомиться на сайте факультета, ввиду ограниченного объема названия тем не приводятся).

Исходя из вышеизложенного, следует, что при изучении правового регулирования инвестиционной деятельности у студентов и магистрантов есть возможность получить обширные знания при условии предоставления достаточного количества аудиторных часов. Тем не менее, в настоящее время, обсуждается вероятность исключения спецкурса «Правовое регулирование инвестиционной деятельности» из списка преподаваемых дисциплин, начиная с 2016/2017 учебного года, ввиду затруднительности предоставления необходимого количества часов и возможности изучения тем спецкурса в рамках других дисциплин. Описанное выше вызывает массу вопросов.

С методологической точки зрения. При разработке планов практических занятий к каждой теме спецкурса объем нормативных правовых актов в целом как минимум составляет 45 *наименований* в зависимости от их юридической силы, а если включать подробную международную правовую регламентацию, то он достигнет и 80–90 наименований, если не больше. Изложенное выше говорит о том, что такой массив нормативного правового регулирования требует изучения и систематизации, исходя из непосредственного содержания этих нормативных правовых актов. Но, при их изучении, а тем более и при последующем толковании и применении необходимо соответствующее доктринальное теоретическое сопровождение, которое возможно при ***существовании и развитии теории так называемого инвестиционного права Республики Беларусь***, по аналогии названия учебных дисциплин и соответствующих учебных пособий,

имеющихся в Республике Казахстан [9; 10], Российской Федерации [11; 12; 13], Украине [14; 15].

При этом изучение нормативных правовых актов в этой сфере, разработка соответствующего категориального аппарата (даже, на первый взгляд, возможно изучаемого в рамках каких-либо смежных дисциплин, например, договор лизинга, строительного подряда и др., изучаемые в гражданском праве) должно происходить **в рамках теории (затем учебной дисциплины) инвестиционного права (а не только теории правового регулирования инвестиционной деятельности) согласно его целям и в контексте выявленных и формирующихся закономерностей, свойственных изучаемым отношениям и опосредуемым ими явлениям.** Такой подход позволит сформировать целостную, объективную систему знаний об изучаемой сфере отношений, обеспечит преемственность этих знаний, соответствующих навыков (безошибочных, выверенных, качественных) при разработке и применении инвестиционного законодательства, а в последующем — и в развитии экономики, так как именно такое явление как «инвестиция» весьма этому способствует.

О необходимости разработки теории инвестиционного права говорится во многих научных работах, например, в статьях В. Г. Говзич, В. В. Николаевского «Инвестиционное право как регулятор экономических инвестиционных отношений» [16], А. В. Белицкой «О месте и роли инвестиционного права в системе российского права» [17].

Определяя инвестиционное право, мы разделяем определение и подход, разработанный О. М. Винник, а именно: инвестиционное право — это подотрасль хозяйственного права, которая регулирует инвестиционные хозяйственные отношения с участием инвесторов и иных участников инвестирования с использованием методов правового регулирования, свойственных хозяйственному праву и базируется на инвестиционном законодательстве как подотрасли хозяйственного законодательства» [14, с. 54].

На сегодняшний день есть все основания утверждать, что инвестиционное право Республики Беларусь как совокупность нормативных правовых актов, «содержащих комплексную систему норм, реализующих и регулирующих организационно-экономический механизм инвестирования» [16, с. 162], сформировалось и белорусские ученые утверждают то, что инвестиционное право является самостоятельной комплексной отраслью права [16, с. 162]. Этот вопрос является, безусловно, дискуссионным. На наш, взгляд, инвестиционное право зародилось в рамках хозяйственного и является его структурной частью, а именно — подотраслью [14, с. 52].

Ему также, как и хозяйственному праву, свойственны те же, если не более конкретные и близкие по сути задачи и цели, исходя из предложенного определения. Мы разделяем, в первую очередь, подход

В. К. Мамутова относительно предмета и метода хозяйственно-правового регулирования, и считаем, что его теоретические воззрения могут распространяться применительно к хозяйственному праву Республики Беларусь [18].

На фоне того, что одной из важнейших задач развития экономики является ее модернизация и привлечение прямых инвестиций, можно сделать вывод о том, что *инвестиционная деятельность и, прежде всего, эффективный опыт ее организации и ведения* потребуют пристального изучения со стороны различных специалистов и соответствующего правового регулирования, и не исключено, что при соответствующем комплексном, ответственном подходе ее удельный вес в рамках хозяйственной (экономической) деятельности будет возрастать.

Это обусловлено тем, что инвестиционная деятельность как таковая является разновидностью хозяйственной. Проблема на сегодняшний день заключается в том, что содержание таких категорий, как «экономическая деятельность», «хозяйственная деятельность», «предпринимательская деятельность» и «инвестиционная деятельность» и их соотношение являются мало изученными. Но последние исследования, посвященные содержанию категории «предпринимательская деятельность», говорят о том, что предпринимательская деятельность в понимании, предложенном О. М. Олейник, фактически включает *преимущественно в себя признаки*, свойственные инвестиционной деятельности как вложению средств в производство с последующим созданием рабочих мест с целью получения прибыли (дохода) [19, с. 13]. А это свидетельствует о том, что в перспективе *хозяйственное право преимущественно станет правом инвестиционным, так как закономерности, свойственные инвестиционной деятельности и инвестиционным отношениям, будут фактически закономерностями хозяйственной деятельности и отношений*. Нельзя также забывать и об инновационной деятельности и значении инноваций для модернизации экономики. В то же время, на сегодняшний день среди ученых идет дискуссия о формировании инновационного права [20], в то время как в Республике Беларусь вопросы правового регулирования инновационной деятельности рассматриваются в рамках отдельной темы спецкурса.

В последнее время на страницах современной юридической печати все большее закрепление находит позиция авторов о том, что хозяйственное право — это самостоятельная отрасль права, находящаяся в интенсивном развитии и требующая пристального и ответственного изучения, кодификации с целью разработки эффективных механизмов правового регулирования экономики, обеспечивающего общественный порядок и стабильность в обществе на основе гармонизации интересов всех участвующих в этом процессе субъектов. Достижению этой цели будет способствовать развитие

теории инвестиционного права, включающей в свое содержание темы и вопросы, изложенные в программе указанного выше спецкурса, а также вопросы соотношения таких категорий как «инвестиция», «инновация», «хозяйство», «экономика» и производные от них виды деятельности и отношений, как минимум для начала.

В то же время не следует забывать, что термин «инвестиция» иностранного происхождения, по поводу содержания которого среди ученых стран мира нет единого мнения, нет универсального определения, закрепленного в рамках международного соглашения, имеющего обязательную юридическую силу для большинства государств планеты. Вышеизложенное обуславливает наличие современного так называемого международного инвестиционного права и даже процесса [21], что свидетельствует также о том, что в Республике Беларусь, наряду с теорией национальной инвестиционного права, должна быть разработана *теория международного инвестиционного права или сравнительного инвестиционного права* как минимум по группам государств, например, Европейский Союз и др. Такой подход позволит обеспечить новые знания для успешной модернизации экономики, развить отечественное инвестиционное и хозяйственное право, предотвращать причины развивающегося глобального системного кризиса, одной из которых называют «недостаточность нормативного обеспечения инвестиционного процесса на уровне мирового сообщества» [16, с. 162], надлежало бы гарантировать защиту интересов инвесторов при разрешении различных видов инвестиционных споров.

С точки зрения развития экономики. В заключение следует сказать, что развитие экономики требует разработки категорий инвестиционного права с учетом отечественного и многостороннего зарубежного опыта и соответствующего эффективного законодательства. В качестве примера можно привести очевидную проблему в связи с отсутствием указания Республики Беларусь и иностранного государства в качестве инвестора в законе Республики Беларусь «Об инвестициях» и перспективах внедрения института государственно-частного партнерства в белорусскую экономику. Как определять статус государства в таком партнерстве? Ответа нет. Как определять инвестиционную деятельность на современном этапе в условиях, когда нет легального определения, как ее ограничивать от смежных видов деятельности? Описанные выше проблемы имеют, в равной степени, как теоретический, так и практический характер.

Изложенное выше, свидетельствует о необходимости разработки в Республике Беларусь теории инвестиционного права, международного инвестиционного права, сравнительного инвестиционного права и соответствующих учебных дисциплин, их преподавания на основе указанных методологических подходов, характерных для хозяйственного права, на юридическом факультете

Белорусского государственного университета и в других отечественных вузах в достаточно большом количестве аудиторных часов.

Список использованных источников

1. Об инвестиционной деятельности в Республике Беларусь : Закон Республики Беларусь от 29.05.1991 г. № 824–XII [Текст] // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. — 1991. — № 22. — Ст. 300; 1992. — № 16. — Ст. 263; 1994. — № 11. — Ст. 149.
2. Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь : Закон Республики Беларусь от 14.11.1991 г. № 1242–XII [Текст] // Ведомости Верхов. Совета Республики Беларусь. — 1991. — № 35. — Ст. 625; 1993. — № 22. — Ст. 280; 1998. — № 3. — Ст. 16.
3. Инвестиционный кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 30.05.2001 г.: одобр. Советом Республики 08.06.2001 г. [Текст] // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. — 2001. — № 62. — 2/780; 2004. — № 126. — 2/1062; 2006. — № 122. — 2/1256.
4. О создании дополнительных условий для инвестиционной деятельности в Республике Беларусь : Декрет Президента Республики Беларусь от 06.08.2009 г. № 10 [Электронный ресурс] / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. — URL : <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=pd0900010&p2={NRPA}>.
5. О мерах по реализации Декрета Президента Республики Беларусь от 6 июня 2011 г. № 4 : постановление Совета Министров Республики Беларусь от 06.08.2011 г. № 1058 [Электронный ресурс] / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. — URL : <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=C21101058>.
6. Об инвестициях : Закон Республики Беларусь от 12.07.2013 г. № 53–З [Электронный ресурс] / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. — URL : <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=N11300053&p1=1>.
7. О концессиях : Закон Республики Беларусь от 12.07.2013 г. № 63–З [Электронный ресурс] / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. — URL : <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=N11300063&p1=1>.
8. *Цегельник, О. В.* Общая характеристика Закона Республики Беларусь от 12 июля 2013 года «Об инвестициях» [Текст] / О. В. Цегельник // Стратегія модернізації приватного права в сучасних умовах : зб. наук. пр. / за ред. В. І. Короля, Ю. В. Білоусова ; НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України. — К.—Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2013. — С. 192–197.
9. *Мороз, С. П.* Инвестиционное право [Текст] : учеб. / С. П. Мороз. — 3-е изд., перераб. и доп. — Алматы : Казах. гуманитар.-юр. ун-т, 2006. — 431 с.
10. *Мороз, С. П.* Теоретические проблемы инвестиционного права (гражданско-правовой аспект) [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право; гражданский процесс; арбитражный процесс» / С. П. Мороз ; Каз. гуманитар.-юр. ун-т. — Алматы, 2005. — 54 с.

11. Инвестиционное право [Текст] : учеб. пособ. / И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова, А. А. Спектор, О. М. Шевченко. — М. : Проспект, 2014. — 296 с.
12. *Гущин, В. В.* Инвестиционное право [Текст] : учеб. / В. В. Гущин, А. А. Овчинников, О. М. Шевченко. — М. : Эксмо, 2006. — 624 с.
13. *Фархутдинов, И. З.* Инвестиционное право [Текст] : учеб.-практ. пособ. / И. З. Фархутдинов, В. А. Трапезников. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 411 с.
14. *Вінник, О. М.* Інвестиційне право [Текст] : навч. посіб. / О. М. Вінник. — К. : Юридична думка, 2005. — 568 с.
15. *Шишка, Р. Б.* Инвестиционное право Украины [Текст] : учеб. пособ. / Р. Б. Шишка. — Х. : Эспада, 2000. — 171 с.
16. *Говзич, В. Г.* Инвестиционное право как регулятор экономических инвестиционных отношений [Текст] / В. Г. Говзич, В. В. Николаевский // Сацьяльна-эканамічныя і прававыя даследаванні. — 2010. — № 2. — С. 158–165.
17. *Белицкая, А. В.* О месте и роли инвестиционного права в системе российского права [Текст] / А. В. Белицкая // Предпринимательское право. — 2012. — № 2. — С. 20–24.
18. *Цегельник, О. В.* К вопросу о структуре и содержании учебника по хозяйственному праву [Текст] / О. В. Цегельник // Юстыцыя Беларусі. — 2014. — № 5. — С. 50–53.
19. *Олейник, О. М.* Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования [Текст] / О. М. Олейник // Предпринимательское право. — 2015. — № 1. — С. 3–17.
20. *Ефимцева, Т. В.* Место инновационного права в системе российского права [Текст] / Т. В. Ефимцева // Предпринимательское право. — 2014. — № 3. — С. 35–39.
21. *Фархутдинов, И. З.* Международное инвестиционное право и процесс [Текст] : учеб. / И. З. Фархутдинов. — М. : Проспект, 2010. — 415 с.



СЕРГІЙКО Олена Вікторівна,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

СУТНІСТЬ ТА РІВНІ ДЕРЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В СУЧАСНИХ УМОВАХ

Надмірна зарегульованість підприємницької діяльності, яка на сьогодні існує в Україні, створює зайве адміністративне навантаження на бізнес, підвищує собівартість його продукції, зменшує конкурентноздатність економіки, створює корупційні ризики.

В умовах обмежених бюджетних можливостей, погіршення кон'юнктури експортних ринків, дестабілізації ситуації в базових промислових регіонах України, обмежених можливостей щодо залучення фінансування, створення належного регуляторного середовища і бізнес-клімату, зокрема шляхом проведення дерегуляції, набуває особливої ваги.

У 2014 році Президент України Петро Порошенко представив «Стратегію реформ–2020». Президент визначив вісім пріоритетних сфер, зміни в яких або вирішують найгостріші проблеми, або створюють інституційні передумови для проведення інших реформ. Цими пріоритетами він назвав антикорупційну та судову реформи, реформу правоохоронних органів, децентралізацію та реформу державного управління, податкову реформу. Також серед названих Президентом пріоритетів — дерегуляція та розвиток підприємництва, реформа системи безпеки та оборони, реформа охорони здоров'я. «Стратегія–2020» складається з трьох векторів руху для досягнення нашої мети: сталий розвиток країни; безпека держави, бізнесу та громадян; відповідальність і соціальна справедливість. Головною передумовою цієї роботи має стати новий суспільний договір між громадянським суспільством, владою та бізнесом, де кожна сторона має свою зону відповідальності.

Середньостроковою метою дальших реформ у цій сфері є створення сприятливого середовища для ведення бізнесу, розвитку малого і середнього підприємництва, залучення інвестицій, спрощення міжнародної торгівлі та підвищення ефективності ринку праці. Необхідно скоротити кількість документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності та видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, скасувати регуляторні акти, які ускладнюють ведення підприємницької діяльності, скоротити кількість органів державного нагляду (контролю), забезпечити надання послуг для громадян та бізнесу в електронному вигляді [1].

Саме пріоритет «дерегуляція та розвиток підприємництва» показує актуальність обраної теми дослідження.

Наукові публікації з вказаної тематики мають загальнотеоретичний характер і стосуються переважно державного регулювання економіки. Так, В. В. Цветков у праці «Адміністративна реформа — ефективність державного управління» підкреслював, що для досягнення економічної стабілізації подальшого розвитку економіки «необхідно забезпечити безумовний пріоритет державного регулювання над стихійними ринковими саморегулюючими процесами, які часто призводять до руйнівних наслідків» [2, с. 9–14]. Таку саму позицію займають такі відомі представники господарсько-правової науки як В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменський, Н. О. Санахметова та ін. Менш досліджуваною є проблема дерегулювання. Означене поняття не передбачене навіть у Великому енциклопедичному юридичному словнику 2007 року видання, а розглядається лише регулювання [3, с. 692]. Одностайність в оцінці ролі та значення регуляторної політики і недостатня увага вчених-юристів до питання дерегулювання держави свідчить про актуальність дослідження.

Дерегуляція — це не стільки обмеження державного втручання в діяльність підприємств і підприємців шляхом проведення організаційно-правових, адміністративних та економічних заходів, скільки, в першу чергу, зміна парадигми у відносинах між державою і суб'єктами економічної діяльності. При цьому поняття «парадигма» (грец. *παράδειγμα* «приклад, взірць») — у загальному значенні — теоретико-методологічна модель. У філософському розумінні «парадигма» — сукупність філософських, загальнотеоретичних основ науки; система понять і уявлень, які властиві певному періодові розвитку науки, культури, цивілізації.

Із аналізу змісту і напрямів державної регуляторної політики господарської діяльності, визначених у нормативних актах, можна запропонувати таке поняття дерегулювання: **дерегулювання** — це формування оптимального співвідношення між ринковими механізмами і державним регулюванням господарської діяльності при обмеженні втручання держави в діяльність суб'єктів господарювання з метою нівелювання адміністративних економічних, правових та інших перешкод на шляху розвитку ринкової економіки. Маються на увазі перешкоди, пов'язані із початком господарської діяльності, доступом до основних ресурсів економічної активності; спрощення правил, пов'язаних із регулюванням господарських відносин з органами державної влади та місцевого самоврядування; забезпечення оптимальності, стабільності, гласності та відстеження результативності та за її наслідками перегляд регуляторних актів.

Одним з напрямів оптимізації правового регулювання економічних відносин і дерегулювання є визначення меж державного втручання в господарську діяльність.

Дерегулювання має сприяти залученню іноземних та внутрішніх інвестицій, демонополізації економіки, усуненню обмежень для конкуренції і штучних преференцій окремим суб'єктам господарської діяльності, розширенню свободи підприємницької діяльності, істотному скороченню функцій адміністративного регулювання економіки, вдосконаленню дозвільної системи у сфері господарської діяльності та значному скороченню корупційної складової.

Шляхами досягнення поставленої мети є скасування низки регуляторних актів та впорядкування регуляторних процедур, що в цілому сприятиме покращенню бізнес-клімату при збереженні критично важливих регуляторних і контролюючих функцій держави.

Дерегулювання має на меті впорядкування нормативно-правового поля, що сприятиме спрощенню процедур ведення бізнесу, зменшенню часових та грошових витрат, необхідних для отримання суб'єктами господарювання документів дозвільного характеру щодо провадження господарської діяльності, підвищенню рівня їх правового захисту.

Слід визнати, що нині саме в напрямі втілення ідей усунення надмірних адміністративних обмежень для розвитку підприємницької діяльності спостерігаються найбільш відчутні зрушення у цій сфері.

Верховна Рада України та Уряд лише за 2014 рік розробили та прийняли низку нормативно-правових актів, наприклад, таких як:

— Закон України № 1193–VII від 9 квітня 2014 р. **«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скорочення кількості документів дозвільного характеру»**. Прийнятим Законом закладено правові механізми, спрямовані на звільнення підприємців від необхідності проходження зайвих та обтяжливих адміністративних процедур. Законом № 3392 передбачалося 143 документи дозвільного характеру. На сьогодні в Переліку залишається 84 дозвільних документа [4];

— Закон України № 1206–VII від 15 квітня 2014 р. **«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку відкриття бізнесу та встановлення принципу провадження господарської діяльності суб'єктами приватного права без застосування печаток»**. Законом скасовуються вимоги щодо наявності в юридичної особи печатки. Поряд з цим залишається можливість використовувати печатки і замовляти нові, якщо засновники або учасники юридичної особи вважають це необхідним [5].

Політика дерегулювання активно використовувалась урядами багатьох країн при здійсненні антикризових заходів у 2008–2010 рр. Зокрема в ЄС на законодавчому рівні визнано необхідність оптимізації заходів з дерегулювання підприємницької діяльності, своєчасності їх застосування відповідно до особливостей фаз економічного циклу.

Акцент робиться на тому, що зняття надмірних адміністративних бар'єрів у веденні бізнесу здатне спричинити мультиплікативний ефект і дати поштовх для розвитку всіх секторів економіки.

При визначенні сутності політики дерегулювання у сфері підприємництва дослідники справедливо зазначають, що втілення цієї державно-управлінської діяльності означає не зменшення ступеня впливу держави на відповідні господарські процеси, а швидше зміну форми подібного впливу. У цьому разі перевага надається методам опосередкованого впливу, зорієнтованих на економічну мотивацію суб'єктів підприємницької діяльності. Діяльність уповноважених державних структур також набуває дещо іншу спрямованість, оскільки ними контролюється вже не перебіг окремих процесів у цій сфері відносин, а загальні результати їх реалізації, насамперед — з позицій усунення можливих суспільних ризиків ведення підприємництва. Раціональне дерегулювання дозволяє створити підґрунтя для налагодження ефективної взаємодії влади, бізнесу і суспільства, вирішення соціальних проблем, пов'язаних із проведенням економічних реформ.

З огляду на це, не випадково, що запровадження саме політики дерегулювання підприємницької діяльності в сучасних умовах України стало пріоритетним напрямом реформування економіки. Так відбувся довгоочікуваний прорив у дозвільній системі — перехід від дозвільного принципу до декларативного. У результаті значно розширено сферу застосування декларативного принципу започаткування бізнесу, отримання дозволів відтепер не потрібне для більшості видів господарської діяльності. Відчутно скорочено перелік відповідних дозволів (із 227 до 91). Відмінено ліцензування 18 видів економічної діяльності, серед яких — перевезення вантажів, альтернативна енергетика, туристичні послуги.

Проте, оцінюючи досягнуті результати втілення відповідних заходів, слід визнати, що їх ефективність є недостатньою. Причиною такого стану справ є насамперед те, що дерегуляторна реформа поки що не набула системного характеру: здійснюються важливі, але все ж поодинокі заходи, які не можуть забезпечити цілісність і послідовність реалізації відповідної політики держави. Хоча стратегічна мета відповідної державно-управлінської діяльності досить зрозуміла, однак реалізація поточних завдань її запровадження часто підміняється ситуативними рішеннями і кон'юктурними міркуваннями. Це не дозволяє повною мірою реалізувати потенціал проведення дерегуляторних реформ, а відтак — суттєво обмежує можливості його використання для досягнення мети посткризового відновлення національної економіки. По суті, нині задіяний лише верхній, найбільш поверховий зріз чинної системи державного регулювання підприємництва, де негативний вплив стримуючих адміністративних

чинників є найбільш показовим і явним. Більш глибинні, змістовні характеристики відповідної державно-управлінської діяльності належної реалізації поки що не отримали. Аби перевести їх у площину конкретних дій, необхідно дещо змінити акценти в пріоритетах запровадження відповідної політики держави. Так, на порядку денному постає питання щодо проведення інвентаризації платних державних послуг. На сьогодні не існує вичерпного переліку адміністративних послуг, а також державних структур, які надають населенню інформацію або послуги за гроші. Це слугує певним підґрунтям зловживання посадовими особами своїм службовим становищем та розвитку корупції.

З метою вирішення цієї проблеми необхідно провести широкомасштабний аудит адміністративних послуг, які надаються відповідними державними структурами. За результатами такої перевірки структури, які залишаться і які надаватимуть платні послуги, мають бути зобов'язані перевести свої рахунки з приватних банків до Державного казначейства, тобто безпосередньо на казначейські рахунки.

У контексті завдань розвитку державної політики дерегулювання підприємницької діяльності необхідно підкреслити важливість запровадження єдиного порядку ліцензування при збереженні специфіки ліцензування окремих видів діяльності, встановлену спеціальними законами. З метою запобігання необґрунтованого розширення видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, доречно чітко визначити критерії, за якими може бути запроваджено нове ліцензування. Удосконалення зазначеної системи передбачає налагодження ефективної взаємодії уповноважених органів влади та саморегулювних організацій підприємців. Перерозподіл відповідальності за підтримку належного рівня безпеки того чи іншого виду господарської діяльності між регуляторами та саморегулювальними організаціями бізнесу сприятиме підвищенню якості ліцензування.

Досвід країн ЄС засвідчує, що визначальним чинником забезпечення ефективності політики дерегулювання підприємницької діяльності в умовах циклічної макроекономічної нестабільності є кількісний аналіз впливу проекту рішення, так званий «*cost-benefit analysis*» — аналіз вигід і витрат [6].

Підвищення дієвості державно-управлінського впливу в цій сфері відносин передбачає таке: проведення широкомасштабного аудиту адміністративних послуг, які надаються відповідними державними структурами, розвиток системи ліцензування та формування цілісної мережі єдиних дозвільних центрів, що здійснюють свою діяльність за принципом «єдиного вікна», перегляд регуляторної бази, побудованої за галузевим принципом, на основі повноцінного використання кількісного аналізу впливу проекту рішення («*cost-benefit*

analysis» — аналіз вигід і витрат), створення електронних реєстрів регуляторних актів у кожному регіоні із загальним доступом для всіх бажуючих через Інтернет тощо. Здійснення цих пріоритетних напрямів дерегуляторної політики варто врахувати при розробці проекту Державної програми економічного і соціального розвитку України на 2016 рік та основні напрями розвитку на 2016 і 2017 роки.

Перспективними напрямами подальших досліджень є з'ясування умов і принципів запровадження ефективної політики дерегулювання підприємницької діяльності в контексті завдань модернізації національної економіки.

Список використаних джерел

1. Про Стратегію сталого розвитку «Україна–2020»: Указ Президента України від 12.01.2015 р. № 5/2015 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/5/2015>.
2. *Цветков, В. В.* Адміністративна реформа — ефективність державного управління [Текст] / В. В. Цветков // Часопис Київського університету права. — 2002. — № 2. — С. 9–14.
3. Великий енциклопедичний юридичний словник [Текст] / за ред. Ю. С. Шемчушенка. — К. : Юридична думка, 2007. — 992 с.
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скорочення кількості документів дозвільного характеру: Закон України від 09.04.2014 р. № 1193–VII [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1193-18>.
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку відкриття бізнесу: Закон України від 15.04.2014 р. № 1206–VII [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1206-18>.
6. Smart Regulation in the European Union: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 8.10.2010, COM (2010) 543 final [Electronic Resource] / EUR-lex. — URL : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:EN:PDF>.



ПАРАКУДА Ірина Вікторівна,

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна*

ГОСПОДАРСЬКІ СКЛАДСЬКІ ДОГОВОРИ ТА СКЛАДСЬКІ ДОКУМЕНТИ

Складські договори є однією з переважаючих підстав виникнення складських (зберігальних) господарських зобов'язань.

Господарські складські договори — це такі господарські договори, за якими зберігання є основним або додатковим обов'язком, що виступають підставою виникнення основного складського (зберігального) зобов'язання, а також договори, що є обслуговуючими (допоміжними) щодо такого зобов'язання, супутніми щодо основних складських договорів. Звідси — поділ складських господарських договорів, який ми пропонуємо, на дві групи: *основні та обслуговуючі (супутні)*. *Перша група* — це група договорів, де зберігання є основним або додатковим обов'язком (основним — у договорі складського зберігання, а додатковим — у договорах перевезення, оренди, поставки, дистрибуції та ін.). Такі договори виступають підставою виникнення складських (зберігальних) зобов'язань, оскільки зобов'язання зі складського зберігання товарно-матеріальних цінностей можуть виникати, крім договору складського зберігання, також за іншими господарськими договорами. *Друга група* — це складські договори, що за своєю суттю не є підставою для виникнення основного складського (зберігального) зобов'язання. Вони є обслуговуючими щодо такого зобов'язання, супутніми щодо основних складських договорів, тобто пов'язаними з ними. Це такі договори, як: застави товару, прийнятого на складське зберігання; страхування товару, прийнятого на складське зберігання; виконання вантажно-розвантажувальних, пакувальних робіт; договори з надання супутніх до зберігання послуг (сушіння, очищення, маркування товару тощо) та ін.

Господарський договір складського зберігання — це такий господарський договір, за яким товарний склад (зберігач) зобов'язується за плату прийняти та зберігати протягом визначеного строку товар, переданий йому іншим учасником господарських відносин — покладаюдавцем, і повернути цей товар у схоронності, а покладаюдавець зобов'язується оплатити послуги зберігача та відшкодувати йому витрати.

До *ознак* такого господарського договору, вважаємо, можна віднести:

(1) належність до групи господарських договорів про надання послуг;

- (2) спрямованість на забезпечення господарської діяльності;
- (3) поєднання майнових та організаційних елементів;
- (4) двосторонній (характеризується особливим суб'єктним складом), строковий та оплатний характер;
- (5) особливий порядок укладення та письмова форма договору, підтверджувана видачею складських документів;
- (6) істотні умови:
 - (а) предмет (вид та загальна характеристика надаваної складської послуги), об'єкт зберігання, режим зберігання (індивідуалізоване чи знеособлене),
 - (б) вартість послуги зі зберігання та допоміжних (супутніх) послуг, (в) строк зберігання;
 - (в) всі ті умови складського зберігання, щодо котрих досягнуто згоди за волевиявленням однієї зі сторін;
- (7) презумпція реальності договору (виняток — договір, яким передбачено обов'язок зберігача прийняти товар на зберігання в майбутньому);
- (8) мета — забезпечення схоронності товару протягом всього терміну його зберігання;
- (9) зміст:
 - (а) права та обов'язки, що стосуються приймання, умови зберігання та видачі товару,
 - (б) права та обов'язки сторін з їх розпорядження товаром, що перебуває на зберіганні.

Можна виділити такі три основні *види складських документів*:

- (1) складська квитанція;
- (2) просте складське свідоцтво;
- (3) подвійне складське свідоцтво.

Складські документи мають поряд з майново-правовим змістом (служать для передачі майнових прав — права власності та права застави), також і зобов'язально-правовий зміст, що полягає в праві вимагати товар (основне зобов'язання) у його безпосереднього володільця (товарного складу), а також вправі вимагати відшкодування завданих збитків у випадку загибелі товару (додаткове зобов'язання).

Можна також виділити *декілька способів використання в господарському обороті складських документів*, а саме: як товаророзпорядчих документів для передачі права власності на товар (зокрема зерно) без його фізичного переміщення при господарських (комерційних) операціях; як застави при отриманні банківського кредиту; як один із механізмів поставки товару за строковими контрактами.

Правову природу складських свідоцтв можна розкрити через сутність поняття *«товаророзпорядчий документ»* — документ, який підтверджує право власності його держателя на речі, які зазначені в

цьому документі, та надає йому право розпоряджатися цими речами шляхом розпорядження самим документом.

Можливо виділити такі його *ознаки* в контексті складського зберігання:

(1) приналежність до категорії зобов'язальних паперів, документів, покликаних виконувати функцію заміщення певної речі (товару) в процесі здійснення певних дій (наприклад, складського зберігання), що робить їх особливим об'єктом майнового обороту;

(2) товаророзпорядчий документ посвідчує право вимоги щодо свого предмета (товару), який має бути, в свою чергу, індивідуалізованим (складати індивідуально-визначену річ або речі, визначені родовими ознаками, але ідентифіковані з метою конкретного договору складського зберігання);

(3) товаророзпорядчий документ не лише засвідчує укладення відповідного договору та виражає його зміст, але є способом оформлення (необхідний та/або достатній) угод з відчуження товарів та/або уступки прав кредитора в зобов'язанні зі складського зберігання. Товаророзпорядчий документ за своєю правовою природою допускає та передбачає можливість розпорядження ним (має властивість виступати об'єктом права). Розпорядження товаророзпорядчим документом означає й розпорядження предметом засвідченого в ньому права (товаром);

(4) суб'єкт засвідченого в товаророзпорядчому документі права — формально легітимована особа, у котрої товаророзпорядчий документ знаходиться на законних підставах;

(5) передача товаророзпорядчого документа третій особі тягне за собою, крім переходу права, вимоги й перехід відповідних обов'язків, що впливають з договору складського зберігання, зафіксованого в товаророзпорядчому документі, а у відповідних випадках — також договору застави;

(6) наявність обов'язкової, ідентифікуючої інформацією, що міститься в товаророзпорядчому документі, реквізитів, перелік яких визначається законодавством. Функціями товаророзпорядчих документів є договірна, доказова та розпорядча.

За формальною ознакою (пряма вказівка в законі) складське свідоцтво не є цінним папером, а лише товаророзпорядчим документом, що підтверджує укладення договору складського зберігання товару, отримання товарним складом (зберігачем) товару, зазначеного в документі, для його зберігання протягом визначеного строку за плату.

За наслідками аналізу ознак як цінних паперів загалом, так і товаророзпорядчих цінних паперів зокрема, можна констатувати, що складські свідоцтва мають всі підстави бути віднесеними до так званих сурогатів цінних паперів, оскільки мають призначення та відповідають всім ознакам цінних паперів, але не визнані прямо такими за законом.

Складське свідоцтво за своєю правовою природою — це сурогат цінного паперу, і це є його характерною особливістю.



ОРЛЕНКО Борис Миколайович,

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна*

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ДИЛЕР» ТА «ОФІЦІЙНИЙ ДИЛЕР»: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Зростання кількості високотехнологічних товарів на ринку потребує також належного рівня їх сервісного обслуговування. Споживачі витрачають значні суми коштів на придбання зазначених товарів, при цьому досить часто стикаються з проблемою їх неякісності, складністю їх обслуговування, недостатнім рівнем знань щодо їх використання. У зв'язку з рівнем сучасних технологій поширеними стають також підробки, які копіюючи зовнішню форму товару, є набагато гіршими за якість, а в низці випадків є небезпечними для людей. Споживачі можуть і не підозрювати, що використовують контрафактний товар. У свою чергу, держава намагається забезпечити споживачів правовими засобами від недобросовісних виробників, а добросовісних виробників від недобросовісних конкурентів.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону «Про захист прав споживачів» споживачі під час придбання, замовлення або використання продукції, яка реалізується на території України, для задоволення своїх особистих потреб мають право на належну якість продукції та обслуговування. Саме якість продукції та її сервісне обслуговування на сьогодні є одним з визначальних чинників, за якими обирається той чи інший товар. У той же час захисту потребують не тільки споживачі, а й виробники товару. Якщо захист споживача має на меті забезпечити останнього від зайвих фінансових витрат, шкоди здоров'ю, моральної шкоди, то захист виробника має на меті його охорону від недобросовісної конкуренції, забезпечення належного рівня захищеності ділової репутації та інтелектуальної власності. Виробник потерпає від збитків у процесі недобросовісної конкуренції. Ч. 1 ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначає «недобросовісну конкуренцію» як будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Використання неправдивих

відомостей про те, що продавець товару є дилером виробника, вводить покупців в оману в розумінні вітчизняного законодавства, є прямим порушенням Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Як один зі способів боротьби з недобросовісною конкуренцією можна розглядати і дилерську діяльність — вид підприємницької діяльності, яка полягає в отриманні дилером від постачальника (виробника) сукупності майнових та немайнових прав на певну групу товарів для їх подальшої роздрібної реалізації на певній території на умовах, визначених дилерським договором. Саме наявність двосторонніх зобов'язань між дилером та постачальником підвищує довіру покупців до товару, що продається таким дилером.

На сьогодні велика кількість суб'єктів господарювання, які реалізують товари і послуги невласного виробництва, позиціонують себе як «дилерів», а також часто як «офіційних дилерів» виробників. Правова природа поняття «офіційний дилер» є практично недослідженою у вітчизняній юридичній науці. Окремі аспекти дилерської діяльності були висвітлені такими науковцями, як: С. М. Бєрвено, Р. А. Майданик, В. В. Резнікова, О. В. Буткевич. Поняття «дилерської мережі» стало предметом дослідження представників економічної науки, зокрема В. С. Скоцика. Питанням формування системи первинних дилерів присвячені праці С. Л. Лондаря, В. Й. Башкова. Представниками економічної науки (А. В. Матушевич, Р. В. Воронін, Н. Дорошук, В. Кулеша) опублікована велика кількість практичних посібників та рекомендацій щодо питань формування та покращення дилерської мережі на окремих ринках товарів і послуг. У той же час питання «офіційного дилерства» є фактично недослідженими в юридичній площині.

Мета дослідження — дослідити юридичний зміст поняття «офіційний дилер», його співвідношення з поняттям «дилер»; виокремити ознаки «офіційного дилера», дослідити його правову природу; розглянути інститут дилерства як спосіб захисту від недобросовісної конкуренції та як форму захисту прав споживачів.

Очевидно, що позиціонування продавця на ринку як офіційного дилера здійснюється з рекламною метою для того, щоб посилити довіру покупців до такого дилера. Однак, з правової точки зору, особа не може використовувати найменування «дилер» за власним бажанням. Статус дилера передбачає наявність дилерського договору, відповідно до якого виробник, імпортер чи дистриб'ютор визнають за контрагентом право бути їхнім дилером на певній території з дотриманням низки вимог. Тобто суб'єкт господарювання не може набути правового статусу дилера без дилерського договору. В дилерському договорі дилер є стороною, яка наділена певною сукупністю прав та обов'язків, необхідних для здійснення дилерської діяльності. Законодавство України не містить чітких вимог, хто може набути статусу дилера відповідно до

дилерського договору. Взагалі визначення поняття «дилер» в законодавстві України, а саме ст. 1 Закону України «Про захист прав покупців сільськогосподарських машин» та ч. 2 ст. 210 Податкового кодексу України має описовий характер і може залежно від контексту тлумачитися досить широко. На нашу думку, такий стан речей не є недоліком, адже договірна конструкція дилерського договору як такого не передбачена ні ЦК України (однак на нього можна поширити правову конструкцію «непоіменованих договорів»), ні ГК України, ні спеціальним законом. Відповідно до ч. 1 ст. 144 ГК України майнові права та майнові обов'язки суб'єкта господарювання можуть виникати з угод, передбачених законом, а також з угод, не передбачених законом, але таких, що йому не суперечать. Якщо дилерський договір не суперечить загальним засадам цивільного та господарського законодавства, то презюмується, що цей договір є правомірним. Свобода договору дозволяє сторонам на власний розсуд укласти договір, який максимально чітко зможе вмістити в собі всі умови, які сторони захочуть погодити. У той же час ЦК та ГК України (ч. 2 ст. 180 ГК України, ст. 638 ЦК України) встановлюють, що договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов. Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів цього виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї зі сторін повинна бути досягнута згода.

Згідно з ч. 3 ст. 180 ГК України при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. Утім, на відміну від договорів, які мають виключно торговий характер і спрямовані на разове (або визначену кількість разів) виконання зобов'язання (договір купівлі-продажу, поставки, контрактації сільськогосподарської продукції тощо), дилерський договір має ознаки договору організаційного характеру. Предметом дилерського договору є встановлення організаційно-правових засад взаємного співробітництва сторін у сфері реалізації певної групи товарів або послуг. Строк, на який укладається дилерський договір, є, як правило, тривалим; відповідно дилерський договір може бути охарактеризований як довгостроковий. Що стосується ціни дилерського договору, то безпосередньо в дилерському договорі ціна може бути і не вказаною. Ціна є істотною умовою лише для тих господарських договорів, за якими одна сторона зобов'язана сплатити іншій певну суму грошових коштів. Якщо за умовами господарського договору сплата грошових коштів не передбачається, то до такого договору ч. 3 ст. 180 ГК України в частині ціни як істотної умови застосовуватись не може, оскільки зазначення ціни в такому договорі не створює прав та обов'язків сторін. У цьому випадку дилерський договір має спільні ознаки з договором про спільну діяльність, який встановлює загальні умови співпраці, а не обумовлює

передачу певної партії товару за фіксованою ціною. Тому дилерські правовідносини між постачальником (дистриб'ютором, імпортером, виробником) та дилером отримують своє договірне оформлення не тільки за допомогою дилерського договору. Поряд з дилерським договором, між сторонами може укладатися договір поставки на конкретно визначену партію товару за фіксованою ціною, для якого ціна вже є істотною умовою. Крім того, в дилерських та дистриб'юторських правовідносинах досить часто має місце виплата так званого «роялті» дилером на користь постачальника (виробника). Сплата дилером роялті — це платежі, отримані постачальником (виробником) як винагорода за користування або за надання права на користування будь-яким авторським та суміжним правом, зареєстрованим знаком на товари і послуги чи торговельною маркою, дизайном, моделлю, процесом, правом на інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду (ноу-хау). Дилерські правовідносини досить часто передбачають передачу в користування об'єктів права інтелектуальної власності, з правом подальшої передачі, або без такого. Порядок виплати роялті може регулюватися окремим договором між дилером та постачальником (виробником).

Для того, щоб повноцінно здійснювати комерційну діяльність з реалізації товарів виробника, дилеру необхідно використовувати об'єкти інтелектуальної власності виробника. Для цього між сторонами може додатково укладатися договір комерційної концесії (франчайзингу). За договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг (ст. 1115 ЦК України). Потрібно зазначити, що дилерські правовідносини не передбачають виготовлення товару, а його продаж. У той же час договір комерційної концесії може бути необхідним за умови здійснення дилером гарантійного ремонту (наприклад, авторизовані СТО) або реалізації продукції з поєднанням одночасно товарів і послуг (наприклад, діяльність мережі ресторанів). Потрібно звернути увагу на те, що дилерська мережа може нараховувати декілька ланок дилерів з переходом від значних оптових дилерів до роздрібних. Виробник, як правило, зацікавлений у тому, щоб його дилер створював на певній території мережу своїх дрібних дилерів. Перехід права власності на товар від значних оптових дилерів (дистриб'юторів) до роздрібних дилерів для виробника представляє побіжний інтерес. У той час, як для договору комерційної концесії подальша передача прав інтелектуальної власності від користувача третім особам є вкрай небажаною для правоволодільца і в переважній більшості випадків забороняється договорами комерційної концесії.

Правовідносини між постачальником та дилером досить часто не можуть бути врегульовані тільки за допомогою одного дилерського договору. Вважаємо такий стан речей правильним, оскільки дилерський договір за своєю природою непоіменований, а отже, відданий на розсуд сторін відповідно до свободи договірних відносин за ЦК України.

Що стосується терміна «офіційний дилер», законодавство взагалі не оперує цим поняттям. Необхідно звернутися до філологічного тлумачення поняття «офіційний». У перекладі з латині «*officialis*» означає службовий, формальний. Словник української мови за загальною редакцією І. К. Білодіда дає таке визначення поняття «офіційний» — той, що запроваджується, регулюється урядом, урядовою установою або службовою особою; виданий урядовою установою; повідомлений, оголошений урядовою установою; властивий урядовим документам, діловим паперам [1, Т. 5, с. 817] Словник іншомовних слів за редакцією О. С. Мельничука дає серед іншого таке тлумачення поняття «офіційний» — витриманий відповідно до установлених правил, формальностей [2, с. 337].

Отже, визначальною характеристикою поняття «офіційний» є походження від державних органів або прийняття за встановленою процедурою з дотриманням формального порядку.

Зауважимо, що оскільки на практиці зустрічається використання понять «офіційний дилер», відповідно можна допустити існування і «неофіційних дилерів». В даному випадку це будуть дилери, які не відповідають вимогам, які ставляться до «офіційних дилерів».

Як зазначалося, дилерський договір прямо не передбачений ні ЦК України, ні ГК України, ні спеціальним законом. Отже, процедура його укладення, істотні умови, суб'єктний склад, строк залишаються на розсуд сторін. Законодавство України не містить вимог, хто може набути статус дилера на товарному ринку відповідно до закону. Такі вимоги містяться тільки для біржового дилера відповідно до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок». Отже, формально статус офіційного дилера за законодавством України може набути тільки біржовий дилер, оскільки законодавство України регулює набуття статусу дилера тільки на біржі за умови дотримання низки вимог. На нашу думку, використання поняття «офіційний дилер» має своїм підґрунтям наявність двостороннього правового зв'язку, який впливає з двостороннього зобов'язання. Умовою набуття статусу «офіційний» є не надання такого статусу зі сторони державних органів, як це має місце під час процедури ліцензування дилерської діяльності на фондовій біржі, а визнання виробником (постачальником) такого статусу за контрагентом.

На противагу цьому поняття «неофіційний дилер» — це постачальник у традиційному розумінні. Відповідно до ч. 6 ст. 265 ГК

України до відносин поставки, не врегульованих цим Кодексом, застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України про договір купівлі-продажу. Отже, неофіційний дилер — це постачальник, продавець у розумінні ЦК України, який реалізує товар невласного виробництва.

Товарний ринок містить велику кількість суб'єктів господарювання, які іменують себе «офіційними дилерами». Оскільки законодавство України не встановлює процедуру набуття суб'єктом статусу «офіційного дилера», відповідно це питання віднесено на розсуд виробника (дистриб'ютора), який відповідно і встановлює процедуру, за якою контрагент може набути статусу дилера або ж офіційного дилера. О. В. Буткевич залежно від виду товарів, які реалізує дилер, та наділення виробником повноважень виділяє такі види дилерів:

1. **Універсальні дилери** (не мають вузької спеціалізації і торгують будь-якими товарами). До цієї групи дилерів можна віднести більшість суб'єктів господарювання, які реалізують товари легкої промисловості, споживчі товари, продукти харчування. Рівень спеціалізації на ринку таких товарів досить незначний, ці товари, як правило, не вирізняються особливою технологічною складністю. Особливістю універсальних дилерів є те, що такі дилери, як правило, не отримують разом з правом реалізації товару виробника прав інтелектуальної власності, необхідних для сервісного обслуговування таких товарів. Права інтелектуальної власності, які передаються дилеру, стосуються реклами такого товару: пробні зразки, вивіски, презентаційні моделі, буклети тощо. Універсальні дилери не здійснюють гарантійний ремонт та сервісне обслуговування, до того ж товари, які реалізуються такими дилерами, в більшості випадків не підлягають гарантійному обслуговуванню, а у випадку виявлення недоліків просто замінюються на новий товар. Універсальне дилерство — найпоширеніший і найпростіший вид дилерства.

2. **Спеціалізовані дилери** (здійснюють торгівлю певним видом товару). Такі дилери спеціалізуються на торгівлі певною групою товарів. Товари, які реалізуються спеціалізованими дилерами, мають вищий рівень технологічної складності порівняно з товарами, на яких спеціалізуються універсальні дилери. Спеціалізовані дилери продають товари через спеціалізовані магазини.

3. **Офіційні дилери** (торгують товаром тільки певного виробника).

4. **Ексклюзивні дилери** (є єдиними представниками виробника в регіоні та наділені винятковими правами на реалізацію його продукції).

5. **Авторизовані дилери**. Працюють з виробниками на умовах договору комерційної концесії, більш відомого в господарській практиці як франчайзинг [3, с. 165]. Зазначена класифікація дилерів є дуже цінною як для теорії правового регулювання дилерства, так і для

практичного здійснення дилерської діяльності. Однак різниця між офіційним дилером і ексклюзивним дилером фактично, на нашу думку, відсутня. Що стосується авторизованих дилерів, це — дилери, які, окрім дилерського договору, працюють ще й на основі договору комерційної концесії. Такі дилери пройшли авторизацію від власника інтелектуальних прав, отримали дозвіл на використання прав інтелектуальної власності.

Що стосується статусу дилера на товарному ринку, то його «офіційність», на нашу думку, можуть підтвердити низку ознак.

1. *Дилерський договір між постачальником (дистриб'ютором, виробником) та контрагентом.*

2. *Визнання виробником за контрагентом статусу дилера на конкретно визначеній території.* Російський вчений І. В. Теслицький звертає увагу на те, що статус офіційного дилера повинен бути підтверджений виробником. Найпростіший спосіб підтвердження статусу офіційного дилера — це інформація про дилерів на конкретній території, розміщена на сайті виробника [4, с. 285]. Зазначимо, що така вимога не міститься в законодавстві України і віднесена на розсуд виробника. У той же час зарубіжні виробники високотехнологічних товарів на своїх сайтах зазначають інформацію щодо наявності їх дилерів на певній території. Прикладом може слугувати американський виробник техніки Apple. На сайті виробника locate.apple.com/ru/ru/ міститься перелік дилерів (авторизованих реселлерів) у кожній державі, де виробник продає свою техніку через торгову мережу. Варто зауважити, що на сайті Apple не зазначено жодного дилера на території України.

3. *Відкрите зазначення з рекламною метою дилера про те, що він є офіційним дилером виробника.* Дилер здійснює рекламну кампанію товарів, які він реалізує, при цьому відкрито наголошує, що він є офіційним дилером виробника. Зазначена ознака не є визначальною, але вона може слугувати додатковим підтвердженням офіційності дилера.

4. *Прийняття скарг на товар здійснюється дилером, а не виробником.* Повноваження дилера на прийняття таких скарг можуть випливати з дилерського договору або договору комерційного представництва.

5. *Гарантійний ремонт здійснює дилер, а не виробник.*

6. *Ціна на товар у офіційного дилера є меншою, ніж в інших продавців.*

Що стосується офіційних дилерів, то такі дилери можуть також бути розділені на декілька видів залежно від обсягу прав, які передаються виробником дилеру.

1. Дилери-продавці, які здійснюють роздрібний продаж товарів виробника. Обсяг прав таких дилерів обмежується використанням прав інтелектуальної власності виробника, необхідних для роздрібно

реалізації товарів. Такі дилери здійснюють презентації товару, рекламу і продаж.

2. Дилери, які здійснюють сервісне обслуговування товару. Обсяг прав таких дилерів є більшим порівняно з дилерами-продавцями. Зазначені дилери наділені правами виробника на здійснення гарантійного обслуговування. Для того, щоб отримати право сервісного обслуговування від виробника, дилери повинні виконати низку умов технічного характеру, які встановлюються заводом виробника і необхідні для організації процесу ремонту.

3. Дилери, які здійснюють навчання і сертифікацію. Зазначені дилери здійснюють навчання покупців, організовують спеціальні курси для охочих придбати техніку дилера тощо.

Потрібно зазначити, що функції продажу, сервісу, навчання можуть здійснюватися одним дилером, а можуть бути розділені між різними. Можливе поєднання функцій, наприклад, продажу і навчання або продажу і сервісного обслуговування. Ці варіанти залежать від конкретних умов дилерського договору та договорів, які сприяють здійсненню дилерської діяльності.

Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р., ратифікована Україною, в ст. 10-bis (3) містить неповний перелік трьох типів проявів недобросовісної конкуренції, а саме дії, які можуть призвести до змішування, дії, які дискредитують конкурентів, дії, які можуть ввести в оману громадськість. Директива Ради ЄС «Щодо наближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів щодо реклами, яка вводить в оману» від 10 вересня 1984 р. № 84/450/ЄС у ст. 2 визначає рекламу, яка вводить в оману як будь-яку рекламу, котра в будь-який спосіб, включаючи метод її подання, вводить в оману або здатна ввести в оману осіб, яким вона адресована або увагу яких вона привертає, і котра через свій обманливий характер здатна впливати на їхню економічну поведінку або з цих причин завдає шкоди або здатна завдати шкоди конкуренту. Саме як введення громадськості в оману можна визначити неправдиве оголошення того, що торговець є офіційним дилером виробника. Слушно, на нашу думку, зазначено в Директиві ЄС 84/450/ЄС щодо того, кому може бути завдана шкода рекламою, яка вводить в оману. В цьому випадку виділяють дві групи осіб, яким завдається шкода, — споживачі та конкуренти. На нашу думку, таке визначення реклами, яка вводить в оману, повністю відповідає неправдивому оголошенню того факту, що особа є офіційним дилером виробника. Крім того, не можна не брати до уваги, що шкода завдається і виробнику.

Достовірність вважається одним із головних принципів чесної торгівлі, існує загальне визнання того, що заборона омани дуже важлива для концепції чесної конкуренції. При цьому Закон України «Про рекламу» не містить механізмів протидії недобросовісній рекламі, зокрема такої, що вводить в оману.

Резюмуючи все вище викладене, зазначимо, що «офіційним» можна вважати дилера, який отримав такий статус від державного органу шляхом ліцензування. В Україні дилерська діяльність підлягає ліцензуванню на фондовій біржі; відповідно «офіційним дилером» можна вважати тільки дилера на фондовій біржі. Однак на практиці, на ринку товарів і послуг продавці часто використовують поняття «офіційний дилер». Поряд з офіційними дилерами на ринку товарів і послуг працюють універсальні, спеціалізовані, ексклюзивні, авторизовані дилери. На нашу думку, використання поняття «офіційний дилер» має своїм підґрунтям наявність двостороннього правового зв'язку, який випливає з двостороннього зобов'язання. Тобто виробник офіційно перед третіми особами визнає, що контрагент виробника є його офіційним дилером на певній території. Підтвердженням статусу «офіційності» є дилерський договір та відкрите підтвердження (в тому числі на офіційному сайті) факту, що контрагент є дилером. Ці дві ознаки є визначальними. Другорядними ознаками, які підтверджують статус офіційного дилера можуть бути реклама дилера, де він зазначає себе як «офіційний дилер», сервісне обслуговування, цінова політика дилера, представницькі функції дилера тощо. На нашу думку, поняття «дилер» та «офіційний дилер» на товарному ринку України можуть використовуватися як синоніми.

Необхідно в законодавстві України встановити відповідальність за неправдиве використання з рекламною метою зазначення того, що особа є «офіційним дилером» виробника. Цей статус може слугувати додатковим засобом захисту прав споживачів. Однак навіть без змін чинного законодавства України, на нашу думку, неправдиве оголошення особи про те, що вона є «офіційним дилером», є порушенням ст. 10-bis (3) Паризької конвенції про охорону промислової власності та ст. 39 ГК України. Якщо ж врегулювати на законодавчому рівні, що статус офіційного дилера може використовуватися тільки стороною дилерського договору, тоді зазначення такого найменування може бути додатковим засобом захисту від недобросовісної конкуренції. Зазначені нововведення можуть бути врегульовані шляхом внесення змін до ГК України, а саме доповнення ГК України статтею про дилерський договір.

Список використаних джерел

1. Словник української мови [Текст] [в 11 т.] / за заг. ред. І. К. Білодіда. — К. : Наукова думка, 1970–180.
2. Словник іншомовних слів [Текст] / за ред. О. С. Мельничука. — [2-е вид., випр. і доп.]. — К. : Головна редакція «Українська радянська енциклопедія» (УРЕ), 1985. — 966 с.
3. Буткевич, О. В. Торгові посередники як основні суб'єкти торговельної діяльності [Текст] / О. В. Буткевич // Вісник господарського судочинства. — 2012. — № 6. — С. 163–169.

4. *Теслицкий, И. В.* Практические занятия и формирование правосознания студента-юриста [Текст] / И. В. Теслицкий // Общество и право. — 2009. — № 4 (26). — С. 281–285.



БУЛЕЦА Сібілла Богданівна,

*кандидат юридичних наук, доцент,
Ужгородський національний університет,
м. Ужгород, Україна*

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ДОГОВОРИ В МЕДИЦИНІ

Відносини, що виникають при здійсненні медичної діяльності, — це складні, комплексні, багатогранні правовідносини, що опосередковуються, зокрема, договором, тому необхідно погоджувати умови договору, які, власне, складають його зміст.

Слід розрізняти зміст договору і зміст зобов'язання, оскільки «права і обов'язки утворюють зміст зобов'язання, але не породжувача договору, а сукупність умов складають зміст угоди, але не зобов'язання, яке з нього виникло» [1, с. 27–28]. Починаючи з 1936 р., судова практика пов'язує з договором відповідальність лікаря стосовно тих, кого він лікує. Таке ж договірне зобов'язання існує в договорах, що укладаються клініками і лікарнями. У цьому випадку мова йде про зобов'язання належного виконання дії [2, с. 240].

Лікарям необхідно проводити глибоке клініко-лабораторне обстеження пацієнта, яке необхідно оформляти у формі цивільно-правового договору, де були б передбачені права та обов'язки лікаря та пацієнта, так звані договори на довірі. За юридичною характеристикою, це — двосторонній, оплатний чи безоплатний та консенсуальний вид договору. Це може бути договір медиколатрії, який є дуже важливим, оскільки у відносинах між лікарем та пацієнтом повністю відсутнє законодавче закріплення прав та обов'язків сторін та захист прав сторін.

Цікавим є досвід іноземного законодавства у досліджуваній сфері. Так, наприклад, Загальне цивільне уложення Австрійської імперії 1811 року передбачало договір про платні особисті послуги лікаря (параграф 1163), який був платним, і оплата виконувалася після наданої послуги [3, с. 1123–1124]. У Франції з 1979 року діє Медичний кодекс. У ньому регламентуються різні сторони діяльності медичних працівників, взаємини медичних і фармацевтичних працівників у процесі лікування хворих, етичні, правові аспекти в

питаннях трансплантології, евтаназії, застосування способів штучного запліднення. Договори належать до того різновиду юридичних фактів, які називаються правочинами, спрямовані на виникнення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Вперше в Європі в Нідерландах у 1995 році прийняли *Medical Contract Act*, цим законом був легалізований договір про надання медичних послуг та допомоги [4, с. 38; 5, с. 98]. Зазначається, що пацієнт має право укласти договір із медичним закладом та приватно практикуючим лікарем. Договір між пацієнтом і лікарем розглядається тут як «спеціальний договір» у рамках цивільного договірної права, що дає окремому пацієнтові право пред'являти лікареві прямий позов, можливість забезпечувати реалізацію цього права через суд. У більшості країн відносини пацієнта та лікаря регулюються не договором, а закріпленням їх прав та обов'язків (Греція, Швеція — правила прав пацієнта) або Хартією прав пацієнта (Великобританія, Франція) [6, с. 111–112].

На сьогодні більшість науковців схиляються до того, що договори в сфері здійснення медичної діяльності є договорами про надання послуг. Розділ 63 Цивільного кодексу України присвячений договору про надання послуг. В середині цієї групи договорів, на жаль, не виділяють окремо договір на надання послуг медичних, ветеринарних, аудиторських, консультаційних, інформаційних послуг, послуг з навчання, туристичного обслуговування тощо, однак ч. 2 ст. 901 зазначає, що положення глави 63 можуть застосовуватися до всіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання [7, с. 94]. Стаття 177 Цивільного кодексу України закріплює, що послуги є об'єктом цивільних прав, тобто послуги складають самостійну групу об'єктів цивільних прав нарівні з майном, що включають гроші, цінні папери, інше майно. Таким чином, юридичне поняття послуги охоплює тільки ту сферу економічних відносин з надання послуг, споживна вартість якої полягає в найдоцільнішій діяльності, тобто в праці. Ще В. І. Синайський писав: «Договір послуги представляє собою угоду про роботу за винагороду. Однак сутність не вичерпується лише обміном роботи на гроші або ідеєю оплатного користування чужою працею. З одного боку, робота не відокремлена від особистості, яка обіцяла затрачувати свою працю в інтересах іншого» [8, с. 406]. Отже, договори про послуги, хоча б непрямо, але торкаються особистості людини і цей момент виділяє договори про послуги із інших договорів суто майнового й оборотного характеру. З другого боку, оплата за працю, праця людини в інтересах іншого, не може повністю прирівнюватися до ціни, як еквіваленту в синаллагматичних угодах. Винагорода має у багатьох випадках значення засобу існування людини, тому не позбавлена аліментарного характеру.

У юридичній літературі договори між особами і медичними закладами називаються по-різному: договір на надання медичної допомоги, договір на медичне обслуговування, лікарський договір, договір про надання медичної послуги. На сьогодні відсутня пряма вказівка в законі на існування такого виду договору. Але ст. 3 та ст. 627 ЦК України закріплює принцип свободи договору, тобто можливість укладення будь-якого виду договору, що не суперечить вимогам закону та моральним засадам суспільства. У зв'язку з цим, на практиці юристи при укладенні договорів у сфері здійснення медичної діяльності використовують гл. 63, ст.ст. 901–907 ЦК України. А в Цивільному кодексі Росії в ст. 128 та п. 2 ст. 779 [9, с. 23, 87] включено в коло правового регулювання інститут надання платних послуг, де конкретно віднесено до предмета правового регулювання медичні послуги. Це перша спроба в Росії врегулювання медичних послуг цивільним законодавством як самостійний вид послуг.

Серйозним аспектом застосування принципу свободи договору є використання аналогій у цивільно-правових відносинах [10, с. 162]. Так, при виявленні прогалин у регулюванні конкретних цивільно-правових відносин (тобто договірних відносин — договір про надання медичної послуги чи допомоги) використовується аналогія (від грецьк. *Analogia*-відповідність, схожість [11, с. 23]). Поява нових договірних форм завжди випереджає реакцію законодавця. Врегульовані ними відносини повинні мати масовий характер і проіснувати певний час для того, щоб отримати оцінку законодавця [12, с. 77]. Норми, які закріплюють таку нову модель договорів, появляються тільки після того, як буде забезпечена достатня ступінь її індивідуалізації і визначені способи вирішення питань, які виникають при використанні відповідної моделі, повинна скластися практика її використання [13, с. 39], тобто сторони вправі передбачити в договорі режим зобов'язання, який відрізняється від загальної моделі, яка передбачена в законі, відповідно сторони вправі включити в договір оплатного надання послуг обов'язок досягнення виконавцем результату [14, с. 202, 204]. Якщо лікар зобов'язується не просто вчинити конкретні дії по договору, а досягти певний нематеріальний результат, то при цьому сторони передбачають такий обов'язок у договорі. Послуги, які не пов'язані з досягненням виконавцем конкретного результату, називають «чистими послугами» [15, с. 45].

Зазначимо, що підставою виникнення зобов'язань з надання зазначених послуг є:

- 1) договір про надання медичних послуг;
- 2) одностороння обіцянка є дією на основі дружніх відносин, відсутність правових зв'язків, наприклад, обіцянка виміряти тиск;
- 3) дії в інтересах третьої особи без доручення надання медичної допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані [14, с. 254].

У медичній діяльності виникають зобов'язання належним чином зробити дію (іноді його називають зобов'язанням застосувати належні засоби). Наприклад, відносини, пов'язані з діяльністю лікаря-терапевта або хірурга. Він укладає з хворим договір, у якому гарантує тільки належну увагу і турботу, але не позитивний результат, до якого він прагне. Якщо хворий не видужав або навіть помер, це не відбивається на праві вимоги лікаря про сплату гонорару і не спричиняє за собою його відповідальності за умови, що не буде доведено неналежне виконання ним своїх обов'язків або не буде встановлено, що невдача була результатом його провини [2, с. 233]. Смерть не приписує існуючого зобов'язання між пацієнтом та хворим, на відміну від інших правовідносин, наприклад, права власності. Це свідчить про характер ризикованості зобов'язань, які виникають між суб'єктами медичних правовідносин.

У сучасних умовах розвитку зобов'язального права необхідно використовувати договори немайнового характеру, оскільки це дає можливість безпосередньо, без їх пов'язаності з майновими цінностями регулювати відносини, які не підпадають під поняття «майнові відносини» [15, с. 45]. Зобов'язання виникають для того, щоб привести до певного результату, що досягається реалізацією сторонами цього зобов'язання своїх прав і виконання обов'язків, складових змісту зобов'язання. Змістом зобов'язання можуть бути такі дії боржника, які самі по собі ні безпосередньо, ні посередньо не направлені на той або інший зовнішній стосовно людини об'єкт, наприклад, зобов'язання надати медичну допомогу. Такого роду дії безперечно є змістом зобов'язань, коли вони мають відшкодувальну дію. Зобов'язання виконати таку дію матиме майновий характер, оскільки воно є підставою для отримання винагороди — грошової або іншої. М. М. Агарков стверджує, що безвідплатне здійснення таких дій не може скласти зміст зобов'язання [16, с. 39].

Вважають, що фактична нерівність сторін договору з надання платних медичних послуг є основною проблемою в цій сфері. Пацієнт як особа, що не володіє професійними знаннями в медицині, не завжди в змозі визначити зміст умов договору, що укладається, об'єм і якість медичної допомоги щодо поставленого діагнозу, тривалість і ефективність лікування [17, с. 111]. Однак з цим важко погодитися, тому що:

- 1) на сьогодні обов'язок лікаря проінформувати пацієнта повністю про виставлений діагноз, процес лікування та реабілітаційний період;

- 2) наявність всесвітньої мережі Інтернет, реклами сприяє у виборі найкращої клініки чи медичного працівника для отримання медичного обслуговування;

3) за роз'ясненням умов договору про надання медичної послуги пацієнт може звернутися до юриста медичного закладу й отримати повну інформацію про умови договору.

Як уже зазначалося, відносини, що виникають при здійсненні медичної діяльності, — це складні, комплексні, багатогранні правовідносини, що опосередковуються, зокрема, договором, тому необхідно погоджувати умови договору, які, власне, складають його зміст.

Лікарям необхідно проводити глибоке клініко-лабораторне обстеження пацієнта, яке необхідно оформляти як цивільно-правовий договір, де були б передбачені права та обов'язки лікаря та пацієнта, так звані договори на довірі. За юридичною характеристикою, це — двосторонній, оплатний чи безоплатний та консенсуальний вид договору. Це може бути договір медиколатрії, який є дуже важливим, оскільки у відносинах між лікарем та пацієнтом повністю відсутнє законодавче закріплення прав та обов'язків сторін, захист прав сторін.

Отже, ЦК України пропонуємо доповнити ст. 901¹, де договір медиколатрії — це договір, коли одна сторона (медичний заклад будь-якої форми власності, фізична особа, яка займається підприємницькою діяльністю) в особі лікаря, який здійснює або зобов'язується здійснювати відповідно до медичних стандартів медичні дії, які безпосередньо впливають на пацієнта, який постраждав, дотримуватися етичних та моральних норм у спілкуванні з пацієнтом при наданні медичної допомоги, правильно визначити діагноз, проінформувати про діагноз, призначити лікування і слідкувати за процесом лікування та реабілітацією пацієнта та проінформувати про результат наданої послуги, повідомити про наслідки без приховування будь-яких відомостей, а пацієнт зобов'язується дотримуватися вказівок та призначень лікаря повною мірою, прийняти допомогу або послугу чи відмовитися від неї.

Список використаних джерел

1. *Иоффе, О. С.* Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе; ред. К. Н. Яцынина. — М.: Юридическая литература, 1975. — 880 с.
2. *Саватье, Р.* Теория обязательств юридический и экономический очерк [Текст] / Р. Саватье; пер. с франц. и вст. ст. Р. О. Халфиной. — М.: Прогресс, 1972. — 440 с.
3. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях [Текст] = The Codification of Civil Legislation within the Ukrainian Lands / уклад. І. Р. Калаур, О. І. Гуменюк, І. В. Зайцева-Калаур [та ін.]; за ред. Р. О. Стефанчука, М. О. Стефанчука. — К.: Правова єдність, 2009. — Т. 1. — 1168 с.
4. *Markenstein, L. F.* The codification in the Netherlands of the principal rights of patients: a critical review [Text] / L. F. Markenstein // *European Journal of Health Law*. — 1995. — Vol. 2, Issue 1. — pp.: 33–44.

5. *Салтман, Р. Б.* Реформы здравоохранения в Европе: анализ современных стратегий [Текст] / Р. Б. Салтман, Дж. Фигейрас ; пер. з англ. — М. : ГЭОТАР Медицина, 2000 — 432 с.
6. *Gyöngyösi, Z.* Az élet és test felletti rendelkezések joga [Szöveg] / Zoltán Gyöngyösi. — Budapest : Hvgorac Lap és Könyvkiadó Kft., 2002. — 478 o.
7. *Смельянчик, С.* Договір про надання послуг у новому цивільному кодексі України [Текст] / С. Смельянчик // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 2. — С. 92–95.
8. *Синайский, В. И.* Русское гражданское право [Текст] / В. И. Синайский. — М. : Статут, 2002. — 638 с. — («Классика российской цивилистики»).
9. Полный сборник кодексов Российской Федерации [Текст]. — М. : Эксмо, 2005. — 1104 с.
10. *Танага, А. Н.* Принцип свободы договора в гражданском праве России [Текст] / А. Н. Танага. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. — 211 с.
11. Гражданское право. Словарь-справочник [Текст] / под общ. ред. М. Ю. Тихомирова. — М. : [б. и.], 1996. — 575 с.
12. *Корецкий, А. Д.* Теоретико-правовые основы учения о договоре [Текст] / А. Д. Корецкий / отв. ред. П. П. Баранов. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. — 211 с.
13. *Степанов, Д. И.* Услуги как объект гражданских прав [Текст] / Д. И. Степанов. — М. : Статут, 2005. — 349 с.
14. Аномалії в цивільному праві України [Текст] : навч.-практ. посіб. / відп. ред. Р. А. Майданик. — К. : Юстиніан, 2007. — 912 с. — (Серія «Аномалії цивільного права»).
15. *Майданик, Р. А.* Неимущественные оборотоспособные правоотношения как предмет гражданского права Украины / Р. А. Майданик // Альманах цивилистики : сб. ст. Вып. 1 / под ред. Р. А. Майданика. — К. : Правова єдність, 2008. — С. 32–59.
16. *Агарков, М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву [Текст] / М. М. Агарков. — М. : Тип. «Известий Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. — 192 с. — (Ученые труды / Всесоюзный институт юридических наук НКЮ СССР ; Вып. III).
17. *Масалимова, А. Р.* Проблемы правового регулирования отношений по договору платных медицинских услуг [Текст] / А. Р. Масалимова // Актуальные проблемы юридической науки и практики : тезисы докл. научн. конф. (Пермь, 16–17 октября 2003 г.). — Пермь : Изд-во Перм. ун-та, 2004. — Ч. 1. — С. 110–112



ЛОГВІНОВА Марія Володимирівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

*Юридичний інститут Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника, м. Івано-Франківськ, Україна*

СТАН І ПРОБЛЕМИ РОЗРОБКИ ЦІЛІСНОГО ВЧЕННЯ ПРО СІМЕЙНИЙ ДОГОВІР

У наукографії щодо доктрини договору, існує достатня кількість наукових розробок і концепцій. Водночас проблема «галузевості» інституту договору залишається відкритою для поглиблених наукових розвідок. Це положення, зокрема, стосується питання договору як регулятора сімейних відносин. Необхідність поглибленого наукового аналізу правового регулювання договірних відносин між подружжям, батьками дитини, батьками і дітьми, іншими членами сім'ї та родичами, особами, які проживають однією сім'єю, з однієї сторони, підтверджується наявністю білих плям у науці сімейного права, що обумовлено специфікою історичного становлення сімейного законодавства, з другої — яскраво вираженим інтересом науковців до відповідної проблематики.

Праці, присвячені проблемам диспозитивного регулювання сімейних відносин, умовно можна поділити на декілька груп.

У першу групу можна віднести праці загальнотеоретичного характеру, автори яких у тому чи іншому ракурсі висловлюють особисте бачення договірного регулювання сімейних відносин, зокрема це розвідки В. Антошкіної «Договірне регулювання відносин подружжя» (2006 р.), Н. Христенко «Право спільної сумісної власності фізичних осіб» (2006 р.), О. Некрасової «Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин» (2008 р.), Г. Ахмач «Договірні правовідносини членів сім'ї» (2009 р.), Л. Липець «Врегулювання шлюбних та подібних відносин законом та договором» (2009 р.), М. Дякович «Охорона та захист сімейних прав та інтересів нотаріусом» (2014 р.), Л. Красицької «Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей» (2015 р.), фахові статті О. Михальнюк та інші.

Другу групу наукових розвідок становлять дослідження, які висвітлюють договірне регулювання майнових правовідносин членів сім'ї, до яких можна віднести такі праці: І. Жилінкової «Проблеми правового режиму майна членів сім'ї» (2000 р.), О. Калітенко «Особисті відносини подружжя та відносини подружжя стосовно їх майна» (2001 р.), Т. Ариванюк «Правове регулювання відносин власності між подружжям» (2002 р.), Л. Афанасьєвої «Аліментні правовідносини в Україні» (2003 р.), Л. Сапейко «Правове регулювання аліментних обов'язків батьків та дітей» (2003 р.), Я. Новохатської «Правове

регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект)» (2006 р.), Л. Сапейко, В. Кройтор «Аліменти дітям та батькам» (2008 р.), А. Овчатової-Редько «Майнові правовідносини жінки та чоловіка, які перебувають у фактичному шлюбі, за законодавством України» (2009 р.) та інші.

До третьої групи відносимо праці, в яких автори аналізують конкретні сімейно-правові договірні конструкції, зокрема О. Ульяненко «Шлюбний договір у сімейному праві України» (2003 р.), О. Олійник «Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз законодавства різних правових систем» (2009 .), Г. Гаро «Шлюбний договір як інститут сімейного права України» (2012 р.). Остання група дослідницьких розвідок у цілому характеризується не так дисертаційними та монографічними результатами, як поступовими кроками на шляху розробки єдиної цілісної концепції інституту сімейного договору, а тому представлена окремими фаховими статтями, присвяченими договору між батьками про сплату аліментів на дитину (Н. Д'ячкова, 2013 р.), договору батьків щодо утримання та участі у вихованні дитини (І. Рижкова, 2009 р.), договору про припинення права на аліменти на дитину у зв'язку з набуттям права власності на нерухоме майно (Б. Левківський, Є. Виговська, 2012 р.), договору про сурогатне материнство (Р. Майданик, 2012 р.; Х. Вонсович, 2012 р.; І. Верес, 2013 р.; С. Булеца, 2014 р.), договору про патронат (Ю. Черновалюк, 2009 р.), договору про влаштування дітей до прийомної сім'ї (Л. Зілковська, 2013 р.), договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу (В. Євко, 2009 р.) тощо. У цьому контексті варто зауважити, що, незважаючи на різницю в підходах, кожна з праць висвітлює в тому чи іншому аспекті питання диспозитивного регулювання сімейних відносин, що, в свою чергу, слугує своєрідною передумовою для більш детального дослідження окресленої тематики та не перешкоджає подальшому розвитку сімейного права в цьому напрямку. Разом з тим неважко помітити, що існують і певні упущення в сімейно-правовій науці щодо проведення змістовно-аналітичних досліджень так званих аліментних договорів, можливість укладення яких передбачена за усіма учасниками сімейних правовідносин (один із прикладів — договір між батьками та їх повнолітніми донькою, сином, які досягли повноліття, але продовжують навчання); договорів, які укладаються між батьками щодо майна, яке належить малолітній дитині; договорів, які регулюють питання влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; договорів між «тими родичами, хто перебуває у дальших ступенях побічного кровного споріднення» та між «особами, які не названі у Сімейному кодексі учасниками сімейних відносин» [1, с. 41]. Відкритим залишається договірне регулювання особистих немайнових відносин у сімейній сфері.

Водночас науковці вище вказаних праць спробували і продовжують вирішувати непросте завдання — створення цілісного багатогранного вчення про сімейно-правовий договір. І це тільки початок теоретичних напрацювань одного з напрямків розвитку доктрини національного сімейного права, без вивчення якого ускладнюється правозастосовча діяльність. Тому можна сміливо стверджувати, що дослідження ролі договору в регулюванні сімейних правовідносин є перспективним за своїм характером дослідженням, складність якого є очевидною й для теоретиків, й для практиків, й для законодавця.

Опрацювання наявного наукового доробку в сфері договірної регулювання сімейних відносин дозволяє констатувати наявність таких порушень теоретиками проблем у доктрині сімейного права:

1) відсутність єдиного підходу щодо терміна, який слід використовувати для назви договірних конструкцій у сімейному праві. Законодавство і доктрина оперує термінами «договори в сімейній сфері (договори в сімейному праві)» [2, с. 106], «сімейно-правові договори», «сімейні договори», «домовленість». Так, М. Дякович вважає, що оформлені нотаріальним актом домовленість і договір є юридичним фактом та підставою виникнення, зміни чи припинення сімейних правовідносин [3, с. 131].

На думку О. Михальнюк, поняття «сімейно-правові договори» і «договори в сімейному праві» не є тотожними. Останнє поняття ширше і включає також й інші договори, передбачені сімейним законодавством. При цьому дослідник не розкриває категорію договору у сімейному праві, наголошуючи на тому, що від договорів в сімейному праві слід відмежовувати так звані сімейно-правові домовленості (щоденні сімейні домовленості). У підсумку О. Михальнюк зосереджується на терміні «сімейно-правовий договір», який визначає як приватноправовий акт, що укладається з метою врегулювання сімейних відносин між членами сім'ї [4, с. 326].

З. Ромовська для оформлення небуденних потреб оперує виключно категорією «сімейний договір» [5, с. 38].

О. Пономаренко висловлює думку про необхідність розробки поняття *сімейного договору* (виділено автором — Л. М.), особливостей його структурних елементів, особливостей укладення, зміни та розірвання [6, с. 159].

А. Дутко під сімейно-правовими договорами розуміє договори, що укладаються між суб'єктами сімейних правовідносин і спрямовані на встановлення, зміну або припинення сімейних прав і обов'язків та є обов'язковими до виконання, якщо не суперечать вимогам СК України, інших законів України та моральним засадам суспільства [7, с. 137].

О. Некрасова також оперує категорією «сімейно-правовий договір», під яким пропонує вважати домовленість, яка має ознаки цивільного правочину, між подружжям, батьками та дітьми, іншими

членами сім'ї та родичами як суб'єктами сімейних і водночас цивільних правовідносин про виникнення, зміну та припинення майнових, а в окремих випадках особистих немайнових прав та обов'язків, що обумовлені їх сімейно-правовими зв'язками [8, с. 108].

На наш погляд, доктрині сімейного права слід оперувати категорією «сімейний договір»;

2) відсутність єдиного розуміння природи договірних зобов'язань між учасниками сімейних правовідносин — цивільно-правова чи сімейно-правова?

Варто зауважити, що оптимальним на сьогодні є розуміння сімейно-правового договору як договору приватного права, оскільки він є типовим для відносин, які в цілому базуються на засадах рівності сторін, їх вільному волевиявленні та майновій самостійності. Ознакою, яка характерна для галузей приватного права, є те, що кожна галузь має свій інструмент диспозитивного методу регулювання, зокрема цивільне право — цивільно-правовий договір, сімейне право — сімейний договір [7, с. 136]. Водночас позиції науковці різні.

Так, науковці, які розглядають конкретні договірні конструкції, що укладаються між учасниками сімейних правовідносин, завжди наголошують на їх сімейно-правовому характері (Н. Д'ячкова [9, с. 173], Ю. Черновалюк [10, с. 124]).

О. Олійник зазначає, що шлюбний договір є міжгалузевим цивільно-сімейним правочином. При цьому цивільно-правовий характер шлюбного договору має перевагу над сімейно-правовим [11, с. 14]. Г. Гаро стверджує, що шлюбний договір має змішану сімейно-цивільну природу, оскільки, з одного боку, його можна вважати сімейним договором, якому притаманні ознаки цивільного правочину, а з іншого — цивільним правочином, який має сімейно-правову специфіку [12, с. 14]. На думку М. Дякович, шлюбний договір можна віднести за змістом до сімейно-правового договору, а за формою — до цивільно-правового договору [3, с. 217].

Договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї, на переконання Л. Зілковської, є змішаним договором, маючи в своїй основі сімейно-правові та цивільно-правові норми [13, с. 264].

Неоднозначний погляд науковців на таку договірну конструкцію, як договір про сурогатне материнство. Цей договір, на думку Р. Майданика, не належить до жодного з відомих законодавцю видів приватноправових договорів, оскільки є дійсно не поіменованим договором, не закріпленим у законодавстві [14, с. 219]. При цьому професор наголошує на цивільно-правовій природі договору сурогатного материнства. Аналогічну позицію займають О. Михальнюк, А. Головошук. Водночас Х. Вонсович стверджує, що договір подружжя (біологічних батьків) з сурогатною матір'ю є договором особливого роду, що містить умови, які мають цивільно-правовий і сімейно-правовий характер [15, с. 34]. Міркування щодо

змішаної природи цього договору висловлює й О. Явор [16, с. 130]. Прихильниками сімейно-правової природи договору про сурогатне материнство є С. Фурса [17, с. 347], І. Верес [18, с. 28]. Враховуючи, що можливість проведення сурогатного материнства в Україні безпосередньо закладена в нормах СК України, запозичуючи позитивний законодавчий досвід таких країн, як Білорусь, Казахстан, у сімейному законодавстві яких чітко врегульовуються договірні відносини імплантації ембріона, виношування і народження дитини між сурогатною матір'ю і передбаченими батьками (ст. 52 Кодексу Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю 1999 року, ст.ст. 54, 55 Кодексу Республіки Казахстан про шлюб (подружжя) і сім'ю 2011 року), вважаємо за доцільне доповнити СК України нормами, які передбачатимуть можливість договірного регулювання відносин сурогатного материнства. До речі, в монографії М. Дякович «Охорона і захист сімейних прав та інтересів нотаріусом» запропонована редакція ст.ст. 123¹, 123², 123³, 123⁴ СК України, присвячених сурогатному материнству із визначенням поняття сурогатного материнства, договору сурогатного материнства, його умов, переліком обов'язків сурогатної матері та подружжя, яке має бажання застосувати метод сурогатного материнства [3, с. 473–475].

Як вбачається з наведеного, в літературі висловлюються неоднозначні позиції щодо розуміння природи сімейного договору, що в черговий раз підсилює необхідність встановлення чітких меж розуміння диспозитивних засад сімейного права. Також необхідним є проведення межі між договорами в сфері сімейних правовідносин і договорами, що укладаються між членами сім'ї. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 64 СК України дружина та чоловік мають право на укладення між собою всіх договорів, які не заборонені законом, як щодо майна, що є їхньою особистою приватною власністю, так і щодо майна, яке є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. У цьому разі матиме місце цивільно-правовий договір і відповідно врегульовуватись він повинен нормами цивільного законодавства. Не буде юридичним фактом у сфері сімейного права і договір між іншими членами сім'ї щодо належного їм майна (наприклад, договір дарування, за яким бабуся як дарувальник передає у власність онукові певну річ; або договір оренди автомобіля між дядьком і племінником тощо) [19, с. 62]. О. Михальнюк також наголошує, що договори купівлі-продажу, дарування, міни, довічного утримання, спадкові договори, які укладаються між подружжям, батьками і дітьми, іншими членами сім'ї та родичами, не є сімейно-правовими. Вони мають цивільно-правову природу, незважаючи на спеціальний (сімейний) суб'єктивний склад [4, с. 341];

3) різноманітність класифікацій сімейних договорів. Насиченість запропонованих теоретиками класифікацій, насамперед, обумовлена науковою позицією розробників щодо цивільно-правової чи сімейно-

правової природи договірних конструкцій між учасниками сімейних відносин. Визначальним у цьому питанні є обґрунтування чіткого класифікаційного критерію. Не ставлячи за мету охарактеризувати всі запропоновані сьогодні доктрині класифікації сімейних договорів, варто зупинитися на такій видовій конструкції, як договори, що можуть бути укладені жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю, але без реєстрації шлюбу (ч. 1 ст. 74 СК України). У цьому контексті доцільно зауважити, що в науковій літературі можливість договірного регулювання сімейних відносин жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, розглядається як одна з перспективних доктринальних розвідок. Більшість науковців (А. Овчатова-Редько, Н. Христенко) досліджують питання договірного регулювання виключно майнових правовідносин жінки та чоловіка, що проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу. Зокрема висловлюється думка, що, з метою захисту майнових прав кожного з членів фактичного подружжя, в разі виникнення між ними спору щодо цих прав доцільно укласти договір про майновий режим фактичного подружжя [20, с. 16]. Також припускається можливість укладення фактичним подружжям договорів взаємного утримання, до яких, на думку А. Овчатової-Редько, належать договір про надання утримання, договір довічного утримання, спадковий договір та інші [21, с. 13]. Л. Липець, досліджуючи проблеми шлюбних та подібних відносин, урегульованих законом і договором, доводить юридичну необхідність запровадження в доктрину сімейного права таких договірних конструкцій, як договір про спільне проживання чи фактичні шлюбні відносини, що дозволить зафіксувати початок їх виникнення та у разі необхідності захистити права таких осіб у суді, та угоду про партнерство, метою якої є врегулювання майнових та особистих немайнових відносин одностатевих пар [22, с. 5, 13–14].

Щодо наведених вище наукових позицій слід зробити одне уточнення. На наше переконання, розробники концепцій договірного регулювання відносин жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, не завжди послідовні у визначенні правової природи відповідних договірних конструкцій (мова йде про сімейно-правову чи цивільно-правову природу). Так, Л. Липець, вбачаючи необхідність *введення в систему сімейного права* інституту партнерства, пропонує угоду про партнерство визнати *цивільно-правовим правочином у сфері цивільного права* (виділено автором — Л. М.), метою якої є врегулювання майнових та особистих немайнових відносин партнерів, на кшталт шлюбного договору [22, с. 5, 13–14]. А. Овчатова-Редько у підрозд. 4.2 дисертації «Договори «фактичного подружжя» щодо взаємного утримання» аналізує як цивільно-правові договори, умови яких можуть містити положення про взаємне утримання «фактичного подружжя» (договір довічного утримання,

спадковий договір), так і сімейно-правовий договір про надання утримання (аліментний договір), який визначає як правочин, за яким одна особа зобов'язується надати утримання іншій особі у розмірі, у спосіб і в строки, встановлені цим договором, за умови, що вони не суперечать умовам і засадам, встановленим законом. При цьому позиція вченої в питанні правової природи відносин між фактичним подружжям виглядає послідовною, адже, пропонуючи законодавче закріплення поняття інституту «фактичного шлюбу», зауважує, що це — «сукупність *норм сімейного та цивільного законодавства* (виділено автором — Л. М.), котрі регулюють майнові, а також деякі немайнові відносини, що виникають внаслідок сумісного проживання (проживання однією сім'єю) чоловіка та жінки, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі між собою та з іншими особами [21, с. 4].

Без сумніву, сімейне законодавство можна доповнювати новими сімейно-правовими договірними конструкціями. При цьому відкритими й для доктрини, й для законодавства залишаються питання форми сімейних договорів, особливості їх укладення, змісту договірних конструкцій.

На наше переконання, загальна тенденція розвитку науки сімейного права та сімейного законодавства полягає у тому, що кількість поіменованих договорів у СК повинна зростати, що відповідатиме його значенню як основному акту сімейного законодавства України. При цьому кількість не поіменованих СК України договорів повинна зменшуватися, хоча така позиція не виключає можливості їх деталізації нормативно-правовими актами.

Список використаних джерел

1. *Ромовська, З. В.* Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар [Текст] / З. В. Ромовська. — К.: Ін Юре, 2003. — 528 с.
2. Договір як універсальна правова конструкція [Текст]: монограф. / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. — Х.: Право, 2012. — 432 с.
3. *Дякович, М. М.* Охорона та захист сімейних прав та інтересів нотаріусом [Текст]: монограф. / М. М. Дякович. — К.: Істина, 2014. — 520 с.
4. *Мыхальнюк, О. В.* Семейно-правовые договоры и иные смежные договорные конструкции в семейном праве Украины [Текст] / О. В. Мыхальнюк // Альманах цивилистики: сб. ст.; Киев. нац. ун-т имени Т. Шевченко, Юрид. фак-т, каф. гражд. права; под ред. Р. А. Майданика. — К.: Правова єдність; Алерта, 2015. — Вып. 6. — С. 326–342.
5. *Ромовська, З. В.* Українське сімейне право [Текст]: підруч. / З. В. Ромовська. — К.: Правова єдність, 2009. — 500 с.
6. Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права [Текст]: монограф. / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеева. — Х.: Право, 2013. — 240 с.

7. *Дутко, А. О.* Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції [Текст] / А. О. Дутко // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. — 2013. — Вип. 3. — С. 135–142.
8. *Некрасова, О. В.* Розвиток договору як регулятора сімейних відносин [Текст] / О. В. Некрасова // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия: Юридические науки. — 2011. — Т. 24 (63). — № 2. — С. 104–109.
9. *Дячкова, Н. А.* Зміст договору між батьками про сплату аліментів на дитину [Текст] / Н. А. Дячкова // Право і безпека. — 2013. — № 2. — С. 172–176.
10. *Черновалюк, Ю. Ю.* Деякі проблемні питання щодо правового регулювання патронату за законодавством України [Текст] / Ю. Ю. Черновалюк // Актуальні проблеми держави і права. — 2009. — Вип. 51. — С. 121–128.
11. *Олійник, О. С.* Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз законодавства різних правових систем [Текст]: автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. С. Олійник; НДІ приват. права і підприємництва, Акад. прав. наук України. — К., 2009. — 20 с.
12. *Гаро, Г. О.* Шлюбний договір як інститут сімейного права України [Текст]: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. О. Гаро; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2012. — 20 с.
13. *Зілківська, Л. М.* Договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї [Текст] / Л. М. Зілківська // Наука і правоохорона. — 2013. — № 1 (19). — С. 261–264.
14. *Майданик, Р.* Договір про сурогатне материнство за українським правом: питання теорії та практики [Текст] / Р. Майданик // Право України. — 2012. — № 9. — С. 215–225.
15. *Вонсович, Х. І.* Особливості правової природи договору про сурогатне материнство [Текст] / Х. І. Вонсович // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. — Вип. 19. — Том 2. — Ужгород, 2012. — С. 33–35.
16. *Явор, О. А.* Правові аспекти сурогатного материнства [Текст] / О. А. Явор // Університетські наукові записки. — 2012. — № 4. — С. 127–133.
17. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар [Текст] / за заг. ред. С. Я. Фурси. — К.: Фурса С. Я., КНТ, 2008. — 1248 с.
18. *Верес, І. Я.* Проблеми правового регулювання сурогатного материнства [Текст] / І. Я. Верес // Адвокат. — 2013. — № 3. — С. 27–31.
19. *Явор, О. А.* Роль договору в регулюванні сімейних відносин [Текст] / О. А. Явор // Сучасні проблеми цивільного права та процесу: матеріали круглого столу, присвяч. пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова, 19 груд. 2014 р. — Х., 2015. — С. 60–63.
20. *Христенко, Н. Ю.* Право спільної сумісної власності фізичних осіб [Текст]: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. Ю. Христенко; НДІ приватного

- права і підприємництва Академії правових наук України. — К., 2006. — 20 с.
21. *Овчатова-Редько, А. О.* Майнові правовідносини жінки та чоловіка, які перебувають у фактичному шлюбі, за законодавством України [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А. О. Овчатова-Редько ; Одеська національна юридична академія. — Одеса, 2009. — 19 с.
22. *Липець, Л. В.* Врегулювання шлюбних та подібних відносин законом та договором [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Л. В. Липець ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2009. — 20 с.



РЕЗНІК Ганна Олегівна,

кандидат юридичних наук,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ДИТИНИ

Права дитини за своєю суттю відрізняються від прав дорослих за змістом, значенням, походженням. Кожне право дитини слід розглядати з позиції наданих державою можливостей розвиватися, набувати певних навичок для формування дорослої особистості.

Національне законодавство не виділяє права дитини в окрему категорію, декларуючи, що права дітей є похідними від загальних прав людини, а тому права, закріплені в основних нормативно-правових актах, стосуються і дітей.

У більшості випадків особисті немайнові права дитини не залежать від її волі, оскільки через свій вік дитина не може самостійно їх здійснювати. А тому особисті немайнові права дитини є залежними від волі батьків або осіб, які їх замінюють, ними ж переважно здійснюються і реалізуються.

Необхідність особливої турботи про дітей, враховуючи їх фізичну та розумову незрілість, зумовлює принципово важливу позицію щодо конкретизації прав такої специфічної та найбільш вразливої частини суспільства. А тому розгляд прав дитини як окремої категорії надасть можливість створити більш дієвий механізм захисту цих прав.

Особисті немайнові права, їх ознаки, види, місце в системі цивільного права України завжди обговорювалися українськими вченими. Разом із тим особисті немайнові права дитини не визначаються в доктрині й законодавстві як окрема категорія, а тому і не класифікуються.

Відсутність єдиної думки вітчизняних науковців у питаннях щодо класифікації особистих немайнових прав дитини та відсутність чітких критеріїв їх класифікації актуалізують наше дослідження.

Дуже важливою для пізнання природи та сутнісних характеристик особистих немайнових прав, визначення значення та місця їх системи в праві, відмежування її від схожих систем є їх класифікація [1, с. 109].

Особисті немайнові права дитини, без сумніву, мають бути класифіковані. Саме дослідження системи немайнових прав важливо для того, щоб більш детально вивчити ознаки та відмінності прав, які ми розглядаємо, виявити особливості захисту прав дитини.

Як зазначила І. Г. Король, «сенс класифікації особистих немайнових прав полягає в тому, щоб на основі визначеного критерію поділяти права на групи, що об'єднані єдиним юридичним змістом» [2, с. 67].

Відповідно до норм цивільного законодавства система особистих немайнових прав складається з особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, та особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи відповідно до глав 21, 22 Цивільного кодексу України.

Л. В. Федюк, розглядаючи види особистих немайнових прав, запропонувала таку їх класифікацію:

1) **за суб'єктами:** особисті немайнові права, що належать лише фізичній особі; права, що належать юридичній особі; права, що можуть мати як фізичні, так і юридичні особи;

2) **за сферою суспільного життя:** гуманітарні, особистісні, інформативні, соціально-культурні, демократизаторські,

3) **за призначенням:** первинні; похідні;

4) **за галузями законодавства:** конституційні, адміністративні, трудові, сімейні, житлові, екологічні, цивільні [1, с. 122].

Існує точка зору, відповідно до якої система особистих немайнових прав залежить від того, яка з двох концепцій особистих немайнових прав запроваджена — моністична чи плюралістична. В Україні система особистих немайнових прав побудована на засадах плюралістичної концепції. Так, О. О. Посикалюк зазначає, що на сьогодні назріла об'єктивна необхідність доповнення переліку окремих особистих немайнових прав фізичних осіб принаймні двома такими групами: особисті немайнові права, що виникають у сфері трудових

відносин, та особисті немайнові права, що виникають зі специфічного правового модусу — споживач [3, с. 22, 26].

Серед вітчизняних цивілістів найбільш повну класифікацію цих прав дає Р. О. Стефанчук, який визначив два типи особистих немайнових прав:

а) **універсальні (загальні) особисті немайнові права** (які мають фундаментальний характер та належать усім без винятку фізичним особам);

б) **окремі (спеціальні) особисті немайнові права**, якими наділені лише окремі фізичні особи внаслідок здійснення ними певних дій, надання їм певного спеціального правового статусу (правового модусу), або за інших підстав, що прямо передбачені законом.

При цьому Р. О. Стефанчук встановив, що універсальні особисті немайнові права поділяються на дві групи.

Перша група — універсальні (загальні) особисті немайнові права, що забезпечують фізіологічне (природне) існування фізичної особи, поділяється за своїм складом, на такі роди:

а) права, що забезпечують природну (біопсихічну) цілісність фізичної особи;

б) права, що забезпечують відтворюваність фізичної особи;

в) права, що забезпечують природну відособленість фізичної особи.

Друга група — універсальні (загальні) особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи, поділяється на такі роди:

а) права, що забезпечують індивідуалізацію фізичної особи в суспільстві;

б) права, що забезпечують соціальний статус фізичної особи;

в) права, що забезпечують свободу соціального буття; г) права, що забезпечують особисту інформованість фізичної особи;

г) права, що забезпечують приватність фізичної особи.

При цьому кожен із цих родів особистих немайнових прав фізичних осіб має свій додатковий видовий поділ. Вчений довів, що другий тип особистих немайнових прав фізичної особи поділяється на такі групи:

а) спеціальні (окремі) особисті немайнові права фізичної особи у сфері інтелектуальної діяльності;

б) спеціальні (окремі) особисті немайнові права фізичної особи у сфері сімейних відносин;

в) спеціальні (окремі) особисті немайнові права фізичної особи у сфері медичних відносин;

г) спеціальні (окремі) особисті немайнові права дітей та інших фізичних осіб, що мають вади у дієздатності;

г) постнативні особисті немайнові права фізичних осіб.

Кожна із груп має додатково внутрішню родову та видову диференціацію [4, с. 7–8].

У цьому контексті варто звернути увагу на різноманіття наведених класифікацій особистих немайнових прав особи загалом та неповне висвітлення у науковій літературі питань, пов'язаних із класифікацією особистих немайнових прав дитини, зокрема.

Розкриваючи проблеми особистих немайнових прав дитини, деякі автори відмічають, що категорія «особисті немайнові права дитини» включає перелік прав, які мають різний зміст і мету. До них належать:

- 1) право жити і виховуватись у сім'ї;
- 2) право на ім'я, по батькові та прізвище;
- 3) право висловлювати свою думку;
- 4) право на спілкування з батьками та іншими родичами;
- 5) право на свободу переміщення та вибір місця проживання;
- 6) право на свій захист [5, с. 68].

У літературі було запропоновано авторське бачення критеріїв класифікації прав та свобод дитини: залежно від активності дитини у здійсненні прав і свобод та залежно від можливості обмеження прав та свобод дитини батьками [6, с. 6].

І. Г. Король, досліджуючи особисті немайнові права дитини, зазначає, що російський законодавець не розмежовує нематеріальні блага та особисті немайнові права, а тому благо існує незалежно від того, визнане воно державою чи ні. Таким чином, виходячи з логіки цього положення, можна виділити блага, що охороняються законом, та блага, що не вказані в законі й правом не охороняються. Разом із тим за галузевою належністю особисті немайнові права дитини автор класифікує на матеріальні та процесуальні особисті немайнові права [2, с. 54–74].

Серед вітчизняних вчених, які досліджують особисті немайнові права дитини, цікаву класифікацію особистих немайнових прав дитини запропонувала Л. А. Ольховик, яка за цільовою спрямованістю розділила останні на:

1) особисті немайнові права, спрямовані на забезпечення фізичного та психічного благополуччя дитини (право на життя, право на здоров'я, право на сім'ю);

2) особисті немайнові права, спрямовані на забезпечення соціального буття дитини (право на реєстрацію народження, право на індивідуалізацію особи в суспільстві, право на освіту) [7, с. 7].

Заслужовує на увагу й представлена науковій спільноті система особистих немайнових прав дитини, яка за цільовою спрямованістю складається з чотирьох груп, кожна з яких, у свою чергу, включає в себе ряд особистих немайнових прав, притаманних неповнолітній особі, а саме [8, с. 165]:

1. Особисті немайнові права дитини, що забезпечують її природне існування (право на життя, на здоров'я, право на свободу та особисту недоторканність, право на безпечне для життя та здоров'я довкілля).

2. Особисті немайнові права дитини, що забезпечують її соціальне буття (право на ім'я, по батькові і прізвище дитини, особисте життя, свободу пересування та місце проживання, право на освіту, право на вільний розвиток своєї особистості).

3. Особисті немайнові права дитини у сфері сімейних відносин (право на сім'ю, право на належне батьківське виховання, спілкування з батьками та іншими членами сім'ї, право на опіку та піклування, право на материнство та батьківство).

4. Особисті немайнові права дитини у сфері інтелектуальної діяльності (права авторства, право на творчу діяльність, на виконання, право винахідництва, право на захист інтересів при проведенні фото-, кіно-, теле- та відеозйомок).

Враховуючи наведені класифікації особистих немайнових прав фізичних осіб і особистих немайнових прав дітей, зокрема, вважаємо за доцільне розробити та обґрунтувати власну класифікацію.

Дитина як член сім'ї, перш за все, вступає у відносини з батьками, у яких виникають обов'язки перед дитиною. Однак розвиваючись, дитина дорослішає і починає взаємодіяти з суспільством при імовірності настання несприятливих умов.

Залежно від тих осіб, з якими в дитини виникають відносини, зазначимо такі:

1) особисті немайнові права дітей, що виникають у сім'ї (право на проживання, спілкування, ім'я тощо);

2) особисті немайнові права дитини, що виникають при взаємодії дитини з суспільством (право на освіту, відпочинок, свободу об'єднання тощо).

Особисті немайнові права неповнолітніх настільки різноманітні, що регулюються різними галузями права. Враховуючи вищевикладене, особисті немайнові права дитини класифікуються відповідно до нормативного закріплення на особисті немайнові права, закріплені Конституцією України; особисті немайнові права, закріплені міжнародними актами, визнаними Україною; особисті немайнові права, закріплені цивільним законодавством; особисті немайнові права, закріплені сімейним законодавством.

Особливої уваги заслуговують так звані «потенційні права» дитини. Потенційними правами є права, здійснення яких у дитини буде ймовірним у майбутньому; вони стануть фактичними (реальними) за умов настання певних подій.

Нагадаємо, що в силу свого віку дитина не просто не має можливості самостійно реалізувати надані законом права, а значну частину цих прав набуває лише після досягнення певного віку.

Відповідно період від народження до досягнення дитиною повноліття умовно поділяється на різні вікові групи: новонароджений, малолітній, підліток, неповнолітній. Тому зростаючи, досягаючи певного віку, дитина набуває нових прав, які відрізняються за змістом, обсягом, віковими потребами тощо.

Вікові обмеження набуття та можливості реалізації прав дитини встановлені законодавчими актами України. Так, право на шкільну освіту може бути реалізовано з 6 (7)-річного віку, оскільки відповідно до Закону України «Про дошкільну освіту» з двомісячного віку до трьох років дитина відвідує ясла, а від трьох років і до шести (семи) — дитячий садок, отримуючи, тим самим, дошкільну освіту і виховання.

Очевидно, що віковий критерій багато в чому визначає можливість дитини бути учасником певних правовідносин.

Запропонована нами класифікація не може вважатися остаточною в силу розмаїття особистих немайнових прав дитини, проте вона може допомогти більш детально охарактеризувати цю специфічну категорію прав дитини.

На нашу думку, особисті немайнові права неповнолітніх настільки багатогранні та багаторівневі, що класифікувати їх лише за одним критерієм неможливо. Саме тому, не заперечуючи чинні підходи, вважаємо за доцільне навести власну класифікацію: 1) відповідно до нормативного закріплення: особисті немайнові права, закріплені Конституцією України; особисті немайнові права, закріплені міжнародними актами, визнаними Україною; особисті немайнові права, закріплені цивільним законодавством; особисті немайнові права, закріплені сімейним законодавством; 2) відповідно до характеру суспільних відносин, у яких перебуває дитина: особисті немайнові права дітей, що виникають у сім'ї; особисті немайнові права дитини, що виникають при взаємодії дитини з суспільством [9, с. 9].

Список використаних джерел

1. *Федюк, Л. В.* Система особистих немайнових прав у цивільному праві [Текст] : монограф. / Л. В. Федюк. — Івано-Франківськ : ВДВ ЦІТ, 2007. — 148 с.
2. *Король, И. Г.* Личные неимущественные права ребёнка по семейному праву Российской Федерации [Текст] : науч.-практ. пособ. / И. Г. Король. — М. : Проспект, 2010. — 160 с.
3. *Посикалюк, О. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у романській, германській, англо-американській системах приватного права [Текст] : монограф. / О. О. Посикалюк. — К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАІПрН України, 2011. — 205 с.
4. *Стефанчук, Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Р. О. Стефанчук. — К., 2007. — 40 с.

5. *Явор, О. А.* До проблеми особистих немайнових прав дитини [Текст] / О. А. Явор // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2004. — № 4. — С. 68–74.
6. *Опольська, Н. М.* Правове забезпечення прав та свобод дитини в Україні (загальнотеоретичний аспект) [Текст]: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень» / Н. М. Опольська; Нац. пед. ун-т ім. М. П. Драгоманова. — К., 2010. — 22 с.
7. *Ольховик, Л. А.* Особисті немайнові права дитини за цивільним законодавством України [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ольховик Людмила Анатоліївна; Харківський національний ун-т внутрішніх справ. — Х., 2006. — 219 арк.
8. *Синегубов, О. В.* Здійснення особистих немайнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб [Текст]: монограф. / О. В. Синегубов. — Х.: Золота миля, 2015. — 528 с.
9. *Резнік, Г. О.* Особисті немайнові права дитини (цивільно-правовий та сімейно-правовий аспекти) [Текст]: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. О. Резнік; Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака. — К., 2014. — 20 с.



МОВЧАН Ольга Василівна,

*Харківський національний університет внутрішніх справ,
м. Харків, Україна*

ЗАХИСТ ЖИТЛОВИХ ПРАВ ДИТИНИ ПРИ ВЧИНЕННІ ПРАВОЧИНУ

Правомірність правочину з житлом залежить від того, чи дотримано у механізмі його вчинення процедуру із захисту прав дитини. Ця вимога передбачена ст.ст. 6, 19, 173–178 Сімейного кодексу України (СК України) [1], ст.ст. 5, 17, 18 Закону України «Про охорону дитинства» [2], ст.ст. 31–33 Цивільного кодексу України (ЦК України) [3], ст. 11 Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» [4], ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян та безпритульних дітей» [5]. Вказані положення законодавства обґрунтовані тим, що діти є найбільш незахищеною категорією населення і тому потребують підвищеного порівняно з іншими суб'єктами права юридичного захисту,

оскільки не мають реальної можливості ефективно захищати свої права, як дорослі [6, с. 571]. Отже, звернемося до дослідження проблематики захисту житлових прав дітей при вчиненні правочинів.

Правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Правочини у житловій сфері можуть поділятися залежно від їх мети, зокрема правочини щодо переходу права власності на житло, отримання житла у користування, управління житлом. У цих зобов'язаннях однією зі сторін може виступати дитина (як власник житла) або вони можуть впливати на права та інтереси дитини (як користувача житла). Дитина як суб'єкт, котрий не має повної цивільної правосдатності, не може самостійно здійснювати свої суб'єктивні права у правочинах. Юридичні дії батьків щодо майна, майнових прав дитини можуть поставити дитину в уразливе становище, зокрема вчинити правочин без урахування її інтересів та думки. Отже, ця тематика потребує пильної уваги як науковців, так і законодавця, котрі повинні постійно оновлювати та пропонувати механізми щодо захисту житлових прав дітей, зокрема при вчиненні правочину.

Представляти інтереси дитини при вчиненні правочину можуть батьки або особи, які їх замінюють. Батьки управляють майном своєї дитини до досягнення нею повноліття та набуття повної цивільної дієздатності (ст.ст. 34, 35 ЦК України) [7, с. 135]. Відповідно до ч. 1 ст. 177 СК України батьки управляють майном, належним малолітній дитині, без спеціального на те повноваження [1]. Батьки зобов'язані дбати про збереження та використання майна дитини в її інтересах. Якщо малолітня дитина може самостійно визначити свої потреби та інтереси, батьки здійснюють управління її майном, враховуючи такі потреби та інтереси [8, с. 239].

І. В. Жилінкова відокремлювала дві групи дій батьків з управління майном дитини: вчинення правочинів щодо майна дитини та вчинення дій щодо догляду за майном дитини [9, с. 62]. Необхідно виокремлювати два механізми захисту житлових прав дітей при вчиненні правочину: щодо відчуження житла, в якому проживає дитина, та управління житлом дитини (здача в оренду, найм, перевід житла до нежитлового фонду тощо). Правочини щодо управління майном дитини врегульовані ст. 177 СК України [1]. У ст. 17 Закону України «Про охорону дитинства» ця вимога конкретизується, зокрема батьки або особи, які їх замінюють, не мають права без дозволу органів опіки і піклування, наданого відповідно до закону, укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, відмовлятися від належних дитині майнових прав, здійснювати поділ, обмін, відчуження житла, зобов'язуватися від імені дитини порукою, видавати письмові зобов'язання [2].

Досліджуючи питання захисту прав дитини при вчиненні правочину, варто зазначити, що юридичною наукою недостатньо

приділяється уваги питанню правочинів з приводу користування житлом. Відповідно до ч. 2 ст. 176 СК України права батьків та дітей на користування житлом, яке є власністю когось із них, встановлюються законом [1]. У ч. 2 та ч. 3 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» встановлено, що діти-члени сім'ї наймача або власника жилого приміщення мають право користуватися займаним приміщенням нарівні з власником або наймачем [2]. Органи опіки та піклування зобов'язані здійснювати контроль за додержанням батьками або особами, які їх замінюють, майнових та житлових прав дітей при відчуженні жилих приміщень та купівлі нового житла. Стаття 156 Житлового кодексу УРСР передбачає, що члени сім'ї власника жилого будинку (квартири), які проживають разом з ним у будинку (квартирі), що йому належить, користуються жилим приміщенням нарівні з власником будинку (квартири), якщо при їх вселенні не було іншої угоди про порядок користування цим приміщенням [10]. За згодою власника будинку (квартири) член його сім'ї вправі вселяти в займане ним жиле приміщення інших членів сім'ї. На вселення до батьків їхніх неповнолітніх дітей (у зв'язку з прийняттям у 2002 році СК України малолітні діти не виключаються цією нормою) згоди власника не потрібно. Вказані нормативні акти не визначають правила вселення у житло, яке належить на праві власності дитини, інших осіб. У такому разі можна застосовувати загальне право щодо обов'язкової згоди органів опіки та піклування на вчинення правочину з нерухомим майном дитини. Це, зокрема, вбачається з роз'яснення Міністерства юстиції України від 22 серпня 2011 р. «Особливості правового регулювання посвідчення правочинів щодо нерухомого майна за участю малолітніх та неповнолітніх осіб». Так, батьки або особи, які їх замінюють, не мають права без дозволу органів опіки і піклування, наданого відповідно до закону, укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, відмовлятися від належних дитині майнових прав, здійснювати поділ, обмін, відчуження житла, зобов'язуватися від імені дитини порукою, видавати письмові зобов'язання [11].

Інтереси у правочині дітей, які передані до закладів для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, представляють органи опіки та піклування. Це передбачено ст. 11 Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», відповідно до якої органи опіки та піклування здійснюють подання заяв, клопотань, позовів про захист прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Щодо правочинів з приводу майна та житла таких дітей, то законодавець обмежує їх вчинення. Так, у роз'ясненні Міністерства юстиції України «Особливості правового регулювання посвідчення правочинів щодо нерухомого майна за участю малолітніх та неповнолітніх осіб» від 22 серпня 2011 р. встановлено, що суд у разі

позбавлення батьків батьківських прав або відібрання дитини без позбавлення батьківських прав одночасно накладає заборону на відчуження майна та житла дітей, про що повідомляє нотаріуса за місцем знаходження майна та житла. Встановлюючи заборону на відчуження цього майна, законодавцем не забороняється його використання [11]. У п. 66 постанови Кабінету Міністрів України «Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини» від 24 вересня 2008 р. № 866 встановлено, що житло, яке належить дитині-сироті та дитині, позбавленій батьківського піклування, на праві власності, може бути передане в оренду іншій особі за рішенням районної, районної у містах Києві та Севастополі держадміністрації, виконавчого органу міської, районної у місті ради за місцем знаходження її майна. Відповідне подання готує служба у справах дітей на підставі заяви опікуна (за наявності) над майном дитини [12].

Підводячи підсумок викладеному, зазначимо, що правочини щодо житла, майнових прав на житло дітей, які виховуються у сім'ї, можуть здійснюватися лише батьками, опікунами або піклувальниками. Правочини щодо житла, яке належить дитині-сироті та дитині, позбавленій батьківського піклування, на праві власності чи оренди здійснюється за рішенням районної, районної у містах Києві та Севастополі держадміністрації, виконавчого органу міської, районної у місті ради за місцем знаходження її майна. Захист прав дитини при вчиненні правочину передбачено законодавством у вигляді процедури надання дозволу органу опіки та піклування на вчинення правочину.

Список використаних джерел

1. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947–III [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
2. Про охорону дитинства : Закон України від 26.04.2001 р. № 2402–III [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435–IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
4. Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування : Закон України від 13.01.2005 р. № 2342–IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2342-15>.
5. Про основи соціального захисту бездомних громадян та безпритульних дітей : Закон України від 02.06.2005 р. № 2623–IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2623-15>.

6. *Резник, А. О.* Понятие и содержание лично-правового статуса ребёнка в гражданском праве Украины [Текст] / А. О. Резник // Молодой ученый. — 2013. — № 6. — С. 570–574.
7. Семейное право Украины [Текст]: підруч. / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін. / за заг. ред. В. І. Борисової, В. І. Жилінкової. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 264 с.
8. *Красицька, Л. В.* Проблеми здійснення та захисту майнових прав батьків і дітей [Текст]: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Красицька Лариса Василівна. — Вінниця, 2015. — 496 арк.
9. *Жилінкова, І. В.* Науково-правовий висновок щодо співвідношення понять «управління майном дитини» за СК України та «розпорядження майном» за ЦК України [Текст] / І. В. Жилінкова // Мала енциклопедія нотаріуса. — 2007. — № 6. — С. 62–66.
10. Житловий кодекс УРСР від 30.06.1983 р. № 5464–Х [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL: <http://zakon№2.rada.gov.ua/laws/show/5464-10>.
11. Особливості правового регулювання посвідчення правочинів щодо нерухомого майна за участю малолітніх та неповнолітніх осіб: роз'яснення Міністерства юстиції України від 22.08.2011 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/nr000323-11>.
12. Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини: постанова Кабінету Міністрів України від 24.09.2008 р. № 866 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-п>.



БОГУСТОВ Андрей Алексеевич,

кандидат юридических наук, доцент,

Гродненский филиал «БИП — Институт правоведения»,

г. Гродно, Республика Беларусь

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ТРАНСФОРМАЦИИ ПОНЯТИЯ «ЦЕННАЯ БУМАГА» В ПРАВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Принятие 5 января 2015 г. Закона Республики Беларусь «О рынке ценных бумаг» (Закон о рынке ценных бумаг) [1] привело к серьезным преобразованиям механизмов регулирования отношений в данной сфере. Среди всех изменений, внесенных этим нормативным актом, на наш взгляд, наибольший интерес представляет трансформация легального определения понятия «ценная бумага». В соответствии со ст. 71 Закона о рынке ценных бумаг в новой редакции

была изложена ст. 143 Гражданского кодекса Республики Беларусь (ГК Беларуси) [2], которая закрепила, что ценной бумагой является «документ либо совокупность определенных записей, удостоверяющих с соблюдением установленной формы и (или) обязательных реквизитов имущественные и неимущественные права. С передачей ценной бумаги переходят все удостоверяемые ею права в совокупности».

Указанное определение содержит ряд отличий от легальной дефиниции этого понятия, содержащейся ранее в ст. 143 ГК Беларуси. Во-первых, признается юридическое тождество ценной бумаги, существующей в форме документа, и совокупности записей. Во-вторых, исключена необходимость предъявления ценной бумаги для передачи либо реализации выраженных в ней прав. В-третьих, установлена возможность закрепления ценными бумагами неимущественных прав. Данные изменения имеют не только технико-юридический характер, но серьезно трансформируют саму правовую природу ценной бумаги как особого объекта гражданско-правовых отношений. В свою очередь, это вызывает необходимость проведения исследования подобных преобразований с точки зрения науки гражданского права.

Использование в белорусском законодательстве подобного определения свидетельствует об изменении взглядов на сущность ценной бумаги. Если ранее она рассматривалась как документ, выражающий обязательственные права, то теперь она трактуется как совокупность имущественных прав. Подобный подход не является чем-то абсолютно новым. Например, Д. В. Григорьев указывает на то, что «суть ценной бумаги как вещи имеет производный характер, основное и единственное назначение которой — быть носителем субъективных гражданских прав» [3, с. 9].

Трактовка правовой природы ценных бумаг как совокупности имущественных прав до этого нашла легальное закрепление в законодательстве некоторых государств бывшего СССР. Например, законодательство Кыргызстана исходит из того, что ценной бумагой является не только документ, но и «иной установленный законом способ фиксации прав, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права» (п. 1 ст. 37 ГК Кыргызстана) [4]. Как будет показано ниже, практическим последствием признания ценной бумаги совокупностью прав может выступать изменение порядка подтверждения прав управомоченным лицом.

Определение ценной бумаги в качестве «документа либо совокупности определенных записей», на наш взгляд, вызвано необходимостью подчинения единому правовому режиму выпуска и обращения их документарных и бездокументарных форм. Но при этом следует учитывать, что в теории под документом понимается «материальный носитель, фиксирующий информацию с реквизитами,

позволяющими ее идентифицировать и имеющий доказательственную силу» [5, с. 8].

Аналогичные подходы используются и в законодательстве. В соответствии со ст. 1 Закона Республики Беларусь «Об информации, информатизации и защите информации» [6] документированная информация — информация, зафиксированная на материальном носителе с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать.

Таким образом, из анализа понятия «документ», можно сделать вывод, что он может существовать не только на бумажном носителе. Следовательно, независимо от существования в виде обособленного бланка либо в виде совокупности записей ценная бумага представляет собой документ. По меткому замечанию С. Е. Долгаева, «элементы материального воплощения прав присутствуют и в случае с бездокументарными ценными бумагами, а легальному определению понятия «документ» соответствуют электронные (магнитные) носители информации; закон же не определяет ценную бумагу как «бумагу» [7, с. 7].

В этой связи, по нашему мнению, более точным было бы использование в ст. 143 ГК Республики Беларусь следующей формулировки: «Ценной бумагой является документ, существующий в виде обособленного бланка либо совокупности определенных записей».

Однако возникает вопрос, чем же, с юридической точки зрения, является «совокупность определенных записей»?

Из анализа ст. 143 ГК Республики Беларусь можно сделать вывод, что ценные бумаги как в виде обособленного бланка, так и совокупности записей на счете должны соответствовать требованиям «установленной формы и (или) обязательных реквизитов», то есть к числу отличительных признаков любой ценной бумаги относится свойство формализма.

Ранее нами уже проводилось исследование свойства формализма [8, с. 150–156; 9, с. 133–150], и для целей настоящей работы представляется возможным лишь упомянуть, что его практическое значение состоит в том, что отсутствие реквизитов или отступление от указанной формы ведет к недействительности ценной бумаги.

В конечном счете свойство формализма направлено на формирование у сторон, вступающих в отношения по поводу ценных бумаг, понимания того, что их действия регулируются специальным законодательством, что они сознательно принимают на себя права и обязанности по данной ценной бумаге, что документ на самом деле является ценной бумагой. Таким образом, оно обеспечивает в равной степени интересы как должника, так и кредитора по ценной бумаге.

Но, по нашему мнению, используемая в нынешней редакции ст. 143 ГК Беларуси формулировка представляется не совсем удачной, поскольку сложно вести речь о наличии у ценной бумаги

представляющей собой «совокупность определенных записей» свойства формализма. Это связано с тем, что сама по себе запись на счете, тем более запись в компьютерном реестре, не может обладать реквизитами, установленными для ценных бумаг действующим законодательством. По справедливому замечанию А. В. Габова, «у бездокументарных ценных бумаг нет никаких реквизитов» [10, с. 30]. Реквизиты, понимаемые как «обязательные сведения, которые должны быть в документе для признания его действительным» [11, с. 477], находят в отношении ценных бумаг закрепление в законодательстве, регулирующем их отдельные виды. Анализ таких предписаний дает основание сделать вывод о том, что реквизиты, необходимые для придания документу статуса ценной бумаги в традиционном ее понимании, не могут закрепляться в записи на счете, являющейся элементом единого документа (обычного или электронного реестра).

Внесение изменений в определение понятия «ценная бумага» привело к уменьшению значения свойства публичной достоверности, которое перестает быть обязательным признаком для всех разновидностей подобных объектов. По поводу публичной достоверности В. А. Белов справедливо указывал, что она находит проявление в том, что «добросовестный владелец бумаги может довериться тем формальным признакам бумаги, которые легитимируют его в качестве субъекта, выраженного в бумаге права. Публичная достоверность говорит о достаточности реквизитов для реализации прав из бумаги или, во всяком случае, о презумпции достаточности, поводом к опровержению которой в отношении конкретного субъекта может стать только недобросовестность этого лица как участника правоотношения» [12, с. 32]. Сходной точки зрения на свойство публичной достоверности придерживается А. В. Габов, который предлагает рассматривать этот признак как «пределы (ограничения) возражений со стороны обязанного лица по ценной бумаге в отношении управомоченного по ней лица (как принцип) с отсылкой к правовому режиму конкретной ценной бумаги» [10, с. 18].

Проявлением свойства публичной достоверности является особый порядок распределения рисков, связанных с выполнением обязанностей по ценным бумагам. Этот порядок, по мнению М. М. Агаркова, действует в интересах как должника, так и кредитора. Так, ученый отмечал, что «должник по бумаге, учинив исполнение формальному кредитору, освобождает себя от своей обязанности и не несет ответственности, если формальный кредитор не был собственником бумаги или не был управомочен последним на осуществление выраженных в ней прав» [13, с. 241]. Но с этим связано и ограничение возражений обязанного по бумаге лица, поскольку оно не может защититься от требований владельца «возражениями, основанными на личных своих отношениях к другому ответственному по бумаге лицу или к предшествующему держателю, если только

переход бумаги к держателю не состоялся вследствие злоумышленного соглашения» [13, с. 244].

В свою очередь, анализ положений ГК Беларуси приводит к выводу, что ценная бумага, существующая как в виде записи на счете, так в случаях, предусмотренных законодательством и в форме обособленного бланка, выступает лишь средством доказывания существования имущественных прав и не находится с ними в неразрывной взаимосвязи.

В отношении бездокументарных ценных бумаг такой вывод следует из п. 2 ст. 146¹ ГК Беларуси и ч. 4 ст. 9 Закона о рынке ценных бумаг, установивших, что подтверждением права на бездокументарную ценную бумагу является выписка о состоянии счета, открытого для учета этой ценной бумаги. Из этого можно сделать вывод, что бездокументарную ценную бумагу невозможно предъявить обязанному лицу, а для осуществления и передачи прав, удостоверенных ею, необходимо не предъявление ее самой, а доказательство ее закрепления в специальном реестре, то есть нахождения бездокументарной ценной бумаги у иного лица, чем кредитор. Но белорусское законодательство указывает на возможность отсутствия свойства публичной достоверности и в документарных ценных бумагах. Например, по общему правилу, закрепленному в п. 1 ст. 146¹ ГК Беларуси и ч. 4 ст. 9 Закона о рынке ценных бумаг, подтверждением права на документарную ценную бумагу является сама ценная бумага, но в случае ее передачи на хранение профессиональному участнику рынка ценных бумаг «подтверждением права на эту ценную бумагу является выписка о состоянии счета, открытого этим профессиональным участником рынка ценных бумаг для учета этой ценной бумаги. При наличии расхождений между документарной ценной бумагой и выпиской о состоянии указанного счета приоритет имеет выписка». То есть в данном случае публичной достоверностью начинает обладать не ценная бумага, а выписка о состоянии счета. И в этом случае возникает вопрос о самой необходимости существования института ценных бумаг и правовой природе выписки о состоянии счета.

Важной новеллой белорусского законодательства о ценных бумагах является закрепление возможности выражения ими неимущественных прав. Установление подобного правила является выражением общих тенденций развития правового регулирования рынка ценных бумаг на постсоветском пространстве. Ранее нами уже исследовались теоретические и практические аспекты возможности закрепления ценными бумагами неимущественных прав [14, с. 66–86; 15, с. 121–126]. Для целей настоящей статьи достаточным будет упомянуть, что существование подобных прав наиболее ярко проявляется в акциях, но не исчерпывается исключительно ими. Национальное законодательство может признавать существование

отдельных неимущественных прав и у владельцев иных ценных бумаг (например, облигаций). Это подтверждается и ч. 1 ст. 64 Закона о рынке ценных бумаг, установившей право инвестора на получение информации от эмитента. Из буквального толкования данной нормы следует, что право на получение информации принадлежит не только акционерам, а существует у всех владельцев эмиссионных ценных бумаг, к числу которых относятся и облигации.

По нашему мнению подобные права владельцев ценных бумаг можно отнести к особой группе относительных обязательственных неимущественных прав. Это подтверждает возможность существования обязательств с неимущественным содержанием, на что еще в начале XX в. указывал И. А. Покровский [16, с. 134–138]. По мнению Л. А. Лунца и И. Б. Новицкого, содержание обязательства не ограничивается правом требования имущественного характера, им может быть «право требовать совершения всякого вообще правомерного, имеющего серьезный характер, нуждающегося в защите и заслуживающего защиты действия лица (положительного или отрицательного)» [17, с. 59]. Современные исследователи также указывают на возможность включения подобных обязательств в предмет гражданского права. Например, Ф. О. Богатырев полагает, что «закон не знает прямого запрета на такого рода обязательства. Природа обязательства, как права кредитора на действие должника, позволяет охватить предоставления неимущественного характера ... Закон не предусматривает исчерпывающего перечня обязательств, поэтому участники гражданского оборота вправе вступать в нематериальное обязательство, лишь бы оно не противоречило закону» [18, с. 8].

Однако, признавая возможность выражения ценными бумагами неимущественных прав, необходимо учитывать, что такая способность свойственна далеко не всем видам данных документов. Например, сложно признать существование подобных прав у владельцев векселей, чеков, депозитных и сберегательных сертификатов, коносаментов, двойных и простых складских свидетельств. В связи с этим использование в ст. 143 ГК Беларуси при определении ценной бумаги выражения «имущественные и неимущественные права» представляется не совсем верным. Использование законодателем в этой дефиниции соединительного союза «и» приводит к выводу, что обязательным признаком любых ценных бумаг является возможность закрепления совокупности имущественных и неимущественных прав. В связи с этим с технико-юридической точки зрения более точным было бы применение в легальном определении указания на то, что ценные бумаги выражают «имущественные либо имущественные и неимущественные права».

Из проведенного выше исследования можно сделать вывод, что изменение законодательства Республики Беларусь преследует цель

унификации правового режима документарных и бездокументарных ценных бумаг. Это достигается путем отказа от признания универсальности отдельных свойств документарных ценных бумаг. В этих условиях снижается значение обобщенного понятия «ценная бумага», которое лишь выражает наличие немногочисленных общих черт у разнородных объектов — документарных эмиссионных, бездокументарных эмиссионных, документарных неэмиссионных и бездокументарных неэмиссионных ценных бумаг.

Список использованных источников

1. О рынке ценных бумаг : Закон Республики Беларусь от 05.01.2015 г. № 231-З [Электронный ресурс] / КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». — Мн., 2015.
2. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 г. № 218-З : принят Палатой представителей 28.10.1998 г.: одобр. Советом Республики 19.11.1998 г.: в ред. Закона Республики Беларусь от 31.12.2014 г. [Электронный ресурс] / КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». — Мн., 2015.
3. Григорьев, Д. В. Гражданско-правовые аспекты правового регулирования рынка ценных бумаг [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Д. В. Григорьев. — М., 2008. — 25 с.
4. Гражданский кодекс Кыргызской Республики (часть 1) от 08.05.1996 г. № 15 [Текст] // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. — 1996. — № 6. — Ст. 80.
5. Марченко, Т. В. Жилищный сертификат как ценная бумага [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Т. В. Марченко. — М., 2011. — 28 с.
6. Об информации, информатизации и защите информации : Закон Республики Беларусь от 10.11.2008 г. № 455-З (с изм. и доп. по сост. на 04.01.2014 г.) [Электронный ресурс] / КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». — Мн., 2015.
7. Долгаев, С. Е. Правовое регулирование оборота ценных бумаг [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / С. Е. Долгаев. — Волгоград, 2002. — 24 с.
8. Богустов, А. А. Свойство формализма ценной бумаги в законодательстве, доктрине и правоприменительной практике стран СНГ [Текст] / А. А. Богустов // Российский юридический журнал. — 2009. — № 6. — С. 150–156.
9. Богустов, А. А. Формализм и публичная достоверность ценных бумаг по законодательству стран СНГ [Текст] / А. А. Богустов // Проблемы гражданского права и процесса : сб. науч. ст. / ГрГУ им. Я. Купалы ; редкол.: И. Э. Маргынченко (отв. ред.) [и др.]. — Гродно : ГрГУ, 2009. — С. 133–150.

10. *Габов, А. В.* Проблемы гражданско-правового регулирования отношений на рынке ценных бумаг [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А. В. Габов. — М., 2010. — 54 с.
11. Юрьдычны энцыклапедычны слоўнік [Текст] / Беларуская энцыклапедыя ; рэдкал.: С. В. Кузьмін [і ін.]. — Мн. : БелЭН, 1992. — 636 с.
12. *Белов, В. А.* Преступления, совершаемые первым приобретателем векселя [Текст] / В. А. Белов // Законодательство. — 1997. — № 3. — С. 32–41.
13. *Агарков, М. М.* Учение о ценных бумагах [Текст] / М. М. Агарков // Основы банковского права : курс лекц. ; Учение о ценных бумагах: науч. исслед. / М. М. Агарков. — [2-е изд.] — М. : БЕК, 1994. — С. 170–349.
14. *Богустов, А. А.* Ценные бумаги как объекты прав в гражданском праве стран-участниц СНГ (сравнительно-правовой анализ) [Текст] / А. А. Богустов. — М. : РИОР: ИНФРА-М, 2013. — 144 с.
15. *Богустов, А. А.* Сравнительно-правовой анализ неимущественных прав владельцев ценных бумаг [Текст] / А. А. Богустов // Современное право. — 2008. — № 11. — С. 121–126.
16. *Покровский, И. А.* Основные проблемы гражданского права [Текст] / И. А. Покровский. — М. : Статут, 1998. — 353 с.
17. *Лунц, Л. А.* Общее учение об обязательстве [Текст] / Л. А. Лунц, И. Б. Новицкий. — М. : Госюриздат, 1950. — 416 с.
18. *Богатырев, Ф. О.* Обязательство с нематериальным интересом [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Ф. О. Богатырев. — М., 2003. — 27 с.



ЄСАУЛЕНКО Наталя Валеріївна,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ОБОРОТОЗДАТНІСТЬ ПАЮ ВИРОБНИЧОГО КООПЕРАТИВУ В СПАДКОВИХ ВІДНОСИНАХ

Сучасна концепція об'єктів цивільних прав закріплена у ст. 177 Цивільного кодексу України (ЦК України), де визначено, що об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і

нематеріальні блага. Перелік вказаних об'єктів у зазначеній статті не є вичерпним.

Цивільне право має більш широке поняття щодо об'єктів цивільних прав — *майно*. У ст. 190 ЦК України встановлено, що майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки.

Аналіз правової сутності паю у виробничому кооперативі дозволяє говорити, що пай є об'єктом цивільних прав, який підтверджує сукупність прав і обов'язків, що набуває член виробничого кооперативу.

Відповідно до ст. 178 ЦК України об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи.

Отже, пай у виробничому кооперативі може бути оборотоздатним об'єктом прав, але відповідно до ст. 166 ЦК України можуть бути передбачені обмеження під час його відчуження та під час його спадкування.

Так, ч. 4 ст. 166 ЦК України передбачено, що у разі смерті члена виробничого кооперативу його спадкоємці можуть бути прийняті у члени кооперативу, якщо інше не встановлено статутом кооперативу.

Виходячи зі змісту ст. 166 ЦК України, член виробничого кооперативу є власником паю, який є об'єктом спадкування. Проте не можна не зазначити, що за Законом України «Про кооперацію» об'єктом права власності у виробничому кооперативі визначена загальна частка, яка може бути успадкована. Це різні оборотоздатні об'єкти права власності. Але законодавчі акти повинні відповідати ЦК України, тому в цьому випадку варто надавати перевагу кодифікованому акту.

Відповідно до речення 2 ч. 4 ст. 166 ЦК України за відмови прийняти спадкоємців у члени кооперативу кооператив виплачує спадкоємцям вартість паю померлого члена кооперативу. Тобто спадкоємці мають право на прийняття їх у члени кооперативу, але така можливість може бути виключена, якщо за статутом перехід допускається лише за згодою інших його членів. А отже, важливого правового значення для спадкоємців набуває статут. Однак якщо статутом не передбачено, що перехід паю допускається лише за згодою його членів, то права спадкоємців не обмежені та вони самі вирішують свою долю щодо вступу у виробничий кооператив. Це є один із законних способів розпорядження своїм майном, та вказана ситуація відповідає принципу добровільності участі у кооперативах. Законодавцем це не передбачено, проте вказане необхідно для того, щоб запобігти ситуації, коли спадкоємець ставав би учасником кооперативу проти своєї волі. Тому пропонуємо речення 2 ч. 4 ст. 166 ЦК України викласти у такій редакції: «За відмови прийняти спадкоємців у члени кооперативу або

відмови спадкоємців від вступу в кооператив, кооператив виплачує спадкоємцям вартість паю померлого члена кооперативу».

Якщо спадкоємець померлого члена відмовився від вступу у виробничий кооператив або йому було відмовлено членами кооперативу, то відповідно до ч. 4 ст. 166 ЦК України спадкоємець має право одержати вартість паю померлого члена кооперативу. У такому випадку пай не є об'єктом спадкування, а спадкоємець не є його власником, оскільки не стає членом кооперативу. Мова йде тільки про право на одержання вартості паю. Отже, до складу спадщини включається саме право на отримання паю померлого члена кооперативу в грошовій формі або майна, яке відповідає паю, а також інших виплат, які нараховані та належали померлому. Але якщо нотаріусом видається свідоцтво про право на спадщину, де зазначено, що до спадкового майна входить пай, спадкоємець померлого члена кооперативу фактично стає його членом та набуває право власності на пай одночасно з набуттям статусу члена кооперативу.

Майнові права члена виробничого кооперативу ЦК України пов'язує з правом власності на пай у його майні. Тому, успадковуючи пай, спадкоємець набуває право власності на нього. Відповідно до ст. 1299 ЦК України право власності на нерухоме майно виникає у спадкоємця з моменту державної реєстрації цього майна. Але щодо іншого майна діє й інший принцип. Так, ЦК України встановлена належність спадкоємцям спадщини з дня її відкриття. Отже, право власності на пай переходить до спадкоємців померлого члена з дня відкриття спадщини. Крім того, право власності на пай у спадкоємців виникає незалежно від того, повністю або частково спадкодавець сплатив пайовий внесок (ч. 4 ст. 166 ЦК України).

Враховуючи вищевикладене, можна зробити такі висновки:

1) пай є об'єктом цивільних прав, який підтверджує сукупність прав і обов'язків члена виробничого кооперативу, засвідчує участь у кооперативі, може бути оборотоздатним об'єктом цивільних прав та є об'єктом спадкування;

2) набуття права власності на пай у виробничому кооперативі є неможливим без виникнення права участі в ньому, тому після смерті його члена можливі два варіанти спадкування:

— паю як складу спадщини (спадкоємці набувають право власності на пай одночасно з набуттям статусу члена кооперативу);

— права на отримання вартості паю померлого члена виробничого кооперативу (тобто до складу спадщини включається саме право на отримання паю померлого члена кооперативу в грошовій формі або майна, яке відповідає паю, а також інших виплат, які нараховані та належали померлому).



САМБІР Ольга Євгенівна,

кандидат юридичних наук,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ СУБРОГАЦІЇ В СТРАХОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Перехід прав кредитора у страхових правовідносинах є достатньо широко застосованою конструкцією суброгації в силу розповсюдженості самого договору страхування. Відповідно до ч. 1 ст. 993 ЦК України до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних витрат переходить право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки. Регулятивною (правоустановчою) нормою щодо положень ст. 993 ЦК України (суброгація у страхуванні) можна вважати ч. 2 ст. 512 ЦК України, що передбачає можливість заміни кредитора у зобов'язанні у випадках, встановлених безпосередньо положеннями закону.

Незважаючи на законодавче закріплення суброгації у страхових зобов'язаннях, нині точиться дискусія щодо доцільності запровадження правового механізму повернення страховику сплачених ним страхових виплат за рахунок особи, винної в настанні страхового випадку, та природи такого механізму.

Залежно від предмета договору страхування виділяють:

1) особисте страхування, предметом якого виступають майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням;

2) майнове страхування, предметом якого виступають майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з володінням, користуванням і розпорядженням майном;

3) страхування відповідальності, предметом якого виступають майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником. Тому, визнаючи принципову можливість застосування конструкції суброгації у відносинах страхування, спробуємо встановити доцільність її використання щодо кожного із названих видів страхування.

Насамперед слід звернути увагу на склад юридичних фактів. Як і в інших випадках суброгації, є два зобов'язання, спрямованих на задоволення одного інтересу одного кредитора: одне щодо особи, відповідальної за заподіяну шкоду, інше — щодо страховика. Виплата страхового відшкодування страховиком є підставою для переходу права

кредитора за зобов'язанням, що зв'яже його з боржником. Вказаний склад юридичних фактів складається і при виплаті страхового відшкодування при страхуванні цивільної відповідальності. Тому вважаємо за можливе погодитись із А. В. Тереховим у тому, що структура правовідносин, які складаються при виплаті страховиком страхового відшкодування, як за договором майнового страхування, страхування відповідальності, так і за договором особистого страхування не виключає здійснення суброгації [1, с. 148–149].

Перехід у порядку суброгації до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування прав страхувальника щодо особи, відповідальної за завдані збитки, визнається можливим на доктринальному рівні [2, с. 13] та знайшов своє безпосереднє закріплення в чинному законодавстві (ст. 993 ЦК України). Однак при цьому необхідно враховувати, що дія норм про суброгацію не поширюється на державне соціальне страхування. Таке право, про яке зазначено у ст. 993 ЦК України, до страховика переходить лише в разі сплати ним страхового відшкодування за договором майнового страхування.

На противагу цьому, суброгація в особистому страхуванні виключається. На користь такого твердження в літературі приведено два аргументи, з якими можемо погодитись. Насамперед, це обґрунтовується тим, що відповідно до ч. 1 ст. 515 ЦК України заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема в зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю. Саме тому за договорами особистого страхування потерпіла особа має право претендувати як на отримання страхової виплати, так і на відшкодування шкоди від її заподіювача, оскільки страхова виплата за договором особистого страхування здійснюється незалежно від сум, що виплачуються за державним соціальним страхуванням, соціальним забезпеченням, а також від відшкодування шкоди (п. 3 ч. 1 ст. 988 ЦК України). Недопустимість суброгації в договорах особистого страхування демонструє страхове законодавство більшості країн (наприклад, Цивільний кодекс Квебеку (§ 2474), Цивільний кодекс Словаччини (§ 813), Закон Латвії про договори страхування (ст. 40), Закон Китаю про страхування (ст. 44), цивільні кодекси більшості країн СНД).

Неможливість суброгації в особистому страхуванні пояснюється також особливістю самого договору. За договором особистого страхування обов'язок страховика полягає не у відшкодуванні шкоди, збитків, як це має місце в майновому страхуванні. Таким чином, спричинення шкоди є лише однією з умов виплати страхової суми, але буквально сама виплата не переслідує мети відшкодування самої шкоди. Розмір виплати в особистому страхуванні безвідносний до реальних витрат потерпілого на відновлення, наприклад, свого

здоров'я. Він залежить не від цих витрат, а тільки від розміру вказаної в договорі страхової суми. Страховика при виплаті в договорі особистого страхування, на відміну від майнового, не цікавить питання про реальні витрати страхувальника. У зв'язку з цим, і після здійснення страхової виплати шкода залишається невідшкодованою, тому страхувальник (застрахована особа) має право вимагати його відшкодування від винної особи [33, с. 73].

Набагато більше дискусій викликає питання про можливість застосування суброгації у договорах страхування цивільної відповідальності. Щоправда, це більше стосується Російської Федерації в силу специфіки їх правового регулювання. Мається на увазі, що ЦК РФ так само, як і ЦК України, передбачає суброгацію за договорами майнового страхування (ст. 965 ЦК РФ), однак під останнім розуміється як страхування майна, так і страхування відповідальності за завдання шкоди, відповідальності за договором та підприємницького ризику. У вітчизняному законодавстві відсутня подібна суперечність. На основі буквального тлумачення ст. 980 та 993 ЦК України приходимо до висновку, що чинне цивільне законодавство не допускає суброгацію в договорах страхування відповідальності. Пояснюється це тим, що, по-перше, суброгація прав кредитора страховику має місце лише у випадках, передбачених законом; по-друге, страхування відповідальності не прирівнюється до майнового страхування, а тому і не охоплюється гіпотезою норми, передбаченої в ст. 993 ЦК України. Але це не усуває необхідність методологічного обґрунтування законодавчо закріпленого підходу.

Так, погляди науковців щодо можливості суброгації в договорах страхування відповідальності розділились на прибічників та противників суброгації у вказаному виді страхування. Для аргументації доцільності суброгації в цих відносинах використовується міркування М. І. Кулагіна, який відзначав, що страхування в певних умовах є найбільш оптимальним засобом відшкодування заподіяного збитку. Але страхування не в змозі виконати каральну, а отже, і превентивну функції. Тому страхування доповнюється можливістю стягнення збитків, відшкодованих третій особі страховиком, зі страхувальника, винного в їх завданні, за допомогою пред'явлення до останнього регресної вимоги [44, с. 314]. Хоча очевидним є те, що автор говорить про регрес, окремі науковці поширюють його висновок і на суброгацію [5, с. 28].

Наступний аргумент базується на прирівнюванні договорів страхування відповідальності до договорів страхування майна, оскільки в будь-якому майновому страхуванні ситуація така ж — шкода, заподіяна відповідальною за нього особою, відшкодована страховиком [6, с. 275]. Б. Жарасбаєв, навпаки, акцентує увагу на тому, що суброгація більшою мірою діє щодо охоронного, а не до страхового зобов'язання. Тим самим, здійснивши страхову виплату, страховик

замінить третю особу в деліктному зобов'язанні, де надалі виступатиме кредитором. Отже, страховик буде витребувати виплачену суму з самого страхувальника (боржника в деліктному зобов'язанні) [7, с. 74]. Також, обґрунтовуючи суброгацію в договорах обов'язкового страхування цивільної відповідальності власників наземних транспортних засобів, С. В. Дедиков звертає увагу на законодавчу техніку: законодавець навряд чи включив би таке широке поняття, як майнове страхування, в диспозицію норми про суброгацію, якби мав на увазі не всі, без винятку, види такого страхування щодо інституту переходу права вимоги до заподіювача шкоди [8, с. 46]. В. В. Тимофеев взагалі відстоює позицію, відповідно до якої страховик, виконуючи зобов'язання з договору страхування цивільної відповідальності, має право відмовити вигодонабувачу або його спадкоємцям у страховій виплаті, якщо вони не надали всіх документів, необхідних для здійснення страховиком права вимоги, яке переходить до нього в порядку суброгації [9, с. 10]. На наш погляд, усі зазначені твердження мають одну і ту ж ваду — вони не враховують специфіку договору страхування цивільної відповідальності.

Серед доводів проти суброгації у страхуванні цивільної відповідальності слід назвати такі. Насамперед, якщо розуміти під страхуванням такий вид діяльності, при якому фізичні та юридичні особи заздалегідь страхують себе від несприятливих наслідків, то виникає питання: в чому сенс укладення договору страхування для страхувальника і за які послуги страховика сплачена страхова премія. Безпосередня мета страхування відповідальності — страховий захист економічних інтересів заподіювача шкоди — виявляється недосяжною: у страхувальника фактично немає страхового інтересу, оскільки йому все одно доводиться платити. Тому до правильного висновку приходять О. Г. Ломідзе, що перехід у порядку суброгації до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором страхування відповідальності, права вимоги до особи, що заподіяла збитки, суперечить сутності страхового зобов'язання [10, с. 24]. Тому при застосуванні суброгації принцип повного відшкодування зобов'язував би страхувальника до подвійної виплати — сплати страхової премії і відшкодування потерпілому (вигодонабувачу) збитків, не покритих страховим відшкодуванням, а також до суброгаційних виплат страховикові. Це тягне, з одного боку, заперечення (чи принаймні спотворення) ризикового характеру будь-якого страхування, а з іншого — безпідставне збагачення страховика [11, с. 373]. Крім того, якщо без страхування відповідальність винних у заподіянні шкоди осіб обмежувалася б тільки розміром заподіяної шкоди, то особа, яка застрахувала свою відповідальність, за умови подальшої суброгації, окрім сплати цієї суми, також втрачає і сплачені нею страхові внески [12, с. 147].

Також Ю. Б. Фогельсон вважає, що можливість переходу прав вимоги за договором страхування відповідальності від вигодонабувача до страховика виключена, оскільки при виплаті страхового відшкодування зобов'язання, що виникло між потерпілим та особою, яка заподіяла шкоду, припиняється виконанням, оскільки шкода відшкодована, «... отже, і заміна кредитора в зобов'язанні стає неможливою, оскільки немає самого зобов'язання [13, с. 195]. Хоча ми й погоджуємось із твердженням про недопустимість суброгації у страхуванні відповідальності, все ж таки вважаємо, що думка є не зовсім вдалою. По-перше, вона характеризується умовністю, оскільки поширюється лише на випадки, коли страхове відшкодування повністю компенсує завдану шкоду. По-друге, подібний аргумент може бути з однаковим успіхом використаний проти суброгації у страхуванні загалом та спростовується тим, що виконання із суброгацією є винятком із загального правила, відповідно до якого належне виконання припиняє зобов'язання.

Крім того, як аргумент недопустимості суброгації в договорі страхування відповідальності за завдання шкоди вказує таке: сам страхувальник як заподіювач шкоди залишається суб'єктом позадоговірного зобов'язання, існуючого між ним і потерпілим (вигодонабувачем), до відшкодування різниці між страховим відшкодуванням і фактичним розміром збитку відповідно до принципу повного відшкодування заподіяної шкоди [11, с. 373]. Але таке твердження також є неспростовним, оскільки ЦК України принципово допускає часткову суброгацію при страхуванні, що підтверджується судовою практикою. Тому якщо страхове відшкодування лише частково погашає спричинені потерпілому збитки, то потерпілий може пред'явити до заподіювача шкоди вимогу про відшкодування шкоди в розмірі тієї частини, яка не була покрита страховим відшкодуванням.

У літературі констатується, що сьогодні у практиці здійснення страхування кредитних ризиків склалася ситуація, за якої внаслідок колізій у законодавстві страховикам надано право суброгації до особи, яка була визнаною винною у настанні страхового випадку. Це викликано тим, що страхові організації відповідно до ст. 17 Закону України «Про страхування» самостійно розробляють правила страхування для кожного окремого виду страхування [14, с. 11]. Однак у цьому випадку такі правила страхування не повинні застосовуватись як такі, що суперечать чинному законодавству, порушують чи обмежують права страхувальника.

На завершення цієї дискусії зазначимо, що страхування цивільної відповідальності не може та не повинно супроводжуватись заміною собою інституту цивільної відповідальності. Однак для цього достатнім є механізм, передбачений у межах самого договору страхування. Маємо на увазі підстави для відмови у здійсненні страхової виплати: навмисні дії страхувальника або особи, на користь

якої укладено договір страхування, якщо вони були спрямовані на настання страхового випадку, крім дій, пов'язаних із виконанням ними громадянського чи службового обов'язку, вчинених у стані необхідної оборони (без перевищення її меж), або щодо захисту майна, життя, здоров'я, честі, гідності та ділової репутації; вчинення страхувальником або особою, на користь якої укладено договір страхування, умисного злочину, що призвів до страхового випадку (п. п. 1, 2 ч. 1 ст. 991 ЦК України).

Також слід відмітити, що недопущення суброгації в особистому страхуванні та страхуванні цивільної відповідальності ще не означає неможливість застосування іншої конструкції зворотної вимоги — право регресу. З цього приводу цілком погоджуємось із О. В. Сахаровим, що для страхування відповідальності характерна конструкція не суброгації, а регресного зобов'язання, при якому основою регресу виступає страхове правовідношення, що зв'язує страховика (суброганта) і страхувальника, який застрахував ризик своєї відповідальності, тобто боржника кредитора [15, с. 118]. Проведений аналіз свідчить про необхідність гармонійного пошуку системи захисту прав та інтересів усіх учасників договору страхування відповідальності. У зв'язку з цим, застосування права регресу, по-перше, не спотворює смислового змісту договору страхування відповідальності, оскільки захищає права страховика, по-друге, не обмежує інтересів страхувальника, по-третє, забезпечує задоволення інтересів потерпілого, по-четверте, служить економічною санкцією для відповідальної за спричинення шкоди особи [166, с. 99].

Таким чином, умовами суброгації прав кредитора страховику такі. По-перше, повинен бути дійсним договір майнового страхування. При цьому слід враховувати, що договір страхування набирає чинності з моменту внесення страхувальником першого страхового платежу. Крім того, ЦК України передбачає спеціальні підстави нікчемності (недодержання письмової форми договору страхування — ч. 2 ст. 981) та недійсності (укладення договору після настання страхового випадку; укладення договору щодо майна, яке підлягає конфіскації — ч. 1 ст. 998) договору страхування. По-друге, повинен настати страховий випадок — подія, передбачена договором страхування або законодавством, яка відбулася і з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити виплату страхової суми (страхового відшкодування) страхувальнику, застрахованій або іншій третій особі. По-третє, страхувальник повинен повідомити страховика про настання страхового випадку та звернутися із заявою про здійснення страхового відшкодування.

Список використаних джерел

1. *Терехов, А. В.* Суброгация в современном гражданском праве России (вопросы теории и практики) [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук :

- 12.00.03 / Терехов Александр Валерьевич ; Моск. ун-т МВД России. — М., 2008. — 185 л.
2. *Мусин, В. А.* Договор морского страхования по советскому и иностранному праву: Страхование судов и грузов [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право и гражданский процесс» / В. А. Мусин. — Л., 1975 — 35 с.
 3. *Чебунин, А. В.* Теоретические и практические вопросы суброгации в страховых отношениях [Текст] / А. В. Чебунин // Сибирский юридический вестник. — 2001. — № 4. — С. 64–74.
 4. *Кулагин, М. И.* Избранные труды по акционерному и торговому праву [Текст] / М. И. Кулагин. — [2-е изд., испр.]. — М. : Статут; Консультант Плюс, 2004. — 361 с.
 5. *Чебунин, А. В.* Актуальные гражданско-правовые проблемы страхования [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А. В. Чебунин. — Томск, 2002. — 31 с.
 6. Гражданское право России. Обязательственное право [Текст] : курс лекц. / под общ. ред. О. Н. Садикова. — М. : Юристъ, 2004. — 845 с.
 7. *Жарасбаев, Б.* Правовая природа суброгации в страховых отношениях [Текст] / Б. Жарасбаев // Юрист. — 2005. — № 8. — С. 72–79.
 8. *Дедиков, С.* Регресс и суброгация по договорам ОСАГО [Текст] / С. Дедиков // Хозяйство и право. — 2004. — № 9. — С. 41–46.
 9. *Тимофеев, В. В.* Проблемы исполнения обязательств по страхованию [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; гражданский процесс; международное частное право» / В. В. Тимофеев. — Ульяновск, 1997. — 24 с.
 10. *Ломидзе, О.* Суброгация в гражданском праве России [Текст] / О. Ломидзе // Хозяйство и право. — 2001. — № 10. — С. 14–24.
 11. Гражданское право [Текст] : в 4 т. : учеб. / [Витрянский В. В. и др.] ; отв. ред. Е. А. Суханов. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Волтере Клувер, 2006. — Том 4. Обязательственное право. — 816 с.
 12. *Белов, В. А.* Занимательная цивилистика. Очерки по небольшим, но небезинтересным вопросам гражданского права [Текст] / В. А. Белов. — М. : Центр ЮрИнфоР, 2006. — Вып. 1. — 189 с.
 13. *Фогельсон, Ю. Б.* Комментарий к страховому законодательству [Текст] / Ю. Б. Фогельсон. — М. : Юрист, 1999. — 284 с.
 14. *Сабодаш, Р. Б.* Страхування кредитних ризиків: цивільно-правові аспекти [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Р. Б. Сабодаш ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2007. — 19 с.
 15. *Сахаров, А. В.* Правовое регулирование регрессных обязательств, возникающих в сфере предпринимательской деятельности [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Сахаров Александр Вадимович. — М., 2009. — 199 л.
 16. *Раевская, М. А.* Регресс и суброгация в договоре страхования ответственности [Текст] / М. А. Раевская // Юридический журнал. — 2008. — № 1. — С. 97–100.

ГОЛОВАЧОВА Анастасія Сергіївна,
*Святошинський районний суд міста Києва,
м. Київ, Україна*

ВИДИ ДЖЕРЕЛ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОСЕРЕДНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СТРАХУВАННІ ТА ПЕРЕСТРАХУВАННІ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Задля функціонування будь-якої господарської діяльності як упорядкованої та організованої системи існує певна сукупність соціальних регуляторів. Н. М. Пархоменко зазначає, що всі вчені однаково розуміють джерела права як чинники, які творять право; суперечки починаються при вирішенні питання, що має вважатися чинниками, які створюють право [1, с. 39].

Варто зазначити, що на сьогодні чинне законодавство України не містить перелік ані джерел господарського права, ані, тим паче, джерел правового регулювання посередницької діяльності у страхуванні та перестрахованні. Вказане детерміновано відсутністю комплексного дослідження з боку науковців-правників цієї сфери господарської діяльності. Науково-теоретичну базу роботи ставлять праці таких вчених, як: Н. М. Пархоменко, В. С. Щербина, О. М. Вінник, В. К. Мамутов, О. А. Беляневич, Н. Б. Пацурія, М. В. Тесленко, О. В. Колісник та ін. Зазначені вчені здійснили вагомий внесок у з'ясування сутності правових категорій «джерела права» та «джерела господарського права». Але слід звернути увагу на те, що проблематики джерел правового регулювання страхової та перестрахової посередницької діяльності жоден науковець не торкався.

У теорії господарського права існують як широкий підхід до розуміння джерел права, так і вузький. На нашу думку, найповніше є визначення «джерел господарського права» як офіційно визнаний спосіб зовнішнього та внутрішнього (змістовного) вираження правил поведінки в сфері господарювання, що забезпечує їх загальнообов'язкове значення як господарсько-правових норм (широкий підхід). Вказане поняття міститься у підручнику з господарського права під редакцією В. К. Мамутова, також у ньому наведені і види джерел господарського права: нормативно-правовий акт, правовий звичай, юридичний прецедент, нормативний договір, юридична доктрина [2, с. 42]. У рамках нашого дослідження вважаємо за доцільне використовувати саме широкий підхід до розуміння вказаної категорії, на противагу вузькому, відповідно до якого під джерелами господарського права розуміють господарське законодавство [3; 4].

Дотримуючись інтегративної концепції праворозуміння, погоджуємося із Н. М. Пархоменко у тому, що вона ґрунтується на взаємопроникненні та взаємодії принципів, покладених в основу класичних підходів праворозуміння. Її цінність полягає у комплексному підході до визначення сутності, змісту, поняття джерел права [5, с. 18].

А тому найвдалішою структурою джерел вважаємо таку, яка має три блоки:

- 1) формально-юридичні (інституційні) джерела;
- 2) інші соціальні джерела, що існують як певні факти соціальної дійсності;
- 3) судову практику [6].

Вказану класифікацію спробуємо екстраполювати на джерела правового регулювання страхової та перестрахової посередницької діяльності як виду господарської.

До формально-юридичних джерел зазвичай належить галузеве законодавство, як сукупність нормативно-правових актів, що регулюють певну сферу суспільних відносин.

Традиційно систему законодавства у певній сфері господарювання, в тому числі у сфері здійснення страхової та перестрахової посередницької діяльності, розглядають через призму її вертикальної ієрархічності (визначення місця нормативно-правового акта відповідно до його юридичної сили): закони України, чинні міжнародні договори України (згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України), постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України та інші підзаконні нормативно-правові акти.

Основним законом є Конституція України [7], яка має найвищу юридичну силу. Усі нормативно-правові акти, в тому числі й ті, які покликані здійснювати правове регулювання страхової та перестрахової посередницької діяльності, повинні прийматися на її основі та відповідати їй (ст. 8). Звісно, серед норм Конституції немає жодної, яка на пряму врегульовувала б особливості провадження діяльності страховими та перестраховими посередниками, але зважаючи на те, що останні здійснюють господарську діяльність, вони підкоряються тим нормам, на яких побудований весь господарський порядок країни (ст.ст. 41, 42, 49, 92, також інші статті, які опосередковано впливають на здійснення господарської діяльності (ст.ст. 8, 13, 14, 18, 43).

Наступним за значенням законом, але меншої юридичної сили, є Господарський кодекс України [8] (ГК України). Поряд із спеціальними нормами права, страхові та перестрахові посередники повинні керуватися при здійсненні своєї господарської діяльності також й нормами загальної дії, більшою мірою тими, що містяться саме в ГК України, а також у Цивільному кодексі України [9] (ЦК України).

Чинним законодавством України не передбачені обмеження або спеціальні правила щодо організаційно-правової форми страхових та перестрахових посередників, створення, реорганізації, ліквідації та державної реєстрації страхового посередника (юридичної особи) або реєстрації страхового посередника (фізичної особи-підприємця), правового режиму майна вказаних суб'єктів, укладення ними господарських договорів, відповідальності за правопорушення у сфері господарювання. А тому норми права ГК України, які встановлюють загальні вимоги щодо вказаних питань, повною мірою стосуються страхових і перестрахових посередників. Норми гл. 31 «Комерційне посередництво (агентські відносини) у сфері господарювання» ГК України поширюють свою дію і на діяльність страхових агентів.

Основні спеціальні норми, які присвячені регулюванню правового статусу страхових та перестрахових посередників, містяться у ст. 15 «Посередницька діяльність у сфері страхування» Закону України «Про страхування» [10]. Зокрема вказана стаття містить поняття суб'єктів, які мають право здійснювати посередницьку діяльність у страхуванні та перестраховуванні на території України: страхових агентів, страхових і перестрахових брокерів, — а також особливості їхнього правового статусу та провадження діяльності.

Ст. 9 Конституції України встановлює, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. 27 червня 2014 р. у ході засідання Ради ЄС була підписана економічна частина «Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» [11] (Угода про асоціацію). Розділ IV згаданої Угоди містить положення, які визначають принципи нормативно-правової бази для всіх фінансових послуг, які підлягають лібералізації (підрозділ 6 «Фінансові послуги»). До фінансових послуг вказана Угода відносить, крім інших, страхові та пов'язані зі страхуванням послуги, в тому числі — страхове посередництво, зокрема брокерські операції та агентські послуги. 16 вересня 2014 р. Верховна Рада України та Європейський Парламент одночасно ратифікували вказану Угоду. А отже, вона нарівні із законами України є джерелом правового регулювання страхової та перестрахової посередницької діяльності як виду господарської¹.

¹ Згідно зі ст. 486 «Набрання чинності та тимчасове застосування» Угоди про асоціацію», сторони повинні ратифікувати або затвердити цю Угоду відповідно до власних процедур. Ратифікаційні грамоти або документи про затвердження здаються на зберігання до Генерального секретаріату Ради Європейського Союзу. Ця Угода набирає чинності в перший день другого місяця, що настає після дати здачі на зберігання останньої ратифікаційної грамоти або останнього документа про затвердження. Україна і Європейський Союз домовилися тимчасово застосовувати цю Угоду в частині, яка визначена Європейським Союзом, однак тільки в тій мірі, в якій вони охоплюють питання, що

Наступними у ієрархії інституційних джерел правового регулювання страхової та перестрахової посередницької діяльності є підзаконні нормативно-правові акти. Зокрема положення ст. 15 Закону України «Про страхування» конкретизовані у Постанові Кабінету Міністрів України від 18 грудня 1996 р. № 1523 «Про порядок провадження діяльності страховими посередниками» [12]. У ній визначені особливі вимоги до порядку провадження агентської та брокерської діяльності, а також обмеження діяльності страхових і перестрахових посередників.

Вказані нормативно-правові акти є сукупністю норм права, які визначають основу правового статусу страхових та перестрахових посередників в Україні та особливості здійснення ними своєї діяльності. Задля врегулювання тих чи інших аспектів їх господарської діяльності існують й інші підзаконні нормативно-правові акти. Окреслений масив законодавства більшою мірою є застарілим, не відповідає сучасним умовам ринкового господарювання та потребує комплексного оновлення.

Наступний блок джерел правового регулювання діяльності страхових та перестрахових посередників — це так звані інші соціальні джерела, що існують як певні факти соціальної дійсності. Щодо діяльності страхових та перестрахових брокерів мова йде про звичаї ділового обороту. Вказане детерміновано тим, що ми досліджуємо саме господарську діяльність вказаних суб'єктів, тобто нас цікавить регулювання їхньої професійної діяльності за допомогою таких соціальних норм, які склалися у певній сфері господарської/підприємницької діяльності внаслідок постійного та уніфікованого їх застосування (повторення), що забезпечуються авторитетом учасників господарської/підприємницької діяльності і сприймаються як загальнообов'язкові для застосування (дотримання) у цій сфері [13, с. 235]¹. Вказане визначення звичаю ділового обороту нам пропонує О. А. Беляневич, зазначаючи, що останній є різновидом звичаю. Основною кваліфікуючою ознакою звичаю ділового обороту є те, що його норми склалися у певній сфері діяльності — господарській/підприємницькій. На цьому акцентується увага і в Інформаційному листі Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 7 квітня 2008 р. [14]. Зокрема у п. 2 зазначено, що, виходячи зі змісту ч. 1 ст. 7 ЦК України, звичаєм ділового обороту є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є ustalеним у сфері ділового обороту.

належать до компетенції Європейського Союзу. Станом на 22 травня 2015 р. 18 із 28 країн-учасниць вказаної Угоди її ратифікували. А отже, на сьогодні вона ще не набула чинності повною мірою.

¹ Вважаємо, що наведене визначення є найповнішим у теорії господарського права.

Не винятком застосування звичаїв ділового обороту є і сфера діяльності страхових та перестрахових посередників. Відтак до звичаїв ділового обороту у вказаній сфері можна віднести Кодекс професійної етики страхових посередників України [15], який визначає правила поведінки страхових посередників-членів Федерації страхових посередників України.

Також до звичаїв ділового обороту у сфері діяльності страхових та перестрахових посередників необхідно віднести Кодекс етики в страховій діяльності [16]. Цей Кодекс визначає правила поведінки, під якими підписалися страховики-члени Ліги страхових організацій України, беручи на себе обов'язок довести лояльність і чесність стосовно один одного та своїх контрагентів (страхувальників, застрахованих осіб, посередників, конкурентів тощо).

На сьогодні звичаї ділового обороту відіграють досить вагомую роль у регулюванні страхового ринку та діяльності його учасників, у тому числі страхових та перестрахових посередників. Зважаючи на глобалізацію світової економіки та інтеграційні процеси України до Європейського Союзу, учасники відносин у сфері страхування та перестраховування повинні дотримуватися і використовувати національні та міжнародні звичаї ділового обороту, особливо якщо вказані відносини ускладнені іноземним елементом.

Останній блок джерел правового регулювання діяльності страхових та перестрахових посередників, який необхідно дослідити, — це судова практика. У рамках вказаного блоку важливим є відповідь на питання: чи можна віднести судову практику до джерел права? Це питання є досить дискусійним серед науковців різних галузей права, в тому числі й господарського права.

Необхідно звернути увагу на те, що поняття «судова практика» та «судовий прецедент», на нашу думку, не є тотожними поняттями. Щодо існування в Україні судового прецеденту, то мову можна вести лише про два випадки. По-перше, відповідно до ст. 147 та ст. 150 Конституції України та ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України» [17], Конституційний Суд України (КСУ) вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України і дає офіційне тлумачення Конституції України та законів України, ухвалюючи відповідні рішення, які є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені. А отже, у випадку визнання неконституційними правові акти повністю чи в їх окремих частинах, КСУ де-факто виконує законодавчу функцію. М. В. Тесленко зазначає, що правові позиції КСУ можуть розглядатися як судові прецеденти, що заповнюють прогалини в законодавстві і формують судову практику застосування чинного законодавства, забезпечуючи її однаковість [18, с. 38].

По-друге, ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [19]

встановлює обов'язок судів України при розгляді справ застосовувати Конвенцію та практику Європейського суду як джерело права. Для прикладу можна зазначити і ст. 7 Кодексу адміністративного судочинства України [20], у якій закріплено, що адміністративний суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського Суду з прав людини. На жаль, Господарський процесуальний кодекс України [21] не містить аналогічної норми права.

Що стосується питання саме судової практики: чи є вона джерелом правового регулювання страхової та перестрахової посередницької діяльності, — то необхідно визнати той факт, що де-юре на сьогодні судова практика в Україні не визнається джерелом правового регулювання страхової та перестрахової посередницької діяльності, оскільки в Україні діє принцип поділу влади на три гілки, які є незалежними одна від одної. Конституція України прямо закріплює, що єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент — Верховна Рада України (ст. 75). А суди мають провадити діяльність із правозастосування, а не створювати нові норми права. Функція судів дійсно може бути де в чому схожа на законодавчу, але лише у випадку, коли вони усувають прогалини у правовому регулюванні конкретних правовідносин за допомогою використання аналогії права чи закону та звичаїв ділового обороту. Звісно, на практиці суди нижчих інстанцій враховують висновки вищих спеціалізованих судів та Верховного Суду України. Погоджуємося із Н. Б. Пацурією, що роль судової практики в правовому регулюванні відносин у сфері страхової діяльності незаперечна. Судовою практикою виробляється однакове розуміння і застосування страхового законодавства судовими органами [6].

Отже, підсумовуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що на сьогодні основним джерелом правового регулювання страхової та перестрахової діяльності все ж залишається чинне законодавство України у вказаній сфері. Але для всебічного та прогресивного розвитку ринку страхування необхідно враховувати й інші соціальні джерела, що існують як певні факти соціальної дійсності (звичаї ділового обороту), та судову практику.

Список використаних джерел

1. *Пархоменко, Н. М.* Джерела права: проблеми методології [Текст] : монограф. / Н. М. Пархоменко. — К. : Юридична думка, 2008. — 336 с.
2. *Мамутов, В. К.* Хозяйственное право [Текст] : учеб. / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін и др. ; под. ред. В. К. Мамутова. — К. : ЮринкомІнтер, 2002. — 912 с.
3. *Щербина, В. С.* Господарське право [Текст] : підруч. / В. С. Щербина. — [4-ге вид., перероб. і доп.]. — К. : Юринком Інтер, 2009. — 640 с.
4. *Вінник, О. М.* Господарське право [Текст] : навч. посіб. / О. М. Вінник. — [2-ге вид., зм. та доп.]. — К. : Правова єдність, 2009. — 768 с.

5. *Пархоменко, Н. М.* Джерела права: теоретико-методологічні засади [Текст]: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Н. М. Пархоменко; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2009. — 32 с.
6. *Пацурія, Н. Б.* Позаяридичні джерела страхового права і судова практика як соціальні регулятори страхових правовідносин [Електронний ресурс] / Н. Б. Пацурія // Міжнародна юридична науково-практична Інтернет-конференція «Стратегія і тактика правових реформ: виклики сучасності» [5 березня 2013 р.]; Актуальна юриспруденція. URL: http://www.legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=435%3A260213-13&catid=63%3A4-0313&Itemid=78&lang=ru.
7. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
8. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19–20, № 21–22. — Ст. 144.
9. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
10. Про страхування: Закон України від 07.03.1996 р. № 85/96-ВР [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 18. — Ст. 78.
11. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс] / Урядовий портал. URL: http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/ru/publish/article?art_id=246581344&.
12. Про порядок провадження діяльності страховими посередниками: постанова Кабінету Міністрів від 18.12.1996 р. № 1523 [Текст] // Зібрання постанов уряду України. — 1996. — № 21. — Ст. 590.
13. *Беляневич, О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) [Текст]: монограф. / О. А. Беляневич. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 592 с.
14. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. № 01–8/211 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08.
15. Кодекс професійної етики страхових посередників України [Електронний ресурс] / Федерація страхових посередників України — ФСПУ. — URL: http://fspu.com.ua/kodeks_profesijnoi_etyku.
16. Кодекс етики в страховій діяльності [Електронний ресурс] / Ліга страхових організацій України. — URL: <http://uainsur.com/zakonodavstvo/codex>.
17. Про Конституційний Суд України: Закон України від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 49. — Ст. 272.
18. *Тесленко, М.* Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України [Текст] / М. Тесленко // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 4. — С. 36–41.

19. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 30. — Ст. 260.
20. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35–36, 37. — Ст. 446.
21. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-XII [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — Ст. 56.



КОСТЯНЧУК Наталія Михайлівна,

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна*

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РІЕЛТОРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ЇЇ СЕРТИФІКАЦІЯ ТА СТАНДАРТИЗАЦІЯ

Аналізуючи ключові проблеми розвитку посередницької діяльності на ринку нерухомого майна та його правового регулювання, стикаєшся з проблемою невизначеності та невідповідності нормативної бази реаліям розвитку ринку нерухомості.

Основним видом посередницької діяльності на ринку нерухомого майна є ріелторська діяльність. Поринаючи у вивчення питання про ріелторську діяльність, перше, що потрапляє на очі, це відсутність законодавчого закріплення понятійного апарату ріелторської діяльності та механізму його реалізації. Відсутність законодавчо закріпленого поняття ріелторської діяльності та поняття ріелтора як суб'єкта такої діяльності, породжує багато тлумачень, часом протилежних один одному. В зв'язку з різними підходами до розуміння ріелторської діяльності, виникає проблема неясності її функціоналу, сфери дії, відповідальності тощо. Предметом дослідження цієї проблематики стали наукові роботи таких вчених, як: О. Каплій, К. В. Колесніков, В. А. Йолкіна, В. В. Резнікова.

Загальновідомим способом визначення поняття, що чітко не закріплене нормативною базою, є застосування аналогії права, напрацьована практика та наукові здобутки. Так, вдаючись до історичного формування поняття «ріелтор», звернемось до історії його виникнення. На думку американського журналіста Генрі Луї Менкена, першим його застосував у 1915 році Чарльз Н. Чадбуун для

відокремлення членів загальноамериканської Асоціації бірж нерухомості від інших суб'єктів як від нечесних ділків, діючих на власний розсуд. Дуже швидко термін «ріелтор» почав слугувати виключно для відокремлення ліцензованих фахівців з нерухомості, які є членами національної Асоціації ріелторів та керуються у своїй професійній діяльності етичним кодексом та стандартами практичної діяльності [1, с. 2–3].

Загальноповживаним поняттям ріелторської діяльності є виконувана на постійній основі діяльність із надання для інших осіб, установ або організацій за плату або іншу винагороду посередницьких послуг із реалізації громадсько-правових угод із нерухомістю і правами на неї [2]. У науковому товаристві ріелторська діяльність визначається як самостійна, ініціативна, систематична, професійна, на власний ризик господарська діяльність, яка здійснюється суб'єктами ріелторської діяльності, з метою досягнення економічних та соціальних результатів, одержання прибутку, яка складається з практичного, консультаційного, інформаційного та інших способів забезпечення ріелторських послуг [3, ст. 111]. Наукове визначення поняття є досить вичерпним, проте все ж залишає поле діяльності для трактування в ту чи іншу сторону. Необхідність законодавчого закріплення понятійного апарату цього виду діяльності продиктоване не лише можливістю нарешті відштовхуватись від конкретно визначеного, законодавчо закріпленого формулювання поняття, а й врегулювати механізм функціонування всього сегменту посередницьких послуг на ринку нерухомого майна.

Було декілька спроб законодавчо визначити та врегулювати ріелторську діяльність так:

— Указ Президента України «Про ріелторську діяльність» від 14 липня 1999 р.;

— проект Закону України «Про ріелторську діяльність» від 29 червня 1999 р.;

— проект Закону України «Про здійснення операцій з нерухомим майном» від 25 жовтня 1999 р.;

— проект Закону України «Про ріелторську діяльність» від 25 травня 2001 р.;

— проект Закону України «Про ріелторську діяльність» від 27 квітня 2007 р.;

— проект Закону України «Про особливості провадження ріелторської діяльності» від 7 липня 2011 р.;

— проект Закону України «Про деякі заходи з підвищення рівня правового регулювання у сфері надання посередницьких послуг на ринку нерухомості» від 28 листопада 2012 р.

Проте жоден законопроект не відповідав нагальним потребам ринку ріелторських послуг та не отримав свого логічного продовження. На сьогодні основним питанням, що впливає із законодавчих спроб та

нинішнього стану ріелторських послуг, є ліцензування (сертифікація) ріелторської діяльності.

Як і в законодавчих ініціативах, так і в наукових колах ведеться жвава дискусія з приводу необхідності ліцензування (або сертифікації) ріелторської діяльності. Є дві протилежні позиції розгляду цієї проблеми. За однією — ліцензування не потрібне, оскільки негативно вплине на ринок нерухомості, через зменшення кількості професійних суб'єктів ріелторської діяльності. Основним аргументом цієї точки зору є великий вплив державного контролю, бюрократичні питання та можливість виникнення корупційних схем отримання ліцензій суб'єктами ріелторських послуг. Інша ж позиція передбачає обов'язкове ліцензування як таке, що надасть можливість відмежувати професійних гравців ринку від суб'єктів, що займаються такою діяльністю несистемно, час від часу і, як наслідок, непрофесійно. Виходячи з суті поняття ріелторської діяльності, а саме, що ріелторська діяльність є господарською діяльністю юридичних та фізичних осіб-підприємців, здійснювана за рахунок і в інтересах замовників, пов'язана з будь-якими операціями з нерухомістю, можна зробити висновок, що ріелторська діяльність — це професійна діяльність господарюючого суб'єкта, що пов'язана зі здійсненням операцій з нерухомим майном, а ріелтор — це, насамперед, професійний посередник між контрагентами на ринку нерухомості. Визначення професійності такої діяльності тягне за собою певне коло зобов'язань та обмежень, що накладаються на суб'єкта ріелторської діяльності, що, в свою чергу, передбачає під цим певний стандарт такої діяльності. Отже, основною проблемою є визначення професійних гравців ринку. Крім того, для нинішнього етапу розвитку ринку нерухомості, та в зв'язку з падінням рівня довіри до ріелторів визначення професійності ріелтора є ключовим для популяризації такого виду послуг.

Для розуміння механізму функціонування системи ріелторських послуг як для контролюючих органів, так і для споживачів таких послуг, була б доцільна стандартизація ріелторських послуг. Така стандартизація може бути досягнута шляхом прийняття певних правил та визначення методу відбору необхідних фахівців.

На захист такої точки зору можна навести і позицію громадських організацій об'єднань фахівців на ринку нерухомості. Так, на загальнодержавному рівні існує декілька громадських організацій ріелторів, а також низка регіональних об'єднань, що здійснюють самоврядну функцію своєї діяльності. Видами професійних об'єднань найчастіше є гільдії, асоціації та спілки, такі як: Асоціація спеціалістів з нерухомості (ріелторів) України, Українська гільдія ріелтерів, Спілка фахівців з нерухомого майна України. У порядку самоврядування такі об'єднання ріелторів мають вплив на розвиток, популяризацію та впорядкування ріелторської діяльності. Задекларованою метою діяльності громадських організацій об'єднати фахівців на ринку

нерухомості є сприяння забезпеченню функціонування прозорого, цивілізованого ринку нерухомості, сприяння безпечних умов діяльності всіх учасників ринку нерухомості та гармонійного розвитку ріелторської діяльності. Такі організації накладають деякі права та обов'язки на учасників самоврядних інституцій. Для членів самоврядних професійних громадських об'єднань обов'язковими до виконання є і стандарти професійної діяльності, розроблені такими організаціями. Згідно з положенням «Про сертифікацію ріелторів», затвердженим рішенням Ради Асоціації фахівців з нерухомості України 27 січня 2012 р., визначено: сертифікат — документ, що засвідчує кваліфікаційну придатність фахівця здійснювати операції з об'єктами нерухомого майна [4]. Громадські організації, хоч і мають деякі розбіжності в баченні регулювання ріелторської діяльності, проте майже всі сходяться в необхідності сертифікації учасників ринку нерухомого майна та стандартизації такої діяльності. Було проведено декілька круглих столів, виїзних конференцій на підтримку позиції про сертифікацію ріелторів — учасників таких громадських організацій, укладено угоди про співпрацю. На підтвердження позиції за сертифікацію та стандартизацію ріелторської діяльності наводяться такі аргументи:

— система сертифікації та ліцензування діяльності в сфері нерухомого майна має на меті визначення висококваліфікованих фахівців, які отримали відповідну професійну підготовку, що гарантуватиме надання якісних послуг;

— проведення сертифікації надасть можливість створення загальнодержавного реєстру ріелторів та суб'єктів ріелторської діяльності;

— сертифіковані суб'єкти матимуть доступ до єдиної бази даних та мультимедійних систем.

Крім того, це допоможе полегшити контроль з боку державних органів, та виведе з «тіні» значну кількість угод.

Багато дискусій точиться з приводу необхідності ліцензування ріелторської діяльності. Основним аргументом «проти» є можливий негативний вплив на ринок нерухомого майна через надмірний державний тиск, у результаті чого більшість учасників ринку піде. Проте деякі науковці ототожнюють поняття «ліцензування» та «сертифікація». Так, ст. 1 п. 6 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» зазначає: «Ліцензування — засіб державного регулювання провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, спрямований на забезпечення реалізації єдиної державної політики у сфері ліцензування, захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства та окремих споживачів» у той час, як слово «сертифікація» у перекладі з латинської (*sertifico*) означає «підтверджую», «засвідчую». «Сертифікація — це процедура підтвердження відповідності результату виробничої діяльності, товару,

послуги нормативним вимогам, за допомогою якої третя сторона документально засвідчує, що продукція, робота (процес) чи послуга відповідають заданим вимогам». Під «третьою стороною» у процедурі сертифікації мається на увазі незалежна, компетентна організація, що здійснює оцінку [5]. Виходячи з вищенаведеного, найбільш прийнятним вирішенням проблеми було б запровадження саме сертифікації та стандартизації ріелторської діяльності. Розроблення стандарту діяльності ріелторів стало б консенсусом між державними органами, самоврядними організаціями фахівців з нерухомості та ріелторами. (Встановлення правил загального використання, загальних принципів діяльності в сфері нерухомого майна спрямовані на досягнення оптимального результату такої діяльності).

Ринок нерухомого майна наразі є стрімко розвиваючим об'єктом, інтерес до якого постійно підвищується під дією внутрішніх і зовнішніх факторів. Така розгалужена і важлива для життя суспільства система не може лишатись без нормативного врегулювання. Прийняття нормативного акта, що регулюватиме ріелторську діяльність, надасть можливість подолати проблеми щодо визначення умов та правових засад здійснення ріелторської діяльності, надасть чіткого розуміння поняттю ріелторської діяльності та ріелтора як суб'єкта такої діяльності, визначить межі його повноважень, функції, відповідальність та інші аспекти його діяльності.

Список використаних джерел

1. Шкільова, Н. В. Організаційно-правові засади ріелторської діяльності в контексті світового досвіду [Електронний ресурс] / Н. В. Шкільова // Державне будівництво. — 2009. — № 2; Національна бібліотека України ім. В. І. Вернадського. — URL : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/DeBu_2009_2_55.pdf.
2. Ріелторська діяльність [Електронний ресурс] / Вікіпедія. — URL : https://uk.wikipedia.org/wiki/Ріелторська_діяльність.
3. Резнікова, В. В. Правове регулювання посередництва на ринку нерухомості [Текст] / В. В. Резнікова // Університетські наукові записки. — 2011. — № 3 (39). — С. 107–121.
4. Положення про сертифікацію ріелторів від 27.01.2012 р. [Електронний ресурс] / Асоціація спеціалістів по нерухомості (ріелторів) України (АСНУ). — URL : <http://www.asnu.net/pages/40>.
5. Кириченко, Л. С. Стандартизація і сертифікація товарів та послуг [Електронний ресурс] / Л. С. Кириченко; Бібліотека українських підручників. — URL : <http://westudents.com.ua/glavy/24732-11-osnovnyyattya-sertifkats.html>.
6. Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 02.03.2015 р. № 222–VIII [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/222-19>.
7. Колесников, К. В. Ліцензування ріелторської діяльності як засіб державного регулювання в Україні та за кордоном [Електронний



МИНЬКО Наталья Сергеевна,

*кандидат юридических наук, доцент,
«Международный университет «МИТСО»,
г. Минск, Республика Беларусь*

ПОРЯДОК ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ ЗЕМЕЛЬНЫХ УЧАСТКОВ, ПРАВ НА НИХ И СДЕЛОК С ЗЕМЛЕЙ

В соответствии со ст. 131 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее — ГК РБ) право собственности и другие вещные права на недвижимость, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации в специально уполномоченных на то органах [1].

Действующим законодательством установлена государственная регистрация земельных участков как видов объектов недвижимого имущества, прав на земельные участки, сделок с земельными участками.

Законом определены объекты государственной регистрации применительно к земельным участкам. Ими являются создание, изменение, прекращение существования земельного участка; возникновение, переход, прекращение прав и ограничений (обременений) прав на земельный участок, подлежащие в соответствии с законодательными актами Республики Беларусь государственной регистрации; а также сделки с земельными участками, подлежащие в соответствии с законодательными актами Республики Беларусь государственной регистрации [1, ст. 136].

В силу п. 1 ст. 7 Закона Республики Беларусь от 22 июня 2002 г. № 133–З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» (Закон о государственной регистрации недвижимого имущества) государственная регистрация недвижимого имущества — это юридический акт признания и подтверждения государством создания, изменения, прекращения существования недвижимого имущества [2].

При государственной регистрации складываются государственно-властные отношения; она представляет собой акт

признания и подтверждения государством возникновения, существования, изменения и прекращения прав на земельные участки. Государственная регистрация имеет по отношению к регистрируемому праву правообразующее (правоустанавливающее) значение, поскольку именно государственный регистрационный закон связывает возникновение, изменение или прекращение прав на недвижимость. Государственная регистрация может быть признана недействительной только в судебном порядке.

Следует отметить, что Закон о государственной регистрации недвижимого имущества устанавливает правила государственной регистрации в отношении следующих видов объектов недвижимого имущества:

1. Земельные участки;
2. Капитальные строения (здания, сооружения);
3. Незавершенные законсервированные капитальные строения;
4. Изолированные помещения, в том числе жилые;
5. Машино-места;
6. Предприятия как имущественные комплексы;
7. Другие виды недвижимого имущества в случаях, установленных законодательными актами Республики Беларусь.

Государственной регистрации подлежат возникновение, переход, прекращение: права собственности; права пожизненного наследуемого владения земельным участком; права постоянного пользования земельным участком; права временного пользования земельным участком; аренды и субаренды земельного участка; сервитута; ипотеки; ареста; иных прав и ограничений (обременении), устанавливаемых в отношении земельного участка. При этом государственная регистрация сделки с земельным участком проводится в случаях указанных в законодательных актах, либо предусматриваемых соглашением сторон, хотя по законодательству для сделок данного вида государственная регистрация может предусматриваться.

Государственной регистрации подлежат *следующие договоры*, которые являются или могут стать основанием возникновения, перехода, прекращения прав или ограничений (обременении) прав на недвижимое имущество: отчуждения недвижимого имущества (купля-продажа, мена, дарение, рента и др.); об ипотеке; доверительного управления недвижимым имуществом; аренды и субаренды земельного участка; раздела недвижимого имущества, являющегося общей собственностью, на два или более объекта недвижимого имущества; слияния двух или более объектов недвижимого имущества в один объект недвижимого имущества с образованием общей собственности. Государственной регистрации подлежат также иные сделки с недвижимым имуществом в случаях, предусмотренных законодательными актами Республики Беларусь.

Интересным представляется мнение П. Б. Галунова, который указывает на необходимость государственной регистрации договоров долевого участия в строительстве, что позволит исключить незаконные схемы финансирования в строительстве, упорядочить данный процесс. Однако, по нашему мнению, данное предложение не согласуется с требованиями законодательства о регистрации завершенных объектов недвижимости [3].

Участниками отношений, возникающих при государственной регистрации, являются государственная организация по регистрации; собственники и обладатели иных прав на земельные участки (правообладатели); лица, претендующие на приобретение прав на земельные участки (кандидаты в правообладатели).

В систему государственных организаций в области государственной регистрации входят специально уполномоченный орган государственного управления Республики Беларусь в области регистрации, подчиненный правительству Республики Беларусь; республиканская и территориальные организации по государственной регистрации [2, ст. 11].

В Республике Беларусь создается и ведется Единый государственный регистр недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним. Он включает регистрационные книги, регистрационные дела, кадастровые карты, журналы регистрации заявлений, другие документы. Ведение документов этого регистра осуществляется на бумажных носителях. Регистрационные книги, кадастровые карты и журналы регистрации заявлений ведутся также на электронных (магнитных) носителях.

По общему правилу совершение регистрационных действий возложено на регистраторов территориальных организаций по государственной регистрации. Исключения составляют случаи, когда недвижимое имущество расположено на территории более чем одного регистрирующего округа, а также когда регистрационные действия необходимо совершить в отношении предприятия как имущественного комплекса или в отношении объектов специального назначения. В этом случае регистрация осуществляется Национальным кадастровым агентством Государственного комитета по имуществу Республики Беларусь.

Для государственной регистрации необходимы определенные необходимые *правовые основания*. Так, основанием для государственной регистрации создания земельных участков как объектов недвижимого имущества являются выделение вновь образованного земельного участка, раздел недвижимого имущества, слияние недвижимого имущества, иные основания, предусмотренные законом. Представляется, что в целях усиления государственного контроля в области земельных отношений следует определить круг

правовых оснований для государственной регистрации земельных участков в виде закрытого перечня.

Земельный участок относится к числу вновь образованного недвижимого имущества, если он выделен из земель, не зарегистрированных в едином государственном регистре недвижимого имущества.

Среди оснований для государственной регистрации изменения недвижимого имущества выделяют изменение границ земельного участка, изменение назначения недвижимого имущества и иные.

Основаниями для государственной регистрации прекращения существования недвижимого имущества являются аннулирование вновь образованного земельного участка; раздел и слияние недвижимого имущества, а также иные основания, предусмотренные законодательством Республики Беларусь.

Основанием для государственной регистрации возникновения, перехода, прекращения прав и ограничений (обременений) прав на недвижимое имущество выступают:

1. Договоры и иные сделки, как предусмотренные законодательством Республики Беларусь, так хотя и не предусмотренные законодательством Республики Беларусь, но не противоречащие ему;

2. Акты государственных органов и органов местного управления и самоуправления, которые предусмотрены законодательством Республики Беларусь в качестве основания возникновения, изменения, перехода, прекращения прав и ограничений (обременений) прав на недвижимое имущество;

3. Судебные решения, устанавливающие или прекращающие права, ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество;

4. Иные действия физических и юридических лиц, с которыми законодательство Республики Беларусь связывает возникновение, переход, прекращение прав и ограничений (обременений) прав на недвижимое имущество;

5. События, с которыми законодательство Республики Беларусь связывает возникновение прав, ограничений (обременений) прав на недвижимое имущество.

Для государственной регистрации сделок с недвижимым имуществом такими основаниями являются *документы*, выражающие содержание сделки, а также другие документы, предусмотренные п. 2 и п. 3 ст. 66 Закона о государственной регистрации недвижимого имущества.

В настоящее время земельные участки оказались вовлеченными в гражданский оборот, однако установлены некоторые ограничения на распоряжение землей. Особенности оборота земельных участков обусловлены спецификой земли как природного объекта и публичным

характером регулирования земельных отношений. Правовой формой такого оборота являются именно *сделки*.

В Республике Беларусь в отношении земельных участков разрешаются купля-продажа, дарение, залог, обмен, аренда, наследование. Земельные участки, кроме того, могут быть объектами рентных отношений. К сделкам с землей применимы нормы гражданского законодательства относительно понятия, формы, видов и общих условий действительности сделок.

Вместе с тем сделки с землей имеют и ряд особенностей, обусловленных спецификой как самого природного объекта — земельного участка, так и наличием особых требований к сделкам с недвижимостью. Особое значение земли как объекта недвижимости обусловило наличие в законодательстве *специальных правил заключения и оформления сделок с земельными участками*. Сделки с землей обязательно должны быть заключены в письменной форме, нотариально удостоверены и зарегистрированы специально уполномоченным органом по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним.

Например, сделки купли-продажи, мены земельных участков совершаются в письменной форме путем составления договора купли-продажи, мены земельного участка или договора купли-продажи недвижимого имущества. Текст договора может быть подготовлен самостоятельно, либо в государственной нотариальной конторе, либо органом по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним и подлежит нотариальному удостоверению и государственной регистрации, а переход права собственности на земельный участок — государственной регистрации.

Договоры об отчуждении земельных участков, принадлежащих гражданам на праве частной собственности, подлежат нотариальному удостоверению также по месту нахождения земельного участка.

Сторона, приобретающая земельный участок или права по его использованию, не может изменить целей его использования (целевое назначение), определенных основным целевым назначением в соответствии с земельным законодательством. В процессе сделки также нельзя изменять целевое назначение земельного участка — предмета сделки. Об этом делается специальная запись в договоре. Так, например, при составлении договора купли-продажи земельного участка указывается, что продавцу разъяснено содержание ст. 51 Кодекса Республики Беларусь о земле (КоЗ РБ) [4]. Предметом договора выступает земельный участок. В отдельных случаях таким предметом может выступать часть земельного участка. Причем, при совершении сделки с частью делимого земельного участка эта часть в установленном порядке должна быть предварительно выделена в самостоятельный земельный участок. Как и в отношении другой недвижимости, договор по поводу земли должен содержать данные,

позволяющие определенно установить его предмет, т.е. земельный участок, подлежащий передаче покупателю, арендатору или другому участнику сделки.

Если состав, количество, стоимость имущества, которое может приобретать физическое лицо, не ограничивается, то объектом сделок с землей может быть земельный участок только определенных, установленных заранее размеров. Так, гражданин может быть собственником неограниченного числа жилых помещений (домов, квартир), может сдавать их по договору найма, использовать для личного проживания членов своей семьи. Что же касается земельных участков, на которых расположена недвижимость в жилищной сфере, то их размеры не могут превышать установленных законодательством норм. Более того, в собственности гражданина может быть только участок определенных размеров и для целей, названных законодательством.

Для договоров с земельными участками особое значение имеет объем прав на земельный участок, переходящих от одного субъекта к другому. Здесь следует знать следующее правило: к новому субъекту прав на землю переходит такая совокупность правомочий, которыми обладал прежний пользователь земли, со всеми ограничениями и обременениями, имеющимися на данный участок [5].

Можно отметить, что в настоящее время требует более детальной правовой регламентации процедура регистрации земель особо охраняемых природных территорий, садоводческих товариществ, дачных кооперативов, так как она носит как правоустанавливающий, так и правоподтверждающий характер.

Важное теоретическое и практическое значение будет носить выработка единого определения государственной регистрации земельных участков, прав на землю и сделок с ней и его последующее законодательное закрепление.

При совершении сделок с землей важно учитывать, наряду с другими, *природоохранные* требования, предъявляемые к использованию земли как объекта окружающей среды. Поэтому при осуществлении сделок с землей и в результате таких сделок не должны нарушаться экологические требования и предписания. В этой связи имеются запреты на отчуждение из государственной собственности в частную собственность земельных участков природоохранного назначения и некоторых иных. Юридические лица частной формы собственности и физические лица не имеют права создавать или иным образом приобретать право собственности на особо охраняемые природные территории. Владение и пользование особо охраняемыми природными территориями осуществляется уполномоченными государственными органами, юридическими лицами государственной формы собственности в соответствии с нормативными правовыми актами Республики Беларусь [5].

В силу ст. 520 ГК РБ по договору купли-продажи недвижимого имущества (договору продажи недвижимости) продавец обязуется передать в собственность покупателя земельный участок. При этом следует учитывать, что в ч. 3 ст. 129 ГК РБ сделана специальная оговорка в части распоряжения природными ресурсами. Земля и другие природные ресурсы могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому иными способами в той мере, в какой их оборот допускается законодательством о земле и других природных ресурсах [1].

По договору купли-продажи продавец обязуется передать в собственность покупателя земельный участок, а покупатель — принять его и оплатить. Причем предметом купли-продажи может выступать земельный участок, принадлежащий гражданину на праве частной собственности. Он характеризуется рядом особенностей: местоположением, размером, целевым назначением. Участок может быть застроенным жилыми, хозяйственными и иными строениями и сооружениями, а может быть свободным от любых построек.

Договор купли-продажи земли подчиняется общим правилам осуществления подобного рода сделок с недвижимым имуществом, находящимся в собственности граждан. Существенными условиями такого договора являются условия о предмете продажи и цене продаваемого имущества. Так, в договоре продажи земельных участков в силу требований гражданского законодательства должны быть указаны данные, позволяющие точно установить недвижимое имущество, подлежащее передаче по договору покупателю. Применительно к земельному участку определение предмета договора должно включать в себя размер земельного участка, его местонахождение, состав угодий, кадастровую оценку. Такие данные отражаются в регистрационных документах и в плане земельного участка. Если план участка отсутствует, он может быть изготовлен за счет средств продавца или покупателя по договоренности между ними. При отсутствии в договоре данных, позволяющих с бесспорностью идентифицировать земельный участок, условие о земельном участке, подлежащем передаче, считается несогласованным сторонами. Договор в этом случае считается незаключенным [6].

Договор купли-продажи земельного участка обязательно должен содержать согласованное сторонами в письменной форме условие о его цене. В противном случае договор также считается незаключенным. Цена земельных участков по сделкам между собственниками земельных участков устанавливается участниками сделки, если иное не предусмотрено законодательством Республики Беларусь. Закон запрещает отчуждение земли, сдачу ее в залог и аренду до полного внесения государству платы за землю. Продавец также обязан внести государству и платежи за землю (земельный налог) за все время пользования ею.

Покупатель по договору продажи земельного участка обязан оплатить покупку непосредственно до или после передачи земельного участка, если иное не предусмотрено ГК РФ, иными актами законодательства или договором купли-продажи либо не вытекает из существа обязательства [1, ч. 1 ст. 456].

Если договором не предусмотрена рассрочка оплаты, покупатель обязан внести деньги полностью. При несвоевременной оплате переданного земельного участка продавец может потребовать оплаты данного товара и уплаты процентов в соответствии с нормами гражданского законодательства по ст. 366 ГК РФ.

Земельный участок может стать предметом сделки, если нет спора по поводу его границ. При наличии спора о границах земельных участков между собственниками соседних земельных участков и иными участниками земельных отношений совершение сделок по купле-продаже земли не допускается. Такой земельный участок может стать объектом купли-продажи только при условии урегулирования всех конфликтных ситуаций.

При продаже расположенного на земельном участке объекта покупатель становится собственником земли только в случае, когда такими правами обладал продавец, а сам покупатель может стать собственником земли в силу содержащихся в КоЗ РФ требований к предоставлению земельного участка в собственность граждан. Если же участок, который занят недвижимостью, принадлежит продавцу на ином праве, то к покупателю переходит только объем правомочий на землю, которыми обладал продавец иной, не земельной недвижимости. При продаже такой недвижимости, находящейся на земельном участке, не принадлежащем ее собственнику, покупатель приобретает право пользования соответствующей частью земельного участка на тех же условиях, что и продавец недвижимости.

К договору должен прилагаться *земельно-кадастровый план участка*. Границы земельного участка на плане должны соответствовать границам земельного участка на кадастровой карте, находящейся в органе регистрации. В случае купли-продажи застроенного земельного участка по договору купли-продажи земельного участка или по договору купли-продажи недвижимости дополнительно представляются технические паспорта зданий и (или) сооружений, расположенных на земельном участке.

Итогом завершения процедуры государственной регистрации является выдача покупателю земельного участка свидетельства на землю (правоустанавливающего документа) после изъятия у продавца документа, удостоверяющего право собственности на продаваемый земельный участок. Регистрирующий орган вносит отметки о государственной регистрации в подлинники договора. Заявления, копии договора, другие документы, являвшиеся основанием

государственной регистрации, помещаются в кадастровое дело земельного участка.

Список использованных источников

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 г. № 218-З : принят Палатой представителей 28.10.1998 г. ; одобрен Советом Республики 19 ноября 1998 г. : [с изм. и доп.] [Электронный ресурс] / Эталон-Беларусь / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. — Мн., 2015.
2. *Галунов, П. Б.* Основные проблемы практики государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: по материалам Южного федерального округа [Текст] : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / П. Б. Галунов. — М., 2003. — 32 с.
3. О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним : Закон Республики Беларусь от 22.06.2002 г. № 133-З [с изм. и доп.] [Электронный ресурс] / Эталон-Беларусь / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. — Мн., 2013.
4. Кодекс Республики Беларусь о земле : принят Палатой представителей 17.06.2008 г. : одобр. Советом Республики 28.06.2008 г. [с изм. и доп.] [Электронный ресурс] / Эталон-Беларусь / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. — Мн., 2013.
5. Комментарий к Кодексу Республики Беларусь о земле [Текст] / под общ. ред. С. А. Балашенко, Н. А. Шингель. — Мн. : Дикта, 2009. — 720 с.
6. Гражданский кодекс Республики Беларусь с комментарием и обзором практики хозяйственных судов [Текст] / под общ. ред. В. С. Каменкова. — Мн. : Дикта, 2004. — 1136 с.



КАЦУБО Светлана Петровна,

кандидат юридических наук, доцент,

*Гомельский государственный технический университет
имени П. О. Сухого, г. Гомель, Республика Беларусь*

ОБ ОХРАНЕ ТРУДА В СЕЛЬСКОМ ХОЗЯЙСТВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Реализация конституционных прав граждан на здоровые и безопасные условия труда является одной из важнейших задач социальной политики государства. Соблюдение конституционного права работников на здоровые и безопасные условия труда

обеспечивается осуществлением политики в области охраны труда, а также осуществлением политики в области охраны труда на уровне организаций.

Охрана труда — это система обеспечения безопасности жизни и здоровья работников (работающих) в процессе трудовой деятельности, включающая правовые, социально-экономические, организационные, технические, психофизиологические, санитарно-противоэпидемические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные мероприятия и средства [1].

Обеспечение охраны труда имеет большое социально-экономическое значение. Неудовлетворительные условия труда приводят к тому, что часть работников вынуждена заканчивать свою трудовую деятельность ранее общеустановленного пенсионного возраста либо менять свою профессию и место работы по указанной причине. Недостатки, упущения в работе по созданию надлежащих условий труда, нарушения требований охраны труда приводят к травматизму на производстве, профессиональной заболеваемости, необходимости производить дополнительные затраты на выплату компенсаций работникам по условиям труда. По оценкам Международной организации труда, из-за несчастных случаев, чрезвычайных происшествий, производственных потерь и ущерба, наносимого собственности, теряется более 4 процентов валового национального продукта [2].

Также общеизвестно, что условия труда в значительной степени влияют на производительность труда. Имеются данные о том, что рациональный комплекс мероприятий, направленных на улучшение условий труда, может обеспечить прирост производительности труда на 6–25 и более процентов [2].

В Республике Беларусь проводится работа по внедрению в организациях систем управления охраной труда, обеспечивающих выявление производственных опасностей, оценку риска травмирования работников, разработку и реализацию профилактических мероприятий. Осуществляется комплекс мер по техническому переоснащению и модернизации производств, улучшению условий труда работников. В целях улучшения условий и повышения безопасности труда работников применяются элементы экономического стимулирования нанимателей в виде дифференциации размеров страховых тарифов на обязательное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний. Налажена подготовка и переподготовка специалистов по охране труда. Проводится системная работа по обучению, повышению квалификации и проверке знаний работников по вопросам охраны труда, пропаганде безопасных приемов и методов работы. Департаментом государственной инспекции труда Министерства труда и социальной защиты, профессиональными союзами осуществляется надзор и

общественный контроль за соблюдением законодательства о труде и об охране труда.

Проведение многоплановых мероприятий по охране труда должно быть основано на соответствующей правовой базе. Исследователи в области регулирования общественных отношений по охране труда подчеркивают особую значимость и актуальность правовых средств, направленных на снижение количества несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний [3, с. 481; 4, с. 279]. Многолетние, глубокие и многосторонние исследования в области правового регулирования трудовых отношений, особенно в сфере охраны труда В. И. Семенкова, его учеников и последователей заложили теоретические основы правового обеспечения здоровых и безопасных условий труда, направленных на совершенствование действующего законодательства и правоприменительной практики [5; 6].

Следует отметить, что сельскохозяйственное производство сопряжено с достаточно большим количеством рисков, на устранение негативных последствий которых должна быть направлена работа по охране труда работников сельского хозяйства. Правовое регулирование охраны труда в сельском хозяйстве осуществляется нормативными правовыми актами как общего, так и специального характера.

В целом правовое обеспечение весьма многообразной сельскохозяйственной деятельности в Республике Беларусь представлено довольно широким кругом нормативных правовых актов, позволяющих организовать системно и надлежаще работу по охране труда на производстве. Система источников правового регулирования отношений в сфере охраны труда состоит из международно-правовых актов, таких как конвенции и рекомендации МОТ, соглашения в рамках СНГ и др.; национального законодательства. Так, вопросам охраны труда посвящено 17 действующих конвенций МОТ, ратифицированных Республикой Беларусь. Вместе с тем, до настоящего времени не ратифицирована нашей республикой Конвенция № 184 «О безопасности и гигиене труда в сельском хозяйстве» 2001 г.

Основы национального законодательства о труде и об охране труда сформулированы в Конституции Республики Беларусь. Более детальное законодательное регулирование отношений по обеспечению охраны труда, соблюдению требований по охране труда содержится в Трудовом кодексе Республики Беларусь, законах Республики Беларусь «Об охране труда» от 23 июня 2008 г., «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» от 7 января 2012 г. и иных нормативных правовых актах, регулирующих трудовые и связанными с ними отношения в части обеспечения работника здоровыми и безопасными условиями труда. К ним относятся отраслевые и межотраслевые правила по технике безопасности и охране труда; акты законодательства иной отраслевой принадлежности

и комплексные нормативные правовые акты (УК РБ, КоАП РБ, некоторые комплексные нормативные правовые акты по вопросам обязательного страхования жизни и здоровья работников, возмещения причиненного ему ущерба при исполнении им трудовых обязанностей и т.д.).

Универсальное значение для обеспечения охраны труда имеют государственные стандарты Республики Беларусь, стандарты организаций, технические условия, санитарные нормы, правила и гигиенические нормативы, нормы и правила пожарной безопасности, которые должны соблюдаться у всех нанимателей.

Значительную часть норм содержат коллективные договоры и соглашения, регулирующие отдельные аспекты отношений в сфере охраны труда с учетом отраслевой, местной и локальной специфики (например, повышенные размеры компенсаций, выплачиваемых работникам или членам их семей в случае увечья или смерти работника на производстве; нормативы обеспечения работников средствами индивидуальной и коллективной защиты); локальные нормативные правовые акты, включая инструкции по охране труда и технике безопасности, разрабатываемые и утверждаемые самим нанимателем; индивидуальные соглашения о труде. К примеру, трудовой договор или контракт может включать дополнительные условия по обеспечению работника средствами индивидуальной защиты сверх нормы, установленной законодательством, предоставление дополнительного отпуска за работу во вредных и (или) опасных условиях труда сверх продолжительности, определенной законодательством, и т.д. [6].

Законодательство Республики Беларусь в области охраны труда выделяет такую категорию, как работа с повышенной опасностью. Типовой перечень работ с повышенной опасностью содержит ряд видов работ, имеющих место и в сельскохозяйственном производстве: работы, выполняемые с использованием грузоподъемного оборудования, погрузочно-разгрузочные работы с применением средств механизации; эксплуатация, ремонт и техническое обслуживание транспортных средств, самоходных сельскохозяйственных машин и гусеничных тракторов; производство, хранение, транспортирование и применение пестицидов, агрохимикатов и гербицидов; обслуживание отдельных видов животных, сельскохозяйственные работы, выполняемые на загрязненных территориях. Указанная деятельность регламентирована Постановлением Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь «О надзоре за соблюдением законодательства о труде и пенсионном обеспечении по вопросам предоставления компенсаций работникам за работу с вредными и (или) опасными условиями труда» от 28 сентября 2012 г. № 103.

Законодательство также конкретизирует специфические особенности организации охраны труда при осуществлении

сельскохозяйственных работ и их отдельных видов. Так, в целях выполнения требований Директивы Президента Республики Беларусь от 11 марта 2004 г. № 1 «О мерах по укреплению общественной безопасности и дисциплины» для сельскохозяйственных организаций разрабатываются правила профилактики и предотвращения несчастных случаев при заготовке кормов и проведении уборочных работ. Специальными нормативными актами регламентируются особенности труда женщин, несовершеннолетних при проведении сельскохозяйственных работ. Так, Постановлением Министерства труда и социальной защиты № 67 от 27 июня 2013 г. установлен список работ, в том числе и сельскохозяйственных, на которых запрещается применение труда лиц моложе восемнадцати лет.

Министерство сельского хозяйства и продовольствия Республики Беларусь как отраслевой орган управления своими постановлениями утвердило ряд Правил по охране труда при осуществлении сельскохозяйственного производства: при производстве продукции животноводства (№ 89 от 28 декабря 2007 г.); при производстве и послеуборочной обработке продукции растениеводства (№ 36 от 15 апреля 2008 г.); по охране труда при хранении, транспортировке и применении средств защиты растений в сельском хозяйстве (№ 5 от 23 января 2009 г.); при проведении работ по возделыванию, уборке и подготовке льна к переработке (№ 2 от 18 февраля 2011 г.); при производстве молочных продуктов (№ 15 от 16 марта 2011 г.); по охране труда в ветеринарных лабораториях; при ремонте, техническом обслуживании и постановке на хранение сельскохозяйственных машин, агрегатов и оборудования и др.

Утверждены Типовые инструкции для организации и проведения отдельных видов работ: при работе в резервуарах и подземных сооружениях, эксплуатации и ремонте открытой и закрытой оросительной и осушительной сети и др. Разработаны Примерные инструкции по охране труда при работе с пестицидами и агрохимикатами, при силосовании и сенажировании кормов, при кошении трав, при выполнении сельскохозяйственных работ несовершеннолетними учащимися.

Для защиты организма от попадания пестицидов через органы дыхания, кожу и слизистые оболочки все работающие с химическими веществами должны обеспечиваться средствами индивидуальной защиты в соответствии с Постановлением Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь от 26 сентября 2003 г. № 107 «Об утверждении Типовых отраслевых норм бесплатной выдачи средств индивидуальной защиты работникам сельского и водного хозяйства».

Вместе с тем состояние условий и охраны труда на сельскохозяйственном производстве продолжает оставаться сложной социально-экономической проблемой. Ежегодно при несчастных

случаях на производстве работники получают травмы, погибают. Нарушения требований по охране труда по-прежнему имеют распространенный характер. Значительное число работников продолжает работать во вредных и (или) опасных условиях труда.

Обеспечение стабильности и безопасности социально-трудовой сферы требует принятия мер, направленных на создание более действенного механизма экономической заинтересованности субъектов хозяйствования в улучшении условий и повышении безопасности труда, совершенствовании защиты трудовых прав граждан.

Несмотря на значительный массив нормативных правовых актов, регулирующих отношения в области охраны труда, целесообразно совершенствование правовой базы обеспечения охраны труда в сельском хозяйстве. Видится необходимость в ратификации нашей республикой Конвенции № 184 «О безопасности и гигиене труда в сельском хозяйстве» 2001 г. Утвержденная Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 29 июня 2010 г. № 982 Республиканская целевая программа по улучшению условий и охраны труда на 2011–2015 годы требует должной реализации мероприятий.

Развитие законодательства в области охраны труда, внедрение новых технологий и техники, применение в производстве современных материалов обуславливают необходимость совершенствования обучения и повышения квалификации работников, совершенствования порядка обеспечения работников средствами индивидуальной защиты. Сельскохозяйственным организациям следует оказывать помощь по внедрению систем управления охраной труда, обеспечивающих предупреждение травм и аварий на производстве, методическую помощь по разработке локальных нормативных правовых актов, регламентирующих вопросы безопасности труда.

Следует также более широко применять современные информационные технологии для пропаганды и ресурсного обеспечения охраны труда, создания автоматизированных систем учета и анализа данных по вопросам условий и охраны труда.

Целесообразно активно применять профилактические мероприятия и стимулирующие меры по обязательному страхованию от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний. Законодательство, регулирующее механизмы его осуществления, находится в настоящее время в стадии становления, ограничено по составу субъектов нормотворчества и имеет универсальный характер, не учитывающий в своем содержании ни отраслевой специфики, ни многообразия организационно-правовых форм юридических лиц, в т.ч. осуществляющих хозяйственную деятельность в аграрной сфере.

В системе Минсельхозпрода функционирует широкий круг субъектов хозяйствования, различных организационно-правовых форм, форм собственности и направлений деятельности. Эти субъекты хозяйствования занимаются выращиванием, переработкой, хранением,

транспортировкой, реализацией сельскохозяйственной продукции и продуктов её переработки; выведением сортов растений; производством, заготовкой и реализацией семян; выведением пород животных и птицы; рыбоводством; бортничеством; проведением мероприятий против инфекционных заболеваний скота и птицы; производством ветеринарных препаратов; деятельностью по производственно-техническому обслуживанию и материально-техническому снабжению агропромышленного комплекса, по агрохимическому обслуживанию сельского хозяйства; выполнением работ по мелиорации и др. Кроме того, в данную систему включены организации, осуществляющие издательскую и полиграфическую деятельность, обеспечивающие предоставление всех видов образования и находящиеся в ведении Минсельхозпрода [7]. Зачастую рассматриваемые субъекты хозяйствования помимо основных видов деятельности осуществляют и иные (вспомогательные, сопутствующие).

При столь насыщенном разнообразии направлений деятельности субъектов хозяйствования в аграрной сфере страхование (сочетание различных его видов) представляется универсальным средством обеспечения общей экономической безопасности и стабильности, развития предпринимательства, эффективной защиты от статических и динамических рисков, а также реализации социальной политики. В числе видов обязательного страхования, осуществляемых субъектами хозяйствования в аграрной сфере, отметим обязательное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний.

Учитывая, что уровень производственного травматизма в аграрной сфере традиционно высок, обязательное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний в общей системе страхования в аграрной сфере представляется обладающим наибольшим потенциалом, реализация которого зависит от разработки и правовой регламентации научно обоснованной методики выявления и оценки рисков и, что наиболее важно, соответствующей им системы превентивных мероприятий, осуществляемых за счет средств данного вида страхования и учитывающих специфику субъекта — как отраслевую, так и организационно-правовую.

Следует отметить, что указанные выше субъекты хозяйствования в аграрной сфере, являясь нанимателями (по трудовым договорам (контрактам)) или лицами, поручающими выполнение физическими лицами оплачиваемых работ (по гражданско-правовым договорам и иным основаниям), выступают по обязательному страхованию от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний страхователями. И упомянутая универсальность законодательства о данном виде страхования при сложившемся в стране уровне правовой

грамотности становится потенциальным препятствием для надлежащей реализации его механизмов.

Высокий уровень производственного травматизма в аграрной сфере, обусловленный совокупностью факторов, в то же время выступает показателем неэффективной реализации превентивных механизмов обязательного страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний. В связи с этим, наряду с активизацией просветительской деятельности, представляется целесообразным совершенствование нормативно-правового регулирования механизмов осуществления данного вида страхования в аграрной сфере в двух направлениях. Во-первых, необходима отраслевая адаптация законодательства о данном виде страхования путем создания комплекса соответствующих постановлений Минсельхозпрода, регламентирующих механизмы взаимодействия данного министерства и подведомственных ему субъектов хозяйствования с уполномоченными органами государственного управления, иными организациями. Целесообразно конкретизировать возникающие при этом права, обязанности субъектов, осуществляющих деятельность в аграрной сфере, применительно к её специфике в случаях:

1) расследования и ведения учета несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний;

2) ведения статистики и анализа причин несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний;

3) разработки, организации и осуществления компенсационных и превентивных мероприятий;

4) получения и расходования на данные мероприятия денежных средств из фонда предупредительных (превентивных) мероприятий по обязательному страхованию от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний;

5) контроля и анализа экономической, социальной эффективности расходования указанных средств.

Во-вторых, необходима разработка и утверждение системы типовых (примерных) форм локальных нормативных правовых актов, необходимых и достаточных для применения субъектами, осуществляющими хозяйственную деятельность в аграрной сфере. Внедрение указанных типовых (примерных) форм предполагает осуществление Минсельхозпродом и иными уполномоченными органами государственного управления, организациями массовой, непрерывной, доступной консультационно-разъяснительной работы среди субъектов хозяйствования. Поскольку указанные формы будут учитывать специфику видов осуществляемой деятельности и организационно-правовой формы субъектов хозяйствования, постольку принятые на их основе локальные нормативные правовые акты станут правовой основой реального участия субъектов хозяйствования в

надлежащей реализации механизмов обязательного страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, важнейшим из которых видится предотвращение производственного травматизма и профессиональных заболеваний.

Таким образом, комплексный системный подход к решению проблем охраны труда в сельскохозяйственном производстве, дальнейшее совершенствование законодательства в этой области, осуществление профилактических мер позволят предупредить и минимизировать последствия производственного травматизма и профессиональной заболеваемости.

Список использованных источников

1. Об охране труда: Закон Республики Беларусь от 23.06.2008 г. [Электронный ресурс] / Эталон–Беларусь / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. — Мн., 2015.
2. Семич, В. П. Экзамен по охране труда [Текст]: практ. пособ. / В. П. Семич, А. В. Семич. — Мн.: Центр охраны труда и промышленной безопасности, 2006. — 348 с.
3. Семенков, В. И. Сочетание государственного и договорного регулирования при реализации прав работников в области охраны труда [Текст] / В. И. Семенков // Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исследований Респ. Беларусь; редкол.: В. И. Семенков (гл. ред.) [и др.]. — Мн.: Белпринт, 2014. — Вып. 9. — С. 481–493.
4. Курылева, О. С. Теоретические вопросы института охраны труда в трудовом праве Республики Беларусь [Текст] / О. С. Курылева // Правовое обеспечение инновационного развития экономики Республики Беларусь: материалы Междунар. науч.-практ. конф. (21–22 октября 2010 г., г. Минск) / редкол.: И. Н. Колядко (гл. ред.) [и др.]. — Мн.: Позитив-центр, 2010. — С. 279–281.
5. Семенков, В. И. Охрана труда в СССР: правовые проблемы [Текст] / В. И. Семенков; Акад. наук БССР, Ин-т философии и права. — [2-е изд., перераб. и доп.] — Мн.: Наука и техника, 1976. — 287 с.
6. Курс трудового права. Общая часть [Текст] / А. А. Войтик и др.; под ред. О. С. Курылевой, К. Л. Томашевского. — Мн.: Тесей, 2010. — 602 с.
7. Положение о Министерстве сельского хозяйства и продовольствия Республики Беларусь: утв. постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 29.06.2011 г. № 867 [Электронный ресурс] / Эталон–Беларусь / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. — Мн., 2015.



ХУДЕНКО Олександр Олександрович,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна

ХАРАКТЕРИСТИКА ТА ВИДИ ОБМЕЖЕНЬ, ЯКІ СПРЯМОВАНІ НА ПОДІЛ РИНКУ, В УЗГОДЖЕНИХ ДІЯХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Поділ ринку між суб'єктами господарювання вважається незаконним та таким, що суперечить антимонопольній політиці. Однак діяння, які з позицій законодавства про захист економічної конкуренції підпадають під визначення поділу ринку, з метою ефективного розпоряджання правами інтелектуальної власності дуже часто застосовуються на практиці. Антимонопольний комітет України, в свою чергу, переконаний, що «поширення будь-якої практики діяльності суб'єктів господарювання у будь-яких часових та географічних межах не є підтвердженням правомірності такої практики» [1].

Оскільки ринок складається з суб'єктів, на ньому представлені певні товари (товарні групи) і він завжди охоплює певну територію, то і види обмежень, які спрямовані на поділ ринку, доцільно визначати за цими критеріями.

Такі горизонтальні обмеження досить часто зустрічаються в угодах про спеціалізацію. А щодо прав інтелектуальної власності Регламент ЄС про деякі категорії угод про спеціалізацію, який встановлює для них умови поширення групового винятку, вказує на таке: «Передбачений виняток [...] повинен застосовуватися до угод про спеціалізацію, що містять положення, які пов'язані з передачею або ліцензуванням прав інтелектуальної власності одному або декільком сторонам, за умови, що ці положення не становлять основного предмету таких домовленостей, але прямо пов'язані і необхідні для їх виконання» [2, р. 46]. Хоча варто зауважити, що розподіл ринків у розумінні цього Регламенту є жорстким обмеженням [2, р. 46].

З приводу вертикальних обмежень, які спрямовані на поділ ринку, Х. Ховенкамп та інші вказують на те, що «обмеження, які були предметом антитрастових спорів, загалом накладали значні обмеження на перепродаж на територіях або покупцям, припускаючи, що це зазвичай зменшує конкуренцію між дилерами. Прикладами є вертикальні обмеження, які дозволяють дилеру розташовуватися лише у визначеній місцевості, визначають території продажів для дистриб'юторів або продажі персоналу, який може переміщатися до

своїх клієнтів, забороняти здійснювати продажі поштою або обмежувати перепродавця конкретними групами споживачів» [3, р. 24–83].

К. В. Смирнова доречно звертає увагу на те, що «факти порушення, які ґрунтуються на праві промислової власності, не є угодами в розумінні ст. 101 ДФЄС. Вони просто відповідають застосуванню його власником права. Однак, якщо такі дії розпочато з метою поділення ринку, їх можна розглядати як ознаку існування угоди» [4, с. 53].

Спробуємо згрупувати обмеження, які спрямовані на поділ ринку за критеріями суб'єктів, товарів та території:

1) обмеження, які спрямовані на поділ ринку за його суб'єктами. До таких суб'єктів перш за все необхідно віднести споживачів (клієнтів), постачальників (продавців) і виробників.

Очевидно, що прийняття таких обмежень не впливає з природи прав інтелектуальної власності, але сприяє їх ефективнішому розпоряджанню.

Такі обмеження щодо споживачів (клієнтів) у більшості випадків є «голими», й аргументи на їх користь можуть бути знайдені лише у випадках структурованості самих споживачів (жінки/чоловіки, діти/дорослі тощо) або для підтримання ексклюзивності (певна група клієнтів, які цінують можливість вирізнитися з-поміж інших). Тим не менш, як зазначає Л. Н. Семенова, такий розподіл ринку «не дозволяє клієнту одержувати вигоду від конкуренції між постачальниками» [5, с. 39].

Поділ ринку за постачальниками (продавцями) здійснюється переважно між дилерами. Обмеження, які включаються до дилерських угод, можуть полягати в уникненні змагання між іншими дилерами або закріплення за ними певної території продажів. Прикладом є дилерська мережа компанії ЛІГА:ЗАКОН, яка спрямована на розповсюдження інформаційно-аналітичного програмного забезпечення [6].

У франчайзингових договорах може застосовуватися «умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) [...]» (ч. 3 ст. 1122 Цивільного кодексу України). Таким чином, франчайзер має змогу диференціювати споживачів або канали збуту між декількома франчайзі для підвищення сукупної ефективності франчайзингової мережі.

Поділ ринку за виробниками може здійснюватися в контексті запровадження торговими мережами власної торгівельної марки. «Власна торгова марка (ВТМ), або *Private Label* (англ.), — це марка товару, ексклюзивно представлена в торговій мережі. Продукти, які випускаються під власною торговою маркою, можуть бути різноманітними: від питної води, сезонної консервації до серветок і одноразового посуду. ВТМ є ініціативою мережі роздрібною торгівлі, яка

бере на себе розробку, контроль над виробництвом та якістю продукту. Власне виробництвом товарів для мережі займається велике коло компаній: від великих провідних виробників (P&G, Unilever, Nestle та ін.) до невеличких спеціалізованих господарств. Товари ВТМ можуть випускатися під маркою мережі або мати власну назву» [7].

Прикладом власної торгівельної марки в Україні є Премія ТМ (свідоцтво на знак для товарів і послуг № 84074 [8]), яка «була започаткована у 2006 році для всіх торговельних мереж Fozzy Group, і сьогодні вона демонструє асортимент із понад 1 800 найменувань у більше ніж 300 різних категоріях товарів середнього цінового сегмента» [9].

Антимонополийний комітет України в рішенні по справі про інформаційний обмін між торговими мережами зазначив, що «у торговельних мережах скорочується асортимент товару внаслідок заповнення торговельними мережами полиць власними товарними марками — *Privat Label*, що за відсутності механізмів рівноправного узгодження інтересів торговельних мереж і національних постачальників створює передумови для скорочення асортименту» [1].

Таке твердження є поверхневим та однобічним, адже скороченню асортименту передують перекриття каналів збуту, а не запровадження власних торгових марок. Власна торгова марка не має здатності витіснити інших виробників, вона лише підтверджує субсидіарну відповідальність торгової мережі за якість товару.

Тим не менш, оскільки ініціатором поширення власної торгової марки на певний товар виступає саме торгова мережа, існують значні складнощі в отриманні доступу до неї. Особливо складно отримати названий доступ у разі, якщо торгова мережа вже відібрала достатню кількість виробників для певного товару чи товарної групи під власною торговою маркою.

Крім того, торгова мережа може вимагати встановлення ексклюзивних відносин з виробниками, які працюють під її власною торговою маркою. За таких обставин антиконкурентні ризики значно зростають, адже торгівлі мережі таким способом розділяють між собою виробників;

2) обмеження, які спрямовані на поділ ринку за товарами. Ринок включає товари і їх замітники, що складають у цілому його товарні межі. Товарні межі ринку відповідно до Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку (далі — Методика) визначаються як «товар (товарна група), сукупність схожих, однорідних предметів господарського обороту, в межах якої споживач за звичайних умов може перейти від споживання певного виду предметів господарського обороту до споживання іншого» [10].

І. І. Дахно зазначає, що «в ліцензійних угодах можна включати, наприклад, положення про те, що ліцензіат буде поставляти продукцію

для побутового використання, а ліцензіар — для промислового або офісного використання» [11, с. 163].

Об'єкти інтелектуальної власності можуть бути використані в багатьох товарах. Наприклад, запатентований спосіб виготовлення ювелірних виробів може бути застосованим у каблучках, ланцюжках, підвісках, запонках тощо. При цьому ці вироби можуть бути з золота, срібла або платини. Тому можна зробити обґрунтоване припущення, що патентовласник буде готовим дозволити використання свого патенту лише в певній групі товарів.

Саме угоди про спеціалізацію можуть найбільше сприяти такому поділу. Регламент ЄС про спеціалізацію визначає, що «угоди про спеціалізацію у виробництві зазвичай стосуються вдосконалення виробництва або дистрибуції товарів, якщо сторони мають взаємодоповнюючі можливості, активи або види діяльності, адже вони можуть зосередитися на виробництві певної продукції і таким чином працювати більш ефективно та постачати продукцію дешевше» [2, р. 43]. Таким чином, повертаючись до попереднього прикладу, якщо виробник — власник запатентованого способу виготовлення ювелірних виробів надасть виключну ліцензію на виготовлення його способом каблучок іншому виробникові, то в такому разі можна зробити припущення про фактичне існування між ними угоди про односторонню спеціалізацію, укладеної за допомогою надання обмеженого права використання об'єкта інтелектуальної власності.

Обмеження, які використовуються в угодах про плату за утримання (угод про протилежну оплату), також можна віднести до обмежень, які спрямовані на поділ ринку за товарами;

3) обмеження, які спрямовані на поділ ринку за територією. Територіальне обмеження є властивим для прав інтелектуальної власності. Охоронний документ, виданий однією державою, є чинним тільки на її території. У праві промислової власності є певні механізми, які допомагають заявникам одночасно отримати правову охорону на території декількох держав, але це не ставить під сумнів територіальний характер прав інтелектуальної власності.

Ринок товару також має географічні межі. Відповідно до Методики «територіальні (географічні) межі ринку — територія зі сферою взаємовідносин купівлі-продажу товару (групи товарів), у межах якої за звичайних умов споживач може легко задовольнити свій попит на певний товар і яка може бути, як правило, територією держави, області, району, міста тощо або їхніми частинами» [10].

Застосування такого обмеження в горизонтальних узгоджених діях може містити в собі ризик обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, якщо визначені учасниками межі ринку вужчі, ніж територія правової охорони об'єкта інтелектуальної власності.

При вертикальних узгоджених діях такі обмеження повинні втрачати свою силу після першого продажу товару, але навіть у випадку підтримання цього обмеження необхідно мати серйозні аргументи на їх користь (зростання нецінової конкуренції, ефективна дистрибуція тощо).

У договорах франчайзингу може застосовуватися «умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) [...] виключно покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання) на території, визначеній у договорі» (ч. 3 ст. 1122 Цивільного кодексу України). Така законодавча умова є некоректною, оскільки продавець не може відмовляти у продажі товарів покупцям з «позадовірних» територій. Франчайзі може не продавати товари на позадовірних територіях або не здійснювати поставки на такі території. Умова про недопустимість продажу товару покупцю, який має місцезнаходження (місце проживання) на позадовірній території, суперечитиме змагальним принципам господарювання в Україні, а саме вільному руху капіталів, товарів та послуг (ч. 1 ст. 6 Господарського кодексу України).

Необхідно викласти ч. 3 ст. 1122 Цивільного кодексу України таким чином, щоб виключити слова «покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання)», а саму частину 3 названої статті викласти в такій редакції: «Умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) або виключно на території, визначеній у договорі».

Поділяючи погляди Х. Ховенкампа та інших, узагальнимо визначені ними переваги обмежень, які спрямовані на поділ ринку таким чином [3, р. 33–8, 33–9]:

1) вони можуть слугувати для гарантування учасникам достатнього обсягу торгівлі, щоб досягнути вигідного масштабу. При збільшенні інвестиційних стимулів, такі угоди збільшують також випуск;

2) територіальні або товарні обмеження можуть бути необхідними на ринках, де загальна продукція повинна управлятися одним суб'єктом господарювання;

3) такі обмеження можуть заохочувати до ліцензування, яке не здійснювалося б за інших обставин. На наше переконання, це одна з найголовніших переваг досліджуваних обмежень;

4) поділ ринку може сприяти контролю за проблемою «безбілетників» (*free riders*).

Специфіку загроз для конкуренції внаслідок застосування таких обмежень згадані вище автори зводять до такого [3, р. 33–11, 33–12]:

1) якщо члени картелю мають різні витрати або виробляють диференційовану продукцію, для них може бути складно домовитися

про єдину картельну ціну, але при угоді про поділ ринку немає потреби в угоді про ціну;

2) коли для змови компаній перевірка цін одна в одній може викликати складнощі, то продажі за межами встановленої території можуть бути легко помічені;

3) поділ ринку використовують значно частіше для обмеження потенційної конкуренції, а не наявної;

4) на додаток до неконкурентних цін, угоди про поділ ринку можуть становити значну загрозу для конкуренції інновацій.

Тим не менш, як зазначає І. І. Дахно, «якщо справжньої метою патентної ліцензії є розподіл ринку між конкурентами, а передача технології в межах ліцензії є лише прикриттям такого розподілу, то доктрина «підпорядкованих обмежень» (*ancillary restraints*) не може застосовуватися для виправдання порушень антитрастового законодавства» [11, с. 160–161].

Отже, такі обмеження в своїй більшості дозволяють забезпечити ефективне розпорядження правами інтелектуальної власності. При цьому обмеження, які спрямовані на поділ ринку, можуть створити сприятливе середовище для змови. Однак можливість використання подібних обмежень підтримує в ліцензіара стимули до ліцензування.

Список використаних джерел

1. Витяг з рішення Антимонопольного комітету України від 29.04.2015 р. № 182–р [Електронний ресурс] / Антимонопольний комітет України. — URL : <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=113528>.
2. Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements [Text] // Official Journal. — 2010. — L 335. — 18.12.2010. — pp. 43–47.
3. IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law [Text] / Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, Mark A. Lemley, Christopher R. Leslie. — [2nd ed.]. — New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2013. — 2096 p.
4. Смирнова, К. В. Антимонопольне право Європейського Союзу [Текст] : навч. посіб. / К. В. Смирнова. — Черкаси : Відлуння-Плюс, 2011. — 186 с.
5. Семенова, Л. Н. Антимонопольне і конкурентне право [Текст] : курс лекц. / Л. Н. Семенова. — К. : Вид-во Європ. ун-ту фінансів, інформ. систем, менеджменту і бізнесу, 1999. — 136 с.
6. Стань дилером сейчас — льготные условия для старта! [Електронний ресурс] / ЛІГА:ЗАКОН. — URL : <http://www.ligazakon.ua/dealers/action>.
7. Що таке Власна Торгова Марка (ВТМ) [Електронний ресурс] / Спільнота Власна торговельна марка «Премія» ®. — URL : <http://hotline.premiya.ua/article/details/id/2758>.
8. База даних «Зареєстровані в Україні знаки для товарів і послуг». [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Український інститут інтелектуальної власності» (Укрпатент). — URL : <http://base.uipv.org/searchBUL/search.php?dbname=certtm>.

9. «Премія»® — якість за розумною ціною! [Електронний ресурс] / Спільнота Власна торговельна марка «Премія»®. — URL : <http://hotline.premiya.ua/article/details/id/2761>.
10. Про затвердження Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку: розпорядження Антимонопольного комітету України від 05.03.2002 р. [Текст] // Офіційний вісник України. — 2002. — № 14. — Ст. 778.
11. *Дахно, И. И.* Интеллектуальная собственность в США. Англо-русский глоссарий по интеллектуальной собственности [Текст] / И. И. Дахно. — К. : Центр учебной литературы, 2012. — 280 с.



ЖАРКО Ольга Григорівна,

*Київський кооперативний інститут бізнесу і права,
м. Київ, Україна*

ЦИВІЛЬНІ ПРАВОВІДНОСИНИ СПІВАВТОРСТВА

За роки становлення незалежності України значною мірою покращилося загальне ставлення до об'єктів інтелектуальної власності, виникло розуміння економічного значення результатів творчої праці особи. Серед об'єктів права інтелектуальної власності визначне місце займають твори, створені у співавторстві. У сучасних умовах розширюється коло творчих відносин, які виникають з приводу реалізації співавторами особистих майнових та немайнових прав. Це свідчить про те, що у сучасному світі творчий процес у відносинах співавторства стає цінним продуктом діяльності людини не лише з морально-духовної, а й з економічної точки зору.

Роль інтелектуальної власності для соціального, економічного та культурного розвитку держави є надзвичайно велика і потребує з боку держави створення найсприятливіших умов для реалізації творчої діяльності у сфері інтелектуальної власності, а також закріплення принципів забезпечення й охорони особистих майнових і немайнових прав авторів.

Авторське право як інститут цивільного права регулює відносини щодо здійснення та охорони прав інтелектуальної власності на літературний, художній та інший твір. Автором вважається фізична особа, яка своєю творчою працею створює види творів. Автор — первинний суб'єкт авторського права. Право авторства — це право вимагати визнання свого авторства, яке юридично фіксує факт створення твору певною особою. Право авторства дає можливість

протидіяти оспоруванню дійсного авторства, вимагати його визнання в судовому порядку, захищатися від плагіату.

Як правило, автором твору виступає одна особа, яка володіє всіма майновими і немайновими правами на твір відповідно до чинного законодавства України. Проте в деяких випадках у творчому процесі при створенні певного виду твору беруть участь декілька осіб — співавторів. Відповідно до ст. 436 Цивільного кодексу України [1] і ст. 13 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [2] співавторами є особи, спільною творчою працею яких створено твір, і, відповідно, авторське право на твір, створений у співавторстві, належить всім співавторам незалежно від того, чи утворює такий твір одне нерозривне ціле або складається із частин, кожна з яких має самостійне значення.

Першочерговою умовою авторсько-правової охорони будь-якої творчої діяльності виступає об'єктивна форма вираження твору, творчий характер результату інтелектуальної діяльності осіб. Творчість визначається як вид духовної, інтелектуальної діяльності людини, яка характеризується визначальними якостями. Творчість — це своєрідний процес, який зумовлений індивідуальними здібностями творців, об'єктивних явищ, у яких вони працюють, завданнями, що стоять перед творцями та багатьма іншими факторами. Результат творчості породжує щось нове, що відрізняється оригінальністю та унікальністю.

Відповідно до теорії авторського права співавторство існує двох видів — роздільне та нероздільне. До нероздільного співавторства належить таке співавторство, за якого неможливо виокремити певну частину твору, що створена певним співавтором. Тобто, ознака нероздільності не дозволяє використовувати спільний творчий твір окремо в частинах або їх змінювати, оскільки втрачається форма вираження цього твору або цільове призначення такої інтелектуальної діяльності співавторів [3, ст. 316]. У свою чергу, роздільне співавторство дозволяє використовувати ту чи іншу частину твору окремо, не призводячи до зникнення факту співавторства та не порушуючи права авторів на існуючий твір.

Кожен із співавторів зберігає своє авторське право на ту частину твору, яка може використовуватися окремо від твору, що створений у співавторстві. Тобто співавтор частини твору може самостійно надавати дозвіл третім особам на використання своєї частини твору.

Авторське право на твір у цілому, як при роздільному співавторстві, так і при нероздільному співавторстві, здійснюється всіма авторами сумісно. Кожен із співавторів нероздільної творчої праці не може без законних підстав заборонити іншим співавторам будь-якого виду використання твору чи його зміни.

Як правило, між співавторами, що створюють спільною творчою працею конкретний вид твору, укладається угода (договір) про створення спільного твору. Проте така угода не несе правової ознаки

при визначенні права авторства на створений твір, оскільки право авторства визначається фактом творчої участі осіб, що уклали між собою угоду про створення твору.

Аналіз зазначених статей спонукає вказати на правові недоліки регулювання відносин співавторства в Україні. Потрібно розширити визначення співавторства в Законі України «Про авторське право і суміжні права», вказати визначальні умови співавторства при створенні творів спільною працею кількох осіб. Таке вдосконалення законодавства дозволить співавторам ще до моменту створення колективного твору домовитися про особисті права кожного з авторів, а також у разі виникнення розбіжностей або спорів між ними — застосувати відповідну норму закону [4, с. 152–154].

Також для комплексного виокремлення співавторства як складного елементу регулювання цивільно-правових відносин у сфері авторського права слід доповнити законодавство нормою про обов'язкове укладення договору співавторства, в якому будуть визначені всі істотні правові умови використання спільного твору, захист особистих майнових і немайнових прав та інтересів кожного з авторів, а також дозволить максимально уникнути виникнення спорів між авторами. Таке покращення відносин співавторства дозволить раціонально використовувати, примножувати і всебічно розвивати інтелектуальну власність у процесі створення спільною працею осіб будь-яких видів творів.

Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435–IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — №№ 40–44. — Ст. 356.
2. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. № 3792–ХІІ, у ред. Закону України від 11.07.2001 р. № 2627–ІІІ [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>.
3. Цивільне право [Текст] : підруч. [для студ. юрид. вузів та фак-тів]. — К. : Вентури, 1997. — 544 с.
4. Право інтелектуальної власності. Академічний курс [Текст] : підруч. [для студ. вищих навч. закл.] / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре. 2007. — 696 с.



БЕРЕСТОВА Ірина Еріївна,
*кандидат юридичних наук, доцент,
Верховний Суд України, м. Київ, Україна*

ЩОДО РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРИЗНАЧЕННЯ ПЕНСІЇ ГРОМАДЯНИНОМ УКРАЇНИ, ЯКИЙ ПОСТІЙНО ПРОЖИВАЄ ЗА МЕЖАМИ УКРАЇНИ

Законодавчо визначене *право громадян України на пенсійне забезпечення*, яке, безумовно, включає в себе вікові рамки виходу на пенсію, мінімальні строки трудового, страхового стажу, необхідні для призначення та отримання пенсії у розмірі, встановленому законом, є органічною складовою конституційного права громадян на соціальний захист, визначеного ст. 46 Конституції України.

Громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, старості та в інших випадках, передбачених законом. Це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними. Пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом.

Зміст та обсяг права громадян на пенсійне забезпечення полягає у їх матеріальному забезпеченні шляхом надання трудових і соціальних пенсій, тобто щомісячних пенсійних виплат відповідного розміру, в разі досягнення особою передбаченого законом віку чи визнання її інвалідом або отримання членами її сім'ї цих виплат у визначених законом випадках.

Відповідно до частини першої ст. 92 Закону України «Про пенсійне забезпечення» від 5 листопада 1991 р. № 1788–ХІІ (Закон № 1788–ХІІ) громадянам, які виїхали на постійне проживання за кордон, пенсії не призначаються. Таким чином, конституційне право громадян на соціальний захист поставлено в залежність від обрання ними місця свого постійного проживання.

Водночас питання щодо залежності реалізації конституційного права громадян на соціальний захист від місця постійного їх проживання вже було предметом розгляду Конституційного Суду України (КСУ). Так, 19 грудня 2008 р. Верховний Суд України звернувся до КСУ з конституційним поданням щодо відповідності

Конституції України (конституційності) положень п. 2 ч. 1 ст. 49 та речення другого ст. 51 Закону України від 9 липня 2003 р. № 1058-IV «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» (Закон № 1058-IV).

За результатами розгляду зазначеного конституційного подання приписи п. 2 ч. 1 ст. 49, речення другого ст. 51 Закону № 1058-IV, що передбачають припинення виплати пенсії на весь час проживання (перебування) пенсіонера за кордоном, якщо інше не передбачено міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) (рішення КСУ від 7 жовтня 2009 р. № 25-рп/2009 у справі № 1-32/2009).

Слід звернути увагу, що у цьому рішенні КСУ, зокрема, зазначив: «Конституційне право на соціальний захист включає і право громадян на забезпечення їх у старості. Пенсія за віком, за вислугу років та інші її види, що призначаються у зв'язку з трудовою діяльністю, заслужені попередньою працею і є однією з форм соціального захисту. Цим визначається зміст і характер обов'язку держави стосовно тих громадян, які набули право на одержання пенсії... Крім того, Україна гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами (ч. 3 ст. 25 Конституції України)... Виходячи із правової, соціальної природи пенсій право громадянина на одержання призначеної йому пенсії не може пов'язуватися з такою умовою, як постійне проживання в Україні; держава відповідно до конституційних принципів зобов'язана гарантувати це право незалежно від того, де проживає особа, якій призначена пенсія, — в Україні чи за її межами».

Аналізуючи вищезгадане рішення КСУ, можна зробити висновок, що пенсія за віком є формою соціального захисту, яка пов'язана насамперед з попередньою трудовою діяльністю та трудовими заслугами особи і не може ставитися в залежність від місця проживання особи. Тобто КСУ окреслив суттєві умови, які впливають на право на отримання пенсії взагалі, і визначив місце проживання як ознаку, що не повинна впливати на реалізацію такого права, зокрема такої його складової, як перерахунок пенсії.

Разом з тим у практиці Вищого адміністративного суду України існують випадки виникнення у колегій суддів сумнівів щодо можливості чи неможливості застосування вищезазначеного рішення КСУ певною мірою аналогічних правових ситуаціях, а саме: залежність реалізації громадянами свого права на соціальний захист (права на призначення пенсії) від такої обставини, як обрання ними місця проживання.

Різниця між правовою ситуацією Вищого адміністративного суду України та ситуацією, яка була предметом дослідження КСУ в рамках справи № 1-32/2009, полягає в тому, що вже визнані

неконституційними норми закону встановлювали неможливість подальшого отримання призначеної пенсії, а в цьому випадку мова йде про неможливість навіть її призначення, проте з тієї ж підстави.

Пенсійні правовідносини є одним із видів суспільних відносин і особливою формою здійснення права на пенсію. Пенсійні правовідносини розглядаються як особлива форма соціальної взаємодії, що об'єктивно виникає в суспільстві відповідно до закону, учасники якої мають взаємні кореспондуючі права — обов'язки і реалізують їх з метою задоволення своїх потреб та інтересів в особливому порядку, який не заборонений державою чи гарантований і охороняється нею в особі певних органів.

Аналізуючи пенсійні правовідносини, необхідно підкреслити, що ці відносини характеризуються такими етапами функціонування:

1) право на призначення пенсії, яке виступає первинним щодо наступних етапів;

2) право на отримання пенсії;

3) право на перерахунок розміру пенсії.

Вирішуючи окреслену проблему щодо неможливості призначення пенсії громадянам України, які постійно мешкають за межами України, слід зауважити про необхідність системного розуміння і застосування положень законів № 1788–XII і № 1058–IV, оскільки різними законами регулюються різні етапи одного правовідношення: конкретного пенсійного правовідношення між людиною і державою.

Частина 1 ст. 92 Закону № 1788–XII створює ситуацію, коли громадянин, який досяг пенсійного віку та має право на призначення пенсії, пов'язане з його попередньою трудовою діяльністю, може бути позбавлений цього заслуженого права на соціальний захист тільки в зв'язку з обранням ним іншого місця постійного проживання, хоча така обставина, відповідно до рішення КСУ від 7 жовтня 2009 р. № 25–рп/2009 не може створювати будь-який вплив на реалізацію такого права.

Тому, на нашу думку, існує можливість застосування аналогії права, висловленого в рішенні КСУ від 7 жовтня 2009 р. № 25–рп/2009. Так, відповідно до ч. 7 ст. 9 КАС України в разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, який регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права).

Враховуючи те, що КСУ вже визнав неконституційними положення про припинення виплати пенсії на весь час проживання (перебування) пенсіонера за кордоном, якщо інше не передбачено міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, вважаємо, що при призначенні пенсій громадянам, які виїхали на постійне проживання за кордон, має бути

застосована аналогія права. Таке розуміння впливає з конституційних принципів і загальних засад права. Пенсійні провідносини — цілісний триваючий процес, у якому право на призначення пенсії є первинним, а право на її виплату — похідним. Водночас ці права ідентичні та взаємозалежні, адже без призначення пенсії не може виникнути право на її виплату.

Згідно із ч.ч. 1 та 2 ст. 43 Конституції України кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності.

У рішенні КСУ від 29 січня 2008 р. № 2–рп/2008 зазначено, що право заробляти собі на життя є невід’ємним від права на саме життя, оскільки останнє є реальним лише тоді, коли матеріально забезпечене (абз. 2 підп. 6.1.1 мотивувальної частини).

Вважаємо, що аналогічне твердження повинно застосовуватися при реалізації права на призначення пенсії як невід’ємної складової природного права на життя особи пенсійного віку. Тому незалежно від подальшого місця проживання громадянин має такі самі можливості для реалізації свого права на пенсію, як і громадянин, який проживає на території України.

На підтвердження зазначеного слід навести рішення Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) у справі *Пічкур проти України*, яке набуло статусу остаточного 7 лютого 2014 р. Як зазначив ЄСПЛ «у цій справі право на отримання пенсії як таке стало залежним від місця проживання заявника, що призвело до ситуації, в якій заявник, пропрацювавши багато років у своїй країні та сплативши внески до системи пенсійного забезпечення, був зовсім позбавлений права на пенсію лише на тій підставі, що він більше не проживає на території України» (п. 51). У п. 54 цього рішення ЄСПЛ установив, що вищезазначених міркувань йому достатньо для висновку про те, що різниця у поводженні, на яку заявник скаржився, порушувала ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до якої користування правами та свободами, визнаними в цій конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою — статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або за іншою ознакою, у поєднанні зі ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, якою передбачено право кожної фізичної або юридичної особи мирно володіти своїм майном та закріплено, що ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

Рішення ЄСПЛ є джерелом права та обов'язковими для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Суди при розгляді справ зобов'язані застосовувати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та враховувати практику ЄСПЛ як джерело права відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

Таким чином, пенсійні правовідносини є цілісними та виникають з об'єктивних причин, включають у себе право на призначення, право на отримання та право на перерахунок пенсії. Якщо КСУ сформував правову позицію щодо права на отримання пенсії, очевидним є його бачення стосовно права на її призначення як первинного права в пенсійних правовідносинах.

Крім того, рішення КСУ є єдиним цілісним та неподільним юрисдикційним актом. Відповідно і законна сила судового рішення — єдине та неподільне правове явище, оскільки окремі частини судового рішення (вступна, описова, мотивувальна, резолютивна) не можуть набути законної сили. Тому, незважаючи на відсутність у резолютивній частині рішення КСУ від 7 жовтня 2009 р. № 25–рп/2009 посилання на ст. 92 Закону № 1788–ХІІ, закріплення у мотивувальній частині цього ж рішення твердження, відповідно до якого право громадянина на одержання призначеної йому пенсії не може пов'язуватися з такою умовою, як постійне проживання в Україні, є позицією КСУ щодо підходів до права громадянина на пенсію (у тому числі право на її призначення) і пов'язаність з умовою постійного проживання.



Розділ 5

ADR У СИСТЕМІ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ПРИВАТНОГО ПРАВА. МОДЕРНІЗАЦІЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

ИСАЕНКОВА Оксана Владимировна,

доктор юридических наук, профессор,

Саратовская государственная юридическая академия,

г. Саратов, Российская Федерация

РАЗВИТИЕ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ СПОСОБОВ РАЗРЕШЕНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ СПОРОВ НА ПОСТСОВЕТСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ: НА ПРИМЕРЕ МЕДИАЦИИ В РОССИИ

Объединение в 2014 году Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, вызвавшее много споров как среди ученых-правоведов, так и среди практикующих юристов, казалось бы, никак не затронуло перспективы развития в России альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров. Однако следующий за объединением высших судебных инстанций новый виток реформирования гражданского судопроизводства, а именно разработка Концепции Кодекса гражданского судопроизводства, который по плану рабочей группы по унификации процессуального законодательства Комитет Государственной Думы Российской Федерации по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству под руководством П. В. Крашенинникова должен соединить в себе гражданский и арбитражный процесс, унифицировав нормы действующих АПК РФ и ГПК РФ [1, с. 2], не мог не всколыхнуть интерес к альтернативным способам разрешения гражданско-правовых споров, а именно их месту в системе инструментов защиты гражданских прав, в гражданском процессуальном праве России.

Между тем, во время обсуждения названного проекта 28 октября 2014 г. в г. Екатеринбурге проблемы регулирования альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров заняли по времени не более получаса, принимая во внимание большое число других, не менее значимых и концептуальных вопросов унификации процессуального законодательства (правовое положение отдельных участников процесса, включение в кодекс гражданского судопроизводства норм об административном судопроизводстве, доказывание и доказательства, судебные акты, стадийность процесса, количество и содержание стадий по пересмотру судебных постановлений и т.п.), мы не можем оставить институт альтернативных

способов разрешения гражданско-правовых споров без заслуженного внимания.

Несмотря на некоторый опыт применения альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров, сформировавшийся после принятия Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193–ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредников (процедуре медиации)» [2, с. 1], и соответствующих изменений в процессуальные кодексы Российской Федерации, процедура медиации и других альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров до сих пор продолжает находиться на начальном этапе своего развития. Состояние альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров, в особенности медиация, до сих пор вызывает активную дискуссию, в том числе на уровне диссертационных исследований, в частности В. М. Беновой на тему «Медиация как альтернативный способ разрешения международных коммерческих споров» [3, с. 3–20], М. С. Нахова — на тему «Медиация как механизм реализации цели гражданского судопроизводства» [4, с. 3–24]. Уже с десятков лет практически ни одна конференция по гражданскому процессу не обходится без докладов и дискуссий по данному вопросу, организуются специализированные конференции, посвященные правовому регулированию и перспективам развития в России альтернативных форм разрешения гражданско-правовых споров [5, с. 42–48]. Опыт современного развития альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров в странах постсоветского пространства чрезвычайно важен тем, что определение места законодательства об альтернативных формах разрешения гражданско-правовых споров в системе современного права должно концептуально сформировать систему правового регулирования и действия альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров, не затормозив реформирование гражданского судопроизводства в этом направлении, с наиболее высоким коэффициентом полезного действия механизма именно урегулирования споров, а не их разрешения и принудительного исполнения вынесенного по итогам такого разрешения акта. Для положительного развития альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров придется изменить отношение нашего общества ко всем альтернативным (по отношению к судебным) способам разрешения споров как к менее надежным, меньше известным и хуже распространенным. Позволим себе все же быть оптимистами, предположив, что указанные недостатки альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров исправимы расширением их применения, которое постепенно сформирует опыт и адаптирует введенный в нашу правовую действительность институт альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров по отношению к другим элементам этой действительности.

Полагаем, что среди всех известных альтернативных форм разрешения гражданско-правовых споров наиболее интересным выступает медиация: «по своей сути есть процесс более глубокий по своему проникновению в истинные причины конфликта, чем судебное разбирательство» [6, с. 6]. В недавних публикациях уже появились сверхоптимистические заявления о глобальном значении медиации, в частности утверждается о создании нового для нашей страны института, «который сумеет в перспективе поменять нравственный климат в стране» [7, с. 31]. Полагаем, что здесь надо говорить об обратном — для реальности распространения медиации как одного из альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров следует сначала скорректировать нравственный климат, убедив социум в предпочтительности примирения по отношению к судебному разрешению споров. И хотя в отношении арбитражных судов на страницах правовых изданий появляются выводы о том, что функция суда по содействию мирного урегулирования спора соответствует основной цели деятельности судов [8, с. 8]; применительно к проекту Концепции Кодекса гражданского судопроизводства невозможно говорить об арбитражном судопроизводстве, так как по названному проекту предполагается его «вливание» в гражданское судопроизводство.

Следует внимательно отнестись к тому, что альтернативные способы разрешения гражданско-правовых споров в их современном понимании для всех государств постсоветского пространства — сравнительно новое правовое явление (хотя, как известно, само по себе урегулирование конфликтов с помощью независимого посредника появилось ранее государственного суда), поэтому нужно учитывать и особенности менталитета. Благая роль альтернативных форм разрешения гражданско-правовых споров сродни призывам Святейшего Патриарха Московского и Всея Руси Кирилла к «нравственному консенсусу», о котором применительно к медиации и иным видам альтернативных форм разрешения гражданско-правовых споров говорят и ведущие ученые-процессуалисты, занимающиеся проблемами примирения в праве [9, с. 76]

Заметим, что в настоящее время определение значения, места в юридической действительности того или иного правового явления зачастую основывается на приоритетных направлениях государственной политики, поощряющих развитие конкретных правовых институтов, и это влияние отражается на перспективности или, наоборот, бесперспективности попыток их внедрения в российское право. Будет весьма наивным верить в то, что политические веяния и даже амбиции отдельных политиков не оказывают влияния на развитие законодательства и практики его применения в государстве; роль юридической науки в этом направлении всегда будет ограничена за счет рекомендательного характера любых научных изысканий в

области правопедения и предложений по совершенствованию действующего законодательства. Однако урезать роль научного подхода к совершенствованию права, особенно в направлении развития альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров, не следует, тем более, что законодатели в настоящее время все таки избегают закрытых обсуждений и скорых принятий кодифицированных и иных значимых для государства и его граждан источников права, организуя их обсуждение среди специалистов той правовой области, которую будет регулировать новый источник права.

Принимая во внимание непосредственную связь альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров с правосудием, именно отсутствие четкой политической стратегии реформирования системы правосудия может привести к предположению о нестабильности законодательства об альтернативных способах разрешения гражданско-правовых споров, по крайней мере, до тех пор, пока не будет окончательной определенности с самой системой правосудия по гражданским делам и принципами ее деятельности.

Наличие вышеупомянутого проекта Концепции Кодекса гражданского судопроизводства Российской Федерации в настоящее время не вносит полной стабильности в рассматриваемый нами вопрос об альтернативных способах разрешения гражданско-правовых споров, несмотря на наличие предложения о введении гл. 15 «Примирительные процедуры. Мирное соглашение». В нормах указанной главы планируется закрепить, что любые лица, содействовавшие примирению сторон (разработчиками проекта приводятся в качестве примера медиаторы, лица, участвовавшие в переговорах), должны сохранять конфиденциальность любой процедуры примирения, однако далее, помимо медиации, в качестве примирительных процедур выделяются только переговоры, сверки расчетов и судебное примирение. Таким образом, необходимо будет установить ограничение принципа гласности в отношении планируемого нового участка судопроизводства — «судебного примирения», но этого в проекте пока мы не видим.

Судя по проекту, где указано на нецелесообразность, учитывая наличие специального закона в данной сфере, определять правила медиации (кроме общих принципов проведения примирительных процедур) в Кодексе гражданского судопроизводства, и невозможность рассматривать судебного примирителя в роли непрофессионального медиатора, работающего в суде, на том основании, что судебное примирение не должно подменять собой процедуру медиации, место норм о медиации фактически оказывается за пределами гражданского процессуального регулирования. Однако наличие оговорки об общих принципах проведения примирительных процедур, которые должны иметь место в кодифицированном процессуальном законе о гражданском судопроизводстве, делает данный тезис небезупречным.

Итак, можно сделать вывод, что продолжающееся реформирование гражданского судопроизводства не устраняет оставшиеся проблемы альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров, а предлагает судебной и иной правоприменительной практике самостоятельно найти пути их решения. В самом общем виде можно выделить следующую основную перспективу развития гражданского и арбитражного процессов: разработка эффективных норм унифицированного источника гражданского процессуального права, регулирующего гражданское судопроизводство в судах общей юрисдикции и арбитражных судах, но с изъятием из предмета регулирования отдельных правоотношений публично-правового характера. При этом основной целью унификации процессов остается обеспечение государством эффективности судопроизводства по гражданским делам, т.е. своевременное вынесение судами законных и обоснованных решений, полная и действенная защита прав, свобод и охраняемых законом интересов всех субъектов. Кроме того, именно новый кодифицированный источник гражданского процессуального права должен содержать конкретные нормы, которые будут стимулировать досудебное примирение между сторонами, придавая большее значение решению задачи примирения сторон гражданско-правовых конфликтов и развитию альтернативных способов разрешения гражданско-правовых конфликтов.

Список использованных источников

1. Проект Концепции Кодекса гражданского судопроизводства. — Екатеринбург, 2014 [Электронный ресурс] / Закон.ru. — URL : <https://zakon.ru/Tools/DownloadFileRecord/1598>.
2. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредников (процедуре медиации): Федеральный закон Российской Федерации от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ [Текст] // Российская газета. — 2010. — 30 июля.
3. *Бенова, В. М.* Медиация как альтернативный способ разрешения международных коммерческих споров [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бенова Виктория Игоревна. — М., 2013. — 171 л.
4. *Нахов, М. С.* Медиация как механизм реализации цели гражданского судопроизводства [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Нахов Максим Сергеевич. — Саратов, 2014. — 203 л.
5. Альтернативные формы урегулирования гражданско-правовых споров [Текст]: материалы Всероссийской научно-практической конференции, 17 декабря 2014 г. / Федеральное гос. бюджетное образовательное учреждение высш. образования «Российский гос. ун-т правосудия», Северо-Кавказский фил. ; [отв. ред. Попова Ю. А.]. — Краснодар : Юг, 2015. — 169 с.
6. *Нахов, М. С.* К вопросу о сущности медиативного соглашения [Текст] / М. С. Нахов // Арбитражный и гражданский процесс. — 2014. — № 3. — С. 6–11.

7. *Бочкова, В. В.* Медиация в России: историко-правовой аспект [Электронный ресурс] / В. В. Бочкова // Вестник образовательного консорциума «Среднерусский университет». Серия: Юриспруденция. — № 3, сентябрь 2014. — <http://www.vestnik-university.su/getfile.php?fid=4>.
8. *Бычков, А. И.* Медиативная оговорка в смешанном договоре [Текст] / А. И. Бычков // Арбитражный и гражданский процесс. — 2012. — № 1. — С. 6–9.
9. *Кузбагаров, А. Н.* Успех разрешения полицией конфликтов на бытовой почве лежит через публичную медиацию [Elektron Resurslar] / А. Н. Кузбагаров // Polis Akademiyasının elmi xəbərləri. — 2014. — № 1 (10). — s. 74–82; Polis akademiyası. — URL : [http://www.pa.edu.az/upload/Polis%20jurnal%20N1-2014-%201\(10\).pdf](http://www.pa.edu.az/upload/Polis%20jurnal%20N1-2014-%201(10).pdf).



КАМЕНКОВ Виктор Сергеевич,

*доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Республики Беларусь,
Белорусский государственный университет,
г. Минск, Республика Беларусь*

МЕДИАЦИЯ ПО ТРУДОВЫМ СПОРАМ В БЕЛАРУСИ И ЗА РУБЕЖОМ

К сожалению, в Беларуси нет российского аналога Федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2007–2012 гг.» [1], где в качестве приоритетного пути совершенствования судостройства названо развитие внесудебных и досудебных способов урегулирования конфликтов, в том числе широкое внедрение медиации в качестве механизма реализации положений законов Российской Федерации, предусматривающих возможность примирения сторон. Тем не менее, в Беларуси медиация развивается реально, последовательно и наступательно, охватывая все новые сферы правоотношений, приблизившись и к трудовым спорам.

Поэтому интересны состояние научной мысли и правового регулирования медиации в трудовом праве, опыт и тенденции применения ее по трудовым спорам в разных правовых системах, причины осторожного отношения, аргументы сторонников и противников медиации в трудовых правоотношениях.

Изучение показывает, что отношение к медиации в трудовом праве со стороны трудового законодательства разных стран, во-первых, удивительное, если не сказать, странное, а во-вторых, неоднозначное и непоследовательное. Определенное расслоение имеется и среди

исследователей обозначенной проблемы. Одни считают, что медиация неприменима в трудовом праве (правда, их незначительное количество) [2, с. 400], другие полагают обратное [3; 4, с. 14–15; 5–8], третьи предлагают предусмотреть особенности медиации по трудовым спорам [9; 10; 11, с. 194].

Хотя принято утверждать, что предрасположенность к посредничеству и медиации заложена изначально в методах трудового права. «Особенности метода трудового права предопределяют возможность самостоятельного разрешения возникающих противоречий участниками трудовых правоотношений без обращения в государственные юрисдикционные органы» [6].

Медиацию называют «...новым перспективным механизмом «мягкого», внесудебного урегулирования конфликтов и споров, возникающих в трудовых отношениях...», способным «... снизить число споров, разрешаемых в суде, снизить конфликтность самой процедуры разрешения индивидуального трудового спора» [12]. К этому следует добавить, что медиация по трудовым спорам приведет также к уменьшению бюджетных расходов на судебное разбирательство этих споров и на принудительное исполнение судебных актов по ним.

Как известно, число трудовых споров в судах значительное и все перечисленные доводы заслуживают внимания. Причем они актуальны на протяжении ряда последних лет, как для Беларуси в целом, так и для регионов. «Количество дел по трудовым спорам в 2011 году уменьшилось, но вместе с тем было разрешено 9 385 дел, или 2,6 % от числа всех, рассмотренных судами. По 5 226 делам требования были удовлетворены, что составило около 72 %. Больше всего удовлетворялись иски по трудовым делам судами Гродненской области — 82 %, меньше всего — по г. Минску — 61 %. Эти данные свидетельствуют о том, что трудовые права граждан продолжают нарушаться ...» [13].

Тем не менее, с одной стороны, посредничество, примирение и арбитраж, как альтернативные формы урегулирования трудовых споров, приветствуются и регулируются в последних концепциях трудового законодательства Беларуси и иных государств. С другой стороны, сама медиация для урегулирования трудовых споров, якобы, не используется.

Так, в Трудовом кодексе Республики Беларусь (ТК Беларусь) [14] установлено, что «... наниматели по соглашению с профсоюзами могут создавать органы примирения, посредничества и арбитража для урегулирования индивидуальных трудовых споров.

Порядок работы органов, указанных в части первой настоящей статьи, определяется сторонами, их создавшими. При этом не должно ограничиваться право работника на судебную защиту» (ст. 251).

Конечно, если думать о реальной медиации по трудовым спорам, то указанные правовые нормы нужно изменять с целью допуска в эту

сферу и профессиональных медиаторов.

Более того, в ТК Беларуси [14] подробно регламентированы отдельные, схожие с медиативными, механизмы и процедуры в отношении коллективных трудовых споров: «Примирительная комиссия» (ст. 380), «Посредничество» (ст. 382), «Трудовой арбитраж» (ст. 382).

В последней редакции ТК Беларуси [15] даже назван исчерпывающий перечень форм рассмотрения коллективных трудовых споров. Они рассматриваются:

- 1) примирительной комиссией;
- 2) с участием посредника;
- 3) в трудовом арбитраже. Рассмотрение коллективного трудового спора примирительной комиссией является обязательным (ст. 379). То есть судебная процедура здесь исключена однозначно.

Но сам термин «медиация» в указанном законодательном акте даже не употребляется, хотя функции примирительной комиссии и посредника по своей сути схожи с функциями медиатора. Правда, упоминается термин «медиатор» в том смысле, что трудовым арбитром не может быть лицо, полномочия которого в качестве медиатора были прекращены в порядке, установленном законодательными актами, по основаниям, связанным с совершением проступков, несовместимых с его профессиональной деятельностью, — в течение трех лет со дня принятия соответствующего решения, если иное не предусмотрено законодательными актами (ст. 384) [14].

Наверное, профессиональным медиаторам должно польстить, что в данном случае их приравнивали по статусу к судьбе суда, прокурорскому работнику, сотруднику Следственного комитета Республики Беларусь, органов внутренних дел, государственной безопасности, пограничной службы, работнику органов Комитета государственного контроля Республики Беларусь, налоговых, таможенных органов, иному государственному служащему, нотариусу, адвокату.

Причины такого явления (не использование медиации) могут быть разные.

Во-первых, дело в том, что другие нормы ТК Беларуси [14] принимались в тот период, когда о медиации и Законе, ее регулирующем, не было разговора даже на концептуальном уровне. А категория коллективных трудовых споров изначально рассматривалась законодателем (кстати, белорусским и российским) как споры, которые могут разрешаться только во внесудебном порядке, исключительно с помощью примирительных процедур. И здесь мог сработать стереотип: посредничество знакомо и лучше, зачем излишние новации в виде медиации.

Во-вторых, не все правильно понимают и воспринимают правовую природу медиативного соглашения как договора. Если

прислушаться к мнению многих исследователей, то указанное соглашение имеет гражданско-правовую природу (но это не однозначно). Тогда понятна осторожность разработчиков приведенных правовых норм: лучше не смешивать трудо-правовое и гражданско-правовое регулирование.

И все-таки, нужно своевременно сделать оговорку и отметить, скорее, последовательность белорусского законодателя в этом вопросе. Потому что в Законе Республики Беларусь «О медиации» [16] трудовые споры включены в круг споров, которые могут быть урегулированы с применением медиации: «... настоящий Закон регулирует отношения, связанные с применением медиации в целях урегулирования споров, возникающих из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности, а также споров, возникающих из трудовых и семейных правоотношений, если иное не предусмотрено законодательными актами или не вытекает из существа соответствующих отношений» (ст. 2). Кстати, белорусское законодательство «иного» пока не предусматривает в отношении трудовых споров, чего нельзя сказать о российском законодателе. Здесь, в Трудовом кодексе тоже предусмотрены по своей сути медиативные механизмы и процедуры в отношении коллегиальных трудовых споров: «... порядок разрешения коллективного трудового спора состоит из следующих этапов: рассмотрение коллективного трудового спора примирительной комиссией, рассмотрение коллективного трудового спора с участием посредника и (или) в трудовом арбитраже» (ст. 401) [17].

А в Законе РФ о медиации установлено противоположное правило: «... процедура медиации не применяется к коллективным трудовым спорам ...» (ч. 5 ст. 1) [18]. Хотя в этой же статье в отношении индивидуальных трудовых споров медиация позволительна: «... настоящим Федеральным законом регулируются отношения, связанные с применением процедуры медиации к спорам, возникающим из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также спорам, возникающим из трудовых правоотношений и семейных правоотношений».

Но ведь сам термин «медиация» и означает посредничество (англ. *alternative dispute resolution*, ADR) — одна из технологий альтернативного урегулирования споров с участием третьей нейтральной, беспристрастной, не заинтересованной в данном конфликте стороны — медиатора, который помогает сторонам выработать определенное соглашение по спору, при этом стороны полностью контролируют процесс принятия решения по урегулированию спора и условия его разрешения [19]. Дословно в переводе с английского *mediation* — посредничество [20].

И в упомянутом российском законе медиатор определяется как независимое физическое лицо, независимые физические лица, привлекаемые сторонами в качестве посредников в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора [18] (ст. 2).

Одновременно те же российские исследователи отмечают: «Медиация в мировой практике общепризнанно считается эффективным способом разрешения трудовых споров.

Так, в Канаде процедура примирения в решении трудовых споров до обращения к другим способам защиты трудовых прав установлена в качестве обязательной. При этом в Канаде медиация впервые появилась именно в трудовых отношениях.

В США основа для дальнейшего развития института медиации также была заложена в трудовых отношениях, в связи с тем, что часто возникали конфликты между образовавшимися профсоюзами и работодателями, в результате чего правительством США было предложено привлекать министерство труда в качестве нейтрального посредника для урегулирования разногласий сторон.

В Германии активно действует и развивается Федеральный союз медиации в экономике и сфере труда (*Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt*), в Финляндии назначается так называемый государственный примиритель, а в Великобритании действует консультативная служба примирения и арбитража (*Asac Codes of Practice*), основной функцией которой является содействие развитию производственных отношений и предложение по просьбе конфликтующих сторон содействия в разрешении спора.

Согласно действующему в Южной Корее Закону «Об урегулировании трудовых споров», система урегулирования включает примирительную процедуру, медиацию, арбитраж, экстренное урегулирование, а также добровольное урегулирование на основании соглашения между участниками спора или коллективного договора. В России в настоящее время процент рассмотрения споров, вытекающих из трудовых отношений, с участием медиатора низкий, тем не менее, согласно российскому законодательству трудовые споры с помощью процедуры медиации разрешать возможно» [21].

В Финляндии «... результаты проведенного исследования медиации при урегулировании трудовых споров показали, что медиация хорошо применима при урегулировании трудовых конфликтов. Из четырнадцати изучаемых случаев в одиннадцати стороны договорились и пришли к взаимному соглашению. Даже в тех случаях, когда стороны не достигли договоренности, медиация получила положительные отзывы» [5].

Поэтому обоснованной выглядит конструктивная критика: «Представляется не совсем обоснованной норма ч. 5 ст. 1 Закона о медиации, которая устанавливает, что процедура медиации не

применяется к коллективным трудовым спорам ...

Мало того, гл. 61 Трудового кодекса РФ предусматривает в рамках проведения примирительных процедур разрешение трудового спора с участием посредника (того же медиатора). У такого посредника достаточно специфические функции и полномочия, но он тоже не вправе разрешать конфликт и навязывать свою волю сторонам. В этой связи возникает вопрос: не правильнее было бы в Законе о медиации указать, что особенности участия посредника при разрешении коллективного трудового спора устанавливаются Трудовым кодексом? Или хотя бы что деятельность посредника при разрешении коллективного трудового спора не регулируется настоящим Законом? А так получилось, что посредник при разрешении коллективного трудового спора участвует, но медиацией это не является» [10].

«... Следовало бы говорить не о запрете на проведение медиации по коллективным трудовым спорам, а о том, что отношения, связанные с применением примирительной процедуры по данной категории дел, не входят в предмет регулирования Федерального закона № 193–ФЗ» [11, с. 194].

«Представляется не совсем обоснованной норма ч. 5 ст. 1 Закона о медиации, которая устанавливает, что процедура медиации не применяется к коллективным трудовым спорам, а также спорам, затрагивающим права и законные интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы.

Здесь следует отметить, что в XX в. медиация возникла именно в связи с необходимостью разрешения коллективных трудовых споров. В 1947 г. в США был создан специальный федеральный орган — Федеральная служба США по медиации и примирительным процедурам (*Federal Mediation Conciliation Service, FMCS*), которая действует и сегодня» [10].

Но в отношении использования медиации для урегулирования индивидуальных трудовых споров ни у кого не остается сомнений. Здесь наблюдается единодушие.

Позитивно высказываются и о применимости медиативного соглашения к индивидуальным трудовым спорам. «Поскольку медиация не должна затрагивать интересы третьих лиц, не участвующих в ней, то результаты медиации распространяются, как минимум, на индивидуальные трудовые споры. Следовательно, медиативное соглашение, содержащее условия урегулирования спора, основанного на трудовом договоре, следует рассматривать как разновидность индивидуального соглашения в сфере трудового права. Поэтому при его составлении в части определения прав и обязанностей сторон подлежат применению нормы трудового права. Закон № 58–З для такого соглашения выступает в качестве процедурного порядка (процессуального законодательства), что также должно быть соблюдено в таком медиативном соглашении» [19].

Называются преимущества процедуры медиации при урегулировании индивидуальных трудовых споров. «Медиативный способ урегулирования трудовых споров обладает рядом преимуществ по сравнению с государственным судопроизводством: отсутствие проблем с подсудностью и пропуском срока обращения за разрешением спора; оперативность в разрешении конфликта (в отличие от суда, медиатору не надо добывать доказательства по делу, назначать экспертизы, вызывать свидетелей для дачи показаний и т.п.); снижение рисков неисполнения согласованного сторонами решения, поскольку оно принято в добровольном порядке и не содержит элементов принуждения; конфиденциальность информации, фигурирующей в процессе переговоров; сохранение позитивных отношений между спорящими, восстановление благоприятного микроклимата в трудовом коллективе; достижение компромисса без силового давления на субъектов трудовых отношений; снижение издержек участников спора и государства» [9].

Этот ряд преимуществ применения процедуры медиации при урегулировании индивидуальных трудовых споров можно продолжить.

Медиация предоставляет возможность (позволяет):

— самим спорящим сторонам выбрать нейтрального медиатора, исходя из своего взаимного доверия к нему, отталкиваясь от его авторитета, деловых, квалификационных и иных качеств, а не пользоваться услугами определенного кем-то лица по урегулированию споров. Например, стороны могут учитывать стаж и опыт медиатора именно в трудовых спорах, его результативность, отзывы и рекомендации, возраст, жизненный опыт и т.п.;

— самим спорящим сторонам найти компромисс, выработать приемлемый способ урегулирования спора, воспользовавшись помощью квалифицированного и незаинтересованного в исходе спора медиатора. Медиатор не вправе принимать обязательных для сторон решений и рекомендаций. Он обязан равно помогать каждой из спорящих сторон найти выход из конфликта. В процедуре медиации стороны не связаны, как в судопроизводстве, с предметом, содержанием и основанием иска. Они могут изменять условия будущего соглашения на свое усмотрение. Например, вместо реального восстановления на работе, стороны могут договориться об изменении формулировки увольнения, о выплате заработной платы за время вынужденного прогула, о компенсации причиненного ущерба, убытков, в том числе издержки за медиатора и т.д.;

— урегулировать не только трудовой спор в его узком, трудовом понимании, но любой конфликт, не получивший еще правовой оценки, между нанимателем и работником;

— выявить и устранить подлинные причины возникшего конфликта и условия, ему способствующие на основе установления общего интереса и (или) схожих взаимных интересов спорящих сторон.

Порой стороны лишь в процедуре медиации начинают понимать свои приоритеты и интересы противоположной стороны. Определение подлинных причин конфликта способствует конфиденциальный характер медиации, в отличие от публичного судопроизводства, а они содействуют быстрейшему достижению компромисса. Например, опоздания на работу со стороны работника способствовали его проблемы психологического характера и посещения психолога, которые он стремился не открывать другим лицам, в том числе работодателю;

— заключить добровольное соглашение спорящих сторон, сформированное на взаимных уступках и компромиссе, основанное не только на правовых нормах, но и на нормах морали и справедливости, воспринятых сторонами.

Подводя итог сказанному, можно заметить следующее.

Во-первых, медиация применима в трудовом праве не только к трудовым спорам, но и иным конфликтам, возникающим между работодателями и работниками и иными лицами.

Во-вторых, ТК Беларуси следует дополнить и изменить соответствующими нормами с указанием на потенциал медиации и возможные особенности применения. Нужно согласиться, что «... большим недостатком отсутствие в Трудовом кодексе РФ норм, уточняющих правила медиации применительно к трудовым спорам. Данные правила, закрепленные в основном кодифицированном акте, во-первых, играли бы информационную роль, доводя до сведения субъектов трудовых отношений идею внесудебного разрешения трудовых споров, а во-вторых, устанавливали бы особенности применения медиативных техник к таким специфическим субъектам, как работник и работодатель, чьи взаимоотношения характеризуются наличием власти и подчинения» [9].

Причем, указанный автор обоснованно предлагает использовать медиацию по трудовым спорам, рассматриваемым не только в государственных судах, но и в комиссиях по трудовым спорам, в третейских судах, сократив соответственно и сроки медиации по трудовым спорам, и сохранив право работника на обращение в суд.

В-третьих, пора совершенствовать и действующий Закон о медиации [16]. В Законе о медиации (ст. 1) следует заменить слова «... настоящий Закон регулирует отношения, связанные с применением медиации в целях урегулирования споров, ... **возникающих из трудовых ... правоотношений ...**» на слова «споров, возникающих из правоотношений, регулируемых Трудовым кодексом Республики Беларусь», потому что ТК Беларуси [14] регулирует трудовые отношения, основанные на трудовом договоре, а также отношения, связанные с:

- 1) профессиональной подготовкой работников на производстве;
- 2) деятельностью профсоюзов и объединений нанимателей;
- 3) ведением коллективных переговоров;

- 4) взаимоотношениями между работниками (их представителями) и нанимателями;
- 5) обеспечением занятости;
- 6) контролем и надзором за соблюдением законодательства о труде;
- 7) государственным социальным страхованием;
- 8) рассмотрением трудовых споров (ст. 4).

Даже не детальный анализ приведенных правовых норм и точек зрения показывает необходимость дальнейшего исследования правовых проблем и совершенствования их правового регулирования.

Список использованных источников

1. О федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России на 2007–2012 годы»: постановление Правительства Российской Федерации от 21.09.2006 г. № 583 [Текст] // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2006. — № 41. — Ст. 4248.
2. *Забрамная, Е. Ю.* К вопросу о применимости медиации по трудовым спорам [Текст] / Е. Ю. Забрамная // Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ) / под ред. К. Н. Гусова. — М.: Проспект, 2011. — С. 396–401.
3. *Колядко, И. Н.* Трудовой кодекс и процессуальные средства защиты / И. Н. Колядко [Электронный ресурс] / Белорусское законодательство. — URL : <http://www.lawbelarus.com/repub2008/sub25/text25543.htm>.
4. Трудовые споры [Текст] : практ. пособ. / К. Л. Томашевский [и др.]. — Мн. : Промкомплекс, 2011. — 108 с.
5. *Загайнова, С. К.* Медиация в гражданском процессе: опыт Финляндии и России [Текст] / С. К. Загайнова, К. А. Малюшин // Арбитражный и гражданский процесс. — 2013. — № 8. — С. 40–46.
6. *Мотина, Е. В.* Применение примирительных процедур при разрешении трудовых споров за рубежом [Электронный ресурс] / Е. В. Мотина // Право.by. — 2010. — № 1. — С. 142–148 / Юрьдычны факультэт Беларускага дзяржаўнага ўніверсітэта. — URL : http://www.law.bsu.by/pub/28/Motina_1.pdf.
7. *Важенкова, Т. Н.* Примирительные процедуры в индивидуальных трудовых спорах [Текст] / Т. Н. Важенкова // Промышленно-торговое право. — 2011. — № 4. — С. 32–33.
8. *Штейнер, А. И.* Посредничество как перспективный способ разрешения трудовых споров [Текст] / А. И. Штейнер // Юридический мир. — 2010. — № 12. — С. 72–76.
9. *Головина, С. Ю.* Проблемы применения медиации при разрешении трудовых споров [Текст] / С. Ю. Головина // Российский юридический журнал. — 2013. — № 6. — С. 119–126.
10. *Сойфер, В. Г.* Примеры инновационных решений в трудовом праве [Текст] / В. Г. Сойфер // Законодательство и экономика. — 2012. — № 3. — С. 5–11.
11. *Калашникова, С. И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции [Текст] / С. И. Калашникова. — М.: Инфотропик, 2011. — 304 с.
12. Актуальные проблемы трудового законодательства в условиях

- модернизации экономики [Текст]: монограф. / Е. С. Батусова, И. Я. Белицкая, Э. Н. Бондаренко и др. ; отв. ред. Ю. П. Орловский. — М. : Юстицинформ, 2012. — 240 с.
13. Обзор судебной практики Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Беларусь: по материалам обзора кассационно-надзорной практики Верховного Суда Республики Беларусь по гражданским делам за 2011 год [Текст] // Судовы веснік. — 2012. — № 2. — С. 25–32.
 14. Трудовой кодекс Республики Беларусь от 26.07.1999 г. № 296–З [Текст] // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. — 29.10.1999. — № 80. — 2/70.
 15. О внесении изменений и дополнений в Трудовой кодекс Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь от 08.01.2014 р. № 131–З [Электронный ресурс] / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. — URL : <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=H11400131&p1=1>.
 16. О медиации: Закон Республики Беларусь от 12.07.2013 г. № 58–З [Электронный ресурс] / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. — <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=H11300058&p1=1>.
 17. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 р. № 197–ФЗ [Текст] // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2002. — № 1 (ч. 1). — Ст. 3.
 18. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): Федеральный закон Российской Федерации от 27.07.2010 г. № 193–ФЗ [Текст] // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2010. — № 31. — Ст. 4162.
 19. *Гавриленко, В. Г.* Капитал: энциклопедический словарь [Текст] / В. Г. Гавриленко. — 2-е изд., доп. — Мн. : Право и экономика, 2009. — 755 с. — (Серия «Высшая школа бизнеса»).
 20. *Мюллер, В. К.* Англо-русский словарь [Текст] / В. К. Мюллер. — М. : Диалог, 1999. — 895 с.
 21. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): Федеральный закон Российской Федерации от 27.07.2010 г. № 193–ФЗ [Текст] // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2010. — № 31. — Ст. 4162.
 22. *Бельская, И. А.* Комментарий к Правилам проведения медиации, утвержденным постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 28.12.2013 г. № 1150 / И. А. Бельская [Электронный ресурс] / КонсультантПлюс. — М., 2014.



БОНДАРЕНКО-ЗЕЛІНСЬКА Надія Леонтіївна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Подільська лабораторія Науково-дослідного інституту

приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака

Національної академії правових наук України,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

МЕДІАЦІЯ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ

Правові реформи, що відбуваються в Україні, орієнтовані на пошук нових науково обґрунтованих шляхів удосконалення національного механізму захисту прав особи. У зв'язку з цим, інтерес до медіації як альтернативного судовому способу врегулювання правових спорів у сучасних умовах є виправданим і практично значущим.

Медіація (від лат. *medius* — займати середнику між двома точками зору або сторонами, *mediatio* — посередництво) — це один зі способів альтернативного вирішення спорів, вид посередництва, що передбачає взаємодію сторін конфлікту та незалежного, нейтрального, кваліфікованого посередника — медіатора, який сприяє останнім у відновленні комунікації, обговоренні конфлікту та пошуку способів його вирішення або взаємовигідного (взаємоприйнятного) для них врегулювання конфлікту.

Перевагами медіації порівняно із судовим захистом є те, що її застосування дозволяє мінімізувати час між моментом виникнення конфлікту та часом застосування примирної процедури, що надає змогу вирішити спір максимально оперативно; участь у процедурі безпосередніх учасників спірних правовідносин, які володіють максимумом інформації про причини конфлікту, та обставини, що мали місце; процедура вирішення спорів максимально спрощена та добровільна, не потребує значних затрат фінансових, організаційних чи інших ресурсів порівняно із судовою; застосування цього способу АВС дозволяє не просто врегулювати спір, а й вирішити його та примирити конфліктуючі сторони. Більше того, на відміну від судової форми захисту, в процесі застосування якої сторони спору зосереджують свою увагу на пошуку доказів своєї правоти і неправоти контрагента, медіація передбачає спільну діяльність конфліктуючих сторін щодо пошуку взаємоприйнятного рішення, що, з однієї сторони, налаштовує сторони на самостійне прийняття рішень та підвищує їх власну самооцінку, а з іншої — вони набувають досвіду налагодження діалогу та партнерських відносин у стані конфлікту. Невипадково

практика застосування відповідних процедур свідчить про їх надзвичайну ефективність.

В Україні кроки щодо впровадження медіації у національний механізм захисту прав особи вживаються з 1994 року, з 2008 року ведеться законопроектна робота щодо правового регулювання цього способу альтернативного вирішення правових спорів. Разом з тим наразі медіація не отримала офіційного визнання з боку держави і застосовується вузьким колом фахівців.

Така ситуація, в першу чергу, обумовлена низкою проблем, що перешкоджають широкому застосуванню цього виду посередництва для вирішення правових спорів.

По-перше, це недостатній рівень поінформованості суспільства в основній його масі про медіацію. З однієї сторони, це обумовлено відносною новизною даного інституту, а з іншої — відсутністю доступної інформації про нього. Адже, попри значну кількість праць щодо проблематики посередництва загалом та медіації зокрема, переважна частина з них є іншомовними; україномовні джерела в своїй більшості містять загальну інформацію щодо цього альтернативного способу вирішення спорів, що не дозволяє сформувати у пересічних громадян (потенційних сторін конфлікту) чіткого уявлення про сутність та переваги медіації.

По-друге, недостатнім є кадрове забезпечення відповідними фахівцями.

Як доречно відмічають практикуючі медіатори, підготовка посередників у міжнародній практиці розвивається в напрямі професіоналізації і відображає широкий спектр підходів до посередництва як до зрілої професії, а також різноманітних форм навчання — від інтенсивних курсів, спрямованих на вироблення вмінь, до програм на здобуття ступеня доктора наук. Студенти коледжів та університетів навчаються ефективно керувати розв'язанням конфліктів у бізнесі, адміністративній діяльності, кримінології, праві, освіті, психології тощо [1]. В Україні, натомість, підготовка медіаторів тривалий час здійснюється у формі тренінгів у рамках строкових проектів¹. При цьому підготовка посередників відбувається вузькоспеціалізовано для вирішення конфліктів в окремих сферах суспільних відносин (шкільних медіаторів, сімейних медіаторів, медіаторів-психологів, медіаторів-суддів тощо). Лише в окремих Вищих навчальних закладах України проблематика посередництва та медіації

¹ Це, зокрема, проекти «Підтримка реформи системи кримінальної юстиції України: впровадження прийомів медіації в діяльність органів прокуратури», «Прозорість та ефективність судової системи України», «Об'єднуємося заради реформ!» (UNITER), «Справедливе правосуддя», «Впровадження медіації у сферу корпоративного управління в Україні», «Розбудова миру, профілактика і розв'язання конфлікту з використанням медіації в групах та громадах, які постраждали від конфлікту, особливо серед жінок та дівчат ВПО» тощо.

вивчається студентами на рівні повноцінних навчальних дисциплін¹. Тож не дивно, що кількість українських фахівців-посередників є недостатньою і значний відсоток практикуючих медіаторів змушений був навчатися за кордоном.

По-третє, застосування медіації як способу вирішення правових спорів потребує добровільності, самостійності та самовизначеності учасників конфлікту. Утім, історико-правові передумови виникнення та застосування на території сучасної України примирних процедур, у т.ч. багатовікова традиція втручання держави в процеси вирішення правових спорів, невілювання приватної ініціативи в цьому процесі, вплинули на формування специфічного типу суспільної свідомості українців, які в більшості випадків є неспроможними вести діалог у стані конфлікту, йти на компроміси та приймати самостійні рішення. Тому ефективне застосування медіації в Україні неможливе без переорієнтації суспільної свідомості на мирне вирішення конфліктів.

Крім того, у силу розмаїття видів медіації увага як теоретиків, так і практиків розосереджена на впровадженні різних моделей цього виду посередництва.

Так, залежно від взаємодії з юрисдикційною формою захисту виділяють:

- 1) судову («присудову», «інтегровану»);
- 2) позасудову медіацію.

У першому випадку цей спосіб АВС застосовується під час судового провадження за сприяння суду, в другому — незалежно від існування судового процесу виключно за бажанням сторін спору.

Залежно від моделі поведінки медіатора розмежовують три види медіації:

1) медіація при пасивній участі медіатора — медіатор в процесі посередництва лише сприяє налагодженню комунікації між сторонами конфлікту;

2) медіація при активній участі медіатора — медіатор поряд з налагодженням комунікації між сторонами конфлікту може давати оцінку окремим фактам або позиціям сторін (наприклад, висловлювати свою думку про ймовірне рішення по справі, якщо спір буде передано на розгляд суду);

3) трансформативна медіація — медіатор не тільки сприяє комунікації між сторонами для врегулювання конкретного спору, але й відновленню нормальних відносин сторін.²

Впродовж останніх десяти років у рамках різноманітних проєктів вживалися заходи щодо запровадження в національний

¹ Це зокрема, Національний університет «Києво-Могилянська академія», Національний університет «Львівська політехніка», Хмельницький університет управління та права тощо.

² Вищевказаними не вичерпуються моделі медіації.

механізм захисту прав особи як судової¹, так і позасудової медіації²; розглядався досвід застосування як добровільної, так і обов'язкової процедури [2; 3] та інших. При цьому розосередженість та відсутність узгодженості в діях ініціаторів таких нововведень призводить до того, що, попри практичне застосування на території України впродовж більш ніж двадцяти років, медіація залишається офіційно не визнаною державою та невідомою для широкого загалу.

Щодо перспектив застосування цього способу альтернативного вирішення правових спорів, то слід визнати, що застосування примирних процедур загалом і медіації зокрема при вирішенні правових спорів повинно мати схвалення та підтримку на державному рівні.

З цього приводу Україна вже зробила відповідні кроки. Зокрема Стратегією розвитку судової системи в Україні на 2015–2020 роки [1] передбачено поглиблене навчання з медіації та залучення постійних медіаторів для вирішення спорів у судах та між працівниками суду. У процесуальних кодексах передбачено повноваження суду щодо сприяння примиренню сторін спору.

Наступним етапом повинно стати якісне законодавче регулювання³. Нормативне закріплення медіації, з однієї сторони, приверне увагу до цього способу вирішення спорів та стимулюватиме його поширення, а з іншої — сприятиме формуванню відповідної суспільної свідомості, орієнтованої на мирне співіснування та вирішення конфліктів на засадах примирення.

Крім того, підтримка держави може виражатися не тільки в соціальній рекламі (в т.ч. у засобах масової інформації), а й здешевленні процедур, покликаних забезпечити оформлення результатів вирішення спорів у процесі медіації. Наприклад, нотаріальне оформлення угоди за результатами медіації щодо примирення повинно коштувати дешевше, ніж оформлення будь-якого іншого правочину. Також доцільно врахувати європейський досвід повернення частини судового збору, сплаченого за ініціювання судового процесу, у разі завершення справи примиренням сторін тощо.

Підсумовуючи, слід визнати, що широка географія поширення та варіативність застосування моделей медіації дозволяє використати її потенціал для потреб українського суспільства; і перші кроки на цьому шляху вже зроблено. Водночас перелік проблем, пов'язаних із запровадженням і функціонуванням в Україні цієї примирної процедури, виходить далеко за межі тих, що їх було висвітлено вище, зокрема: потребують визначення юридичні наслідки укладення медіаційної угоди, методика підготовки та проведення відповідних

¹ Проект «Прозорість та ефективність судової системи» та ін.

² Проект «Об'єднуємося заради реформ!» (UNITER) та ін.

³ Відповідна законопроектна робота активно ведеться.

процедур, а найголовніше, необхідно конкретизувати юридичний зв'язок медіації із офіційним правосуддям. Ці та інші питання потребують якнайшвидшого вирішення, адже однозначно слід визнати, що наразі процес розвитку і становлення як медіації, так й інших способів альтернативного вирішення спорів у нашій країні є необхідною та невід'ємною складовою процесу гармонізації законодавства України із законодавством Європейського Союзу, і це питання потребує належної уваги юридичної спільноти.

Список використаних джерел

1. *Гайдук, Н.* Формування змісту і навчально-методичного забезпечення підготовки посередників [Електронний ресурс] / Н. Гайдук, О. Бік ; Верховний Суд України. — URL : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/568c9e29ce67b9dac3256fc6002e7a1b?OpenDocument>.
2. *Гусейнова, Р.* Перспективи розвитку медіації в Україні [Електронний ресурс] / Р. Гусейнова [24 листопада 2014, 20:51] ; Юридична газета. — URL : <http://jur-gazeta.com/publications/actual/perspektivi-rozvitku-mediaciyi-v-ukrayini.html>.
3. *Ясиновський, І. Г.* Характеристика моделей медіації в розвинутих країнах [Текст] / І. Г. Ясиновський // Юридичний вісник. — 2014. — № 4 (33). — С. 94–98.
4. Стратегія розвитку судової системи в Україні на 2015–2020 роки : затв. Радою суддів України 11.12.2014 р. [Електронний ресурс] / Support to Justice Sector Reforms in Ukraine. — URL : http://www.justicereformukraine.eu/wp-content/uploads/2015/02/Karen_ua.pdf.



МИСАРЕВИЧ Наталия Валентиновна,

кандидат юридических наук, доцент,

Гродненский филиал ЧУО «БИП-Институт правоведения»,

г. Гродно, Республика Беларусь

ИСТОРИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ИНСТИТУТА ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР НА БЕЛОРУССКИХ ЗЕМЛЯХ

Альтернативное разрешение споров рассматривается как процедура урегулирования частноправовых конфликтов, основанная на согласии сторон на ее проведение самостоятельно либо с помощью незаинтересованного лица, являющегося специалистом в области возникших правоотношений. Данная система существует параллельно

с официальным правосудием и другими формами государственного правоприменения.

Одним из вариантов альтернативного разрешения споров является примирительная процедура. В Республике Беларусь примирительная процедура активно стала применяться с 2008 года. Суть данной процедуры состоит в том, чтобы стороны посредством переговоров пришли к урегулированию спора с взаимоприемлемым для них соглашением о примирении и его последующим исполнением. В связи с принятием некоторых законодательных актов (например, Закон Республики Беларусь от 18 июля 2011 г. «О третейских судах» [1], Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. «О медиации» [2] и др.) в Республике Беларусь определенные процедуры стали рассматриваться как более эффективная альтернатива судебной системе.

Применительно к трактовке термина «примирительная процедура» высказываются различные точки зрения. Д. Л. Давыденко рассматривает примирительные процедуры как «правомерные способы консенсуального урегулирования субъектами права возникших между ними споров на взаимоприемлемых условиях в соответствии с их экономическими и иными интересами с возможностью привлечения третьих лиц» [3, с. 43]. А. Ю. Коннов определяет примирительные процедуры как «те формы альтернативного разрешения споров, которые направлены на взаимоприемлемое урегулирование и разрешение возникшего спора на основе добровольного волеизъявления сторон» [4, с. 120]. Д. А. Суворов под термином «примирительное производство» понимает «способ урегулирования споров (конфликтных ситуаций), затрагивающих права, свободы и охраняемые законом интересы человека и гражданина, права и охраняемые законом интересы юридических лиц и их объединений, между участниками данного спора при содействии третьих (третьего) лиц либо без такового содействия на взаимоприемлемых для участников спора (конфликтной ситуации) условиях, а также порядок рассмотрения указанных споров (конфликтных ситуаций)» [5, с. 53]. Тем не менее, можно выделить несколько общих моментов: урегулирование спора; помощь оказывается третьими (незаинтересованными в исходе дела) лицами; обращение к посреднику-примирителю осуществляется на добровольной основе.

Примирительная процедура (посредничество) является достаточно древним институтом, многие черты которого известные современной правоприменительной практике, сформировались еще на ранних стадиях возникновения человеческой цивилизации. В разные исторические эпохи существовали многообразные формы урегулирования конфликтов, предусматривающие набор средств, способных временно либо окончательно погасить конфликт сторон, причем в такой форме, которая приемлема для конкретно-

исторического общества. Еще в древности было замечено, что привлечение третьей, нейтральной, стороны для разрешения конфликтов в определенных случаях не только жизненно необходимо, но и экономит время спорящих сторон.

Хотелось бы отметить, что, несмотря на достаточно «молодой» юридический возраст» данного института в белорусском законодательстве, история использования процедуры примирения на территории Беларуси насчитывает не одну сотню лет. Но следует отметить, что данные процессы протекали не обособленно и автономно, а именно с учетом уже имеющихся наработок и практики применения тех или иных вариантов досудебного разрешения конфликтов.

Некоторые белорусские исследователи отмечают, что первое письменное упоминание о привлечении третьих лиц для участия в разрешении споров на территории Беларуси относится к началу XIII века и содержится в Договоре Смоленского, Витебского и Полоцкого княжеств с Ригой, Готландской землей и немецкими городами 1229 г. (Готландская редакция) [6, с. 25]. Действительно, ст. 33 Договора закрепляет положение: «Ни одному же Роусиноу не дати пересоуда оу Ризе ни на Гочкомь березе; тако Латинескому оу Роуской земли не дати пересуда никому же. Которое орудие доконьчано боудеть оу Смолнескъ мъжю Роусию и мъжю Латинескимъ языкомъ, пьред соудиями и пьред добрыми людми; боль того не починати оу Ризе и на Гочкомь березе; а что боудеть д(о)кончано оу Ризе и на Гочкомь березе, пьред соудия ми и пьред д(о)брыми людми, того оу Смольн(е)ске не починати» [7, с. 16]. Как представляется, «добрые люди» могут рассматриваться в качестве посредников между спорящими сторонами. Основной задачей посредников является не столько рассмотреть спор в строгом соответствии с законом, сколько примирить стороны. Если процедура примирения завершалась принятием взаимоприемлемого решения, то больше такого спора по этому вопросу быть не должно («не починати»).

Следует отметить, что передача спора на урегулирование нейтральному третьему лицу являлась нормальной и поощряемой обществом практикой. Целью ее было восстановление мира и благополучия. Распространенным способом урегулирования частных споров на белорусских землях в период феодального общества была процедура «обращение — вынесение решения», особенно при разрешении споров с публичной властью. Например, грамота 1495 г. Великого князя Александра витебскому наместнику князю Ивановичу о запрещении произвола и насилий, чинимых им горожанам Витебска содержала следующие положения: «жаловали нам на тебе мещане витебские и все посольство ...» (обращение). «Про тож приказуем тебе, штобы еси им через то больш кривд не чинил, и новин не уводил ...» (решение) [8, с. 262–263].

В документах XVI в., которые характеризуют деятельность судов, встречаем упоминание о судьях, взятых сторонами «съ своее руки». Примером может служить следующее дело (1531 г.). «Панья Алжбета, жена воеводы Виленского и канцлера пана Миколая Миколаевича, — жаловалась на вдову князя Михаила Ивановича Мстиславского княгиню Милославскую, — же бы князь Михайло, а по смерти его вдова, всю пушу ее спустошили и зверя побили». В свою очередь княгиня «жаловалась на панью» и представила «реестр шкод своих». Паны радные, рассмотрев жалобу, рекомендовали спорящим сторонам обратиться к «ездокам» [9, с. 654]. «Панья взяла «с своее руки судьями» князей Василья и Ивана Андреевичей Полубенских и пана Станислава Довкгида, а княгиня — панов Шимка Мацковича и Кмиту Кунцкевича и князя Тимофея Ивановича Пузыню» [9, с. 654]. В данном случае суд состоял из равного количества представителей сторон. В современной интерпретации — это ни что иное как третейский суд для разрешения конкретного спора.

На примере данного конфликта мы можем построить схему рассмотрения споров, осложненных встречными исками и жалобами о причинении ущерба. Обычно дело возбуждалось в государственном суде, который потом и передавал его на рассмотрение третейского суда. В нашем случае — первоначально жалоба была подана панам радным (в системе судов ВКЛ был такой судебный орган). Паны радные, «выслушав эти реестры, ... зоставили их милость ездоков мають вести».

На сегодняшний день в соответствии со ст. 40 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь «по письменному соглашению сторон спор, возникающий из гражданских правоотношений и подведомственный хозяйственному суду, до принятия им решения может быть передан сторонами на рассмотрение международного арбитражного (третейского) суда» [10].

В исследуемой спорной ситуации стороны воспользовались данным правом и выбрали себе судей. Преимуществом такого варианта третейского суда было то, что третейский суд проводил заседания по месту нахождения спорного имущества, что позволяло наиболее полно изучить все обстоятельства дела. «Панья и княгиня со своими судьями приехали в назначенный день на место». Однако в виду сложности конфликта «судьи разъехались, не учинив конца делу, и отослали тяжущихся к панам радным» [9, с. 655]. Данное положение говорит о том, что в период ВКЛ государство, хотя и рекомендовало спорящим сторонам решить дело путем выработки взаимоприемлемого решения, определяло в качестве последней инстанции государственный суд, исполнение решений которого подкреплялось силой принуждения.

В Статутах ВКЛ 1566 года и 1588 года идея примирительного производства получила дальнейшее закрепление. Во второй половине XVI в. в законодательстве ВКЛ используется уже понятие «полюбовный суд». Ст. 60 Статута ВКЛ 1566 года разд. 4 «О судьях и судах»

закрепляет положение: «Кгда судьи полюбовные кому презыскъ судовъне всказали и листы того всказанья сполу обе две стороны подь печатми своими дали, а тогда бы водле суда ихъ того держати и тому вдосыть вчинити не хотели; тогда тотъ листьмать быть положонъ передь судомъ земскимъ, а судья възленувшы въ оный листь маеть его заховати при mocy и отправу дати. А где бы се судъ полюбовный показаль розный; а таковой судъ маеть се приповзати передь врядь земский, а тамъ на конецъ себе справедливости доходити» [11]. Из данного положения следует, что решения «полюбовного суда» имеют юридическую силу, обязательны для исполнения и в тех случаях, когда стороны обращаются в государственный суд за защитой, судьи связаны уже принятым решением. Также в случаях, когда сторонам не удалось выработать компромиссное решение, они имеют право обратиться в соответствующий государственный суд. Как видим, и в данном случае сохраняется контроль государства за окончательным разрешением спора.

Статут ВКЛ 1588 года уделяет больше внимания деятельности «полюбовного суда» [12]. Можно выделить несколько аспектов:

— определялись реквизиты подлинности документально оформленного компромисса. Законным являлось только то решение «полюбовного суда», которое «пячаткамі суддзяў абодвух бакоў прыпячатана». «А суд, разгледзеўшы кампраміс і той ліст судовы, прызнае той суд палубоўны сапраўдным і павінен яго ў сіле пакінуць і выкананне паводле таго суда ўчыніць»;

— если третейское разбирательство не закончилось выработкой общего решения, то стороны могут обратиться в государственный суд за разрешением спора: «Калі ж абодвух бакоў суддзі судом сваім ад агульнага права або кампрамісу ўхіліліся, тады ўрад па той жа позве адразу, як на канчатковым тэрміне, пры яўцы адо няяўцы адказчыка павінен сваё рашэнне ў той справе паводле права вынесці і выканаць» [12];

— сохраняется принудительный порядок исполнения решений данного суда с правом обращения стороны в земский суд: «Калі б суддзі палубоўныя за кампрамісам каму спагнанне якое судовое пастанавілі і ліст таго рашэння згодна суместна суддзі абодвух бакоў пад пячаткамі сваімі далі, а адзін бы бок суда іх прытрымлівацца таго і выканаць не хацеў, тады па патрабаванню той судовы ліст павінен бокам тым, які будзе адстойваць гэты суд, прад'яўлены быць у земскім судзе на судовай сесіі» [12].

Все вышесказанное указывает на то, что в исследуемый период государство поощряло использование примирительных процедур и склоняло стороны решать споры таким образом. Государственный интерес проявлялся следующим образом. Во-первых, определенное количество гражданско-правовых споров разрешалось до суда, что позволяло разгрузить государственные суды. Во-вторых, своеобразным

стимулом для обращения к услугам посредника было то, что закреплялась процедура принудительного исполнения решений «полюбовного суда». В-третьих, такой способ разрешения споров базировался на принципах частной инициативы, что позволяло выбрать независимого судью, который пользовался авторитетом у спорящих сторон. В-четвертых, более упрощенная процедура урегулирования спора и сокращенные сроки рассмотрения конфликтной ситуации способствовали быстрому примирению сторон.

Проанализировав современные подходы к порядку применения альтернативных способов разрешения споров, мы можем найти много схожих моментов. Например, в силу ст. 1 Закона Республики Беларусь «О третейских судах» третейский суд уполномочен рассматривать частноправовые споры и принимать по итогам их рассмотрения акты, обязательные для исполнения спорящими сторонами. При этом в необходимых случаях (когда решение третейского суда не исполняется добровольно) предусмотрена процедура принудительного исполнения (ст. 50) [2]. Закон Республики Беларусь «О медиации» в ст. 15 закрепляет правило: «Принудительное исполнение медиативного соглашения осуществляется в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством [1]. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь в ст. 153 определяет, что «примирительная процедура проводится в целях урегулирования спора в короткие сроки посредством примирения сторон и содействия профилактике нарушений договорных обязательств» [10].

Таким образом, исторический опыт применения примирительных процедур на белорусских землях есть. Правоприменитель издавна искал ответы на вопросы о том, как обеспечить благоприятные условия для урегулирования участниками общественных отношений своих споров. Содействие развитию примирительных процедур в современных условиях является вкладом нынешнего поколения в возрождение наиболее гуманных и правовых традиций Беларуси.

На основании изучения исторических наработок в вопросах урегулирования споров на белорусских землях можно сделать вывод о том, что практическое применение примирительных процедур, в первую очередь, использование услуг посредника, и их наиболее типичного результата — мирового соглашения — выступает неотъемлемой частью деловой и правовой культуры страны.

Список использованных источников

1. О медиации: Закон Республики Беларусь от 12.07.2014 г. № 58–З [Электронный ресурс] / Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Республики Беларусь. — Мн., 2015.

2. О третейских судах : Закон Республики Беларусь от 18.07.2011 г. № 301–З [Электронный ресурс] / Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Республики Беларусь. — Мн., 2015.
3. *Давыденко, Д. Л.* Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров (по праву России и некоторых зарубежных стран) [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Давыденко Дмитрий Леонидович. — М., 2004. — 257 л.
4. *Коннов, А. Ю.* Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров [Текст] / А. Ю. Коннов // Журнал российского права. — 2004. — № 12. — С. 120–131.
5. *Суворов, Д. А.* Формирование принципов примирительного производства в спорах с участниками экономической деятельности [Текст] / Д. А. Суворов // Юрист. — 2006. — № 4. — С. 53–57.
6. *Альфер, С. А.* Основы альтернативного разрешения споров [Текст] : учеб.-метод. реком. / С. А. Альфер. — Мн. : ВИП, 2013. — 132 с.
7. *Вішнеўскі, А. Ф.* Гісторыя дзяржавы і права Беларусі: у дакументах і матэрыялах (са старажытных часоў да нашых дзён) [Текст] / А. Ф. Вішнеўскі, Я. А. Юхо. — Мн. : Акадэмія МУС РБ, 1998. — 310 с.
8. Хрестоматия по истории Беларуси [Текст] : учеб. пособ. : в 2 ч. / сост. : Я. И. Трещенок [и др.] ; под науч. ред. К. М. Бондаренко. — Мн. : Изд. центр БГУ, 2008. — Ч. 1: С древнейших времен до 1917 г. — 623 с.
9. *Любавский, М. К.* Областное деление и местное управление Литовско-Русского государства ко времени издания Первого Литовского Статута [Текст] / М. К. Любавский. — М., 1892. — 998 с.
10. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь от 15.11.1998 г. № 219–З : принят Палатой представителей 11.11.1998 г., одобр. Советом Республики 26.11.1998 г. [Электронный ресурс] / Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000/ ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Республики Беларусь. — Мн., 2015.
11. Статут Вялікага княства Літоўскага 1566 года [Текст] // *Временник императорского московского общества историй и древностей российских*. — Кн. 23. — М. : ВЪ Университетской Типографии, 1855. — [4], 242 с.
12. Статут Вялікага княства Літоўскага 1588: Тэксты. Даведнік. Каментарыі [Текст]. — Мн. : БСЭ імя П. Броўкі. 1989. — 576 с.



НАВРОЦЬКА Юлія Вячеславівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Львівський національний університет імені Івана Франка,

м. Львів, Україна

ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ДОСУДОВОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ ЗА УЧАСТЮ СУДДІ: КОНЦЕПЦІЯ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

В умовах реформування судової системи зараз перед українським законодавцем постало питання про те, яку модель медіації ввести в Україні.

Домінуючими в цьому аспекті є дві концепції. Перша — концепція судової медіації, відповідно до якої вона повинна стати складовою частиною процесуальної процедури (тобто медіація повинна стимулюватися державою). Друга — концепція позасудової медіації, прихильники якої розглядають її як альтернативний спосіб вирішення спорів, який повинен функціонувати паралельно із судовим процесом, а в ідеалі — передувати йому.

Запровадження досудового врегулювання спорів за участю судді в національному законодавстві зараз активно обговорюється в Україні. Процедуру досудового врегулювання спорів за участю судді вважають інноваційним механізмом, здатним усунути низку проблем українського правосуддя [1].

Процедура досудового врегулювання спорів (далі — ДВС) за участю судді є одним із компонентів великого канадсько-українського Проекту «Освіта суддів заради економічного зростання», який фінансується Канадським агентством міжнародного розвитку та впроваджується Офісом Уповноваженого з питань федеральних судів Канади у чотирьох пілотних судах України: Івано-Франківському окружному адміністративному суді, Малиновському районному суді міста Одеси, Одеському окружному адміністративному суді, Івано-Франківському міському суді Івано-Франківської області [2].

Зазначений проект почав реалізовуватися в Україні з квітня 2012 року. Тоді основною його метою було надання підтримки Вищій кваліфікаційній комісії суддів і Національній школі суддів в удосконаленні освіти служителів Феміди. Очевидно, виділяючи кошти на розвиток правової новації, уряд Канади сподівався на більш стрімку імплементацію «альтернативного правосуддя» в правову площину держави. Але жодного відображення в законодавстві процедура дотепер не отримала й продовжує базуватися виключно на ентузіазмі володарів мантий [3].

Однак деякі спроби в напрямку законодавчого закріплення такого правового механізму вже можна простежити, хоча вони наразі далекі навіть від законопроектної роботи. Зокрема відповідна Концепція щодо впровадження в Україні правових механізмів досудового врегулювання спорів за участю судді (Концепція ДВС) навесні 2015 року розглядалася Радою з питань судової реформи. Маючи можливість ознайомитися з нею на стадії розробки, ми б хотіли висловити свої міркування щодо певних змістовних аспектів запровадження в Україні правових механізмів досудового врегулювання спорів за участю судді.

Так, Концепцією ДВС передбачається, що *обов'язкове проведення переговорів із ДВС за участю судді проводиться у випадках, коли разом із позовною заявою або до її подачі позивачем подано до суду відповідну заяву про ДВС, або за ініціативою суду*. Такий підхід вимагає вирішити питання, як буде визначатися суддя для проведення процедури ДВС? На нашу думку, для цього треба застосовувати вже напрацьовані механізми автоматизованої системи документообігу суду. У той же час зараз у межах дії пілотних проектів ДВС за участю судді це питання вирішувалося по-різному. Так, в Івано-Франківському окружному адміністративному суді визначено окремих суддів зі складу суду, які уповноважені на застосування процедури. Вибір судді для проведення переговорів відбувається автоматизовано системою документообігу. У подальшому цей суддя не може виступати як головуючий суддя при розгляді цієї справи в загальному порядку [2]. Натомість, в Одеському окружному адміністративному суді відповідним регламентом закріплено інші правила. Так, у заяві про проведення переговорів сторона або сторони по справі зазначають не менше трьох суддів, які мають право здійснювати досудове врегулювання спору, за допомогою яких сторони (сторона) бажали б провести переговори. Якщо справа знаходиться в провадженні судді, який має право здійснювати досудове врегулювання спору, та сторони не заперечують щодо проведення переговорів саме з цим суддею, то вони мають право зазначити в заяві лише цього суддю. Голова Одеського окружного адміністративного суду, розглянувши заяви (або спільну заяву), призначає одного із трьох вказаних у цій заяві суддів для проведення переговорів із означеними сторонами та передає заяву призначеному судді. Якщо в заяві зазначений один суддя, в провадженні якого знаходиться справа, голова Одеського окружного адміністративного суду передає заяву цьому судді [4].

Викликає також застереження доцільності проведення ДВС з ініціативи суду. Наскільки це узгоджується з принципом диспозитивності?

Концепцією ДВС передбачається, що *ДВС проводиться до відкриття провадження у справі*. При цьому обов'язково треба вирішити питання про зміни у процесуальних кодексах щодо строків

вирішення питання про відкриття провадження у справі. Однак, можливо, більш доцільно було б проводити таку процедуру вже після відкриття провадження у справі — на стадії провадження до судового розгляду як елемент підготовки справи до судового розгляду.

Серед переваг механізму ДВС за участю судді називають уникнення сторонами судових витрат на розгляд справи та апеляційне оскарження. Водночас аналізованою Концепцією ДВС пропонується, що *за подання заяви про ДВС сплачується судовий збір, розмір якого має бути суттєво нижчим за збір за подання позовної заяви*. При такому підході виникає риторичне запитання: наскільки наявність судового збору за подання заяви про ДВС стимулюватиме до її подання? Більш доцільно, на нашу думку, передбачити процедуру повернення частини судового збору, при умові, що вдалося при застосуванні процедури ДВС досягнути примирення (адже судовий збір уже сплачений при поданні позовної заяви, а процедура ДВС за участю судді застосовуватиметься вже після подання відповідного позову). Це б дійсно виступало стимулюючим фактором, але ніяк не додаткові судові витрати.

Разом із вирішенням питання про проведення ДВС пропонується закріпити положення, що *суд може вирішити питання про забезпечення позову або доказів*. Очевидно, що мав би застосовуватися загальний порядок забезпечення доказів та забезпечення позову, що можливе лише за клопотанням заінтересованих осіб, у т.ч. і до подання позову. Але не з ініціативи суду.

Концепцією ДВС пропонується, що *переговори між позивачем і відповідачем відбуваються за участю судді виключно на добровільних засадах у приміщенні суду, час слухання визначається в ухвалі суду про ДВС*. Тут треба звернути увагу, що «час слухання» треба розглядати лише в розумінні часу та місця проведення переговорів, а не їх тривалості. Адже не можна передбачити наперед в ухвалі про ДВС час, необхідний для їх проведення, задля досягнення примирення між сторонами. Особливо, якщо надавати суду право проводити окремі зустрічі з кожною із сторін, як це передбачається.

Пропонується також, що *в ухвалі суду про ДВС суддя встановлює строк для надання сторонами заяв із коротким викладом фактичних обставин справи, правової позиції, зазначення переліку та змісту доказів, якими сторони обґрунтовують свої вимоги і заперечення*.

Перед початком переговорів із ДВС суддя під розписку ознайомлює представників сторін з їхніми правами та обов'язками в процедурі ДВС, правовими наслідками досягнення або недосягнення мирової угоди, отримує письмову згоду від сторін на проведення ДВС (за встановленим зразком).

Останнє положення викликає такі застереження:

— чому визначено, що ознайомлюються з правами та обов'язками в процедурі ДВС лише представники сторін, а не самі сторони? Очевидно, що це лише недосконалість законодавчої техніки, яка потребує уточнення;

— права та обов'язки у процедурі ДВС мають бути детально прописані (очевидно, у відповідних процесуальних кодексах);

— чи доцільно ще раз отримувати письмову згоду на проведення ДВС, якщо таке проводилося з ініціативи позивача і відповідна заява про проведення переговорів подавалася разом із позовною заявою або до її подачі?

Концепцією ДВС регламентується *порядок проведення переговорів*. Зокрема:

— переговори з ДВС ведуться в закритому режимі, не ведеться жоден звуко- або відеозапис, не складається протокол, у залі не можуть бути присутніми інші особи, крім позивача, відповідача, їхніх представників та судді. Інформація, отримана під час процедур ДВС, є конфіденційною і не може бути використана як доказ під час судового вирішення спору;

— сторони самостійно розв'язують спір, у тому числі шляхом взаємних поступок. Роль судді полягає у роз'ясненні учасникам ДВС своєї позиції про факти, законодавства, що стосується предмета спору, судової практики, тією мірою, в якій дозволяють заяви та пояснення сторін, надані ними докази, висловлення думки судді з приводу можливих варіантів розв'язання спору мирним шляхом;

— з метою сприяння в досягненні позитивних результатів переговорів з ДВС суддя, залежно від конкретних обставин справи, має право проводити окремі зустрічі з кожною зі сторін;

— сторони, суддя можуть у будь-який час відмовитися від переговорів, якщо не бачать позитивної перспективи ДВС.

Не вдаючись детально в аналіз запропонованого Концепцією з ДВС порядку проведення переговорів, виникає питання: чи треба залучати до процедури ДВС секретаря судового засідання? Безумовно, однією з переваг ДВС за участю судді виступає можливість врегулювання спору у приватному порядку на умовах дотримання конфіденційності. Важливо, що переговори відбуваються без звичного судового формалізму (не у формі судового засідання, без фіксації процесу та без використання атрибутів судової влади), хоча вони проходять у приміщенні суду, а тому ототожнюються із справедливим правосуддям. Водночас виникає питання: хто ж здійснюватиме всю документацію, зокрема як і ким фіксуватимуться результати проведених переговорів у формі досягнутого примирення? Чи в цьому разі будь-які процесуальні документи за результатами проведених переговорів будуть прийматися згодом лише в разі укладення мирової угоди, звичної судовій процедурі? Однак при такому підході не буде

досягнуто одного із головних завдань процедури ДВС за участю судді — швидкість, зокрема забезпечення вирішення справи на ранній стадії, ефективне використання робочого часу суддів і ресурсів суду. Тому, визначаючи правові механізми ДВС за участю судді, необхідно чітко визначити, як оформлюватимуться результати проведених переговорів у результаті досягнутого примирення між сторонами.

Концепцією ДВС визначено, що у разі досягнення примирення між сторонами ними укладається мирова угода та в письмовому вигляді направляється судді, який проводить ДВС. У визначених законом випадках (коли зобов'язання сплатити кошти, передати майно покладається тільки на одну сторону) ухвала про затвердження мирової угоди може мати силу виконавчого документа. В інших випадках може бути подано позов про спонукання боржника до виконання мирової угоди, який розглядається на загальних підставах.

На нашу думку, це неоднозначний підхід, адже чому тільки в окремих випадках ухвала про затвердження мирової угоди матиме силу виконавчого документа, а в інших — передбачається складна процедура звернення із самостійним позовом про спонукання до виконання умов мирової угоди? Вважаємо, що однозначно треба передбачити, що в ухвалі про затвердження (визнання) мирової угоди викладаються всі умови мирової угоди, і вона має силу виконавчого документа.

Дуже дискусійним є положення Концепції ДВС, що за невиконання умов мирової угоди без поважних причин із боржника на користь стягувача може стягуватись штраф (у відсотковому відношенні до майнових вимог або у фіксованому розмірі, коли вимоги є немайновими). Чи доцільні штрафні санкції при запровадженні процедури ДВС за участю судді? Чи доцільно лише визначити примусове виконання такої мирової угоди? На нашу думку, другий варіант є більш прийнятним.

Загалом, запровадження ДВС за участю судді є позитивною тенденцією. Водночас необхідно чітко продумати, чи доцільно, щоб така процедура здійснювалася суддею чи, можливо, незалежною особою — професійним медіатором, як це є у багатьох зарубіжних країнах?

Більше того, нещодавно Комітет Верховної Ради з питань правової політики та правосуддя в широкому колі фахівців обговорював законопроекти №№2480 та 2480-1, якими пропонується на законодавчому рівні закріпити процедуру медіації. Обидва документи передбачають появу незалежних самозайнятих осіб — медіаторів, які б, власне, і займалися врегулюванням конфліктів на досудовому рівні. І саме медіація, переконані правники, може стати реальною можливістю для звільнення судів від надмірної кількості справ [3]. Адаже і перший, і другий варіант примирювальних процедур має свої переваги та недоліки, які український законодавець повинен ретельно зважити.

Нещодавно робоча група з питань правосуддя, готуючи зміни до Конституції, передбачила наявність в окремих випадках обов'язкового досудового врегулювання спорів. А тому законодавець змушений чітко визначити й правові механізми такого досудового врегулювання спорів.

Список використаних джерел

1. *Бойко, Н.* Як досудове врегулювання спорів може посприяти відновленню довіри до вітчизняної Феміди [Електронний ресурс] / Надія Бойко // Закон і бізнес. — 2014. — № 47–48 (1189–1190). — 29 листопада — 5 грудня. — URL : http://zib.com.ua/ua/111163-yak_dosudove_vregulyuvannya_sporiv_mozhe_pospriyati_vidnovle.html.
2. Що таке процедура досудового врегулювання спорів за участю судді? [Електронний ресурс] / Офіційний веб-портал «Судова влада України». — URL : <http://adm.if.court.gov.ua/sud0970/dvs/whatis>.
3. *Опренко, М.* Канада пропонує служителям вітчизняної Феміди вирішувати спори поза судовою процедурою [Електронний ресурс] / Марія Опренко // Закон і бізнес. — 2015. — № 32 (1226). — 8–14 серпня. — URL : http://zib.com.ua/ua/117989-kanada_proponue_ukrainskim_suddyam_virishuvati_spori_poza_su.html.
4. Регламент порядку проведення переговорів з досудового врегулювання спору за допомогою судді [Електронний ресурс] / Офіційний веб-портал «Судова влада України». — URL : <http://adm.od.court.gov.ua/sud1570/menu3/dewewewe/test1>.



МАРКОВА Олена Олегівна,

кандидат юридичних наук,

*Сумська філія Харківського національного університету
внутрішніх справ, м. Суми, Україна*

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЮ ПРОЦЕДУРИ МЕДІАЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ І ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: ОРГАНІЗАЦІЙНО-ЛОГІЧНИЙ ПІДХІД

На сьогодні інституціоналізм як провідний напрямок наукової думки викликає науковий інтерес і дискусії серед вчених, практиків та правових експертів. Проблематика інституціоналізації процедури медіації базується на теорії і практиці та розглядається виключно у рамках міждисциплінарних зв'язків: соціології права, міжнародного приватного права, конфліктології [1, с. 231]. Цей термін сьогодні

широко використовується в науці, зокрема коли мова йде про інституціоналізацію норм, процедур, інститутів.

Інституціоналізація (англ. *Institutionalization*) — це відносно тривалий процес виникнення, розвитку і адаптації в суспільстві стійких форм, зразків і моделей соціальної взаємодії, спілкування, поведінки і соціальних відносин, які закріплюються як формально, так і, з точки зору неонституціональної теорії, неформально. Розробкою інституалізації займався С. Хантінгтон, якому належить класичне визначення: «Інституціоналізація — це процес, за допомогою якого організації і процедури набувають цінність і стійкість» [2, с. 23]. Б. Г. Пітерс визначає інституціоналізацію як процес стандартизації процедур і рутинізації практик всередині організацій [3, р. 9].

Метою роботи є дослідження й аналіз етапів інституалізації процедури медіації в Україні.

Проблематикою інституалізації займалися такі видатні науковці: Т. Лукман, В. Пауелл, П. ДіМаджіо, П. Дрю, М. Сандберг, Г. Спенсер, Е. Дюркгайм, М. Вебер, Т. Парсонс, Р. Мертон, В. М. Сіріх та інші. Із сучасних українських соціологів питання інституціоналізації у своїх працях висвітлювали Є. Головаха та Н. Паніна, С. Макеєв, В. Матусевич, Є. Сірій.

Процедура медіації в законодавстві європейських країн вже давно інституалізована, прийняті спеціальні закони, які регламентують процедуру медіації (США, Італія, Англія), закріплені відповідні норми в цивільному процесуальному законодавстві (Франції, Німеччини). На жаль, у нашій країні досі ця процедура не отримала належного законодавчого закріплення і підтримки з боку законодавця.

Для інституалізації процедури медіації необхідно:

- 1) змінити правосвідомість суспільства, держави;
- 2) намір держави закріпити процедуру медіації, надати можливість їй розвиватися і функціонувати на одному рівні з судовою системою, стати альтернативною процедурою;
- 3) змінити вектор роботи судового апарату і модернізувати правосуддя за допомогою впровадження досудової і судової медіації;
- 4) розробити і прийняти нормативно-правові акти, які закріплюють цю процедуру, зокрема внести відповідні зміни в Цивільний процесуальний кодекс України (закріпити досудову медіацію і судову), прийняти Закон України «Про медіацію».

Основною причиною інституалізації процедури медіації у цивільному праві і процесі України є нагальна потреба в покращенні доступу до правосуддя за допомогою диверсифікації засобів захисту прав та інтересів. Європейська директива закріплює принцип доступності правосуддя як фундаментальний для того, щоб забезпечити кращий доступ до правосуддя, таким чином створюючи законодавчий фундамент для альтернативної процедури захисту прав та інтересів.

Директива 2008/52/ЄС Європейського Парламенту «З певних аспектів медіації у цивільних та комерційних справах» [4] чітко закріплює і визначає специфіку процедури медіації: саме медіація може забезпечити ефективне і швидке досудове врегулювання спорів з цивільних справ. Домовленості, які досягнуті за допомогою медіації, є добровільними і забезпечують дружні та стійкі відносини між сторонами.

Аналіз сучасних концепцій інституалізації дозволяє виділити етапи інституалізації, які необхідно пройти процедурі медіації в цивільному праві і процесу України:

1) етап типізації. Типізація походить від слова «тип» (форма, вигляд). У процесі медіативної процедури сторони самостійно, враховуючи свої інтереси, ціннісні переваги й обставини, здійснюють взаємні поступки, встановлюють межі у врегулюванні взаємовідносин. Медіація є процедурою, якій властива повторюваність, типізація. Необхідною умовою типізації є хабітуалізація. П. Бергер і Т. Лукман стверджують, що інституціоналізація починається там, де здійснюється взаємна типізація хабітуалізованих дій учасниками [5, с. 92]. У процесі типізації дії стають типовими для учасників процедури. Між медіацією та інституційною сферою не існує принципової межі, оскільки типізація може виступати початковим етапом у формуванні процедури. Для типізації процедури медіації необхідно розробити типові форми медіативних угод, надати цій процедурі типового характеру;

2) етап об'єктивації. Під об'єктивуванням розуміємо процес трансформації суб'єктивних складових (поведінки, волі) в об'єктивну реальність [6, с. 11]. Об'єктивування абстрактних норм, з метою надання їх змісту визначеності, відбувається шляхом закріплення їх у відповідних в юридичних формах: документальних та процедурних. У документальній формі об'єктивуються норми матеріального права, а в процедурній — норми процесуального права.

Необхідними умовами об'єктивації процедури медіації є:

- легітимність процедури, яка об'єктивується;
- дотримання суб'єктами чітко встановленої процедури;
- здатність суб'єкта правильно зрозуміти й оцінити об'єктивні суспільні умови і відобразити їх у праві. Об'єктивація процедури медіації — вираження і закріплення норм, які регулюють процедуру медіації у відповідних юридичних формах, шляхом формально-юридичного закріплення);

3) етап легітимації. Найбільш детально процес легітимації аналізується науковцями-соціологами — М. Вебером, П. Бергером та Т. Лукманом. Метою інституалізації на цьому етапі є легітимація відносин і отримання бажаного результату, який задовольняє інтереси обох сторін, які використовують процедуру медіації.

Аналізуючи доктринальні погляди вчених як соціологів, так і правознавців, необхідно зазначити, що в основному поняття

«легітимація» розглядається в нерозривному взаємозв'язку із поняттям «легітимність», який є наслідком легітимності як порядку (процесу). Тому, звертаючись до процедури медіації, можна припустити, що легітимне впорядкування відносин — це процес, а легітимація результату — це наслідок цього процесу, який бажають отримати сторони, обравши для врегулювання відносин саме договірний спосіб.

Легітимація розглядається науковцями як:

1) процес визнання соціальними суб'єктами значущості суспільно-політичної реальності як у цілому, так і в її окремих проявах та складових;

2) способи пояснення і виправдання соціальних та політичних відносин, їхня когнітивна та нормативна інтерпретація.

Наявність різних суб'єктивних концептів учених стосовно цих понять свідчить про різноплановість їх поглядів, проте всі доходять висновку, що легітимація фіксує процеси генези та творення легітимності [7, с. 478]. Споріднені терміни в соціологічній науці означають законність та узагальнення, що необмежені формально-юридичним аспектом. У праві ці поняття додатково навантажуються об'єктивованою формою, тобто обмежені формально-юридичним аспектом, та визначаються як:

1) процес виникнення, становлення та формування легітимності, тобто генезису об'єктивного визнання законності певного об'єкта, прийняття існування його суб'єктом (когнітивний аспект);

2) цілеспрямована діяльність суб'єкта, що має на меті становлення, врегулювання, розвиток, закріплення легітимності певного об'єкта, надаючи нормативного характеру його практичним імперативам (нормативний аспект).

Саме в другому випадку легітимність і легітимація набувають правового значення, тобто легітимність розглядається як чинник, а легітимація як наслідок, який необхідно зафіксувати відповідним способом і у відповідній формі [8, с. 26]. Головну функцію легітимації в сенсі її очікуваного наслідку можна узагальнено визначити як забезпечення легітимності різними шляхами і способами. Легітимація направлена на те, щоб надати інституціоналізації процедури медіації ціннісно-нормативного характеру. Легітимація виконує функцію підтримки, солідарності, важливості та нормативності.

Легітимність процедури медіації може визначатися як самими сторонами в медіативній угоді, так і законодавцем залежно від закріплення обов'язкових норм щодо відповідного порядку, який може передбачатися у законі або кодексі. Відносини, які виникають під час медіації і відображаються в угоді, мають легітимуватися за двома параметрами і за змістом та за порядком прийняття. У першому випадку на легітимність можуть претендувати тільки ті правила, які будуть схвалені всіма зацікавленими особами як учасниками раціонального дискурсу, оскільки всі соціальні норми — це згода

більшості на їх існування та використання з позиції їх справедливості та корисності. Тобто зміст угоди буде тоді легітимним, коли учасники відносин, за участю третьої нейтральної сторони — медіатора, дійдуть згоди за всіма істотними умовами договору, при цьому їх волевиявлення буде вільним та взаємоузгодженим.

У другому випадку легітимний порядок має бути визначений як закріплення певної форми для об'єктивації результату, на який розраховують сторони. Це означає (наприклад): якщо для певного виду угод передбачений конкретний порядок його укладання, виконання, то сторони обов'язково повинні його дотримуватися, оскільки в разі порушення норм договір не набуде регулятивної сили [9, с. 33].

Легітимність порядку має і може бути гарантована внутрішніми та зовнішніми гарантіями.

До внутрішніх гарантій легітимності процедури медіації необхідно віднести свободу волевиявлення, сприйняття контрагента як рівного, достатній рівень правосвідомості, внутрішнє переконання.

Зовнішніми гарантіями легітимності процедури медіації можна вважати превентивні заходи впливу, відповідальність, порядок легітимації договірних норм, визначений сторонами чи законодавцем, механізм захисту своїх інтересів у разі порушення їх іншою стороною. «Успіх» легітимації — це співвідношення не тільки преференцій, але й інтересів, який обумовлюється тим, якого характеру набуває легітимність у результаті всіх цих взаємодій, яка ступінь її стійкості в суспільстві. Ми вважаємо, що умовно «успіх» легітимації залежить від офіційності формули легітимності.

Отже, інституалізація процедури медіації в цивільному праві і процесі України дозволить:

- 1) вивести процедуру медіації на якісно новий рівень розвитку;
- 2) закріпити її і надати їй нормативного, офіційного характеру;
- 3) реалізувати сторонам конфлікту або спору можливість врегулювати його без звернення до суду;
- 4) використовувати цю процедуру і переконатися у її перспективності, ефективності та перевагах.

Саме інституалізація дозволяє встановити діалог між державою і громадянським суспільством щодо використання процедури медіації в цивільному праві та процесі, складає певний синергетичний процес переходу до симетричної комунікації, взаємодії на основі нормативно закріплених механізмів процедури [10, с. 314]. Етапи інституалізації процедури медіації відрізняються один від одного, кожний з яких сприяє все більшому перетворенню процедури у звичайну, типову норму комунікації «держави — суспільства — громадянина» в режимі діалогу і взаємодії.

Список використаних джерел

1. *Зайцев, А. В.* Теоретико-методологические основания институционализации диалога и государства и гражданского общества [Текст] / А. В. Зайцев // Научные ведомости Белгородского государственного университета. — 2012. — № 1. — Вып. 21. Серия «История. Политология. Экономика. Информатика». — С. 231–236.
2. *Хантингтон, С.* Политический порядок в меняющихся обществах [Текст] / С. Хантингтон. — М.: Прогресс-Традиция, 2004. — 480 с.
3. *Peters, B. G.* Institutional theory: Problems and prospects [Electronic Resource] / B. Guy Peters. — Vienna: Institute for Advanced Studies, 2000. — URL: https://www.ihs.ac.at/publications/pol/pw_69.pdf.
4. Директива 2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21.05.2008 р. «З певних аспектів медіації у цивільних та комерційних справах» [Електронний ресурс] / Верховний Суд України. — URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014f8c093ad5cb7148bc2257d8d002488a0/\\$FILE/%D0%94%D0%B8%D1%80%D0%B5%D0%BA%D1%82%D0%B8%D0%B2%D0%B0%20%D0%84%D0%A1%20%D0%BC%D0%B5%D0%B4%D1%96%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014f8c093ad5cb7148bc2257d8d002488a0/$FILE/%D0%94%D0%B8%D1%80%D0%B5%D0%BA%D1%82%D0%B8%D0%B2%D0%B0%20%D0%84%D0%A1%20%D0%BC%D0%B5%D0%B4%D1%96%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F.pdf).
5. *Бергер, П.* Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания [Текст] / П. Бергер, Т. Лукман. — М.: Медиум, 1995. — 323 с.
6. *Ермакова, Е. В.* Основные способы формально-юридического закрепления правовых норм [Текст] / Е. В. Ермакова // Вестник Южно-Уральского государственного университета. — 2011. — № 40. — С. 10–14.
7. *Вебер, М.* Избранное: протестантская этика и дух капитализма [Текст] / М. Вебер; пер. с нем. — М.: РОССПЭН, 2006. — 656 с.
8. *Тур, М. Г.* Теоретико-методологічні засади процедурної легітимації Лумана [Текст] / М. Г. Тур // Практична філософія. — 2005. — № 3. — С. 25–31.
9. *Резник, В. С.* Легітимація приватної власності як концепт соціологічної теорії [Текст] / В. С. Резнік. — К.: Ін-тут соціології НАН України, 2010. — 512 с.
10. *Зайцев, А. В.* Диалог в институциональной среде взаимодействия государства и гражданского общества [Текст] / А. В. Зайцев // Вестник Костромского государственного университета имени Н. А. Некрасова. — 2011. — Том 17. — № 3. — С. 313–318.



ХАНИК-ПОСПОЛІТАК Роксолана Юріївна,
*кандидат юридичних наук, доцент,
Національний університет «Киево-Могилянська академія»,
м. Київ, Україна*

ПРИНЦИПИ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА НЕУПЕРЕДЖЕНОСТІ ЯК ОДНІ З БАЗОВИХ ПРИ СТВОРЕННІ ІНСТИТУТУ ФІНАНСОВОГО ОМБУДСМЕНА В УКРАЇНІ

Питання довіри судовій системі в Україні не втрачало своєї актуальності ніколи і, тим більше, є актуальним зараз. Як показують дослідження, довіра до українських судів становить близько 40 відсотків [1]. У цих умовах знову необхідним є пошук інших механізмів, які б дозволяли учасникам суперечки дешевше, швидше та позасудово її вирішувати. У світі такі механізми вже створені та функціонують достатньо ефективно. Як відомо, їх прийнято називати альтернативні способи врегулювання спорів або альтернативне вирішення спорів — АВС.

Створювати такі АВС України має в силу вимог цілої низки директив, які є додатками до Угоди про Асоціацію України та ЄС [2], зокрема: Директива 2008/48/ЄС про кредитні договори для споживачів, Директива 2009/110/ЄС про електронні гроші, Директива 2014/65/ЄС про ринки фінансових інструментів.

То що ж розуміють під АВС? На думку Т. П. Зубко, в цілому концепцію альтернативного вирішення спорів можна визначити як сукупність прийомів і способів вирішення спорів між учасниками без звернення до системи судочинства [3]. О. М. Спектор визначає інститут АВС як сукупність норм (правового та нормативного характеру), що регулюють відносини, які виникають у зв'язку з вирішенням спорів і розв'язанням конфліктів у приватноправовій сфері, на основі узгодження позицій та інтересів сторін [4].

У Директиві 2013/11/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 21 травня 2013 р. про альтернативні способи вирішення спорів у сфері захисту прав споживачів та внесення змін до Регламенту (ЄС) № 2006/2004 та Директиви 2009/22/ЄС (Директива про АВС у сфері захисту прав споживачів) (Директива про АВС) у п. 5 преамбули зазначається, що АВС передбачає просте, швидке, мало затратне позасудове вирішення спорів між споживачами і продавцями [5].

АВС схеми можуть бути засновані державними органами, промисловістю або у співпраці між державним сектором, промисловістю й організаціями захисту прав споживачів. На сьогодні в ЄС налічується більше 750 схем АВС. Вони працюють по-різному і мають різні

назви [6]. Але найбільш поширеними є переговори, медіація та арбітраж (третейське судочинство).

В останні роки у світі взагалі та ЄС зокрема в сфері захисту прав споживачів фінансових послуг ефективним став інститут фінансового омбудсмена як альтернативний спосіб вирішення спорів. Як відомо, на сьогодні в світі функціонують дві основні моделі інституту фінансового омбудсмена — німецька та британська [7]. Інститут фінансового омбудсмена діє уже в більш як 40 країнах світу.

Однак в Україні відсутнє будь-яке комплексне наукове дослідження цього інституту. Варто погодитися з думкою А. І. Сироти, що розробка теоретичних і практичних основ організації і створення в Україні інституту фінансового омбудсмена на сьогодні перебуває на початковій стадії [8, с. 68].

Питання із захистом прав споживачів фінансових послуг в Україні, особливо після фінансової кризи 2008–2010 років, стоїть дуже гостро. У зв'язку з цим, в Україні про необхідність створення АВС у сфері захисту прав споживачів, зокрема інституту фінансового омбудсмена, згадувалося у низці документів, останні з них — Стратегія реформування системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг на 2012–2017 роки, затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 31 жовтня 2012 р. № 867–р [9], та Комплексна програма розвитку фінансового сектору України до 2020 року, затверджена постановою правління Національного банку України від 18 червня 2015 р. № 391 [10].

Відповідно до зазначеного вище неодноразово робляться спроби як законодавчо прописати правові основи діяльності фінансового омбудсмена, так і безпосередньо створити цей інститут. Так, у 2011 році Центром «Блакитна стрічка» за підтримки ООН та ЄС був розроблений законопроект «Про впровадження служби фінансового омбудсмена в Україні», який базувався на британській моделі. Однак він не був навіть зареєстрований у Верховній Раді України. Тоді у 2012 році народним депутатом Ю. В. Полунєєвим було подано законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення на фінансових ринках України системи захисту користувачів фінансових послуг», у якому пропонувалося запровадити посаду уповноваженого з захисту прав споживачів фінансових послуг (за своєю суттю — посаду «фінансовий омбудсмен»). Недоліком законопроекту було те, що він чітко не прописував компетенцію цього інституту. На жаль, і цей законопроект «канув» в історію. Наступною була спроба впровадження інституту фінансового омбудсмена в банківській системі, зокрема значні зусилля робилися Незалежною асоціацією банків України (НАБУ). Був навіть оголошений конкурс на заміщення посади банківського омбудсмена [11]. Проте спроба знову не завершилася успіхом. Тепер цей інституту прописаний у законопроекті за № 2456 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо

удосконалення захисту прав споживачів фінансових послуг» [12].

На яких же принципах повинно бути створено інститут фінансового омбудсмена в Україні. Варто вказати, що не існує окремих, спеціальних принципів побудови саме інституту фінансового омбудсмена, є розроблені та закріплені, зокрема на законодавчому рівні ЄС, спільні для усіх АВС принципи їхнього створення та діяльності. Вважаємо, що Україна, безумовно, щодо фінансового омбудсмена повинна керуватися відповідними європейськими напрацюваннями, оскільки таким чином вона ще й буде виконувати взяті на себе Угодою про Асоціацію між Україною та ЄС зобов'язання, а також сприятиме покращенню іміджу ринку фінансових послуг взагалі.

Так, Директива про АВС вказує такі принципи при створенні позасудового механізму вирішення спору: професійність, незалежність та неупередженість (ст. 6), прозорість (ст. 7), ефективність (ст. 8), справедливість (ст. 9), свобода (ст. 10), законність (ст. 11). Крім того, у вітчизняній науковій літературі називають ще такі принципи, як конфіденційність та співробітництво [4].

Усі ці принципи вкрай важливі, однак ми вирішили зупинитися лише на двох — незалежність та неупередженість, оскільки, на нашу думку, ці принципи є основоположними та першочерговими, без яких всі інші принципи втратять свій сенс, а АВС не буде ефективно працювати. Недаремно принцип незалежності є вкрай важливим поряд з іншими навіть у судовій системі будь-якої держави, в т.ч. України.

Що ж розуміється у Директиві про АВС під «незалежністю» та «неупередженістю»? У ч. 1 ст. 6 Директиви зазначено: «Держави-члени повинні гарантувати, щоб фізичні особи, які відповідають за АDR, володіли необхідним досвідом і були незалежними та неупередженими. Це має бути гарантовано забезпечення того, щоб такі особи:

(а) володіли необхідними знаннями та навичками в галузі альтернативного або судового вирішення спорів споживачів, а також загального розуміння права;

(б) призначалися на строк повноважень достатньої тривалості для забезпечення незалежності їх дій, а також не були звільнені від виконання своїх обов'язків без поважних причин;

(с) не отримували будь-яких інструкцій від будь-якої зі сторін або їхніх представників;

(д) отримували винагороду таким чином, щоб вона не була пов'язана з результатом процедури;

(е) невідкладно розкривати перед установами АВС будь-які обставини, які можуть вплинути на їх незалежність і неупередженість або призвести до конфлікту інтересів з будь-якої сторони в суперечці, який вони просять вирішити.

Обов'язок розкривати такі обставини повинен бути протягом всієї процедури АВС. Це не застосовується, якщо установа АВС складається

з однієї фізичної особи» [5].

Саме пункти (b)-(e), на нашу думку, безпосередньо стосуються принципів незалежності та неупередженості, а пункт (a) стосується принципу професійності.

На нашу думку, ці принципи були закріплені у проекті закону «Про впровадження служби фінансового омбудсмена в Україні» розробленого Центром «Блакитна стрічка» за підтримки ООН та ЄС. Однак навіть якщо на сьогодні брати за основу цей законопроект, то він потребує удосконалення/перегляду/оновлення, в першу чергу, тому, що у 2011 році за основу бралися Рекомендація Комісії 98/257/ЄС від 30 березня 1998 р. «Про принципи, які застосовуються до органів, відповідальних за позасудове врегулювання спорів про захист прав споживачів» та законодавство окремих держав-членів ЄС станом на 2011 рік. А цілком зрозуміло, що законодавство ЄС та держав-членів уже за ці 4 роки змінилось.

При спробі ж створити інститут фінансового омбудсмена при НАБУ вважаємо, що не повною мірою було враховано принципи незалежності та неупередженості, зокрема щодо отримання винагороди, оскільки фінансування Фінансового омбудсмена планувалося за рахунок членів НАБУ. Це саме один із факторів, чому оголошений конкурс на посаду фінансового омбудсмена не відбувся. Члени НАБУ відмовилися здійснювати фінансування. Отже, слід шукати інші механізми забезпечення незалежності та неупередженості при створенні інституту фінансового омбудсмена в Україні. Створення цього інституту при будь-якому учаснику ринку фінансових послуг буде психологічно викликати підозру у споживачів щодо упередженого ставлення і бажання вирішити спір не на користь споживача. Всім відомо, що однією з причин вилучення з-під підвідомчості третейських судів спорів щодо захисту прав споживачів була поява так званих «кишенькових судів», які вирішували спори не на користь споживачів, а на користь тих, при кому вони були створені.

Погоджуємося з думкою А. П. Пінчука, який вказує, що «фінансовий омбудсмен повинен бути незалежним від юридичних та фізичних осіб, у першу чергу, від надавачів фінансових послуг для забезпечення неупередженості під час розгляду скарг, ухвалювати виключно об'єктивні рішення» [13, с. 105]. Так само, це підтверджується дослідженнями, що проводилися проектом FINREP¹. Результати дослідження показали, що більшість схиляється до створення незалежної від учасників фінансового ринку та споживачів установи.

¹ Примітка: автор статті є членом робочої групи щодо запровадження інституту фінансового омбудсмена України, а тому окремі матеріали наявні в силу участі в цій групі. Зокрема дослідження FINREP щодо створення інституту фінансового омбудсмена були проведені у серпня 2015 році і не були та й, напевно, не будуть оприлюднені в силу завершення проекту. Опитування проводилося серед учасників ринку фінансових послуг (зокрема членів НАБУ, ВАКС), юристів АПУ.

Саме таким чином, якщо це буде ні при кому створена інституція фінансового омбудсмена, можна буде забезпечити реалізацію принципів незалежності та неупередженості, закріплених у Директиві про АВС. Для цього, на нашу думку, по-перше, варто передбачити призначення особи на посаду фінансового омбудсмена на строк 5 років. Чому 5 років? Тому що цей строк найбільш сформований у правовій доктрині України. По-друге, необхідно визначити у законі чіткі підстави звільнення особи з цієї посади. І, по-третє, передбачити здійснення фінансування за рахунок різних джерел.

Висновки. Запровадження інституту фінансового омбудсмена в Україні на ринках фінансових послуг в Україні є на часі. Створення цього інституту може стати ще одним значним кроком на шляху впровадження європейських стандартів у роботі фінансового ринку в Україні та встановлення ефективних та дієвих механізмів захисту прав споживачів. При цьому слід керуватися принципами, закріпленими в актах ЄС, зокрема Директиві про АВС. Першочерговими з них повинні бути незалежність та неупередженість. Забезпечення цього можливе через створення незалежного від учасників ринку фінансових послуг та асоціацій споживачів органу за зразком бізнес-омбудсмена.

Список використаних джерел

1. *Желтухін, Є.* Довіра до суду: хто і як довіряє судовій системі [Електронний ресурс] / Єгор Желтухін [29 січня 2015, 18:27] // Юридична газета online. — URL : <http://yur-gazeta.com/publications/events/dovira-do-sudu-hto-i-yak-doviryae-sudoviy-sistemi.html>.
2. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011.
3. *Зубро, Т. П.* Медіація як спосіб альтернативного вирішення спорів в Європейському Союзі [Електронний ресурс] / Т. П. Зубро // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету ім. Г. С. Сковороди. «Право». — 2014. — Вип. 21; Open Academic Journals Index. — URL : <http://oaji.net/articles/2014/976-1415035302.pdf>.
4. *Спектор, О. М.* Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Спектор Ольга Михайлівна ; Київ. нац. ун-тет імені Тараса Шевченка. — К., 2012. — 219 арк.
5. Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) [Electronic Resource] / EUR-lex. — URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32013L0011>.
6. ADR and ODR in the European Union [Electronic Resource] / European Commission. — URL :

http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/adr-odr/index_en.htm.

7. *Зайцева, О.* Омбудсмен у фінансовій сфері: чи зможе він захистити права українців? [Електронний ресурс] / Оксана Зайцева ; Ресурсний центр ГУРТ. — URL : <http://gurt.org.ua/articles/19820>.
8. *Сирота, А. І.* Фінансовий омбудсмен як позасудова система врегулювання спорів на фінансовому ринку України [Текст] / А. І. Сирота // Науковий вісник Національного університету ДПС України (економіка, право). — 2013. — № 4 (63). — С. 67–72.
9. Стратегія реформування системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг на 2012–2017 роки : схвал. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 31.10.2012 р. № 867–р [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/867-2012-p>.
10. Комплексна програма розвитку фінансового сектору України до 2020 року : затв. постановою Правління Національного банку України від 18.06.2015 р. № 391 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0391500-15>.
11. Омбудсмен [Електронний ресурс] / Незалежна асоціація банків України. — URL : <http://www.nabu.com.ua/ukr/about/ombudsmen/>.
12. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення захисту прав споживачів фінансових послуг за № 2456 від 23.03.2015 р. (н.д.У. Дзензерський Д. В., Поляков М. А., Довбенко М. В. та ін.) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54522.
13. *Пінчук, А. П.* Фінансовий омбудсмен як невід'ємна частина системи регулювання ринку фінансових послуг [Текст] / А. П. Пінчук // Економіка та держава. — 2013. — № 1. — С. 104–107.



ПОЖОДЖУК Роман Васильович,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ОКРЕМІ ВИДИ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ У СФЕРІ ЕЛЕКТРОЕНЕРГЕТИКИ

За роки незалежності було докладено вагомих зусиль задля захисту прав та інтересів осіб учасників цивільного обороту. Відійшовши від догматично-імперативної системи управління до

вільного руху капіталів, суб'єкти цивільного обороту отримали можливість вільного розпорядження своєю власністю, у тому числі отримали можливість вільного здійснення підприємницької діяльності, незабороненої законом.

Водночас при вільному русі капіталів інколи виникають суперечності між суб'єктами цивільного обороту, а вирішення таких суперечностей не завжди може бути правильно чи справедливо вирішено судом. Іншими словами, сучасна правова Україна потребує інтенсивного розвитку інституту альтернативних способів вирішення спорів.

Альтернативні способи вирішення спору є дієвим засобом вирішення та врегулювання суперечок, що виникли чи можуть виникнути між сторонами договірної зобов'язання.

Окрім автори зазначають, що вітчизняне законодавство у сфері захисту прав споживачів потребує удосконалення за рахунок урахування досвіду діяльності у цій сфері європейських громадських організацій [1, с. 183]. Варто погодитися з вищеведеним міркуванням, оскільки, дійсно, альтернативні способи вирішення спорів є дієвим засобом врегулювання розбіжностей чи суперечок між сторонами, і у цьому контексті доцільно висвітлити рекомендації Європейського Союзу (ЄС) у сфері альтернативного вирішення спорів.

Щодо позасудового вирішення спорів варто як приклад навести Рекомендацію Комісії 98/257/ЄС про принципи, які застосовуються до органів, відповідальних за позасудове врегулювання спорів про захист прав споживачів, у якій передбачено, що досвід, отриманий декількома державами-членами, доводить, що альтернативні механізми позасудового врегулювання спорів про захист прав споживачів — за умови дотримання певних важливих принципів — приносять добрі результати як для споживачів, так і для фірм шляхом зменшення витрат на врегулювання спорів про захист прав споживачів та тривалості провадження.

Неупередженість та об'єктивність органу, який приймає рішення, є значним чинником для забезпечення захисту прав споживачів та для підвищення довіри споживачів до альтернативних механізмів вирішення спорів про захист прав споживачів.

Позасудові органи можуть приймати рішення не тільки на основі положень нормативно-правових актів, але також і з міркувань справедливості та на основі кодексів поведінки, оскільки водночас така гнучкість щодо підстав для їх рішень не повинна призводити до зниження рівня захисту споживачів у порівнянні з рівнем захисту, який споживачі отримують згідно з законодавством Співтовариства шляхом застосування законів судами [2].

Вказаною Рекомендацією передбачено встановлення мінімальних принципів, які врегульовують створення та функціонування позасудових процедур для вирішення спорів про

захист прав споживачів. Вказаний документ рекомендує, щоб усі існуючі органи та органи, які створюватимуться, що несуть відповідальність за позасудове врегулювання спорів про захист прав споживачів дотримувались таких принципів:

- принцип незалежності;
- принцип прозорості;
- принцип змагальності;
- принцип ефективності;
- принцип законності;
- принцип свободи;
- принцип представництва.

Сфера дії цієї Рекомендації була обмежена процедурами, які, незалежно від їх назви, ведуть до розв'язання суперечки через активне втручання третьої сторони, яка пропонує або нав'яже рішення. Вона не стосувалася процедур, які полягали у простій спробі зібрати сторони разом, щоб переконати їх знайти рішення за взаємною згодою.

Наступним взаємопов'язаним з попереднім документом є Рекомендація Комісії 2001/310/ЄС від 4 квітня 2001 р. про принципи діяльності позасудових органів, залучених до компромісного розв'язання суперечок за участю споживачів. У вказаній Рекомендації йдеться про те, що неупередженість процедури розв'язання суперечок має бути гарантована для того, щоб усі сторони мали впевненість у її справедливості. Незалежно від того, особа чи група відповідає за процедуру розв'язання суперечки, мають бути вжиті відповідні заходи для забезпечення неупередженості та надання інформації сторонам, яка демонструє їх неупередженість та компетенцію, що дозволяє сторонам зробити свідомий вибір щодо участі в процедурі [3].

Зазначена Рекомендація передбачає відмінну процедуру від попередньої, що повинна проявлятися у зібранні всіх сторін разом за участю третьої сторони (наприклад, медіатора), яка буде надавати їм допомогу у вирішенні суперечки в позасудовому порядку та розв'язання суперечки за взаємною згодою при досягненні певного компромісу.

Наступна Рекомендація передбачає такі принципи, які належать до процедури позасудового вирішення спору:

- a) неупередженість;
- b) прозорість;
- c) ефективність;
- d) справедливість.

Звичайно, що альтернативні способи розв'язання суперечок за участю споживачів не можуть замінювати судовий розгляд, проте на нашу думку, можуть бути досить дієвими та зручними.

Однак незважаючи на визнання ЄС загальної спрямованості на вдосконалення альтернативних способів вирішення спорів та спроби ввести їх в окремі сфери правовідносин, не всі їх види є дієвими у сфері захисту прав споживачів електроенергії. Так, у науці висловлюються

думки О. Ю. Черняк [1, с. 178], О. В. Перепелинської [4] щодо можливості третейського розгляду споживчих спорів. Так, на захист своєї позиції О. В. Перепелинська, ведучи мову про проблеми, які існують у сфері захисту прав споживачів в Україні, зазначає, що набагато ефективніше — проаналізувати позитивний досвід інших країн у їх розв'язанні [4]. Звичайно, досвід зарубіжних країн є важливим, проте ми не можемо сліпо копіювати іноземний досвід, не дослідивши його дієвість у межах вітчизняного законодавства, беручи до уваги всю його специфіку.

У свою чергу, М. М. Гудима, досліджуючи захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг, з впевненістю стверджує, що третейське судочинство може стати ефективним заходом вирішення спору між туристом і туроператором (турагентом) та забезпечити ефективний захист прав споживача туристичних послуг [5, с. 122]. Аналізуючи міркування цих авторів, ми дійшли висновку, що передання на третейський розгляд усіх спорів не зовсім коректно щодо захисту прав споживачів. На підтвердження нашої позиції варто навести Закон України «Про третейські суди», що містить норму, якою передбачено неможливість передання на розгляд третейського суду справ у спорах щодо захисту прав споживачів. Стосовно справ про захист прав споживачів електроенергії ми не вважаємо, що третейське судочинство є дієвим засобом вирішення таких спорів, адже, як відомо, таке судочинство є досить коштовним, а виконавчий документ за рішенням третейського суду видається державним судом. Іншими словами, неюрисдикційна форма потребує закріплення юрисдикційною формою для того, щоб набути легітимного статусу. У такому випадку розгляд спору державним судом буде більш ефективним та відповідно до законодавства — безкоштовним.

Одним з найбільш придатних різновидів альтернативного вирішення спорів, на нашу думку, може бути інститут спеціалізованого омбудсмена у сфері захисту прав споживачів, проте енергетичним законодавством України він не передбачений. Цей інститут повинен включати в себе медіацію. Про такий інститут згадується у Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні [6], у якій зазначено, що державна політика у сфері захисту прав споживачів реалізується шляхом сучасної інфраструктури захисту прав споживачів з урахуванням практики країн ЄС (створення асоціацій захисту прав споживачів, запровадження інституту омбудсмена, іншого механізму досудового розгляду скарг та розв'язання спорів).

У Концепції вказана доцільність запровадження омбудсмена, проте для з'ясування чи дійсно такий інститут буде дієвим альтернативним способом вирішення енергетичних конфліктів, необхідно проведення аналізу доцільності запозичення інституту омбудсмена у сфері захисту прав споживачів електричної енергії.

Проблемою інституту спеціалізованих омбудсменів займалася Л. В. Голяк, яка, аналізуючи законодавство Австралії та Нової Зеландії, вказує, що за ініціативою Ради міністрів Австралії з метою підвищення захисту прав споживачів енергоресурсів для забезпечення справедливого, доступного та ефективного вирішення спорів, підвищення довіри споживачів і заохочення розвитку національної економіки, була створена мережа енергетичних та водних ресурсів омбудсманів (*Australian and New Zealand Energy and Water Ombudsman Network — ANZEWON*). Метою мережі є також підтримка та подальший розвиток поточних відносин між постачальниками енергоресурсів та споживачами шляхом проведення регулярних консультацій, підвищення обізнаності населення про послуги для споживачів, які пропонуються енергетичними компаніями, забезпечення взаємозв'язку між постачальниками енергоресурсів та органами державної влади й управління, здійснення та підвищення якості систем та процесів управління в згаданій сфері [7, с. 32].

До цієї мережі входить, наприклад, омбудсман енергетичної промисловості Західної Австралії (*Energy Industry Ombudsman SA — EIOSA*). Спочатку у 2000 році цей інститут створювався лише як омбудсман електроенергетичної промисловості. У 2003 році його юрисдикція була розширена за рахунок надання повноваження щодо розгляду скарг на газопостачання. Після цього назва була змінена на омбудсман енергетичної промисловості. На даний час EIOSA — некомерційне відкрите акціонерне товариство, яке управляється Радою директорів, що складається з незалежного голови (омбудсмана), двох представників постачальників енергії, директора з питань газової промисловості та директора електроенергетичної галузі; а також комісарів (слідчих) для проведення розслідувань по скаргах споживачів і допоміжного персоналу. Рада чотири рази на рік проводить загальні збори, на яких обговорюються фінансові звіти та статистика скарг. Крім того, омбудсман готує щорічну доповідь, у якій надається детальна інформація про характер і кількість отриманих скарг, а також пропозиції щодо покращення роботи. EIOSA розглядає скарги від споживачів електроенергії та газу. Так само, як і інші спеціалізовані омбудсмани Австралії, у своїй діяльності він керується принципами незалежності, справедливості, доступності та відкритості і є «останньою» інстанцією у врегулюванні конфліктів між споживачами та постачальниками газу й електроенергії. Омбудсман енергетичної промисловості досліджує широкий спектр скарг, які стосуються як якості надання послуг, так і плати за отримані послуги. Діяльність омбудсмана фінансується за рахунок внесків організацій, які беруть участь у цій системі вирішення суперечок [7, с. 33].

Енергетичний омбудсмен передбачений і в інших країнах, де проявляє себе ефективним засобом вирішення конфліктів між фізичною особою-споживачем та електропостачальником. Зокрема, на

рівні ЄС створено національний омбудсмен енергетичної мережі (NEON), що є незалежною, не для отримання прибутку загальноєвропейською мережею з омбудсменів і посередницьких послуг в енергетичному секторі, визнається в якості незалежних постачальників альтернативного вирішення спорів в їх відповідних країнах і регіонах, відповідно до директив 2009/72 і 73 («Третій енергетичний пакет») і директиви 2013/11 щодо альтернативного вирішення спорів для суперечок споживачів і Правил (ЄС) 524/2013 про онлайн врегулювання спорів у суперечках споживачів. Метою національного омбудсмена енергетичної мережі є:

1) сприяння альтернативному вирішенню спорів у Європі відповідно до рекомендацій Комісії та директив ЄС;

2) заохочення захисту та розширення прав і можливостей споживачів енергії;

3) представлення своїх членів на європейському рівні та налагодження співпраці з європейськими колегами в галузі енергетики та споживання;

4) сприяння обміну інформацією, досвідом і передовою практикою між членами. Вказаний орган об'єднує національних омбудсменів Каталонії, Великобританії, Бельгії та Франції. Такі національні органи, що не фінансуються державою, є незалежними та неупередженими.

Проведений аналіз положень національного та міжнародного законодавства, а також доктринальних підходів дозволяє зробити висновок, що стандарти ЄС та національне законодавство повинні бути нерозривно пов'язані та відповідати один одному, з урахуванням особливостей національного законодавства. Водночас варто відмітити, що окремі види альтернативних способів вирішення конфліктних ситуацій між фізичною особою-споживачем і електропостачальником будуть ефективним засобом захисту прав перших та без будь-якої шкоди для положень законодавства можуть бути ним передбачені. Іншими словами, можна стверджувати, що інститут енергетичного омбудсмена у майбутньому повинен стати дієвим механізмом та засобом захисту прав споживачів електроенергії.

Список використаних джерел

1. *Черняк, О. Ю.* Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Черняк Олена Юрївна ; НАПрН України, НДІ приват. права і підприємництва. — К., 2011. — 230 арк.
2. Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (98/257/EC) [Electronic Resource] / EUR-lex. — URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998H0257>.

3. Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (Text with EEA relevance) (notified under document number C(2001) 1016) [Electronic Resource] / EUR-lex. — URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001H0310>.
4. *Перепелинська, О. С.* Споживачі у третейських судах: чи вирішить законопроект № 6670–1 існуючі проблеми? [Текст] / О. С. Перепелинська // Юридична газета. — 2011. — № 5. — 1 лютого.
5. *Гудима, М. М.* Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Гудима Марія Мирославівна. — К., 2012. — 247 арк.
6. Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні: розпорядження Кабінету Міністрів України від 03.09.2009 р. № 1026–р [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1026-2009-p>.
7. *Голяк, Л. В.* Інститут спеціалізованого омбудсмана щодо захисту прав споживачів: досвід Австралії та Нової Зеландії [Текст] / Л. В. Голяк // Вісник Запорізького національного університету (Юридичні науки). — 2010. — № 4. — С. 29–34.



РОЗГОН Ольга Володимирівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Харківський національний університет імені Василя Каразіна,

м. Харків, Україна

МЕДІАЦІЯ У МЕДИЧНИХ СПОРАХ

Медіація існує так само давно, як існують конфлікти. Для вирішення конфліктів застосовували як переговори між конфліктуючими сторонами, так і медіацію, яку можна назвати особливим видом **переговорів** за участю нейтральної особи (сторони). Тепер в Україні дозволяється за наявності конфліктної або спірної ситуації використовувати медіацію. Неможливо уявити собі життя без ризику виникнення конфліктних ситуацій. Звернення до суду не завжди може бути неприйнятним з огляду на причини морально-психологічного плану. Саме в таких випадках виходом може бути застосування медіації як альтернативного способу вирішення спорів (АВС). Дійсно, медіація — це «мистецтво мирних переговорів».

І зараз з'явилася можливість урегулювати проблеми людей, не задоволених якістю надання медичної допомоги, без суду, скориставшись примирливими процедурами, зокрема медіацією.

Одразу зазначимо, що в Україні медіація ще не набула широкого поширення, що пов'язано, насамперед, з її яскраво спрямованим приватноправовим характером і специфікою взаємодії сторін та медіатора.

Зазначимо, що сьогодні термін «медіація» розглядається у законодавстві по-різному, зокрема:

1) як синонім «посередництва».

Дійсно, медіація — це використання посередників для виходу з конфліктної ситуації. Це метод вирішення спорів із залученням посередника (медіатора), який допомагає сторонам конфлікту налагодити процес комунікації і визначити конфліктну ситуацію так, щоб сторони конфлікту змогли обрати той варіант рішення, який би задовольняв усіх учасників конфлікту.

У практиці посередництва чітко розрізняються дві основні юридичні моделі, в яких реалізується медіація: приватна й інтегрована.

Приватна медіація розглядається і регламентується як самостійний вид професійної діяльності з урегулювання правових спорів. Реалізація цієї моделі припускає введення окремих організаційно-правових форм для здійснення діяльності з проведення примирних процедур, що забезпечують інституціалізацію медіації як альтернативного способу вирішення правових спорів.

Як правило, це здійснюється шляхом прийняття окремих законодавчих актів, у яких регламентуються загальні положення про медіацію як про позаюрисдикційну процедуру, розкриваються її принципи, закріплюються правові гарантії цього інституту, вимоги, пропонувані щодо медіаторів і організацій, які надають допомогу в урегулюванні спорів за допомогою медіації. Важливо підкреслити, що приватна модель медіації не може реалізовуватися в діяльності юрисдикційних органів.

Для забезпечення їх активної участі у просуванні примирення сторін як пріоритетного способу вирішення спору прийнято формувати конструкцію інтегрованої медіації, що розрахована на особливості юрисдикційної діяльності і враховує специфіку процедур, у яких ця діяльність здійснюється. Інтегрована медіація розглядається та регламентується як спеціальна процедура і форма діяльності юрисдикційних органів (судів, нотаріату, судових приставів — виконавців тощо), яка спрямована на примирення сторін у межах юридичного процесу [1];

2) як процес діяльності медіатора.

Медіація — це процес, у якому нейтральна третя сторона (медіатор) допомагає вирішити конфлікт, сприяючи виробленню добровільної угоди між конфліктуючими сторонами [2]. Тобто медіатор допомагає вирішити конфлікт через полегшення процесу спілкування між сторонами, допомагає знайти шляхи вирішення проблеми;

3) як вид альтернативного врегулювання спорів (АВС).

Медіація є одним із видів примирних процедур, але медіація орієнтована саме на виявлення реальних інтересів і потреб не однієї, а обох сторін, які таким чи іншим чином опинилися в ситуації конфлікту.

Говорячи про застосування медіації, вважаємо, що найбільш актуальною є медіація саме у сфері надання медичних послуг.

У цій сфері одним із найпростіших за своєю процедурою та можливістю використання для захисту прав пацієнта є такий альтернативний спосіб, як проведення **переговорів із представником медичного закладу** (державного або приватного).

«Переговори» (негоціація) — це категорія урегулювання спору безпосередньо сторонами, без залучення третьої сторони шляхом співробітництва і взаємних компромісів [3, с. 60].

Саме неофіційність у цій ситуації часто відіграє позитивну роль, оскільки багато пацієнтів не мають можливості без сторонньої (професійної) допомоги скласти офіційну скаргу чи претензію, позов до медичного закладу.

Слід зазначити, що більшості судових справ, в основі яких лежать медичні аспекти, передують спроби врегулювати конфлікти в досудовому порядку. Такий варіант є більш простим і доступним, оскільки він не потребує звернення до суду. Багато фахівців такий спосіб вважають доцільним як для пацієнтів, так і для лікарів (а також медичних установ, у яких вони працюють). Позитивні аспекти саме **досудового способу** вирішення конфліктних ситуацій при наданні медичної допомоги пояснюються багатьма причинами, основні з яких є такими: не потребує спеціальних правових знань із боку пацієнта; швидке досягнення результату; немає потреби у складанні позовної заяви з викладенням обставин конфлікту і своїх вимог; немає потреби самостійно або через представника обстоювати свої інтереси в суді [4].

Серед конкретних варіантів досудового способу захисту прав пацієнтів можна виокремити:

1) звернення до керівника медичної установи, в якій пацієнту надавалася медична допомога (усне чи письмове);

2) звернення до територіального органу управління охороною здоров'я;

3) допомогу незалежних громадських об'єднань і професійних медичних асоціацій;

4) звернення до органів прокуратури.

Загалом, звернення починається розмовою з лікарем, який, на думку пацієнта, порушив його законні права. Якщо результат переговорів не влаштовує пацієнта, він звертається до **головного лікаря медичного закладу**. Для цього існують відведені години прийому головного лікаря в медичному закладі або директора комерційного медичного закладу. Наприклад, прийом населення з

особистих питань передбачається п. 2.14 Посадової інструкції головного лікаря лікувально-профілактичного закладу [5, с. 60–63].

Найбільш часто вживаним досудовим способом вирішення конфліктних ситуацій у медичній практиці можна вважати **звернення до керівника** медичного закладу. З огляду на особливості функціонування медичних установ, цього буває достатньо для вирішення конфліктної ситуації.

Звернення до представника медичного закладу здійснюється, як правило, без оформлення офіційних документів — листа зі скаргою чи заявою, претензією, без залучення третьої сторони, без дотримання спеціально визначених процедур, як це передбачається, при медіації або при їх мінімальній регламентації [6, с. 19–20].

У кожному випадку передує перш за все причина виникнення конфлікту, і тут можливе порушення прав як з боку лікаря, так і з боку пацієнта.

Для кожного пацієнта, який стикається з неповагою з боку медичного персоналу, незадоволеній якістю медичної допомоги та часто, як наслідок, порушенням своїх законних прав, найпростішим є можливість самостійно залагодити проблему, провівши переговори з **представником медичного закладу**: головним лікарем, завідуючим відділенням або іншим законним представником [4].

Переговори передбачають перш за все бажання позитивного діалогу між людьми та можуть відрізнитися тільки специфікою предмета спору [7, с. 263].

Загальна практика проведення переговорів передбачає використання різних стилів ведення переговорів, що дає можливість конкретно визначати мету переговорів, мотивацію для пацієнта й лікаря, можливість прийти до бажаного результату коротким шляхом тощо. Залежно від обраного заздалегідь стилю поведінки кожен пацієнт отримує відповідний результат [8].

Фактично результат переговорів залежить тільки від поведінки сторін та їх бажання дійти компромісу. Таким чином, говорячи про можливість пацієнта обстоювати свою позицію у конфлікті з лікарем без посередника, не останню роль відіграє саме правова культура людини.

Задля цього існують і проводяться фахівцями у галузі медицини і права семінари, тренінги щодо роз'яснень прав пацієнтів та способів захисту цих прав. Також проводиться консультативна і правопросвітницька робота громадськими організаціями щодо надання правових консультацій та проведення занять, які дали б досвід пацієнтам щодо вміння проводити переговори з лікарями і захищати свої порушені права [9].

Не втратили своєї актуальності у справі захисту прав пацієнтів також об'єднання громадян, професійні **медичні асоціації та органи**

прокуратури. Якщо перші дві групи, як правило, керуються повноваженнями, наданими їм Законом України «Про об'єднання громадян», то органи прокуратури провадять свою діяльність відповідно до положень Конституції України та Закону України «Про прокуратуру» через акти прокурорського реагування [4].

Щодо діяльності **громадських організацій як способу захисту прав** пацієнтів вирізняють п'ять їх підвидів:

1. Звернення пацієнта до недержавних організацій.
2. Третейські суди.
3. Юридичні клініки вищих навчальних закладів.

4. Проведення самостійних переговорів із представниками медичних закладів.

5. Послуги медіатора [10, с. 71–72].

Отже, медіація є одним із видів захисту прав пацієнтів, але при цьому принципово відрізняється від інших способів вирішення конфліктних ситуацій. Вона орієнтована саме на виявлення реальних інтересів та потреб не однієї, а всіх сторін, які є учасниками певного конфлікту.

Таким чином, поширення та вдосконалення досудового захисту прав пацієнтів шляхом медіації важливе як метод урегулювання спорів, оскільки в результаті переговорів отримуємо не просто можливість реагування адміністративними способами, а усунення лікарських помилок.

Список використаних джерел

1. *Загайнова, С. К.* Медиация в нотариальной деятельности: основные модели и особенности их реализации [Электронный ресурс] / С. К. Загайнова [14.12.2011] // Нотариальный вестник. — URL: http://old.notariat.ru/press_4415_23.aspx.htm.
2. Конфліктологія [Текст] : навч. посіб. / П. С. Прибутько [и др.]. — К. : КНТ, 2010. — 136 с.
3. *Притика, Ю. Д.* Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Притика Юрій Дмитрович ; Київський національний університет ім. Т. Шевченка — К., 2006. — 632 арк.
4. *Шатковський, Я. М.* Інститут медіації як спосіб захисту репродуктивних прав громадян [Електронний ресурс] / Я. М. Шатковський // Стратегія розвитку України (економіка, соціологія, право). — 2011. — № 3. — URL: <http://jrn1.nau.edu.ua/index.php/sr/article/view/4072>.
5. Адміністративно-правова та господарська діяльність. Банк посадових інструкцій [Текст] // Український заклад охорони здоров'я. — 2007. — № 8. — С. 60–63.
6. Створення та діяльність третейських судів в Україні [Текст] : практ. посіб. / під заг. ред. Є. Ю. Пікалова. — К. : Четверта хвиля, 2002. — 188 с. — (Серія «Альтернативні способи вирішення конфліктів»).

7. Практичне право: протидія насильству [Текст] : навч.-метод. посіб. / О. Ф. Штанько, А. О. Галай, В. В. Стаднік та ін. / за заг. ред. О. Ф. Штанька. — К. : Атіка, 2004. — 272 с.
8. Матеріали Четвертої школи юридичної клінічної освіти для викладачів та організаторів юридичних клінік [Текст] (м. Луцьк, 26 лютого — 4 березня 2006 року). — Луцьк, 2006. — С. 32–34.
9. Галай, В. О. Переговори «пацієнт–лікар» як можливість добровільної співпраці для урегулювання конфлікту [Електронний ресурс] / В. О. Галай // Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення) : матеріали II Всеукр. наук.-практ. конф. (17–18 квітня 2008 р., м. Львів). — URL : http://medicallaw.org.ua/uploads/media/02_070.pdf.
10. Галай, В. О. Захист прав пацієнтів у правозахисному механізмі в Україні [Текст] / В. О. Галай // Медичне право України: проблеми становлення та розвитку : матеріали I Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Львів, 19–20 квітня 2007 р.). — Львів : Медицина і право, 2007. — С. 67–72.



АНДРУШКО Алла Володимирівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

**«БАЛАНС ІНТЕРЕСІВ»:
ПРАВОВА ПРИРОДА ПОНЯТТЯ**

«Баланс інтересів» є загальноправовим поняттям, але предметом наукових дискусій у галузі трудового права не стало здебільшого через те, що свого часу ідеологічна обмеженість радянської держави, політика єдиної державної форми власності відігравали домінуючу роль у регулюванні трудових відносин, що було цілком закономірним у силу не лише суб'єктивних прагнень режиму, а й завдяки дії об'єктивних чинників. Це знайшло своє втілення у ст. 1 КЗпП України, яка ставить завдання «регулювання трудових відносин всіх працівників» [1]. Ослаблення державного примусу, розширення договірного регулювання, застосування нетипових форм зайнятості викликало актуалізацію балансованого критерію у суспільній свідомості. Свідченням цього є широке розгортання проблематики гармонізації інтересів суб'єктів у теорії права загалом та трудовій науці зокрема. Усвідомлення її важливості у процесі реформування трудового законодавства, пошук нових векторів розвитку та маркування пріоритетів активізувало законодавця, який у ст. 1 проекту Трудового

кодексу України визначає мету забезпечити захист прав та інтересів працівників і роботодавців [2]. Водночас сьогодні в царині трудового права слід констатувати відсутність чіткої наукової позиції щодо розуміння природи поняття «баланс інтересів», сутність якого розглядають під призмою завдання, мети та принципу трудового права. Відтак з'ясування та увиразнення термінологічного інструментарію у предметному аналізі правової природи поняття «баланс інтересів» постає новим завданням для дослідників. За слушним твердженням В. В. Субочева, для того, щоб право дійсно могло виконувати свої функції і забезпечувати необхідний баланс інтересів у суспільстві, реалізація законних інтересів повинна здійснюватися у відповідно до однакових принципів і мати одні і ті ж пріоритети, встановлені функціонуванням механізму правового регулювання і здійснення ефективною правової політики [3, с. 364].

Відомо, що характерними рисами принципів трудового права є загальність змісту, цільна предметна визначеність, системність, стабільність. У зв'язку з цим у науці [4, с. 161; 5, с. 26] пропонується як засади забезпечення договірного регулювання трудових відносин розглядати принцип узгодження інтересів працівників і роботодавця.

Якщо розуміти під принципами галузі права керівні ідеї, що виражають її цінність та сутність і відіграють роль об'єднуючого чинника в системі правового регулювання, то серед таких принципів виокремлюються свобода трудового договору, рівність (єдність) та диференціація трудових прав та обов'язків, заборона дискримінації у трудових відносинах та ін. Трактуючи природу «баланс інтересів» у власне трудових та суміжних правовідносинах під призмою галузевих принципів трудового права на сьогодні є актуальним не лише в доктрині, а й судовій практиці. Так, Конституційний Суд України як унікальний публічно-владний суб'єкт, одним із напрямків діяльності якого є забезпечення в трудових відносинах балансу конституційних цінностей, до яких належать справедливість і право, єдність та диференціація, законні інтереси та обов'язки, покликаний оцінити правове регулювання та окреслити напрямки нових доктринальних підходів, вирішуючи конкретні справи щодо тлумачення норм трудового законодавства, використовує такі правові конструкції, як: «баланс інтересів та прав», «баланс інтересів роботодавця та працівників», «баланс у трудових відносинах» тощо. Наприклад, у ч. 6 п. 22 рішення від 15 жовтня 2013 р. № 9–рп [6] у справі за конституційним зверненням громадянина Дзьоби Ю. В. щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 233 Кодексу законів про працю України Конституційний Суд України вказує на обов'язок держави створювати належні умови для реалізації громадянами права на працю, оптимізації балансу інтересів сторін трудових відносин, зокрема, шляхом державного регулювання оплати праці. У ч. 6 п. 2.3 цього ж рішення зазначається, що право працівника на звернення до

суду ... відповідає засадам справедливості, добросовісності, розумності як складовим конституційного принципу верховенства права та не порушує балансу прав і законних інтересів працівників і роботодавців. Таким чином, у важелях конституційного правосуддя важливу роль відіграє забезпечення оптимального і гармонійного узгодження, балансу, рівноваги таких конституційних цінностей, як права, обов'язки та законні інтереси учасників трудових правовідносин, як у межах конкретного, так і абстрактного нормоконтролю. Національні суди при розгляді трудових спорів також апелюють до цього терміну та намагаються його текстуально закріпити у правозастосовчій практиці. Зокрема у рішенні Алчевського міського суду Луганської області від 10 лютого 2012 р. (справа № 2–380/2012), яким задоволено позов Особи 1 до Публічного Акціонерного Товариства «Алчевський металургійний комбінат» про стягнення моральної шкоди, вказується, що воно прийняте з урахуванням принципів розумності, виваженості, справедливості і дотримання балансу прав та обов'язків сторін у спірних трудових правовідносинах [7]. У рішенні Драбівського районного суду Черкаської області від 14 жовтня 2009 р. (справа № 2–535/09) суд звертає увагу на те, що при звільненні позивача не був дотриманий баланс інтересів між ним та іншими працівниками, з якими укладено трудові договори, що порушує трудові права та інтереси позивача [8]. Апеляційний суд Запорізької області при прийнятті рішення 10 серпня 2011 р. у справі № 22ц–4201/11 керується засадами розумності, виваженості та справедливості, враховуючи характер наслідків та зваживши баланс інтересів сторін трудових відносин [9]. Аналогічні підходи застосовуються у рішенні Балаклавського районного суду м. Севастополя від 18 вересня 2013 р. (справа № 762/2537/13–ц) [10], постанові Кіровоградського окружного адміністративного суду від 11 листопада 2014 р. (справа № П/811/3599/14) [11] та ін.

Наразі правова природа поняття балансу (узгодження) інтересів у трудових правовідносинах постає у контексті принципу-ідеї, який рельєфно увиразнює соціальну сутність, призначення трудового права, поступово переходячи у його сферу зі сфери правосвідомості та в майбутньому знайде своє втілення у відповідних нормах.

Для обґрунтування подальших міркувань задекларованої проблематики дослідження слід врахувати думки окремих вчених, які «баланс інтересів» розглядають як урівноважене співвідношення взаємних прав та обов'язків суб'єктів. Воно характеризується як рівноправ'я, яке проявляється перш за все у тому, що правам і обов'язкам одного суб'єкта правовідносин відповідають права і обов'язки іншого [12, с. 20]. На думку М. О. Мельничук, «... збалансування інтересів сторін трудових відносин за своїм змістом відображає об'єктивну відповідність засадам договірному регулювання правових приписів трудового законодавства, що забезпечується шляхом

усунення в ньому дискримінаційного чи іншого шкідливого дисбалансу у правах та обов'язках сторін та їх правовому статусі» [4, с. 161]. А. Ф. П'янкова вважає, що «баланс інтересів — це такий стан правовідношення, в якому права і обов'язки сторін співрозмірні і сторони мають рівні можливості для реалізації своїх законних інтересів [13, с. 13].

По суті, у збалансованості прав і обов'язків повинна відображатися ідея справедливості трудового права, яка є критерієм правильного розподілу соціальних та виробничих благ між суб'єктами і в цьому сенсі протистойть дисбалансу та несправедливості. Так, поняття прав, обов'язків не тотожні поняттю «законний інтерес», тому те, що вони збалансовані між собою, не завжди засвідчує, що й останні знаходяться у такому ж стані. Спираючись на тезу А. М. Лушнікова та М. В. Лушнікової про те, що «законний інтерес, на відміну від суб'єктивного права, включає в свій зміст тільки загальну правомочність на «свої дії» і не включає правомочності на «чужі дії», тобто цій правомочності «не кореспондує обов'язок інших осіб», слід розглядати суб'єктивні трудові права як такі, що регулюються і захищаються в нормативному і договірному порядку, а інтереси — як такі, що лише «охороняються» правом». Ця охорона зводиться до двох видів правових засобів. Перша група правових засобів пов'язана із встановленням у нормативному чи договірному порядку процедури реалізації законного інтересу чи нормативних меж реалізації законних інтересів. При цьому інтереси сторін правовідношення задовольняються в результаті досягнутої сторонами угоди. Друга група представляє собою правові засоби з вирішення трудових конфліктів, що виникають з приводу реалізації законного інтересу [14, с. 275]. Запропонований вченими підхід дозволяє наблизитися до розуміння правової природи «балансу інтересів» як до явища, яке підлягає правовому опосередкуванню в контексті забезпечення охорони та урівноважування не прав та обов'язків, а саме законних інтересів у межах охоронювальних правовідносин.

У зв'язку з цим, слід врахувати думку Конституційного Суду України, висловлену в рішенні від 1 грудня 2004 р. № 18–рп [15] у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) про те, що законний інтерес, навіть перебуваючи під охороною закону чи права, на відміну від суб'єктивного права, не має такої правової можливості, як останнє, оскільки не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони. Законний інтерес відбиває лише легітимне прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, тобто тільки його бажання, мрію, погляд до нього, а отже — й не юридичну, а фактичну (соціальну) можливість. Це прагнення у межах сфери правового регулювання до користування

якимсь конкретним матеріальним або нематеріальним благом. Відмінність такого блага від блага, яке охоплюється змістом суб'єктивного права, полягає в тому, що користування благом, на яке особа має право, визначається можливістю в рамках закону, а до якого має законний інтерес — без вимог певних дій від інших осіб або чітко встановлених меж поведінки. Таким чином, охоронюваний законом інтерес охоплює ту сферу трудових відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним.

У трудовому праві вихідним аспектом є те, що сфера дії «балансу інтересів» не обмежується суб'єктами власне трудових відносин, а поширюється також на суб'єктів відносин, які є суміжними з трудовими. Беззаперечно, що сучасні трудові відносини проявляються у соціально неоднорідному суспільстві, виникає переоцінка старих та народження нових законних інтересів не лише у сторін трудового договору — працівника і роботодавця, а й у держави, об'єднань працівників та роботодавців, професійних спілок та їх об'єднань, трудових колективів, органів з розгляду трудових спорів. Підтвердження цієї думки знаходимо у трудовому законодавстві. Зокрема ч. 4 ст. 79 КЗпП України визначає, що при складанні графіків відпусток враховуються *інтереси виробництва та особисті інтереси працівників*. Статтею 252 КЗпП України передбачено, що членам виборних профспілкових органів, не звільненим від своїх виробничих чи службових обов'язків, надається на умовах, передбачених колективним договором, вільний від роботи час зі збереженням середньої заробітної плати для участі в консультаціях і переговорах, виконання інших громадських обов'язків в *інтересах трудового колективу*. Ч. 1 ст. 13 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» встановлює, що держава забезпечує реалізацію права громадян на об'єднання у професійні спілки і додержання прав та *інтересів профспілок*. У ч. 1 ст. 5 Закону України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності» передбачено, що організації роботодавців, їх об'єднання створюються і діють з метою представництва та захисту прав і законних інтересів роботодавців у економічній, соціальній, трудовій та інших сферах, у тому числі в їх відносинах з іншими сторонами соціального діалогу. Таким чином, законодавець визнає та охороняє законні інтереси суб'єктів власне трудових та суміжних правовідносин, проте у першу чергу, працівника та роботодавця як сторін трудового договору. Наразі вважаємо за потрібне зауважити, що порушене питання є надзвичайно широким, тому обмежимося лише його маркуванням, яке дало б змогу в майбутньому об'єднати дослідження оптимального поєднання законних інтересів з особливостями їх суб'єктивних проявів як у межах предмета трудового права, так і міжгалузевих зв'язків. Погоджуємося з А. Н. Кокотовим у тому, що внутрішньоправовий баланс передбачає

наявність в національному праві розвинутих еталонних стандартів поведінки всіх суб'єктів права і організаційного механізму постійної перевірки на цій основі дійсної будови суспільних відносин [16, с. 42].

Аналіз порушеної проблеми вимагає врахувати також те, що в науці трудового права існує думка про «баланс інтересів» як встановлений на правовому рівні особливий стан — оптимальний режим життєдіяльності держави, суспільства й особи, що виражає облік і об'єктивно необхідне співвідношення юридично значущих інтересів суб'єктів права, спрямованих на створення належних юридичних умов та їх розвиток, забезпечений можливістю державно-правового впливу. Переконаливими з цього приводу є міркування В. В. Субочева, який вважав, що баланс інтересів — це внутрішньо притаманна органічна властивість права як результату акумуляції складних діалектичних протиріч особистості, суспільства і держави [3, с. 363]. На наш погляд, розглядати «баланс інтересів» саме як особливий стан, встановлений на правовому рівні, можна лише у певних часових межах з точки зору правової оцінки відповідних охоронних норм трудового законодавства. У зв'язку з цим, «баланс інтересів» постає як особливий динамічний правовий зв'язок (правовідношення), який засвідчує урівноважування юридичних прагнень (можливостей) суб'єктів до набуття трудових прав та обов'язків. При цьому потрібно бути свідомими того, що інтереси суб'єктів постійно змінюються, це призводить до необхідності нових корегувань (узгоджень) правових умов, порядків. У зв'язку з цим, балансування між інтересами суб'єктів власне трудових та суміжних правовідносин ми розглядаємо як юридичний інструмент реформування трудового законодавства та формування «балансу інтересів» як явища стабільності всередині системи трудового права.

Таким чином, предметний аналіз теоретичної спадщини трудового права, норм трудового законодавства та практики його застосування дає підстави осмислити правову природу поняття «баланс інтересів» через соціальне призначення галузі, яке полягає у знаходженні та фіксації балансу інтересів працівників і роботодавців з урахуванням інтересів держави; засаду, що розкриває соціальну цінність та сутність норм галузі, відіграє роль об'єднуючого чинника у правовому регулюванні; трудово-правового зв'язку (правовідношення), яке можна досягти через удосконалення трудового законодавства.

Список використаних джерел

1. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322–VIII [Текст] // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — Додаток до № 50. — Ст. 375.
2. Проект Трудового кодексу України за № 1658 від 26.12.2014 р. [н.д.у. Гройсман В. Б., Денісова Л. Л., Папів М. М., Кубів С. І.] [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.

3. *Субочев, В. В.* Законные интересы [Текст] / В. В. Субочев // Проблемы теории государства и права : учеб. / под ред. А. В. Малько. — М. : Юрлитинформ, 2012. — С. 362–380.
4. *Мельничук, Н. О.* Збалансування інтересів сторін трудових відносин як засада забезпечення договірних регулювання таких відносин з боку держави [Текст] / Н. О. Мельничук // Часопис Київського університету права. — 2010. — № 4. — С. 158–162.
5. *Липковская, В. В.* Интересы работодателя в трудовом праве [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / В. В. Липковская ; Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова. — М., 2011. — 26 с.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Дзьоби Юрія Володимировича щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 233 Кодексу законів про працю України від 15.10.2013 року № 9–рп/2013 [Текст] // Вісник Конституційного суду України. — 2013. — № 6. — Стор. 12.
7. Рішення Алчевського міського суду Луганської області від 10.02.2012 р. у справі № 2–380/2012 за позовом ОСОБА_1 до Публічного Акціонерного Товариства «Алчевський металургійний комбінат» про стягнення моральної шкоди [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/22114187>.
8. Рішення Дравівського районного суду Черкаської області від 14.10.2009 р. у справі № 2-535/09 за позовом ОСОБА_1 до Дравівської районної центральної лікарні про поновлення на попередній роботі [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/6503347>.
9. Рішення Апеляційного суду Запорізької області від 10.08.2011 р. у справі № 22ц–4201/11 за позовом ОСОБА_3 до ЗАТ «Територіальне міжгалузеве об'єднання «Запоріжжя» про визнання недійсним та скасування наказу № 71–К–1 від 02.10.2009 р., стягнення сум, належних виплаті в день звільнення, стягнення середнього заробітку за весь час затримки по день фактичного розрахунку, відшкодування моральної шкоди, визнання звільнення незаконним [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/18026017>.
10. Рішення Балаклавського районного суду м. Севастополя від 18.09.2013 р. у справі № 762/2537/13–ц за позовом ОСОБА_1 до Приватного акціонерного товариства «Кримсьяга фруктова компанія» про стягнення заробітної плати, суд [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33693359>.
11. Постанова Кіровоградського окружного адміністративного від 11.11.2014 р. у справі № П/811/3599/14 за позовом ОСОБА_1 до Державної служби з лікарських засобів у Кіровоградській області про визнання протиправним та скасування наказу і стягнення заробітної плати за час вимушеного прогулу [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41519184>.

12. *Мальцев, В. А.* Баланс интересов в сфере обеспечения безопасности: понятие и механизм государственно-правового регулирования [Текст] / В. А. Мальцев // Конституционное и муниципальное право. — 2007. — № 18. — С. 18–29.
13. *Пьянкова, А. Ф.* Баланс интересов в гражданском праве России и его обеспечение в договорных отношениях [Текст]: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А. Ф. Пьянкова; Уральская государственная юридическая академия. — Екатеринбург, 2013. — 36 с.
14. *Лушников, А. М.* Курс трудового права [Текст]: учеб. : [в 2 т.] / А. М. Лушников, М. В. Лушникова; [2-е изд., перераб. и доп.]. — М.: Статут, 2009. — Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. — 879 с.
15. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 01.12.2004 р. № 18–рп/2004 [Текст] // Урядовий кур'єр. — 2004. — № 239. — 15 грудня.
16. *Кокотов, А. Н.* Обеспечение баланса конституционных ценностей [Текст] / А. Н. Кокотов // Конституционные ценности: содержание и проблемы реализации: материалы Международной научно-теоретической конференции (м. Москва, 4–6 декабря 2008 г.): [в 2 т.] / Российская академия правосудия. — М., 2010. — Т. 1 — С. 42–46.



ЧУДИК-БЛОУСОВА Надія Іванівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

*Хмельницький університет управління та права,
м. Хмельницький, Україна*

КОЛЕКТИВНИЙ ТРУДОВИЙ СПІР ЯК КОНФЛІКТ ІНТЕРЕСІВ

Відповідно до законодавства *колективним трудовим спором*, який потребує вирішення задля задоволення прав працівників, є розбіжності, що виникли між сторонами соціально-трудоких відносин щодо встановлення умов праці або застосування законодавства про працю [1], тобто «неврегульовані шляхом переговорів розбіжності між сторонами трудових правовідносин — колективом найманих

працівників і роботодавцем — з приводу застосування норм трудового законодавства, колективних договорів, угод або встановлення чи зміни умов праці з передачею їх на розгляд до відповідного компетентного органу» [2, с. 18], у тому числі «розбіжності з питань встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці і виробничого побуту, укладення, зміни, виконання колективних договорів, різного тлумачення законодавства та інших нормативних актів» [3, с. 3]. Такі розбіжності вважають «розбіжностями позовного характеру, які виникають між роботодавцем і трудовим колективом підприємства з питань виконання вимог законодавства про працю, колективного договору, угоди або окремих їх положень, передані для вирішення до відповідного юрисдикційного органу [2, с. 18]. Залежно від рівня виділяють колективні трудові спори на виробничому, галузевому, територіальному і національному рівнях. Залежно від сторони, яка висуває вимоги, вирізняють: колективний трудовий спір, однією із сторін якого є наймані працівники; колективний трудовий спір, однією із сторін якого є профспілки; колективний трудовий спір, однією із сторін якого є створений і уповноважений найманими працівниками орган (організація, особа) [2, с. 18].

Наявність розбіжностей між суб'єктами трудових правовідносин не завжди призводить до виникнення трудового спору, так як «часто їх залагоджують шляхом взаємних переговорів між самими суб'єктами, і ті чи інші непорозуміння, що так чи інакше пов'язані з порушенням трудових прав працівників, не переростають у трудовий спір. Тому спорами пропонують визнавати «лише ті розбіжності між суб'єктами трудових та тісно пов'язаних з ними правовідносин, які не вдалося врегулювати при безпосередніх переговорах обох конфліктуючих сторін» [4, с. 436]. Фактично наявність колективного трудового спору та розбіжностей у їх урегулюванні засвідчує про наявність конфлікту інтересів у сторін існуючого спору.

Конфлікт (лат. *conflictus* — зіткнення, сутичка) — зіткнення протилежних інтересів і поглядів, напруження і крайне загострення суперечностей, що призводить до активних дій, ускладнень, боротьби, що супроводжуються складними колізіями. У сфері життєдіяльності людей можливі виробничі конфлікти. Єдина позиція щодо розуміння поняття «трудова конфлікти» у науці трудового права відсутня. Тому ними вважають «зіткнення з роботодавцями і працівниками з приводу встановлення або застосування умов праці. Протиріччя між суб'єктами трудових відносин виникають у процесі праці через зіткнення протилежних економічних і соціальних інтересів. Стороною, яка протистоїть роботодавцю в такому конфлікті, може бути як окремо узятий працівник, так і колектив працівників у цілому» [5, с. 179]. Трудовий конфлікт впливає з протилежності інтересів працівників і роботодавців та виникає у зв'язку з боротьбою робітників за встановлення або зміну умов праці, правового статусу працівників

(конфлікти інтересів) або у зв'язку з тлумаченням і застосуванням юридичних норм, порушенням роботодавцями встановлених умов праці, прав працівників (конфлікти права). Залежно від причин, умов, фази виникнення і розвитку конфлікти розрізняють непримиренні примиренні [6, с. 14]. Підставою виникнення конфлікту є відмова роботодавця виконати рішення примирних органів чи неприйняття цими органами рішення, яке задовольнить обидві сторони. Його вирішення можливе шляхом проведення страйку та переговорів сторін за обов'язкової участі незалежного посередника [7, с. 10]. Конкретні умови виникнення конфлікту зумовлюють форму його розвитку і протікання — приховану (латентну) або відкрити. Конфлікт виникає при активізації діяльності однієї із сторін і протидії цій активізації в якості відповідної реакції іншої сторони. Причому причиною активізації конфлікту можуть бути як суб'єктивні, так і об'єктивні причини [6, с. 14–15].

Трудові конфлікти між сторонами трудових правовідносин, якими є роботодавець і працівник, можуть виникати з різних приводів, підстав і на будь-якому етапі існування трудового правовідношення. Якщо конфлікт не вирішується його учасниками і виникає необхідність залучення до його вирішення спеціально уповноважених на це органів, конфлікт переростає в трудовий спір [8, с. 11]. Відповідно **колективний трудовий конфлікт** — це розбіжності непозовного характеру між роботодавцем (або органом, що представляє інтереси роботодавців) і трудовим колективом підприємства (або органом, що представляє інтереси працівників на галузевому, регіональному, національному рівні) з питань встановлення або зміни умов праці, які вирішуються за допомогою встановлених законом процедур [9, с. 8], тобто «не врегульовані за допомогою примирних процедур суперечності між сторонами трудових правовідносин — колективом найманих працівників та роботодавцем, які виникають внаслідок неприйняття примирними органами взаємоприйняттого для сторін рішення» [7, с. 17]. Ознаками, що характеризують трудовий конфлікт, є сторони конфлікту — працівник або об'єднання працівників та роботодавець або орган, що представляє інтереси роботодавців на відповідному рівні; наявність розбіжності інтересів сторін; предметом розбіжностей є встановлення нових або зміна існуючих умов праці; вирішення розбіжностей переважно самими сторонами, у примирно-третейському порядку відповідно до передбачених законодавством процедур [9, с. 10].

Конфлікти економічного характеру або «конфлікти інтересів» (у західній термінології) виникають зазвичай у період підготовки й обговорення колективного договору. Тому конфлікти щодо застосування норм трудового права, встановлення нових або зміни існуючих умов праці, укладання, зміни та виконання умов колективного договору (угоди) доцільно передавати на розгляд компетентних юрисдикційних (примирних) органів [10, с. 87] за

допомогою примирення, посередництва, добровільного або примусового арбітражу, тобто шляхом примирно-третейського розгляду [11, с. 81]. «У процесі свого розвитку конфлікт проходить послідовно такі стадії: виникнення розбіжностей сторін; колективний спір; протистояння сторін, яке може перерости в страйк, що зумовлює настання матеріальної шкоди для роботодавця» [12, с. 207]. Тому якщо конфлікт роботодавця і працівників не вдалося вирішити, його слід визнавати «колективним трудовим спором, що не знайшов вирішення в примирній комісії і трудовому арбітражі» [13, с. 385]. Такий спір є стадією розвитку «конфлікту інтересів», у зв'язку з наявністю організаційно оформлених розбіжностей та визначених законодавством механізмів їх вирішення. Тому погоджуємося, що «наявність терміна «трудоий спір» у законодавстві є більш обґрунтованим» [14, с. 8–9].

Отже, конфлікти, пов'язані зі встановленням умов праці, можна вважати «конфліктами інтересів» [15, с. 61]. У свою чергу, «інтерес» характеризується прагненням суб'єкта трудових правовідносин оволодіти певним благом матеріального характеру задля задоволення існуючих потреб, за відсутності прямої заборони та за сприяння уповноважених органів. Тому «інтересом» у колективному трудовому спорі є задоволення вимог працівника у зв'язку з наявністю потреби у задоволенні тих благ, які йому згідно з чинним законодавством та локальними нормативними актами мали бути надані. Залежно від рівня виникнення і можливості вирішення колективні трудові спори поділяються на виробничі (на рівні підприємства, установи чи організації), галузеві і територіальні (на рівні однієї або кількох галузей чи окремої адміністративно-територіальної одиниці, якщо участь у спорі беруть наймані працівники більшості підприємств галузі або адміністративно-територіальної одиниці), національні (на рівні держави, якщо участь у спорі беруть наймані працівники більшості регіонів України (областей, Автономної Республіки Крим, міст Києва та Севастополя)). Сторонами спору є колектив найманих працівників або окремі категорії найманих працівників, профспілки або їх об'єднання та роботодавець, об'єднання роботодавців або їхні представники.

Врегулювання розбіжностей та вирішення таких спорів здійснюється за допомогою окремих, самостійних процедур. Примирення є таким способом вирішення колективного трудового спору, який не тільки дозволяє забезпечити обмін інформацією між сторонами спору, але й сприяє створенню умов для зближення двох позицій чи демонстрації переваг позасудового методу вирішення спору [16, с. 76]. Воно здійснюється шляхом безпосередніх переговорів між конфліктуючими сторонами в особі своїх представників з метою досягнення згоди у колективному трудовому конфлікті, який виник. Примирні процедури включають в себе розгляд спору примирними комісіями і трудовим арбітражем. На стадії примирних процедур до участі у розв'язанні спору також можуть залучатися незалежні

посередники і представники Національної служби посередництва і примирення (НСПП). Тому сутність примирних процедур полягає у залученні до вирішення колективного спору примирної комісії, незалежного посередника, трудового арбітражу та НСПП і в застосуванні крайнього засобу вирішення існуючого спору за допомогою страйку. Врегулювання розбіжностей за допомогою примирних процедур слід здійснювати в максимально короткі терміни, безплатно та оперативно, тобто протягом часу, відведеного на процедуру державним законодавством (п. 3 Рекомендації МОП) [17].

Чинне законодавство України не виключає можливості вирішення колективного спору між його сторонами шляхом медіації. Термін медіація (від лат. *mediation* — «посередництво») введений у науковий обіг в 60-ті роки ХХ ст. в США та, будучи інститутом широко розповсюдженим в англо-американській правовій системі, послідовно імплементувалася в правові системи романсько-германської правової сім'ї. Медіація успішно розвивається в Бельгії, Німеччині, Норвегії, Фінляндії, Франції, Польщі, Молдові та інших країнах. Інтегровані закони про медіацію існують у Аргентині (Закон «Про медіацію та угоди»), Болгарії (Закон «Про медіацію (посередництво)»), Боснії і Герцеговині (Закон «Про процедуру медіації»), Австралії (Акт про медіацію), Австрії («Федеральний закон про медіацію в цивільних справах»), відповідні закони були прийняті в Угорщині, Хорватії, Канаді та Нікарагуа [18, с. 14].

Медіацію переважно визначають як «посередництво», тобто як «самостійну форму участі незалежного посередника у вирішенні колективних трудових спорів і конфліктів, що в обов'язковому порядку використовується упродовж всієї процедури вирішення спорів і конфліктів» [7, с. 6]. Медіація у приватному праві є «одним із альтернативних (позасудових) методів вирішення конфліктів, згідно з яким незаінтересований посередник (медіатор) допомагає сторонам досягнути шляхом переговорів добровільної та взаємовигідної угоди» [19].

У 2014 році Україна підписала Угоду про Асоціацію з Європейським Союзом. Згідно зі ст. 1 Угоди Україна і ЄС мають посилювати співпрацю в сфері правосуддя, свободи та безпеки з метою забезпечення верховенства права та поваги до прав людини і основоположних свобод. Країни Європейського Союзу погодилися, що забезпечення верховенства права та кращого доступу до правосуддя повинно включати доступ як до судових, так і до позасудових методів врегулювання спорів. Європейська Рада на своєму засіданні в Тампері 15 жовтня 1999 р. закликала держави-члени до запровадження альтернативних позасудових процедур, серед яких медіація є основним методом. Задля цього в 2008 році Європейським Союзом було прийнято Директиву 2008/52/ЄС Європейського Парламенту та Ради з певних аспектів медіації у цивільних та комерційних справах, окремі

рекомедації та керівні принципи [20]. Про необхідність законодавчого врегулювання та застосування медіації в Україні зазначено також у низці нормативних актів [21; 22], у тому числі тих, що втратили чинність [23].

У процесі застосування посередництва (медіації) при вирішенні колективного спору фактично повинні брати участь сторони спору — роботодавець, наймані працівники та «медіатор», тобто незацікавлений посередник, основним завданням якого є допомога сторонам спору досягнути взаєморозуміння та вирішити у встановлений законом спосіб існуючий спір шляхом переговорів. У медіації виграти можуть обидві сторони спору, так як кожна зі них реалізує власні інтереси. Процедура посередництва (медіації) має полягати в тому, щоби сторони за участю медіатора повинні дійти консенсусу у вирішенні спору та досягти взаєморозуміння. Посередник (медіатор) повинен сприяти врегулюванню спору, допомагати сторонам спору в ході дискусії виявити їхні справжні інтереси і потреби, знайти рішення, яке задовольнить учасників конфлікту. Його основним завданням має бути примирення сторін конфлікту. Законодавство окремих країн передбачає можливість врегулювання трудового спору у тому числі і шляхом медіації [24].

Медіація за своєю юридичною природою є явищем приватноправовим і, відповідно, відносини медіації регулюється приватноправовими, тобто диспозитивними методом. Трудове право регулюється шляхом поєднання імперативного і диспозитивного методу [25, с. 14–18]. Відповідно трудове законодавство може містити деякі особливості процедури медіації по трудових спорах. Виходячи із сутності процедури посередництва (медіації), вважаємо, чинне трудове законодавство не зовсім правильно визначає місце посередництва в системі процедур розгляду і вирішення колективних трудових спорів. Нині участь посередника у врегулюванні колективного трудового спору не має самостійного значення, адже він лише обслуговує процес переговорів між сторонами [26, с. 169]. Водночас посередника можна буде визнати самостійним суб'єктом врегулювання колективного трудового спору, якщо в законодавстві буде закріплена можливість його залучення на будь-якому етапі переговорів між сторонами колективного трудового спору.

Зважаючи на те, що в юридичній літературі запропоновано різні підходи до виділення етапів посередництва (медіації), при вирішенні колективного трудового спору за участі посередника фактично наявні початок процедури медіації, підготовка до медіації, розгляд спору, оформлення результату розгляду спору.

Інститут медіації закріплений, зокрема, в Законі Республіки Молдова «Про медіацію» від 3 червня 2015 р. [27], Законі Російської Федерації «Про альтернативну процедуру врегулювання спорів за

участю посередника (процедуру медіації)» від 27 липня 2010 р. [28], у гл. 17 Господарського процесуального кодексу Республіки Білорусь [29].

Питання трудової медіації розглядаються сучасними дослідниками [30; 31; 32; 33; 34; 35]. Так, Т. Фокіна визначає медіацію як метод вирішення спорів із залученням посередника (медіатора), який допомагає сторонам конфлікту налагодити процес комунікації і проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони самі змогли обрати той варіант рішення, який би задовольняв інтереси і потреби всіх учасників конфлікту [32, с. 16]. На відміну від формального судового чи арбітражного процесу, під час медіації сторони доходять згоди самі — медіатор не приймає рішення за них. Щодо медіації в організації (*work-place mediation*), то цей процес передбачає вирішення конфліктів, в якому сторони конфлікту — представники однієї організації, а медіатором може виступати внутрішній або сторонній незалежний медіатор. Така медіація є частиною системи управління конфліктами в організації. Медіація може відбуватися у форматі як спільних, так і окремих приватних (медіатор-сторона) зустрічей. Кожній стороні мають бути забезпечені рівні можливості брати участь у дискусії. Медіатор може проводити медіацію у спосіб, який він вважатиме доречним, враховуючи обставини справи, побажання сторін та необхідність швидкого й ефективного вирішення спору. Медіатор не уповноважений приймати рішення замість сторін. Медіатор може припинити медіацію, якщо, на його думку, сторони не докладають достатніх зусиль для вирішення спору. Перевагами медіації в літературі називаються економія часу, зниження вартості процесу вирішення спору, можливість впливати на результат, конфіденційність процедури, можливість збереження або відновлення ділових відносин з партнерами, можливість запобігти виникненню подібних конфліктів у майбутньому, гарантія виконання рішення (у разі успішної медіації). Серед недоліків медіації зазначаються: сторони можуть не дати згоди на медіацію; медіація в деяких країнах не врегульована на законодавчому рівні.

В Україні розроблені проекти законів «Про медіацію» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо процедури медіації (примирення)», якими передбачається запровадження в українське судочинство конкретного механізму забезпечення права сторін на примирення. Зокрема пропонується впровадити процедуру медіації, яка спрямована на примирення сторін з метою досягнення між ними згоди щодо спірних питань за допомогою посередника (медіатора). Однак проект Закону України «Про медіацію» має значні відмінності від правил медіації, які визначені на міжнародному рівні. Проект, розроблений в Україні, стосується лише спорів, які вже передані на розгляд до суду.

Отже, примирну процедуру застосовує (призначає) суд, а не сторони. Законопроектом також не передбачено можливість сторін

самостійно, на власний розсуд звернутися до примирення замість звернення до суду для вирішення спору. Таким чином, у законодавстві України не планується наразі запровадження примірної процедури в її класичному вигляді (як альтернативу судовому розгляду), а передбачається лише можливість додаткового способу вирішення спорів, переданих на вирішення суду.

Тому С. І. Запара вважає, що, окрім наявних завдань, що виникають під час провадження у справі до судового розгляду, а саме врегулювання спору до судового розгляду та підготовки справи до судового розгляду, суддя в разі необхідності повинен мати можливість залучити медіатора для примирення сторін спору. Підставою для прийняття такого рішення може бути і встановлений факт відсутності попередніх переговорів між сторонами та випадок, коли, на думку судді, характер спору вимагатиме запровадити примірні процедури. Залучення медіатора до вирішення справи може відбуватися шляхом обов'язкової медіації в усіх трудових спорах, із залученням медіатора за ініціативою суду, із залучення медіатора за ініціативою суду за клопотанням однієї із сторін або обох сторін трудового спору [34, с. 138]. Тому заслуговує на увагу позиція про те, що медіатор може бути залучений до вирішення розбіжностей ще до виникнення трудового спору, тобто під час проведення безпосередніх переговорів між сторонами [36, с. 279], зокрема і при вирішенні колективного трудового спору.

Погоджуючись з тим, що «імплементовані проектом Закону про медіацію європейські та міжнародні стандарти повинні сприяти розвитку громадянського суспільства та формуванню культури мирного цивілізованого вирішення конфліктів на засадах взаємних інтересів та згоди» [37], дозволимо зауважити, що Проект Закону про медіацію від 9 квітня 2015 р. містить окремий розділ щодо особливостей медіації в окремих категоріях спорів, але не вважає особливостями розгляд трудових спорів та передбачає внесення змін щодо можливості врегулювання індивідуального трудового спору через медіацію шляхом обрання медіатора для допомоги у вирішенні спору. Проект містить норму, що комісія по трудових спорах або суд за згодою сторін можуть передати трудовий спор на медіацію [38]. Водночас проектом закону не передбачено внесення змін у законодавство щодо запровадження медіації для вирішення колективного трудового спору.

Зважаючи на те, що порядок функціонування системи заходів щодо вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) та взаємодії сторін соціально-трудова відносин у процесі врегулювання колективних трудових спорів (конфліктів), що виникли між ними, визначається законом згідно зі ст. 316 проекту Трудового кодексу України [39], у новому законодавстві щодо вирішення колективних трудових спорів доцільно закріпити можливість його врегулювання за процедурою медіації. Нормативне закріплення інституту медіації в

трудоному праві сприятиме узгодженню інтересів сторін індивідуальних та колективних трудових розбіжностей.

Список використаних джерел

1. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 03.03.1998 р. № 137/98-ВР [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 34. — Ст. 227.
2. *Кабанець, В. О.* Теоретичні аспекти удосконалення розгляду трудових спорів (конфліктів) в Україні [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / В. О. Кабанець ; Східноукр. нац. ун-т ім. В. Даля. — Луганськ, 2009. — 20 с.
3. *Стадник, М. П.* Правове регулювання вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / М. П. Стадник ; Ін-т держ. та права ім. В. М. Корецького. — К., 1998. — 16 с.
4. Трудове право України [Текст] / за ред. П. Д. Пилипенка. — К. : Ін Юре, 2003. — 536 с.
5. *Лазор, В. В.* Теоретические и социальные аспекты сущности трудового договора и порядок разрешения споров при невыполнении его условий [Текст] : монограф. / В. В. Лазор. — Луганск : Изд-во ВНУ им. В. Даля, 2002. — 250 с.
6. *Гриценко, Ю. М.* Коллективные трудовые споры: правовой аспект [Текст] : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юридических наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / Ю. М. Гриценко ; Академия труда и социальных отношений. — М., 2000. — 24 с.
7. *Сокол, М. В.* Порядок вирішення колективних трудових спорів і конфліктів в Україні [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / М. В. Сокол ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2010. — 20 с.
8. *Куренной, А. М.* Практический комментарий к законодательству о трудовых спорах [Текст] / А. М. Куренной, В. И. Миронов. — М. : Дело, 1997. — 384 с.
9. *Лазор, В. В.* Проблеми правового регулювання трудових спорів і конфліктів за умов формування ринкових відносин в Україні [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / В. В. Лазор ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2005. — 40 с.
10. *Комаренко, А. М.* До поняття трудових конфліктів [Текст] / А. М. Комаренко // Право України. — 2000. — № 5. — С. 85–89.
11. *Силин, А. А.* Современные тенденции в регулировании коллективных трудовых отношений в мире [Текст] / А. А. Силин, Д. С. Некипелов // Труд за рубежом. — 2000. — № 2. — С. 17–103.
12. *Акопова, Е. М.* Договоры о труде [Текст] / Е. М. Акопова, С. Н. Яремина. — Ростов н/Д : Феникс, 1995. — 464 с.
13. *Толкунова, В. Н.* Трудовое право России [Текст] : учеб. пособ. / В. Н. Толкунова, К. Н. Гусов. — М. : Юрист, 1996. — 448 с.

14. Сафонов, В. А. Коллективные трудовые споры: проблемы теории и практики [Текст] : автореф. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / В. А. Сафонов ; Санкт-Петербургский государственный университет. — СПб., 2000. — 17 с.
15. Муцинова, Н. А. Трудовое право развивающихся стран [Текст] / Н. А. Муцинова. — М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1989. — 72 с.
16. Лазор, В. В. Правове регулювання трудових спорів, конфліктів і порядок їх вирішення на сучасному етапі [Текст] : монограф. / В. В. Лазор. — Луганськ : Література, 2004. — 352 с.
17. Рекомендація МОП щодо добровільного примирення та арбітражу № 92 від 29.06.1951 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_232.
18. Притика, Ю. Д. Правовий режим медіації у законодавчих системах зарубіжних країн [Текст] / Ю. Д. Притика // Малий і середній бізнес (право, держава, економіка). — 2010. — № 3–4. — С. 12–16.
19. Максимова, С. В. Медіація [Текст] / С. В. Максимова // Юридична енциклопедія : / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. — К. : Українська енциклопедія, 2001. — Т. 3. К–М. — С. 610.
20. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [Electronic Resource] / EUR-Lex. — URL : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>.
21. Конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей від 19.10.1996 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/973_002.
22. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів від 10.05.2006 р. № 361/2006 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/361/2006>.
23. Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу : Указ Президента України від 11.06.1998 р. № 615/98 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/615/98>.
24. О медиации : Закон Республики Казахстан от 28.01.2011 г. № 401–ІV ЗРК [Электронный ресурс] / Информационное агентство Zakon.kz. — URL : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30927376.
25. Попов, В. И. Проблемы трудового права России [Текст] / В. И. Попов. — М. : Изд-во МГУ, 2003. — 144 с.
26. Сафонов, В. А. Коллективные трудовые споры: проблемы теории и практики [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / Сафонов Валерий Анатольевич. — СПб., 2000. — 226 л.
27. О медиации : Закон Республики Молдова от 03.07.2015 г. № 137 // Monitorul Oficial, Nr. 224–233 (21.08.2015) [Resursă Electronică] / Monitorul Oficial al Republicii Moldova. — URL : <http://monitorul.md/index/viewpdf/id/105/?lang=2>.

28. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) : Федеральный закон Российской Федерации от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ : принят Государственной Думой 07.07.2010 г., одобрен Советом Федерации 14.07.2010 г. [Электронный ресурс] / Российская газета. — URL : <http://rg.ru/2010/07/30/mediaciadok.html>.
29. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь от 15.12.1998 г. № 219-З : принят Палатой представителей 11.11.1998 г., одобрен Советом Республики 26.11.1998 г. [Электронный ресурс] / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. — URL : <http://etalonline.by/?type=text®num=НК9800219>.
30. *Дараганова, Н. В.* Питання застосування в Україні медіації як альтернативного способу вирішення індивідуальних трудових спорів [Текст] / Н. В. Дараганова // Вісник Академії адвокатури України. — 2012. — Число 3. — С. 178–181.
31. *Дараганова, Н. В.* Медіація як один із альтернативних способів вирішення індивідуальних трудових спорів [Текст] / Н. В. Дараганова // Юридична наука. — 2011. — № 6. — С. 77–83.
32. *Фокіна, Т.* Альтернативні методи врегулювання трудових спорів [Текст] / Т. Фокіна // Бюлетень Національної служби посередництва і примирення. — 2012. — № 5–6. — С. 14–18.
33. *Белінська, О. В.* Медіація — альтернативне вирішення спорів [Текст] / О. В. Белінська // Вісник Вищої Ради юстиції. — 2011. — № 1 (5). — С. 158–163.
34. *Запара, С. І.* Окремі особливості запровадження медіації під час судового розгляду трудових спорів [Текст] / С. І. Запара // Правове регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: проблеми і перспективи розвитку : тези доповідей і наук. повідомлень учасників VI Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 3–4 жовтня 2014 р.) / за ред. В. В. Жернакова. — К. : Право, 2014. — С. 135–139.
35. *Антонов, И. В.* Медиация как альтернативная форма разрешения экономических споров с участием посредника [Текст] / И. В. Антонов, Н. В. Ружицкая // Законодательство. — 2008. — № 4. — С. 56–60.
36. *Шевченко, Д. В.* Правовий механізм вирішення розбіжностей між працівниками та роботодавцем [Текст] / Д. В. Шевченко // Актуальні проблеми юридичної науки на шляху сучасної розбудови держави і суспільства : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Суми, 5–7 червня 2014 р. / редкол.: В. С. Венедіктов, А. М. Куліш, М. М. Бурбика ; за ред. В. С. Венедіктова, А. М. Куліша. — Суми : СумДУ, 2014. — С. 277–280.
37. *Єрьоменко, Г. В.* Медіація в Україні: щодо необхідності нормативно-правового регулювання / Г. В. Єрьоменко, Т. С. Кисельова // Міждисциплінарні гуманітарні студії. — Серія: Правничі науки. — 2015. — Вип. 2. — С. 45–52.
38. Про медіацію : проект Закону України, зареєстр. 09.04.2015 р. за № 2480-1 (н.д.У. Ківалов С. В., Развадовський В. Й.) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54758.
39. Проект Трудового кодексу України, зареєстр. 27.12.2014 р. за № 1658 (н.д.У. Гройсман В. Б., Денісова Л. Л., Папів М. М., Кубів С. І.)



РАБІНОВИЧ Сергій Петрович,

доктор юридичних наук, професор,

Львівський національний університет імені Івана Франка,

м. Львів, Україна

ВИМОГИ GOOD ADMINISTRATION У ВІДНОСИНАХ ОСОБИ З ОРГАНАМИ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ: ПИТАННЯ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ

Питання ефективності функціонування інституту судового захисту особи від несприятливих актів публічної влади належать в українському правознавстві до недостатньо розроблених з огляду на низку причин. Серед них слід назвати певну новизну інституту для національної правової системи, приватно-публічний характер відносин між особами та суб'єктами владних повноважень, урегульованість цих відносин актами різної галузевої належності (зокрема ЦК України, ЦПК України, ГК України, ГПК України, КАС України), некодифікованість норм, які врегульовують питання адміністративної процедури в Україні, необхідність постійного зважування конкуруючих інтересів у публічно-правових спорах, нерегульованість правових наслідків визнання незаконними правових актів, брак засвоєння судьями практики ЄСПЛ, яка має вагоме значення для правильного застосування конституційних принципів і конвенційних стандартів прав людини при розгляді відповідної категорії спорів, боротьбу між підсистемами судової влади за юрисдикцію тощо.

Відносна малодослідженість теми [1–5] спричиняється також і наявністю в ній низки непростих теоретичних питань (таких як, зокрема, чинність дефектних правових актів публічної влади, співвідношення засад пропорційності і управлінської доцільності). З огляду на обмежений обсяг публікації, далі ми зупинимось на такому аспекті позначеної проблематики, як правові форми застосування судами загальної юрисдикції європейських стандартів прав людини у відносинах фізичних та юридичних осіб з органами публічної влади (під правовими актами публічної влади тут розумітимуться будь-які правові акти суб'єктів владних повноважень (СВП) в значенні, в якому

цей термін використовується в КАС України). При цьому предметом розгляду стануть вимоги верховенства права і *good administration* у діяльності СВІП.

Відповідність верховенству права належить до основоположних вимог щодо функціонування органів і посадових осіб публічної влади. Обов'язковість застосування вимог верховенства права, зокрема тих, які вироблені в рішеннях ЄСПЛ, впливає із статусу Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і практики ЄСПЛ в національній правовій системі України.

У практиці ЄСПЛ виділяються, зокрема, такі формальні вимоги верховенства права [6, с.165]: рівність усіх людей перед законом; правова певність, визначеність положення людини у тій ситуації, в якій вона перебуває; застосування закону має бути передбачуваним для осіб; обсяг будь-якого правового розсуду і спосіб його здійснення повинні з достатньою зрозумілістю визначені законом; заборона зворотної сили закону; наявність громадської довіри до судів як до гарантів справедливості; втручання у права людини має бути передбачено національним правом, яке повинно гарантувати засоби захисту від довільного втручання влади у права особи; наявність судового контролю за втручанням виконавчих органів у права людини; підпорядкованість судовому рішенням всіх органів публічної влади, обов'язковість його виконання будь-якими посадовцями. Крім того, в прецедентному праві ЄСПЛ простежуються кілька вимог верховенства права, які мають змістовий, сутнісний характер, а саме: визнання пріоритетності прав людини в діяльності публічної влади; поширюваність цієї пріоритетності на діяльність усіх без винятку органів держави, пропорційність. Останні вимоги як складові принципу верховенства права відтворюються також у практиці КСУ.

Загальною умовою, яка стосується діяльності всіх СВІП, є необхідність урахування вимог «належного та ефективного управління» (*«good and efficient administration»*), інтересів третіх осіб та основних публічних інтересів. Ця умова спрямована на забезпечення справедливого балансу, пропорційності між індивідуальними та суспільними інтересами. Вимоги належного управління знайшли своє закріплення в Кодексі належного управління (*Code of good administration*), схваленому Комітетом Міністрів Ради Європи 20 червня 2007 р. [7]. Кодекс закріплює такі принципи належного управління: законність, рівність, безсторонність, пропорційність, правова певність, прийняття рішень в розумні строки, участь, повага до приватності, прозорість. Не можна не відзначити збіг частини вказаних принципів із вимогами (аспектами) верховенства права в його тлумаченні ЄСПЛ [8].

У рішеннях ЄСПЛ у справах, у яких стороною виступає Україна, посилення на концепцію «належного урядування» використовується в зв'язку із принципами юридичної певності, пропорційності та

добросовісності, які зазвичай розглядаються як елементи принципу верховенства права. Ці обставини в сукупності зі статусом Конвенції як частини національного законодавства, офіційне тлумачення якої здійснює ЄСПЛ, зумовлюють набуття вказаними складовими *good administration* у нашій державі не лише ціннісно-орієнтаційного, а й, вважаємо, формально-юридичного значення.

Поряд із цим, згідно з ч. 3 ст. 2 КАС України, у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони:

1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України;

2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано;

3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії);

4) безсторонньо (неупереджено);

5) добросовісно;

6) розсудливо;

7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації;

8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і завданнями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія);

9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення;

10) своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Щойно перелічені критерії оцінювання рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень водночас є принципами адміністративної процедури, виробленими у практиці європейських країн. Частина принципів, закріплених у ч. 3 ст. 2 КАС України, термінологічно збігається з принципами, наведеними в Кодексі належного управління. З огляду на це, сьогодні контроль за додержанням вимог *good administration* виступає невід'ємною складовою судової оцінки правомірності актів публічної влади, а саме оцінки їх відповідності окремим вимогам верховенства права і загальноправовим засадам.

Питання про підстави (умови) визнання незаконними (неконституційними) актів публічної влади не одержало однозначного вирішення ані у вітчизняній правовій доктрині, ані на практиці. Важливо відзначити, що між вимогами, які висуваються до актів публічної влади, з одного боку, та умовами правомірності таких актів — з іншого, не в усіх випадках існує дзеркальна відповідність [1, с. 128], з огляду на що деякі порушення вимог, які висуваються до актів публічної влади, не призводить, безумовно, до втрати ними чинності.

Поняття правомірності акта охоплює його відповідність принципам і нормам Конституції (конституційну законність) і законам України (законність у вузькому значенні), положенням чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (конвенційність). Невідповідність підзаконним нормативно-правовим актам вищої юридичної сили є підставою для визнання нормативно-правових актів СВП такими, що не відповідають правовим актам вищої юридичної сили (ч. 8 ст. 171 КАС України). В усіх випадках йдеться про об'єктивну правомірність/протиправність акта.

Натомість «суб'єктивно протиправними» можуть вважатися акти, які порушують прямо закріплені в об'єктивному праві права людини або ж є непропорційним втручанням у сферу її охоронюваних правом інтересів [9; 10], які є особливою формою визнаних державою прав людини. Відтак суб'єктивна правомірність є особливим «праволюдним» (П. М. Рабінович) різновидом конституційності та конвенційності акта, який не збігається з його формальною законністю. Остання стосується лише формальної правомірності акта, тоді як перша охоплює також його «матеріальну», соціально-змістовну правомірність.

Підставами (умовами) для визнання незаконними (неконституційними) рішень, дій та бездіяльності органів та посадових осіб публічної влади слід вважати:

- а) порушення прав або охоронюваних інтересів особи (суб'єктивну протиправність);
- б) невідповідність Конституції, законам України, чинним міжнародним договорам (об'єктивну протиправність);
- в) причинно-наслідковий зв'язок між виданням акта, діями чи бездіяльністю органів публічної влади і порушенням прав або інтересів особи.

Для визначення правомірності мають братись до уваги всі вимоги-критерії, закріплені в ч. 3 ст. 2 КАС України. Однак ці критерії не є однопорядковими, їх юридико-нормативне і практичне значення відрізняється. Згадані вимоги можуть бути об'єднані в такі групи:

а) *законність* — вимога вчинення (прийняття) рішень, дій чи бездіяльності на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, — п. 1 ч. 3 ст. 2 КАС України. Вважаємо, що чітке розрізнення вказаної вимоги, з одного боку, та складових верховенства права — з іншого, дозволяє вести мову лише про власне формальну законність;

б) *обґрунтованість* — п. 3 ч. 3 ст. 2 КАС України;

в) *вимоги верховенства права* (ст. 8 Конституції України, ст. 8 КАС України): безсторонність (неупередженість) та рівність перед законом, запобігання всім формам дискримінації — п. 4, 7 ч. 3 ст. 2 КАС України; пропорційність — п. 8 ч. 3 ст. 2 КАС України;

г) *загальноправові засади*: добросовісність та використання повноваження з метою, з якою це повноваження надано (недопустимість зловживання владними повноваженнями), — п.п. 5, 2 ч. 3 ст. 2 КАС України; розсудливість (розумність) та своєчасність як окремих випадок розумності — п.п. 6, 10 ч. 3 ст. 2 КАС України.

Додержання прав особи як учасника адміністративної процедури — урахування права особи на участь у процесі прийняття рішення («право бути вислуханою») — п. 9 ч. 3 ст. 2 КАС України, ст. 8 КАС України — може розглядатись і як спеціальна вимога законності (у випадках, коли це право прямо передбачене), і водночас як елемент верховенства права.

Доктрина і практика застосування вказаних положень виходить з того, що, за загальним правилом, порушення вимоги законності є безумовною підставою для визнання рішень, дій чи бездіяльності СВП незаконними (протиправними) та нечинними. Винятки із цього правила стосуються окремих процедурних порушень, які не призвели до перевищення повноважень чи прийняття акта незаконного змісту.

Необґрунтованість рішення є підставою для визнання його нечинним, якщо під час розгляду справи в суді встановлено відсутність обставин, які згідно із законом можуть виступати фактичною підставою оскаржуваного рішення (В. М. Кравчук).

Що ж до порушення окремих вимог ч. 3 ст. 2 КАС України, зокрема закріплених у пп. 4, 5, 6, то у вітчизняній судовій практиці вказані вимоги, у поєднанні з вимогами законності, виступають переважно як додаткові критерії правомірності рішень, дій чи бездіяльності СВП. З огляду на тісний смисловий взаємозв'язок окремих складових верховенства права, а також загальноправових засад (ч. 3 ст. 2 КАС України), вони зазвичай застосовуються в поєднанні (пропорційність і розсудливість, добросовісність і розсудливість тощо).

Звертаючись до питання про правові наслідки порушення окремих вимог належного управління, закріплених у ч. 3 ст. 2 КАС України, зокрема розсудливості та своєчасності, зауважимо, що, на наш погляд, порушення самих лише зазначених вимог не може розглядатись як достатня підстава для визнання акта публічної влади незаконним або як неконституційним. Натомість такий наслідок може виникати у випадках, коли їх порушення відбувається в сукупності з недотриманням інших умов правомірності актів публічної влади: законності, пропорційності, неприпустимості зловживання владними повноваженнями тощо.

Поряд із цим слід наголосити на тому, що вимоги рівності й недискримінаційності, неупередженості та безсторонності, пропорційності (пп. 7, 4, 8 КАС України) закріплюють критерії відповідності рішень, дій чи бездіяльності органів і посадових осіб публічної влади вимогам верховенства права, іншим конституційним

принципам і нормам. З урахуванням прямої дії норм Конституції України і статусу ЄКПЛ як складової національного законодавства і нормативного значення практики ЄСПЛ, можна стверджувати, що порушення конституційних принципів, зокрема принципу верховенства права, і визнаних у практиці ЄСПЛ конвенційних стандартів прав людини повинні розглядатись як підстави для визнання рішень, дій чи бездіяльності СВП неконституційними (ст. 8 КАС України не містить прямої вказівки на наслідки недотримання СВП вимог верховенства права, що іноді створює помилкове враження декларативного або ж лише загальноорієнтуючого значення положень згаданої статті Кодексу).

Правове значення дотримання принципу верховенства права визначається вже самим його конституційним статусом. З огляду на це правові наслідки недотримання окремих вимог принципу верховенства права в діяльності органів і посадових осіб публічної влади полягають у неконституційності, а отже, й нечинності прийнятих (вчинених) ними нормативно-правових актів чи актів індивідуальної дії, дій чи бездіяльності.

Визнання неконституційними правових актів згаданих органів повинно розглядатись як окремий випадок прямого застосування судом норм Конституції України (див. постанову Пленуму Верховного Суду України № 9 від 1 листопада 1996 р). Обов'язок адміністративних судів перевіряти, чи прийняті (вчинені) рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, прямо закріплено в п. 1 ч. 3 ст. 2 КАС України. У разі виникнення в суду під час розгляду справи сумніву щодо відповідності Конституції України тих правових актів, вирішення питання про конституційність яких не належить до юрисдикції Конституційного Суду України, повноважень на звернення до вищої судової інстанції адміністративний суд не має (ч. 5 ст. 9 КАС України). Відсутнє повноваження суду й на звернення до інших органів державної влади у випадку виникнення в суду під час розгляду справи сумніву щодо відповідності міжнародному договору правових актів суб'єктів владних повноважень, які є предметом спору. Таку ситуацію помилково розглядати як прогалину у правовому регулюванні. Натомість вона означає непряме надання суду повноваження щодо самостійного вирішення питання про конституційність тих правових актів, вирішення питання про конституційність яких не належить до юрисдикції Конституційного Суду України, а також про відповідність стандартам, закріпленим ратифікованими Україною міжнародними договорами, актів суб'єктів владних повноважень. Це підтверджується також і правовою позицією Вищого адміністративного суду України (п. 5 постанови Пленуму ВАС України № 8 від 20 травня 2013 р.).

Процесуально-правовим вираженням висновку адміністративного суду про неконституційність актів згаданих суб'єктів владних повноважень виступатиме рішення про «визнання протиправними рішення суб'єкта владних повноважень чи окремих його положень, дій чи бездіяльності і про скасування або визнання нечинним рішення чи окремих його положень» (п. 1 ч. 2 ст. 162 КАС України). Натомість судові рішення, прийняті протягом останніх років, містять лише поодинокі приклади практичного застосування пропонувані підходів.

Зміст більшості європейських стандартів *good administration* є юридично обов'язковим в Україні в силу їх термінологічного збігу з визнаними у практиці КСУ та ЄСПЛ елементами (вимогами) конституційного принципу верховенства права й часткового збігу з положеннями ч. 3 ст. 2 КАС України. Це зумовлює необхідність застосування вказаних принципів у правовідносинах за участі органів і посадових осіб публічної влади при судовому оскарженні їх актів як в адміністративному, так і в цивільному та господарському судочинстві. Такий підхід відповідає конституційним вимогам пріоритетного забезпечення прав і свобод людини й меті забезпечення справедливого балансу публічних і приватних інтересів у процесі здійснення правосуддя.

Нині єдиним нормативно-правовим актом України, який закріплює вимоги *good administration* у діяльності суб'єктів владних повноважень і уповноважує суд здійснювати контроль за їх додержанням, є КАС України. Водночас положення ч. 3 ст. 2 КАС України містять універсальні матеріально-правові критерії правомірності актів будь-яких СВП, з огляду на що не можуть розглядатись лише як норми адміністративного судочинства.

Необхідним є закріплення цих вимог у законах, які визначають правовий статус окремих категорій СВП, що змусить суди застосувати відповідні вимоги-критерії незалежно від виду судочинства, в порядку якого здійснюється оскарження актів СВП. Оскільки в Україні судове оскарження згаданих актів здійснюється в порядку не тільки адміністративного, а й цивільного та господарського судочинства, з практичних міркувань сьогодні також доцільно відтворити положення ч. 3 ст. 2 КАС України у ЦПК України та ГПК України.

Список використаних джерел

1. *Яхин, Ф. Ф.* Действие административно-правовых актов [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Яхин Филлус Флорович. — М., 2004. — 215 л.
2. *Кравчук, В. М.* Роль суду й прокуратури в забезпеченні законності правових актів місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування [Текст] : монограф. / В. М. Кравчук. — Луцьк : Волинськ. нац. ун-т ім. Лесі Українки, 2009. — 228 с.

3. *Тимощук, В. П.* Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії [Текст] : монограф. / В. П. Тимощук. — К. : Конус-Ю, 2010. — 296 с.
4. *Школик, А.* Скасування та відкликання індивідуальних адміністративних актів [Текст] / А. Школик // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — Вип. 58. — Львів, 2013. — С. 176–181.
5. *Мірошниченко, А. М.* Правові наслідки незаконних адміністративних актів [Електронний ресурс] / А. М. Мірошниченко ; Сайт Анатолія Миколайовича Мірошниченка. — URL : http://www.amm.org.ua/images/stories/Land_Law_Metaterials/Miroshnuchenko_Validity_of_administrative_acts.doc.
6. *Луців, О. М.* Верховенство права: сучасні інтерпретації [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Луців Олег Михайлович. — Львів, 2014. — 205 арк.
7. Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration (adopted by the Committee of Ministers on 20 June 2007 at the 999bis meeting of the Ministers' Deputies) [Electronic Resource] / Council of Europe — Documents database. — URL : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877>.
8. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Рисовський проти України» (Заява № 29979/04) від 20.10.2011 р. (остаточне 20/01/2012) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_854.
9. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 01.12.2004 р. № 18–рп/2004 [Текст] // Урядовий кур'єр. — 2004. — № 239. — 15 грудня.
10. *Венедиктова, И. В.* Охраняемый законом интерес в гражданском праве [Текст] : монограф. / И. В. Венедиктова. — Х. : Точка, 2012. — 508 с.



НАГНИБІДА Володимир Іванович,

кандидат юридичних наук, доцент,

*Подільська лабораторія Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України,
Хмельницький університет управління та права,
м. Хмельницький, Україна,*

СТЕЦКОВ Дмитро Дмитрович,

*Хмельницький університет управління та права,
м. Хмельницький, Україна,*

**НАПРАВЛЕННЯ СТОРІН В АРБІТРАЖ ТА
ЗАСТОСУВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ
ЯК ІНСТРУМЕНТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
АРБІТРАЖНОГО РОЗГЛЯДУ**

Становлення міжнародного комерційного арбітражу як альтернативного способу вирішення правових спорів відбувалось протягом тривалого часу та потребувало базисного законодавчого закріплення і значного державного сприяння. У світлі цього держава в особі своїх органів та системи національного судочинства не втрачає свого значення і сьогодні. Зокрема шляхом легалізації та нормативно-правової регламентації діяльності арбітражних інституцій, забезпечення процесуального сприяння та контролю вона створює правове поле, в межах якого існує міжнародний комерційний арбітраж, закріплює та гарантує організаційні та процесуально-правові основи його діяльності, сприяє виконанню функцій та завдань арбітражного процесу.

Таким чином, цілісне та системне дослідження основ взаємодії та участі держави у міжнародному комерційному арбітражі в межах цієї наукової статті є актуальним завданням, яке зумовлене не лише потребами сучасної науки і практики, але й потребою нормативного обґрунтування форм та меж такої участі. Адже, на жаль, з часу оновлення Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж від 1985 року (змiнами, прийнятими в 2006 році) (Типовий закон ЮНСІТРАЛ) [1] Україна досі не оновила Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 р. (Закон України про МКА) [2], що негативно позначається на міжнародному іміджі України, як дружньої до арбітражу юрисдикції.

Окреслені проблеми є предметом наукових досліджень вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема Д. Т. Ашера, Т. Г. Захарченко, Б. Р. Карабельнікова, С. О. Кравцова, С. А. Курочкіна, А. І. Муранова, Ю. Д. Притики, А. Редферна,

М. Хантера, В. Хейсканена та ін. Втім, проблематика сприяння державою міжнародному комерційному арбітражу в особі, зокрема, державних судів, потребує додаткової уваги, в першу чергу, крізь призму необхідності дослідження шляхів вдосконалення національного законодавства у цій частині.

Виходячи зі сказаного, сьогодні актуальним є питання здійснення комплексного дослідження, насамперед, таких правових форм сприяння держави міжнародному комерційному арбітражу, як направлення сторін в арбітраж, судом до якого подано позов та застосування забезпечувальних заходів як інструментів забезпечення арбітражного розгляду.

Відповідно до ч. 1 ст. 8 Типового закону ЮНСІТРАЛ суд, до якого подано позов з питання, що є предметом арбітражної угоди, повинен, якщо будь-яка зі сторін просить про це не пізніше подання своєї першої заяви по суті спору, направити сторони до арбітражу, якщо не встановить, що ця угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана. При цьому ч. 2 цієї ж статті з метою уникнення процесуальних затягувань та зловживань з боку сторін вказує, що у разі пред'явлення позову, зазначеного в ч. 1 цієї статті, може бути, тим не менш, розпочато або продовжено арбітражний розгляд та винесено арбітражне рішення, поки питання знаходиться в судочинстві. Ці ж положення закріплені у п. 3 ст. II Конвенції ООН про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень від 10 червня 1958 р. (Нью-Йоркська конвенція) [3] та відповідно ч. 1–2 ст. 8 Закону України про МКА. Втім, останні положення відрізняються доданням, за висловом О. І. Муранова, низки екстравагантних положень, які є пережитками радянських часів [4, с. 227–229], стосуючись аспектів, не закріплених у Типовому законі ЮНСІТРАЛ, доповнюючи їх, якими в Законі України про МКА є припинення державним судом провадження у випадку заяви сторони про наявність арбітражної угоди та вказівка на можливість сперечань про підсудність. Незважаючи на це, у сукупності з іншими положеннями, які наведемо далі, дозволяє стверджувати про їх визначальне значення в аспекті сприяння державних судів міжнародному комерційному арбітражу.

Так, у світлі наведених положень С. О. Кравцов цілком справедливо підкреслює, що дійсність арбітражної угоди є відправною точкою спростування наявності у міжнародного комерційного арбітражу юрисдикції по розгляду спору, а отже, і спробою передати спір на розгляд державного суду [5, с. 91]. Не зупиняючись на питаннях дійсності, чинності та можливості виконання арбітражної угоди, що виходить за межі цього дослідження, звернемось до ролі державного суду у цьому процесі. Так, аналізуючи на предмет цього норми Нью-Йоркської конвенції, помітне значення відіграє пп. а п. 1 ст. V Конвенції, за якою у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони,

проти якої воно спрямоване, тільки якщо ця сторона надасть компетентній владі за місцем, де запитується визнання і приведення до виконання, докази того, що сторони в угоді, зазначеній у ст. 2 цієї Конвенції (*мова йде про арбітражну угоду*), були за застосовуваним до них законом в якій-небудь мірі недієздатні або ця угода є недійсною за законом, якому сторони її підпорядкували, а за відсутності такої вказівки — за законом країни, де рішення було винесено. З іншого боку, як зауважує Ж. Сталев, в обхід положень Нью-Йоркської конвенції державні суди нерідко визначають питання дійсності арбітражної угоди не на підставі застосовуваного права, обраного сторонами, а керуючись положеннями національного законодавства [6, с. 75].

Втім, вказана ситуація для країн-учасниць вирішується за допомогою положень Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж від 21 квітня 1961 року (Європейська конвенція) [7], п. 2 ст. 6 якої передбачає, що при винесенні рішення з питання наявності або дійсності вказаної арбітражної угоди державні суди держав-учасниць, у яких порушено це питання, якщо воно стосується правоздатності сторін, повинні керуватись законом, який до них застосовується, а у інших випадках:

а) законом, якому сторони підпорядкували арбітражну угоду (*майже завжди ним є право, застосовуване до контракту та суті спору*);

б) за відсутності вказівок на цей рахунок — законом країни, у якій має бути винесене рішення;

в) за відсутності вказівок на закон, якому сторони підпорядкували арбітражну угоду і, якщо у той момент, коли це питання розглядається державним судом, неможливо встановити, в якій державі повинно бути винесене арбітражне рішення, — законом, який застосовується в силу колізійної норми державного суду, що здійснює розгляд цього питання.

Має місце у цій самій нормі і вказівка на питання об'єктивної арбітрабельності спору, що окремими авторами розглядається як відсилання до публічного порядку — вказаний державний суд може не визнати арбітражної угоди, якщо за законом його держави спір не може бути предмет арбітражного розгляду.

Впливає із наведених норм обох конвенцій і обов'язок державних судів встановлювати дієздатність (правоздатність за термінологією Європейської конвенції) сторін на етапі направлення сторін в арбітраж за наявності укладеної між ними арбітражної угоди поруч із виявленням її дійсності, чинності та можливості виконання. Важливо, що правом, за яким буде визначатись така дієздатність, тут виступатиме не правопорядок, обраний сторонами на основі дії принципу *lex voluntatis*, а колізійна прив'язка особистого закону юридичної особи — *lex societatis* або, якщо стороною є фізична особа-

підприємець — *lex patriae* (закон країни її громадянства) чи *lex domicilii* (закон країни місця проживання) фізичної особи. Також варто згадати про межі втручання суду на цьому етапі, який згідно з п. 3 ст. VI Європейської конвенції у випадку звернення однієї із сторін до арбітражу, а іншої — до державного суду з позовом щодо того ж предмета або з питання про відсутність, недійсність або втрату чинності арбітражною угодою повинен відкласти винесення рішення з питання про компетенцію арбітражного суду до тих пір, поки арбітражний суд не винесе рішення по суті справи. За висловом Д. Ашера, ідея, втілена у цій нормі Європейської конвенції, полягає в тому, що суд, який вирішував би питання арбітрабельності спору або дійсності арбітражної угоди, є тим самим судом, який визначатиме правомірність (кваліфікованість) арбітражного рішення, а тому якщо ж це не так, на переконання автора, тоді вказану норму слід розуміти як перехід юрисдикції до державного суду, відповідального за приведення до виконання або скасування арбітражного рішення [8, с. 531].

Підсумовуючи наведені положення, Б. Р. Карабельніков виокремлює обов'язкові попередні умови, які повинні бути дотримані, щоб державний суд направив сторони в арбітраж. До них автор відносить:

1) клопотання однієї зі сторін до державного суду про передачу спору в арбітражний суд, оскільки суд не може вчинити цього за власною ініціативою;

2) арбітражна угода повинна належати до сфери Нью-Йоркської конвенції — арбітражне рішення за ним не може вважатись «внутрішнім» за законодавством держави, де вимагатиметься його визнання та приведення до виконання;

3) позов, поданий у суд, повинен охоплюватись обсягом арбітражної угоди;

4) арбітражна угода повинна відповідати вимогам, що виносяться Нью-Йоркською конвенцією та іншими нормативними актами щодо її форми;

5) арбітражна угода повинна бути дійсною, чинною та передбачати можливість її виконання;

6) предмет спору повинен бути арбітрабельним за правом держави (*lex fori*), що розглядає питання дійсності арбітражної угоди та направлення сторін у міжнародний комерційний арбітраж [9, с. 55].

Т. Г. Захарченко до вимог, які висуваються до арбітражної угоди як «правової основи для звернення в міжнародний комерційний арбітраж» та визначають її дійсність і у контексті розгляду державним судом, також відносить дотримання форми, дієздатність сторін, що її уклали, предмет угоди та інші істотні умови, що можуть мати місце, зокрема: вибір застосованого матеріального права, місця, мови, процедури арбітражного розгляду тощо [10, с. 33–45]. Цікаво, що, за даними Арбітражного інституту Торговельної палати м. Стокгольма, у

кожній сьомій справі висуваються юрисдикційні заперечення, проте відсоток, у якому юрисдикція була відхилена *prima facie*, вкрай незначний [11, с. 19].

Варто відзначити, що застосування забезпечувальних заходів державним судом є одним з процесуальних механізмів безпосереднього сприяння міжнародному комерційному арбітражу під час розгляду та вирішення комерційного спору з метою забезпечення його максимальної швидкості та ефективності. У зв'язку з тим, що у випадку імперативного застосування таких заходів сторони часто вимушені звертатись до державних судів, наділених значно більшими владними повноваженнями стосовно третіх осіб (які не є сторонами арбітражного процесу) або в інших випадках, про які зазначимо далі, національні суди є єдиноможливою інстанцією, що володіє достатнім обсягом повноважень для застосування забезпечувальних заходів; Типовий закон ЮНСІТРАЛ, як і низка регламентів провідних арбітражних інституцій, містить особливі застереження з цього приводу. Так, ст. 9 Типового закону ЮНСІТРАЛ (як і Закону України про МКА) передбачає, що звернення сторони до суду до або під час арбітражного розгляду з проханням про вжиття забезпечувальних заходів та винесення судом ухвали про вжиття таких заходів не є несумісними з арбітражною угодою. Таке ж положення міститься у ч. 2 ст. 28 Арбітражного регламенту Міжнародної торгової палати (МТП) [12]: до передачі справи складу арбітражу, а при відповідних тому обставинах і після передачі сторони можуть звернутися в будь-який компетентний судовий орган з клопотанням про прийняття проміжних або забезпечувальних заходів. Звернення сторін у судовий орган з метою вжиття таких заходів або з метою приведення у виконання проміжних або забезпечувальних заходів, прийнятих складом арбітражу, не є порушенням арбітражної угоди або відмовою від неї і не впливає на відповідні повноваження складу арбітражу; ч. 2 ст. 31 Регламенту арбітражного інституту Торгової палати Стокгольма [13] та ін.

З наведених норм впливає перший з найбільш поширених у арбітражній практиці випадків застосування забезпечувальних заходів при зверненні до державного суду, яким є відсутність на момент виникнення спору призначеного повністю або частково складу арбітражу, до якого сторона могла б направити відповідне клопотання, що зумовлює нагальну необхідність звернення із ним до національних судів. Другим із таких випадків, як зазначається у науковій літературі, є відсутність примусових повноважень арбітра, який відповідно не наділений владою примусити виконати запобіжний захід особу, яка не є стороною провадження, або сторону, яка відмовляється від добровільного виконання такого заходу [5, с. 156–157]. В останньому випадку звернення до державного суду зумовлене договірною природою виникнення міжнародного комерційного арбітражу та поширенням зобов'язань, існуючих у рамках арбітражної угоди лише на сторін, що її

підписали. У зв'язку з цим, процесуально неможливим є застосування складом арбітражу заходів примусу до третіх осіб, що відмовляються добровільно виконати його мотивований наказ або арбітражне рішення (такі форми передбачені Арбітражним регламентом МТП) про застосування забезпечувальних заходів, як і обмеженим є такий вплив на сторону, що не виконує взяті на себе за арбітражною угодою зобов'язання в частині вжиття забезпечувальних заходів, коли це зумовлено відповідним рішенням складу арбітражу. Оскільки єдиноможливими у цьому випадку «санкціями» з боку складу арбітражу є прийняття ним «несприятливих висновків» стосовно такої сторони у зв'язку з її процесуальною поведінкою [14, с. 233]. Очевидно, що правова природа таких висновків лежить за межами процесуальних засобів впливу. Ще однією умовою звернення до державного суду з досліджуваного нами питання у другому випадку відповідно до положень окремих арбітражних регламентів (зокрема п. 25.3 Арбітражного регламенту Лондонського міжнародного арбітражного суду [15]) є наявність дозволу на таке звернення з боку складу арбітражу, у чому можна побачити ідею попередньої до звернення до державного суду спроби застосування забезпечувальних заходів складом арбітражу, що лише у разі недосягнення бажаного результату впливає на те, що останній «авторизує» клопотання до суду.

А. Єсілірмак вважає, що закріплення в арбітражних регламентах таких положень, які слугують обмеженнями на втручання суду в арбітражний розгляд, відповідає суті та призначенню міжнародного комерційного арбітражу як юрисдикційного приватного механізму та забезпечує ефективне його функціонування без встановлення зайвих перешкод і здійснення щодо нього з боку держави надмірного контролю [16].

Враховуючи окреслені випадки та очевидну потребу в закріпленні дієвого механізму застосування забезпечувальних заходів за умови майже повної нерегульованості цього питання на міжнародному (зі змісту пп. е п. 1 ст. V Нью-Йоркської конвенції) впливає, що застосування передбаченого Конвенцією механізму міжнародного визнання та приведення до виконання арбітражного рішення можливе лише щодо рішень, які мають остаточний характер, хоча й існують прецеденти примусового виконання на основі її положень саме арбітражного наказу про застосування забезпечувальних заходів [17] та національному рівнях (норми, які більшою чи меншою мірою детально регламентуються порядок застосування забезпечувальних заходів державними судами на основі клопотань сторін арбітражного розгляду, містяться лише у законодавстві низки держав (чи їх адміністративних одиниць) — Австралії [18], Гонконгу [19], Німеччини [20], України [21]). Комісія ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) внесла суттєві

доповнення в Типовий закон ЮНСІТРАЛ у частині встановлення такого механізму.

У Пояснювальній записці Секретаріату ЮНСІТРАЛ до нової редакції Типового закону про міжнародний торговельний арбітраж зі змінами станом на 2006 рік [22] вказується, що важливою новою особливістю переглянутого варіанта є введення (у розд. 4) режиму визнання і приведення у виконання забезпечувальних заходів, який, залежно від обставин, побудований за аналогією з режимом визнання і приведення до виконання арбітражних рішень відповідно до ст.ст. 35–36 Типового закону ЮНСІТРАЛ.

Так, щодо аспектів звернення до державного суду з клопотанням про застосування забезпечувальних заходів ч. 3 ст. 17 Н передбачає, що суд держави, в якій запитується визнання або до виконання, може, якщо він визнає це належним, розпорядитися про надання запитуючою стороною належного забезпечення, якщо тільки арбітражний суд уже не виніс ухвалу щодо встановлення забезпечення або у випадку, коли таке рішення є необхідним для захисту прав третіх сторін. Також у тексті нової редакції Типового закону ЮНСІТРАЛ глава IV А включає розділ 5 «Забезпечувальні заходи, які застосовуються судом», ст. 17 J якого закріплює, що суд володіє такими ж повноваженнями виносити забезпечувальні заходи у зв'язку з арбітражним розглядом, незалежно від того, чи знаходиться місце розгляду в цій державі, як і повноваження, якими він володіє у зв'язку з судочинством. Суд здійснює такі повноваження відповідно до своїх власних процедур з урахуванням особливостей міжнародного арбітражу. Додатково до цих положень, до прикладу, національні суди Швеції, якщо розгляд справи здійснюється за Регламентом арбітражного інституту Торгової палати Стокгольма, застосовують забезпечувальні заходи і тоді, коли існує ймовірність виконання арбітражного рішення на території Швеції [23, с. 162].

Також цікаво відзначити, що подібні положення вже імплементовані в національне законодавство України, хоча відповідних змін у Закон України про МКА ще і не внесено: відповідно до абз. 5 ч. 1 ст. 394 Цивільного процесуального кодексу України суд за заявою особи, яка подає клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, може вжити передбачені цим Кодексом заходи забезпечення позову. Забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду такого клопотання, якщо невжиття заходів забезпечення позову може ускладнити чи унеможливити виконання рішення суду.

Крім загального порядку та підстав застосування державним судом забезпечувальних заходів за клопотанням сторін арбітражного процесу, важливим залишається питання, що слід визнавати під такими заходами. У зарубіжній науковій думці до поняття попередніх

заходів, що приймаються за позовами, які розглядаються арбітражними судами, відносять три групи таких заходів:

1) заходи, пов'язані із розкриттям, забезпеченням і отриманням доказів, що мають значення для вирішення спору;

2) заходи, які повинні прийматись для збереження предмета спору й усунення можливих порушень прав сторін арбітражного розгляду в процесі розгляду справи;

3) заходи, спрямовані на забезпечення ефективності виконання майбутнього арбітражного рішення [24, с. 754] (безпосередньо забезпечувальні заходи).

Останні з них повинні відповідати також необхідним для їх застосування саме державним судом критеріям. У справі *Delphi Petroleum Inc. v. Derin Shipping and Training Ltd.* Федеральний суд Канади зауважив, що повноваження державних судів на застосування забезпечувальних заходів відповідно до ст. 9 Типового закону ЮНСІТРАЛ не повинні бути спрямовані на процесуальне затягування арбітражного розгляду однією зі сторін [25]. Забезпечувальні заходи для застосування їх національним судом, окрім зазначених вище процесуальних критеріїв, повинні бути достатньо обґрунтовані стороною, яка просить про них, а також безпосередньо стосуватися справи та не викликати сумнівів у своєму предметі з огляду на затягування арбітражного процесу чи іншого зловживання своїми правами такою стороною. Р. О. Зиков додає, що при винесенні наказу про застосування забезпечувальних заходів державний суд враховує обставини справи і приймає міри лише за умови терміновості справи та неминучого настання шкідливих наслідків, якими може бути приховання або іншим способом знищення майна чи грошових коштів з метою ухилення від сплати боргу, зменшення вартості майна або перешкоджання виконанню рішення по суті [23, с. 162].

Таким чином, вважаємо за можливе визначити направлення сторін в арбітраж державним судом за наявності дійсної, чинної та виконуваної арбітражної угоди як основний обов'язок суду в аспекті сприяння міжнародному комерційному арбітражу та ключовий інструмент забезпечення арбітражного розгляду, оскільки за його допомогою арбітражна угода набуває реального процесуального значення та реалізується на практиці принцип її автономності від загального контракту, в якій вона включена шляхом здійснення арбітражного застереження або окремим документом.

У свою чергу, звернення сторін арбітражного процесу до державного суду із клопотанням про застосування забезпечувальних заходів, за загальною практикою, встановленою на рівні арбітражних регламентів та національного законодавства, можливе лише у спеціально обумовлених випадках (за необхідності використання імперативного методу або коли склад арбітражу ще не сформовано), за умови дотримання спеціальних критеріїв — відсутності очевидного для

суду затягування арбітражного розгляду, терміновості та неминучого настання шкідливих наслідків у випадку незастосування заходів.

Список використаних джерел

1. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration [Electronic Resource] / UNCITRAL. — URL : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.
2. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 р. № 4002–XII [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198.
3. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards [Electronic Resource] / UNCITRAL. — URL : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf.
4. Муранов, А. И. Прекращение производства в государственном суде, его обязанность направить стороны в арбитраж, пререкания о подсудности и патологии третейских соглашений: экстравагантность юридических конструкций в статье 8 «Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде» Закона РФ 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже» [Текст] / А. И. Муранов // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сб. ст. к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. — М. : Статут, 2012. — С. 227–247.
5. Кравцов, С. О. Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди [Текст] : монограф. / С. О. Кравцов ; Нац. юрид. ун–т ім. Ярослава Мудрого. — Х. : Право, 2014. — 232 с.
6. Сталев, Ж. Закон за международна търговски арбитраж [Текст] / Ж. Сталев. — София, 1991. — 134 с.
7. European Convention on International Commercial Arbitration [Electronic Resource] / United Nations Treaty Collection. — URL : https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf.
8. Hascher, D. T. Commentary on the European Convention 1961 / D. T. Hascher [Electronic Resource] / ICCA International Council for Commercial Arbitration. — URL : http://www.arbitration-icca.org/media/1/13534204360520/hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf.
9. Карабельников, Б. Р. Международный коммерческий арбитраж [Текст] : учеб. / Б. Р. Карабельников. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — 576 с.
10. Захарченко, Т. Г. Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж [Текст] / Т. Г. Захарченко // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / під заг. ред. І. Г. Побірченка ; Торг.-пром. палата України. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 30–45.
11. Рамхё, Д. Очевидное отсутствие юрисдикции? Практика prima facie решений ТПС относительно существования арбитражного договора (2005–2009) [Текст] / Д. Рамхё, С. Стрёмберг // Матеріали арбітражного інститута Торгової палати г. Стокгольма по вопросам

- юрисдикции, отводов и назначения чрезвычайного арбитра : сб. ст. / под ред. Н. Петрик. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — С. 1–19.
12. ICC Rules of Arbitration in several languages [Electronic Resource] / ICC — International Chamber of Commerce. — URL : <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages>.
 13. Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce [Electronic Resource] / The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. — URL : http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf.
 14. Ядыкин, А. И. Институт «антиисковых обеспечительных мер» (Anti-Suit Injunctions) и возможность его применения российскими судами в связи с осуществлением арбитражного разбирательства [Текст] / А. И. Ядыкин // Новые горизонты международного арбитража : сб. ст. — Вып. 1 / под ред. А. В. Асокова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходыкина. — М. : Инфотропик Медиа, 2013. — С. 220–269.
 15. LCIA Arbitration Rules [Electronic Resource] / The London Court of International Arbitration (LCIA). — URL : http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.
 16. Yesilirmak, A. Provisional Measures in International Commercial Arbitration [Text] / A. Yesilirmak. — The Hague : Kluwer Law International, 2005. — 372 p.
 17. Publicis Communication v. True North Communications Inc. [Electronic Resource] / FindLaw Caselaw. — URL : <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1256959.html>.
 18. International Arbitration Act of Australia of 1974 [Electronic Resource] / Australasian Legal Information Institute (AustLII). — URL : http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/iaa1974276.
 19. Hong Kong Arbitration Ordinance [Electronic Resource] / Department of Justice: Bilingual Laws Information System. — URL : [http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/C05151C760F783AD482577D900541075/\\$FILE/CAP_609_e_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/C05151C760F783AD482577D900541075/$FILE/CAP_609_e_b5.pdf).
 20. Zivilprozessordnung / Ausfertigungsdatum: 12.09.1950 [Elektronische Ressource] / Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. — URL : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>.
 21. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV [Текст] // Офіційний вісник України. — 2004. — № 16. — Ст. 1088.
 22. Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006 [Electronic Resource] / UNCITRAL. — URL : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.
 23. Зыков, Р. О. Международный арбитраж в Швеции: право и практика [Текст] / Р. О. Зыков. — М. : Статут, 2014. — 285 с.
 24. International Commercial Arbitration. Cases, materials and notes on the resolution of international business disputes [Text] / M. Reisman, L. Craig, W. Park, J. Paulsson. — Westbury, N.Y., 1997. — 1250 p.
 25. Delphi Petroleum Inc. v. Derin Shipping and Training Ltd. [Electronic Resource] / interarb.com. — URL : <http://interarb.com/clout/clout068.htm>.

САМАРИН Вадим Игоревич,

*кандидат юридических наук, доцент,
Белорусский государственный университет,
г. Минск, Республика Беларусь*

ГРАЖДАНСКИЙ ИСК КАК СРЕДСТВО ЗАЩИТЫ ИНТЕРЕСОВ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ БЕЛАРУСИ

Ст. 60 Конституции Республики Беларусь гарантирует каждому защиту прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом. В определенных законом пределах такое право принадлежит также и юридическим лицам. Судебной защите подлежат как имущественные, так и личные неимущественные права. Для получения судебной защиты нарушенного или оспариваемого права заинтересованное лицо должно обратиться в суд с иском. Обычно иски рассматриваются в порядке гражданского судопроизводства. Однако гл. 17 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь (УПК РБ) предусматривает возможность рассмотрения гражданского иска в уголовном процессе. Для такого рассмотрения необходимо, чтобы вред, возмещение которого требует гражданский истец, был причинен последнему непосредственно преступлением (предусмотренным уголовным законом общественно опасным деянием невменяемого).

Потерпевшим в уголовном процессе Беларуси юридическое лицо признано быть не может. Однако при соблюдении материального и двух процессуальных условий юридическое лицо может приобрести статус гражданского истца в уголовном деле. Так, гражданским истцом согласно ч. 1 ст. 52 УПК РБ является физическое или юридическое лицо:

1) в отношении которого имеются достаточные основания полагать, что ему предусмотренным уголовным законом общественно опасным деянием причинен вред, подлежащий возмещению в порядке, предусмотренном УПК РБ;

2) которое подало в ходе производства по уголовному делу исковое заявление;

3) в отношении которого орган, ведущий уголовный процесс, вынес постановление (определение) о признании его гражданским истцом.

По своей сущности иск, предъявленный в рамках уголовного процесса, остается гражданско-правовым иском. Такой иск всегда носит характер восстановительный, так как направлен на восстановление нарушенного права и называется иском о присуждении [1, с. 4]. Как и в любом иске, в нем различают две стороны: материально-правовую

(требование истца к ответчику, составляющее предмет иска и опирающееся на материальное право) и процессуальную (характеризует форму и процессуальный порядок реализации требования) [2, с. 6–7]. При этом материально-правовое требование должно выражаться в денежном эквиваленте.

Правовым основанием для заявления гражданского иска в уголовном процессе является ч. 1 ст. 149 УПК РБ.

Исходя из принципа публичности, рассмотрение гражданского иска в уголовном процессе позволяет гражданскому истцу не предпринимать усилий по его доказыванию, ибо доказывание осуществляется в соответствии с правилами УПК РБ (ч. 3 ст. 148 УПК РБ) и соответственно бремя доказывания лежит на органах уголовного преследования, а в судебном разбирательстве — на государственном обвинителе (ч. 1 ст. 18, ч. 2 ст. 102 УПК РБ). Исключением являются дела частного обвинения и уголовные дела, рассматриваемые в порядке ускоренного производства без участия государственного обвинителя.

Принцип публичности при рассмотрении гражданского иска проявляется также в обязанности органов уголовного преследования принять меры по обеспечению гражданского иска при наличии достаточных данных о причинении вреда преступлением (ч. 1 ст. 156 УПК РБ), в праве прокурора предъявить гражданский иск в случаях, когда этого требует защита прав граждан, юридических лиц, государственных или общественных интересов (ч. 6 ст. 149 УПК РБ), в обязанности органа уголовного преследования (суда) разъяснить физическому или юридическому лицу (их представителям) право предъявить гражданский иск, если из материалов уголовного дела усматривается, что преступлением причинен вред такому лицу (ч. 1 ст. 150 УПК РБ).

Важной особенностью также является возможность суда разрешить вопрос о возмещении вреда, причиненного преступлением, по собственной инициативе, если гражданский иск остался непредъявленным (ч. 8 ст. 149 УПК РБ). Однако следует помнить, что так как в этом случае не предъявляется иск как таковой, то в уголовном процессе не может появиться не только гражданский истец, но и гражданский ответчик (ч. 1 ст. 52, ч. 1 ст. 54 УПК РБ).

Следует правильно разрешать вопрос о соотношении гражданского иска и уголовно-правовой реституции вещей, признанных вещественными доказательствами по делу (например, орудий, объектов преступных действий). В соответствии со ст. 98 УПК РБ решение о возвращении таких вещей законным владельцам (уголовно-правовая реституция) производится, как правило, независимо от их просьбы об этом либо предъявления ими виндикационного иска. Ведь последний и не является иском о возмещении вреда, о котором идет речь в ч. 1 ст. 149 УПК РБ. Если

вещь обнаружена в натуре и иного вреда, преступлением не причинено (например, похищенный у юридического лица автомобиль попал в дорожно-транспортное происшествие и не подлежит ремонту, преступник носил похищенное в магазине имущество и стоимость его понизилась), то и оснований для предъявления гражданского иска в уголовном процессе не будет. И обратный вывод, если на данном этапе расследования уголовного дела обнаружить выбывшее из обладания собственника имущество не представилось возможным, то имеется вред, причиненный преступлением, в виде утраченного имущества и, соответственно, есть основание для предъявления гражданского иска.

Определенные трудности вызывает возвращение вещей, изъятых у добросовестного приобретателя, ибо здесь сталкиваются два интереса: добросовестного приобретателя и собственника. В соответствии с п. 1 ст. 283 Гражданского кодекса Республики Беларусь (ГК РБ) в большинстве случаев суд будет обязан принять решение о возвращении такой вещи ее собственнику. Однако добросовестный приобретатель в этом случае не сможет предъявить гражданский иск в уголовном процессе, так как вред ему причинен будет не непосредственно преступлением, а в результате гражданско-правовой сделки. Аналогично не может быть предметом рассмотрения в уголовном процессе и регрессный иск, предъявляемый в порядке ст. 950 ГК РБ (ч. 2 п. 2 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 24 июня 2004 г. № 8 «О практике рассмотрения судами гражданского иска в уголовном процессе»), в т.ч. основанный на суброгации.

Гражданский иск в уголовном процессе имеет свои предмет и основание. Предметом гражданского иска является обращенное к суду требование истца к обвиняемому (гражданскому ответчику) возместить причиненный преступлением вред. Основанием иска являются юридические факты, которые позволяют истцу предъявлять свои требования и с наличием которых закон связывает возникновение правоотношения между истцом и обвиняемым (гражданским ответчиком) [1, с. 25]. Проанализировав норму ч. 1 ст. 148 УПК РБ можно заключить, что такими юридическими фактами будут:

а) совершение преступления (предусмотренного уголовным законом общественно опасного деяния невменяемого);

б) наличие физического, имущественного или морального вреда у гражданского истца;

в) непосредственная связь между совершением преступления и возникновением указанного вреда.

В литературе [3, с. 12–14; 2, с. 44–51] также указывают на необходимость наличия процессуальных предпосылок для рассмотрения гражданского иска в уголовном процессе. К ним можно отнести:

1) процессуальную правосубъектность заявителя;

2) подведомственность гражданско-правового спора общему суду (возможность применения данной предпосылки оспаривается в литературе [4, с. 53]; и действительно появление экономического спора в результате совершения преступления представить достаточно сложно);

3) отсутствие судебного решения, вступившего в законную силу, или определения суда о принятии отказа истца от иска или об утверждении мирового соглашения, вынесенного по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям.

Следует также иметь в виду, что ряд гражданско-правовых споров не может в принципе быть рассмотрен в уголовном процессе. Например, спор связанный с возвратом денежных средств или ценностей, переданных взяточдателем взяточполучателю, вследствие неисполнения последним своих «обязанностей».

Характер и размер вреда, причиненного преступлением, входит в круг обстоятельств, подлежащих доказыванию по каждому уголовному делу (ст. 89 УПК РБ). Если вредные последствия отразились на имуществе гражданского истца, то размер вреда определяется ценой такого имущества, размером расходов на его восстановление, понижением стоимости и т.д. в соответствии с гражданским законодательством. Статьями 954–956 ГК РБ устанавливается порядок определения размера вреда, причиненного повреждением здоровья. При определении размеров компенсации морального вреда суду необходимо руководствоваться ч. 2 ст. 152 и п. 2 ст. 970 ГК РБ. При этом с целью обеспечения требований разумности и справедливости для каждого конкретного случая суду следует учитывать степень нравственных и физических страданий потерпевшего, исходя из тяжести (значимости) для него наступивших последствий и их общественной оценки. В зависимости от характера спорного правоотношения, следует учитывать обстоятельства причинения морального вреда, возраст потерпевшего, состояние его здоровья, условия жизни, материальное положение и иные индивидуальные особенности (п. 16 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 28 сентября 2000 г. № 7 «О практике применения судами законодательства, регулирующего компенсацию морального вреда»). Однако, физический и моральный вред не может быть причинен юридическому лицу.

Имущественный вред должен быть действительным и наличным. Об этом можно сделать вывод, исходя из слов «понесенные расходы», содержащихся в п. 1 ст. 954 ГК РБ. В соответствии со ст. 951 ГК РБ, удовлетворяя требование о возмещении вреда, суд в соответствии с обстоятельствами дела обязывает лицо, ответственное за причинение вреда, возместить вред в натуре или возместить причиненные убытки. При этом под убытками п. 2 ст. 14 ГК РБ понимает реальный ущерб и упущенную выгоду. Учитывая интересы

расследования по уголовному делу, орган уголовного преследования осуществляет доказывание лишь реального ущерба, так как именно он влияет на квалификацию преступления. Размер упущенной выгоды не может быть предметом исследования до тех пор, пока гражданский истец не заявит требование о полном возмещении убытков. В литературе отмечают, что если соответствующее заявление поступит, то данное лицо обязано приложить необходимый расчет [4, с. 52]. Однако сложно согласиться, что упущенная выгода является непосредственным следствием преступления. Более того, в ч. 4 ст. 460 УПК РБ (регулирует вопросы возмещения вреда, причиненного физическому или юридическому лицу незаконными действиями органа, ведущего уголовный процесс) указано, что «упущенная выгода по основаниям и в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, возмещению не подлежит». Наступление гражданско-правовой ответственности также не вызывается непосредственно совершением преступления, поэтому маловероятно взыскание в уголовном процессе неустойки либо процентов за пользование чужими денежными средствами. Подобные требования необходимо заявлять в рамках гражданского судопроизводства путем предъявления отдельного иска.

Размер имущественного вреда, подлежащего возмещению, определяется судом, исходя из стоимости имущества на день постановления приговора, вынесения постановления (определения), а размер физического и морального вреда — исходя из наступивших последствий (ч. 1 ст. 155 УПК РБ). При этом ущерб, причиненный преступлением, подлежит исчислению и взысканию в белорусских рублях, если иное не предусмотрено законодательством [5, с. 46]. В дальнейшем допускается индексация взыскиваемых с осужденного сумм, которая осуществляется в порядке, предусмотренном УПК РБ для вопросов, связанных с исполнением приговора, а не гражданским процессуальным законодательством [6, с. 44].

Необходимо помнить, что законодатель допускает участие в процессе примирения только подозреваемого (обвиняемого) и потерпевшего (лица, пострадавшего от преступления), но не гражданского истца, что создает препятствие для альтернативного урегулирования гражданско-правового спора в рамках уголовного процесса, который может быть разрешен мирным путем только в ходе гражданского судопроизводства. Введение медиации в уголовном процессе должно позволить разрешать альтернативным (внесудебным) путем гражданский иск в уголовном процессе, особенно при участии гражданского истца — юридического лица.

Следует также иметь в виду, что гражданский истец в соответствии с ч. 4 ст. 370 УПК РБ, также как и гражданский ответчик или их представители, вправе обжаловать в кассационном порядке приговор, но только в части, относящейся к гражданскому иску. В этой же части приговор (как и в целом) может быть опротестован

прокурором. Аналогично обвиняемый, его защитник, законный представитель могут обжаловать приговор как в целом, так и в части гражданского иска. При этом суд кассационной инстанции не связан доводами кассационных жалобы или протеста и проверяет дело в полном объеме как в отношении гражданского иска, так и в отношении виновности всех обвиняемых.

В данном случае спорным может быть определение «части, относящейся к гражданскому иску». На наш взгляд, в данном случае следует иметь в виду не только часть приговора, непосредственно посвященную гражданскому иску (например, решение об удовлетворении иска или об отказе в его удовлетворении), но также вопросы, входящие в основание гражданского иска. Очевидно, что если отказ в удовлетворении иска был вызван неустановлением общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом, то гражданский истец вправе обжаловать оправдательный приговор, доказывая, что такое общественно опасное деяние все-таки имело место, а следовательно оправдание было необоснованным. Однако, если гражданский истец не является одновременно потерпевшим, то такой приговор не может быть отменен, если конечно же протест не принесет прокурор (ст. 387 УПК РБ).

Если приговор отменяется только в части гражданского иска, то дело направляется на новое рассмотрение для разрешения заявленных исковых требований в порядке гражданского судопроизводства.

В случаях удовлетворения иска полностью или частично суд устанавливает и указывает в приговоре, постановлении (определении) срок для добровольного исполнения приговора в части гражданского иска (ч. 2 ст. 155 УПК РБ). Выполняя данное требование, суду необходимо исходить из интересов лица, которому причинен вред, характера и размера вреда. Устанавливаемый судом срок подлежит исчислению со дня вступления приговора в законную силу.

Таким образом, мы видим, что гражданский иск в уголовном процессе Республики Беларусь является действенным инструментом для возмещения юридическим лицам вреда, причиненного непосредственно преступлением. Реализация права на предъявление гражданского иска позволяет сблизить момент совершения преступления с восстановлением имущественных прав организаций. Действенность данного института может быть повышена при распространении на уголовно-процессуальные правоотношения действия норм Закона Республики Беларусь «О медиации».

Список использованных источников

1. *Мазалов, А. Г.* Гражданский иск в уголовном процессе [Текст] / А. Г. Мазалов. — М. : Юридическая литература, 1977. — 176 с.

2. *Даев, В. Г.* Современные проблемы гражданского иска в уголовном процессе [Текст] / В. Г. Даев. — Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1972. — 71 с.
3. *Гуреев, П. П.* Гражданский иск в уголовном процессе [Текст] / П. П. Гуреев. — М. : Госюриздат, 1961. — 95 с.
4. *Емельянов, С.* Актуальные проблемы реализации гражданского иска в уголовном процессе [Текст] / С. Емельянов // Судебный вестник. — 2003. — № 3. — С. 51–53.
5. Определения судебной коллегии Верховного Суда Республики Беларусь по уголовным делам [Текст] // Судебный вестник. — 2011. — № 1. — С. 44–46.
6. Судебные постановления Верховного Суда Республики Беларусь [Текст] // Судебный вестник. — 2013. — № 2. — С. 40–44.



БІЛОУСОВ Юрій Валерійович,

кандидат юридичних наук, професор,

Подільська лабораторія Науково-дослідного інституту

приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака

Національної академії правових наук України,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

МОДЕЛІ ОРГАНІЗАЦІЇ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ТА ЙОГО ВИКОРИСТАННЯ В УКРАЇНІ

Не є великим секретом, що ефективність виконання судових рішень в Україні надто низька. Про це неодноразово вказували вітчизняні науковці, практики, політики та фінансисти, а також міжнародні структури та інституції. Істотним сигналом про небезпеку такого стану речей стали рішення Європейського Суду з прав людини, які спочатку стосувалися окремих індивідуальних заяв, а згодом стали підставою для ухвалення «плотного» рішення у справі *Юрій Михайлович Іванов проти України* від 15 жовтня 2009 р. [1], в якому констатоване системне невиконання Україною рішень національних судів, за виконання яких вона несе відповідальність, внаслідок чого зацікавлені особи не мають ефективних засобів юридичного захисту, а також покладено обов'язок запровадити ефективний засіб (комплекс засобів) юридичного захисту, спроможний забезпечити адекватне та достатнє відшкодування за невиконання або затримки у виконанні рішень національних судів. Тому цілком справедливим є

спостереження, що рішення суду, закріплене лише на папері, не вартує навіть паперу, на якому воно надруковане [2].

На виконання цього рішення Україною було прийнято Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» [3], однак його дієвість та ефективність залишається під великим питанням, оскільки до Європейського Суду з прав людини продовжують надходити справи щодо невиконання судових рішень, у тому числі тих, за якими боржником виступає держава.

У резолюції Парламентської асамблеї Ради Європи № 1787 (2011) від 26 січня 2011 р. «Виконання рішень Європейського суду з прав людини» [4] відзначається існування основних системних недоліків, які викликають велику кількість повторюваних висновків щодо порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і серйозно підривають верховенство права. Щодо України ці проблеми пов'язані, зокрема, з хронічним невиконанням рішень національних судів. У резолюції зазначено, що Україна повинна терміново прийняти комплексну стратегію щодо виправлення ситуації, за якою значна кількість остаточних судових рішень залишається невиконаною, а також впровадити ефективні внутрішні засоби правового захисту у відповідь на рішення у справі *Юрій Михайлович Іванов проти України*.

У той же час значна кількість країн конкурує між собою в справі залучення іноземних інвестицій. При цьому ефективність судового захисту порушених і оскарженого прав — дуже важливий фактор, що впливає на географію вкладень прямих інвестицій і кредитів іноземних банків. Як справедливо зазначили юристи з Європейського банку реконструкції і розвитку (ЄБРР), відсутність результативного механізму примусового виконання рішень чинить вплив, що як іржею роз'їдає інвестиційний клімат та принцип верховенства права [5].

За різними даними, в Україні фактично нині у повному обсязі виконується лише 20 % судових рішень [6]. Практика свідчить, що головна причина невиконання більшості судових рішень знаходиться не у площині самої процедури виконавчого провадження. Недосконалість законодавства про виконавче провадження, велика завантаженість державних виконавців, неналежне фінансування служби, відсутність у останніх мотивації в належному виконанні своїх обов'язків, — звичайно, важливі фактори, але не головні [6; 7]. Реформування потребує як законодавча база для цієї заключної стадії процесу, так і інституційна складова. При цьому головною причиною низької ефективності державної виконавчої служби називають відсутність належної мотивації її рядових працівників і виправити становище, як показує досвід сусідів, може тільки впровадження інституту приватних виконавців [5], як це існує в низці країн світу, зокрема Франції, Італії, Бельгії, Нідерландах, Грузії, Казахстані, Люксембурзі, Словенії та інших.

Прикро визнавати, але якість управління Україною як державою призвела до такого стану, коли концепції та тенденції розвитку національного законодавства, формування механізму правового регулювання визначаються на міжнародному рівні. На сьогодні Україна взяла додаткові зобов'язання вже перед Міжнародним валютним фондом, у тому числі в частині урядування, прозорості та бізнес-клімату. Серед них слід назвати зобов'язання до кінця серпня 2015 року посилити положення Цивільного процесуального кодексу щодо накладення арешту на банківські рахунки (структурний маяк), до кінця вересня 2015 року прийняти Закон, що впровадить професію приватного агента примусового виконання з метою підвищення його ефективності. Законом має бути визначено очікувану юрисдикцію цієї нової професії, професійні стандарти, механізми нагляду та дисциплінарні механізми, структуру оплати і доступ осіб цієї професії до реєстрів та документації відповідно до стандартів, встановлених Радою Європи [8].

У Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленої Указом Президента України від 20 травня 2015 р. № 276 [9], зазначено, що на сьогодні система правосуддя не виконує поставлені перед нею завдання на належному рівні. У розділі «Аналіз нинішнього стану правосуддя» Стратегії зазначено, що у системі виконання судових рішень існують істотні проблеми, а саме: гранично низька частка фактичного виконання судових рішень, відсутність ефективної системи мотивації державних виконавців, системні недоліки у взаємодії державних виконавців з іншими державними та недержавними установами.

18 червня 2015 р. правління Національного банку України прийняло постанову № 391, якою була схвалена Комплексна програма розвитку фінансового сектору України до 2020 року [10]. 15 травня її підтримала Національна рада реформ, яку очолює Президент. У документі передбачено до 31 грудня 2015 р. необхідність урегулювати функціонування колекторських компаній, забезпечити розвиток інструментів нормалізації платіжної дисципліни за проблемними активами, а також запровадити та забезпечити розбудову інституту приватних виконавців, у тому числі забезпечити релевантні зміни в законодавстві [11].

За словами очільників Міністерства юстиції України, приватна виконавча служба не виступає самоціллю, адже можна зробити державну службу ефективною, але в нас немає на це достатньо часу. Відтак пропонується швидко створити альтернативну приватну службу з подальшим зменшенням кількості державних. За таких обставин приватні виконавці можуть отримувати власні кошти, поповнюючи бюджет, з якого може здійснюватися фінансування й роботи державних виконавців, які будуть працювати по аліментах та інших соціальних справах [12].

Усі країни, де було запроваджено ліберальну (повністю або паралельно з державною) систему виконання судових рішень, зробили це, оскільки визнали факт того, що всі багаторічні намагання держави вдосконалити державну виконавчу службу були марними. У Франції, Бельгії, Нідерландах, Люксембурзі, Італії, Греції, Чехії, Болгарії, Словенії, Угорщині, Румунії виконання судових рішень покладено на приватних виконавців. Цей досвід перейняли країни Балтії, Грузія, Казахстан та Молдова.

Лише з кінця 1990-х років велика кількість країн з перехідною економікою в Європі та за межами континенту приєдналися до спільноти ліберальної системи виконання рішень. Це Албанія, Болгарія, Чехія, Естонія, Угорщина, Грузія, Казахстан, Литва, Латвія, Македонія, Польща, Румунія, Словаччина та Сербія [13; 14].

Отже, з досвіду зарубіжних країн можна говорити про існування трьох основних моделей організації виконання: державної, приватної та змішаної.

За державної (консервативної) моделі (яка ще має назву «німецька система») виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів покладається на органи та посадових осіб, які перебувають на державній службі й отримують грошове забезпечення з державного бюджету. До них можна віднести такі країни, як Австрія, Данія, Німеччина, Норвегія і Швеція, в яких склалась позиція, відповідно до якої держава здатна забезпечити суспільство належним й ефективним виконанням судових рішень.

У країнах з приватною (ліберальною) моделлю (або «французька система») організації виконання відповідними повноваженнями наділяються особи, які не є державними службовцями, а державні функції здійснюють за рахунок коштів, виручених від реалізації майна боржника. Такими є Франція, Австрія та інші.

Статус таких виконавців подібний статусу приватних нотаріусів. При цьому аналогія зі статусом нотаріусів очевидна:

а) суворі правила доступу до професії, а також численні правові та етичні вимоги, що застосовуються до професійної діяльності;

б) жорстке регулювання, тобто контроль і нагляд за виконанням ліцензійних умов з боку професійних асоціацій і міністерства юстиції.

Змішана модель передбачає наявність елементів і державної, і приватної моделі організації, які можуть існувати альтернативно або з поділом юрисдикції виконавців з державно-правовим та приватно-правовим статусами. Така модель у багатьох державах застосовується як перехідна для полегшення переходу від публічного управління системою виконавчого провадження до приватної системи.

У **Франції** виконанням судових рішень займаються не тільки приватні судові виконавці, але й прокурори та поліція. Вимогами для отримання статусу приватного судового виконавця є наявність юридичної освіти, успішне проходження дворічного стажування у

конторі приватного виконавця, складення кваліфікаційного іспиту. Після цього прокуратура проводить перевірку, а в подальшому міністр юстиції надає звання приватного виконавця.

Приватний виконавець у Франції не може відмовитись виконувати рішення у разі надходження відповідної заяви. Рішення на користь держави виконуються судовими виконавцями державного казначейства, які є державними службовцями).

У **Люксембурзі** та **Бельгії** виконання судових рішень здійснюється майже за ідентичною з Францією системою, оскільки вона була запозичена ними саме у Франції.

У **Словенії** Служба судових приставів є державною службою, яку вони несуть автономно. Так, пристави особисто відповідають за будь-яку завдану шкоду під час здійснення своїх повноважень та страхового випадку через свої дії або бездіяльність під час виконання постанов суду. У випадку досить значних порушень пристави можуть бути усунуті від своїх обов'язків міністром юстиції.

У **Сербії** приватні виконавці були створені управлінським рішенням з метою вирішення накопичених справ, пов'язаних з оплатою комунальних послуг: здебільшого за рахунками за електроенергію, центральне опалення, газ, телекомунікації. Різниця в оплаті послуг судових (державних) та приватних виконавців зробила з приватних виконавців свого роду «штатних» виконавців-комунальників, не даючи змоги займатися іншими справами для розширення своєї клієнтської бази. Це призвело до повної залежності приватних виконавців від компаній-постачальників комунальних послуг, а тому поставило під загрозу їхню неупередженість та економічну стабільність [15].

У **Болгарії** для державних судових виконавців встановлено розмір винагороди у розмірі 90 % від зарплати судді суду першої інстанції. Щодо приватних виконавців, то було створено їхнє професійне об'єднання одразу після прийняття закону про приватних виконавців. Палата приватних виконавців брала активну участь і створювала конкуренцію виконавчій владі (Міністерству юстиції) власне при розробці нової системи. Вся нормативно-правова база для її впровадження (включно з термінами сплати зборів і розміром зборів за вступний іспит, діловодством, веденням статистики, утриманням спеціальних банківських рахунків тощо) приймалася лише після консультації з Палатою. Представники Палати входили до екзаменаційної комісії з моменту проведення найпершого приймального іспиту.

Колишнім державним виконавцям було дозволено стати приватними виконавцями без іспитів, стажування, навчання. Крім того, всім при переході в приватну сферу було виплачено певну винагороду — одна місячна заробітна плата за кожен повний відпрацьований рік державним виконавцем. Кожен приватний виконавець має обов'язкове страхування [16].

Приватні виконавці мають право діяти щодо всіх виконань (стягнення заборгованостей, експропріація власності, опіка над дітьми), а також щодо виконань з боку державних органів (стягнення штрафів та адміністративних зборів). При цьому відсутні мораторії на виконання тих чи інших судових рішень.

Вчинення всіх виконавчих дій у Болгарії повністю тарифіковано. Ставки затверджуються компетентним органом державної влади. Виконавчий збір за роботу державних виконавців становить 10 %. Оплата послуг державних і приватних виконавців є однаковою [15], хоча приватні виконавці мають право на додаткову винагороду, а також можуть залучати помічників, включаючи бухгалтерів, юристів тощо.

Перевіряти діяльність виконавців може як Міністерство юстиції, так і Палата приватних виконавців. Однією з форм дисциплінарного стягнення є штраф. Приватні виконавці в установлені строки звітують перед Міністерством юстиції про стан розгляду проваджень, що перебувають у них [17]. При цьому констатується надзвичайно низький рівень скарг на дії виконавців.

Процедурою виконання рішень у *Латвійській Республіці* займаються присяжні судові виконавці, які адміністративно підпорядковані Раді присяжних судових виконавців. Присяжні судові виконавці є особами, які входять до складу судової системи та підкорюються лише закону.

Кількість судових виконавців, їх посадові місця, ділянки та кордони (межі) діяльності визначаються Кабінетом Міністрів Латвії. При цьому з 2010 року діє певна квота (кількісна межа) присяжних судових виконавців.

Існує декілька форм контролю за присяжними судовими виконавцями. Безпосередній контроль здійснює окружний суд, на території якого знаходиться посадове місце виконавця, суддя якого має право перевіряти роботу присяжних судових виконавців. Про результати перевірки суддя інформую Раді присяжних судових виконавців Латвії, котрий, у свою чергу, усуває порушення, даючи присяжному виконавцю вказівки та рекомендації. Окрім цього, дії, рішення та бездіяльність присяжного судового виконавця можуть бути оскаржені і до суду в порядку, встановленому процесуальним законодавством. Міністр юстиції та Рада присяжних судових виконавців за власною ініціативою чи за пропозицією судді або прокурора, а також за скаргою заінтересованої особи можуть порушити дисциплінарне провадження стосовно виконавця. Питання вирішується дисциплінарною комісією, до складу якої входять представники від Міністерства юстиції, присяжних судових виконавців та суддів Верховного Суду. Рада присяжних судових виконавців Латвії як мінімум раз на рік провадить перевірку реєстраційних книг та проваджень виконавців.

За кожен посадовий дію, котру вчиняє присяжний судовий виконавець, він має право брати винагороду, розмір якої визначається офіційною таксою (її розмір визначається Кабінетом Міністрів за поданням Міністерства юстиції та за погодженням з Радою присяжних судових виконавців Латвії). Домовленості про розмір винагороди понад таксу заборонені [16].

У *Литовській Республіці*, окрім приватних приставів, які мають право виконувати судові та інші рішення, правом на списання грошових коштів з рахунків боржників мають податкові органи, митниця, управління соціального страхування, тобто певна частина стягнутих коштів забезпечується і їхніми діями. Кількість приставів обмежується (квотується) Міністром юстиції.

В *Естонській Республіці* судові виконавці визначають незалежними особами, які займають публічно-правову посаду та виконують посадові обов'язки як особи вільної професії від свого імені та під свою відповідальність. Судовий виконавець не є підприємцем або державним службовцем. При оподаткуванні застосовуються положення, які стосуються підприємців-фізичних осіб.

На посаду судового виконавця можуть бути призначені громадяни Естонії, що пройшли стажування та склали іспит на отримання кваліфікації судового виконавця, виконали акредитовану державою навчальну програму академічної юридичної освіти, володіють мовою та мають високі моральні якості. На цю посаду не можуть призначатися особи, засуджені за вчинення умисного злочину, підозрювані, обвинувачені чи підсудні у кримінальних справах, відсторонені від посад судді та нотаріуси, особи, виключені з адвокатури, звільнені від публічної служби за скоєння дисциплінарного проступку, боржники. Для кандидатів у судові виконавці передбачене стажування. Посади судових виконавців заміщаються на конкурсній основі. До вступу на посаду судовий виконавець повинен скласти присягу.

Місцем роботи виконавця є його бюро. Воно мусить знаходитися в районі діяльності судового виконавця, відкритому для вільного доступу місці, бути придатним для прийому осіб, відкритим певний час кожного робочого дня. Час роботи і години прийому виконавця повинні бути доведені до загального відома. З дозволу міністра юстиції кілька судових виконавців можуть утримувати спільне бюро, проте і в цьому випадку кожний судовий виконавець вчиняє службові дії від свого імені і несе за свою службову діяльність особисту відповідальність.

Судовий виконавець несе відповідальність за порушення своїх посадових обов'язків. При цьому законодавчо встановлено обов'язкове страхування професійної відповідальності.

Розміри винагороди виконавця встановлюються у фіксованих сумах, виходячи з розмірів грошових вимог. Винагорода виконавця стягується з боржника разом із сумою грошової вимоги, що знаходиться

на примусовому виконанні. Для здійснення попередньої оплати в державному бюджеті передбачені необхідні суми. У передбачених законом випадках виконавцю забороняється вимагати оплату. Також судовий виконавець має право брати плату за виготовлення додаткових копій своїх актів та за вчинення виконавчих дій поза межами адміністративно-територіальної одиниці, де знаходиться бюро судового виконавця.

Нагляд за діяльністю виконавців у районі їх діяльності здійснює голова повітового чи міського суду, а за діяльністю всіх судових виконавців — міністр юстиції. Чиновники, що здійснюють нагляд, перевіряють не рідше, ніж один раз на рік відповідність діяльності судових виконавців встановленим вимогам. Вони перевіряють організацію роботи бюро судових виконавців, їх фінансово-господарську діяльність, використання інформаційних систем, зберігання документів, страхування професійної відповідальності. Судові виконавці зобов'язані пред'являти чиновникам, які здійснюють нагляд, реєстри та інші документи. Крім того, міністр юстиції має право накладати на судових виконавців дисциплінарні стягнення [2].

У Грузії у 2009 році було запроваджено інститут приватного виконання, а протягом 2010–2012 рр. державна виконавча служба була повністю реорганізована та посилена: держава зробила значні інвестиції в інформаційно-телекомунікаційну інфраструктуру, робочі умови, підготовку та оцінювання державних виконавців на основі об'єктивних показників результативності.

Діяльність приватних виконавців контролює Міністерство юстиції, яке видає приватним виконавцям ліцензії.

Експерти серед недоліків національної системи вказують на те, що приватні виконавці були виключені з усіх важливих процесів у своєму секторі, здебільшого через відсутність життєздатної професійної організації, яка б захищала їхні інтереси та підтримувала баланс у системі виконання судових рішень [15]. Окрім цього, зазначається, що має певні недоліки й сам підхід до запровадження змішаної приватно-державної системи організації виконання, оскільки діяльність приватних виконавців може мати характер бізнесової діяльності, при якому вони мають право обирати справи, за якими вони будуть здійснювати виконання, а державні виконавці зобов'язані проводити виконавчі дії щодо всіх інших виконавчих документів. Це призвело до того, що банківська система та великий бізнес надали перевагу приватному виконанню [18], а складні, довготривалі та витратні виконання залишаються на забезпеченні держави.

Підводячи підсумок, слід погодитися з експертами, що в усіх країнах, де судові рішення виконуються приватними особами, застосовуються приблизно однакові принципи: держава проводить конкурсні відбори, регулює компетенцію приватних виконавців, встановлює розміри оплати праці приватних виконавців (приватний

виконавець не встановлює вартість своїх послуг самостійно), здійснює перевірки діяльності приватних виконавців. Приватний виконавець отримує повноваження від держави та діє від її імені, є вільним професіоналом, що здійснює незалежну професійну діяльність (як приватні нотаріуси), самостійно організовує свою діяльність і несе повну майнову відповідальність за результати своєї діяльності [15]. Варто погодитися із твердженням, що приватні виконавці можуть допускати менше порушень прав і свобод громадян порівняно з державними, оскільки є менш завантаженими і мають більше часу для якісного виконання покладених обов'язків. Крім того, в разі порушення прав фізичних або юридичних осіб приватний виконавець може бути притягнутий до майнової відповідальності та/або позбавлений ліцензії, що є досить вагомим стримуючим чинником щодо вчинення протиправних дій.

У зв'язку з цим, слід сформулювати низку фундаментальних положень та висновків для подальшого розвитку українського законодавства щодо організації виконання рішень:

1. Ефективність системи виконання залежить не тільки від моделі організації виконання рішень судів та інших органів, оскільки є відображенням наявних у державі процесів у соціальній, політичній та економічній системах. Тому проблема виконання рішень має системний характер і потребує застосування комплексного підходу для вирішення;

2. Створення приватної моделі організації виконання не повинно сприйматися як самоціль чи спроба зняти навантаження на державний бюджет шляхом перекидання обов'язку щодо виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів на недержавні структури. Тому слід врахувати всі негативні та позитивні моменти як державної системи організації виконання, так і тих систем, які мають приватно-правову складову (приватну чи змішану);

3. Виконання рішень судів, у тому числі із застосуванням заходів примусового виконання, слід розуміти не як владну діяльність, а як надання послуг з реалізації припису рішення суду чи іншого юрисдикційного рішення, яке стосується майнової чи особистої сфери боржника, в разі, якщо останній з тих чи інших (об'єктивних чи суб'єктивних) причин його виконувати не може або не бажає;

4. Варто окремо підкреслити важливість та переоцінити зміст т.зв. добровільного виконання рішень як найдешевшого способу виконання, оскільки необхідність застосування державою засобів примусу за допомогою виконавця є наслідком неповаги до встановлених державою правил. У зв'язку з цим, доцільним є переосмислення змісту принципу обов'язковості судового рішення, яке фактично не є таким, враховуючи засади диспозитивності в переважній більшості випадків процесуальних форм, які передують виконавчому провадженню.

Список використаних джерел

1. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Юрій Миколайович Іванов проти України (Заява № 40450/04) від 15.10.2009 р., остаточне з 15.01.2010 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_479.
2. Авторгов, А. Хто виконає рішення суду [Електронний ресурс]/ Андрій Авторгов [12.01.2015, 08:17] / Економічна правда. — URL : <http://www.epravda.com.ua/columns/2015/01/12/520617>.
3. Про гарантії держави щодо виконання судових рішень : Закон України від 05.06.2012 р. № 4901–VI [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4901-17>.
4. Виконання рішень Європейського Суду з прав людини : Резолюція Парламентської асамблеї Ради Європи 1787 (2011) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz/docs/1188_rez_1787.htm.
5. Гусев, Е. Аналитический отчет. Сравнительно-правовой анализ ЕБРР доказывает эффективность введения института частной исполнительной службы в странах с переходной экономикой [Электронный ресурс] / Евгений Гусев // Юридическая практика. — 2015. — № 50 (938). — 15 декабря. — URL : <http://pravo.ua/article.php?id=100112480>.
6. Коваль, Л. З осені запрацює змішана система примусового виконання рішень [Електронний ресурс] / Любомира Коваль // Урядовий кур'єр. — [10 квітня 2015]. — URL : <http://ukurier.gov.ua/uk/news/z-oseni-zaprasyuye-zmishana-sistema-primusovogo-vi>.
7. Белка, О. М. Исполнительный рэкет под патронатом Порошенко [Электронный ресурс] / О. М. Белка [2015-10-13 21:52:01] / Украинский независимый новостной портал. — URL : http://uinp.info/position/ispolnitelnyj_reket_pod_patronatom_poroshenko.
8. Україна — Меморандум про економічну та фінансову політику : Додаток I до листа Президента України, Прем'єр-міністра України, міністра фінансів України та голови Національного банку України про наміри до директора-розпорядника Міжнародного валютного фонду від 27.02.2015 р. Неофіційний переклад [Електронний ресурс] / Міністерство фінансів України. — URL : <http://www.minfin.gov.ua/uploads/redactor/files/55d2331989486.pdf>.
9. Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схв. Указом Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>.
10. Комплексна програма розвитку фінансового сектору України до 2020 року, затв. постановою Правління Національного банку України від 18.06.2015 р. № 391 [Електронний ресурс] / Національний банк України. — URL : <http://www.bank.gov.ua/doccatalog/document?id=18563297>.

11. НБУ хоче унормувати роботу колекторів та сприяти появі приватних виконавців [20.06.2015, 13:14] [Електронний ресурс] / FINBALANCE. — URL : [http://finbalance.com.ua/news/NBU-khoche-unormuvati-robotu-koлекторiv-ta-spriyati-poyavi-privatnikh-vikonavtsiv](http://finbalance.com.ua/news/NBU-khoche-unormuvati-robotu-koлекtoriv-ta-spriyati-poyavi-privatnikh-vikonavtsiv).
12. Как будет работать частная исполнительная служба [14:17, 26.02.2015] [Електронний ресурс] / Украинский бизнес ресурс. — URL : <http://ubr.ua/ukraine-and-world/power/kak-budet-rabotat-chastnaia-ispolnitelnaia-služba-329642>.
13. *Хорунжий, Ю.* Про реформу державної виконавчої служби [03.03.2015, 12:53] / Юліан Хорунжий ; Юридична газета. — URL : <http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/pro-reformu-derzhavnoyi-vikonavchoyi-službi.html>.
14. В Литві працює 250 приватних виконавців, в Україні — 6 000 державних [14/10/2015, 07:47] [Електронний ресурс] / Громадське радіо. — URL : <http://hromadskeradio.org/gromadska-hvylyu/v-lytvi-pracuyue-250-pryvatnyh-vykonavciv-v-ukrayini-6-000-derzhavnyh>.
15. *Попов, К.* Новий погляд на реформу судустрою: чи будуть в Україні приватні судові виконавці? [23.09.2015, 09:33] / Катілін Попов ; Проект ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні»; Європейська правда. — URL : <http://www.eurointegration.com.ua/experts/2015/09/23/7038594>.
16. *Кременовська, І.* Реформа виконавчої служби України: як це працює у Європі [Електронний ресурс] / Ірина Кременовська, Олексій Святогор [2016-01-20, 08:13] ; АРГУМЕНТ. — URL : <http://argumentua.com/stati/reforma-vikonavcho-službi-ukra-ni-yak-tse-pratsyu-u-vrop>.
17. *Шкляр, С.* Реформа стягнень [Електронний ресурс] / Сергій Шкляр // Закон і бізнес. — 2015. — № 49 (1243). — 5–11 грудня ; Газета «Закон і Бізнес». — URL : http://zib.com.ua/ua/120262-sistema_primusovogo_vikonannya_rishen_scho_korisnogo_dlya_uk.html.
18. *Цулукіані, Т.* Головна помилка реформатора — думати, що ти завжди правий [інтерв'ю брала Лана Самохвалова] [02.06.2015, 15:31] / Тея Цулукіані ; Укрінформ. — URL : http://www.ukrinform.ua/rubric-other_news/1850640-ministr_yustitsiii_gruziii_golovna_pomilka_reformatora__dumati_shcho_ti_zavgdi_praviy_2059299.html.



ВЕРБА-СИДОР Ольга Богданівна,
*кандидат юридичних наук, доцент,
Львівський державний університет внутрішніх справ,
м. Львів, Україна*

ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИВАТНИХ ВИКОНАВЦІВ ЯК ОДНА ІЗ ВИМОГ НА ШЛЯХУ ДО ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ

Ефективне виконання обов'язкового судового рішення є основоположним елементом верховенства права. Про це черговий раз зроблено наголос у висновку Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо ролі суддів у виконанні судових рішень від 19 листопада 2010 р. № 13 (2010) [1, с. 441–442]. Стадія виконання рішення є дуже важливим етапом юридичного процесу, і судочинства зокрема, без якої сам факт ухвалення рішення позбавлений сенсу, мета усього процесу недосяжна.

У Резолюції «Виконання рішень Європейського Суду з прав людини» від 26 січня 2011 р. № 1787 (2011) [2] Парламентська асамблея Ради Європи із серйозним занепокоєнням зазначає, що в Україні продовжують існувати основні системні недоліки, які викликають велику кількість випадків порушення Конвенції, що повторюються, і які серйозно підривають верховенство права. Ці проблеми пов'язані, зокрема, з хронічним невиконанням рішень національних судів.

Протягом двадцяти п'яти років творення правової держави в Україні механізм примусового виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів поглибно трансформується. Як слушно зазначає А. Авторгов: «у нашій державі система примусового виконання не розвивалася, тупотіла на одному місці на догоду чиймось амбіціям, перетворившись на придаток до торгівельних організацій, завдяки корупційній «змазці» яких механізм примусового виконання хоч якось крутився...» [3]. Численні зміни до законодавства про виконавче провадження та про правовий статус органів, на які державою покладена функція примусового виконання, не є ефективними, що відображається у щоразу менших і менших відсотках виконаності рішень судів та інших юрисдикційних органів. Так, за різними статистичними даними в Україні **не** виконується 70 %–98 % рішень [4; 5; 6; 7].

Така низька ефективність реального поновлення прав осіб негативно впливає на економічний розвиток держави, зокрема зменшується кількість іноземних інвестицій та зростає ціна кредитів від іноземних банків. Загалом у всіх пострадянських країнах у зв'язку

із великим ризиком неповернення кредиту через недосконалу роботу судів та органів, що виконують їх рішення, плата за кредит значно вища, ніж у Євросоюзі.

Серед причин незадовільного стану виконання рішень юрисдикційних органів в Україні називають, зокрема, недостатнє фінансування органів Державної виконавчої служби, незважаючи на те, що ще у 2003 р. Рекомендацією № Rec (2003) 17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання (ухваленою Комітетом Міністрів 9 вересня 2003 р. на 851-му засіданні заступників міністрів) [8] (розд. IV, п. 7) передбачено положення про те, що службовцям, відповідальним за примусове виконання, що перебувають на службі у держави, належить забезпечити нормальні умови роботи, достатні матеріальні ресурси й допоміжний персонал. Їм слід забезпечити гідну винагороду за їхню роботу. В Україні ж, наприклад, за даними головного державного виконавця Галицького відділу Державної виконавчої служби Львівського міського управління юстиції В. І. Меленчука, протягом року від Революції гідності не виділялося коштів на закупівлю паперу, канцелярських товарів та на покриття поштових витрат. Виконавці пропонували оплачувати за ці послуги стягувачам. Такий стан справ аж ніяк не відповідає високим європейським стандартам поновлення прав осіб.

Для підвищення показників реальної виконаності рішень юрисдикційних органів в Україні анонсовано запровадження ефективної європейської моделі примусового виконання. Верховною Радою України у першому читанні прийнято за основу три проекти законів: проект Закону про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів № 2506а від 14 серпня 2015 р. [9], проект Закону про виконавче провадження № 2507а від 14 серпня 2015 р. [10], Проект Закону про внесення зміни до Податкового кодексу України (щодо приватних виконавців) № 2508а від 14 серпня 2015 р. [11].

Як стверджує міжнародний експерт Проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» К. Попов, у Європі в цілому переважають системи виконання рішень юрисдикційних органів приватними виконавцями. До держав, у яких ефективно працюють приватні виконавці, належать: Франція, Бельгія, Люксембург, Нідерланди, Великобританія. Більшість держав із перехідною економікою в 90-х рр. XX ст. запровадили ліберальну систему примусового виконання, оскільки досвід показав, що численні реформи системи органів державної виконавчої служби не принесли позитивного результату [12].

Деякі представники юридичної спільноти критикують поняття «державний виконавець», «приватний виконавець», виходячи з того, що вони не відображають усієї повноти правового статусу виконавців, роблячи лише наголос на джерелі їх фінансування. На думку

А. Волкова, термін «приватний» не може застосовуватися до суб'єкта, наділеного державою функцією примусового виконання рішень юрисдикційних органів, для реалізації якої вони, зокрема, мають владні повноваження щодо розпорядження чужим майном без згоди власників цього майна (боржників). Як альтернатива А. Волковим наводиться приклад успішного запровадження та діяльності інститут присяжних виконавців у Естонії [13]. В. В. Ярков також вважає термін «приватний виконавець» некоректним, оскільки спотворюється суть організації професії. Науковець обґрунтовує свою позицію тим, що у системі примусового виконання, незалежно від того, чи рішення виконує державний службовець, чи самофінансована особа, немає нічого приватного, бо в державах, які мають систему небюджетного або приватного виконання, виконавець наділяється своїми повноваженнями державою, працює у межах установлених законом процедур, система оплати праці, винагорода виконавця також регламентована державою, тобто «приватний» елемент відображений лише у способі фінансування та ще деяких елементах організації професії [14].

Однак, не лише сам термін «приватний» виконавець піддається критиці, а й сутність як запропонованого нововведення (законопроектів 2015 р.), так і віднесення функції примусового виконання рішень юрисдикційних органів до підвідомчості виконавчої влади (з 1998 р.). Голова Вищого господарського суду України В. Татьков вважає, що за виконання судових рішень має відповідати судова гілка влади, тому слід відновити посади судових виконавців при судах [15]. На нашу думку, В. Татьков має рацію, оскільки якщо порівняти статистику виконуваності рішень за радянських часів та за період незалежності України до 1998 року, коли утворила Державну виконавчу службу в структурі виконавчої гілки влади, то стає очевидним, що всеохоплюючий контроль суду за діяльністю судового виконавця давав позитивний результат. Таку ж позицію було висловлено ще 22 травня 2013 р. у Рекомендаціях парламентських слухань на тему: «Про стан виконання судових рішень в Україні», а саме, що необхідно повернути службу виконання судових рішень в систему органів судової влади, бо відсутність справді незалежної служби виконання судових рішень підриває довіру громадян до державної влади, ставить під загрозу утвердження і забезпечення захисту прав і свобод особи [16]. Зараз у деяких високорозвинутих європейських державах таких як Австрія, Німеччина, Данія, Норвегія, Швеція функція примусового виконання судових рішень не делегована приватним особам, а покладена на державу і, тим не менше, у цих державах показники виконуваності судових рішень є найвищими.

Реформуючи систему примусового виконання рішень юрисдикційних органів України, слід враховувати також і негативний досвід держав, котрі вже пройшли шлях реформ і запровадили інститут

приватних виконавців. Так, у Казахстані, до внесення відповідних змін у законодавство в лютому 2015 року, сформувалася практика, що виконавці обирали до виконання лише виконавчі документи у тих справах, за які вони отримували велику винагороду, соціально ж значимі виконавчі документи не було кому виконувати. Наприклад, більше 54 000 дітям Казахстану батьки заборгували понад 3,7 млрд тенге аліментів, в той час як приватні виконавці в основному працюють з банками за стягненнями заставленого майна, оскільки чим більша сума стягнення, тим більша винагорода виконавця. Відповідно до статистичних даних, наведених заступником голови алматинської регіональної філії Республіканської палати приватних судових виконавців Л. Айтмаганбетовою, в одного приватного виконавця на виконанні є 1 000 виконавчих проваджень у банківських справах і лише 2 — в аліментних, у іншого — щодо стягнення 15 000 штрафів дорожньої поліції і жодного виконавчого провадження у зарплатних та аліментних справах. У Казахстані цю проблему подолали шляхом створення палат приватних виконавців, які розподіляють виконавчі провадження на прозорих пропорційних засадах [17]. В Україні також слід на законодавчому рівні передбачити механізм запобігання подібним зловживанням, наприклад, встановивши положення, що договір про надання послуг приватним виконавцем є публічним.

Державні виконавці-практики висловлюють сумніви щодо того, чи буде достатньо роботи для приватних виконавців і чи зможуть вони покрити усі витрати з утримання офісу, найманих працівників, страхування, податків тощо, особливо у малих містах. Невідомо, чи знайдеться в Україні достатньо бажаючих стати приватними виконавцями, оскільки мало хто за сучасної економічної ситуації зможе відповідати вимогам, які законопроект містить до приватних виконавців.

Небезпідставно практикуючі юристи ставлять під сумнів успішність запровадження інституту приватних виконавців, порівнюючи цю реформу, на яку витрачається чимало коштів платників податків, із оздобленням фасаду аварійної будівлі. За словами Д. Йовдія, основна причина хронічної невиконаності рішень лежить не в площині виконавчого провадження, а полягає у відсутності в нашій державі механізму захисту кредиторами своїх майнових прав. В Україні існує парадоксальна ситуація, що боржникам вигідніше мати борги, ніж їх повертати.

У той час як стягувач витрачає багато часу і грошей на судовий розгляд і виконання рішення, боржник переводить майно з однієї організаційно-правової форми в іншу і без жодних перешкод веде бізнес. Д. Йовдій пропонує три дієві кроки виходу з існуючого становища:

1) на законодавчому рівні передбачити заборону бути прямо чи опосередковано засновником чи учасником, керівником, входити до

складу органів управління суб'єктів господарювання особам, у яких існують підтверджені рішенням юрисдикційного органу невиконані зобов'язання фінансового (майнового) характеру до моменту їх повного погашення;

2) створити дієвий механізм притягнення до майнової відповідальності засновників (учасників) юридичних осіб перед кредиторами у випадку недостатності коштів для розрахунку з кредиторами у боржника юридичної особи;

3) засадничо змінити законодавство про банкрутство [18].

Д. Йовдій має рацію, оскільки лише запровадження інституту приватних виконавців без системних змін процесуального законодавства не матиме бажаного результату.

Підводячи підсумки проведеного аналізу новел механізму примусового виконання рішень юрисдикційних органів, зазначимо таке: наявність достатнього фінансування діяльності державних виконавців, механізму справедливого пропорційного розподілу виконавчих проваджень між приватними виконавцями (у разі їх запровадження), законодавчого положення щодо публічності договору про надання послуг приватним виконавцем, ефективного захисту стягувачами своїх прав забезпечать ефективне поновлення прав осіб.

Список використаних джерел

1. Висновок № 13 (2010) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо ролі суддів у виконанні судових рішень від 19.11.2010 р. [Текст] // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. — К. : [Б.в.], 2015. — С. 484–493.
2. Виконання рішень Європейського Суду з прав людини: Резолюція Парламентської асамблеї Ради Європи від 26.01.2011 р. № 1787 (2011) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz/docs/1188_rez_1787.htm.
3. Авторгов, А. Внедрение института частных исполнителей создаст достойную конкурентную альтернативу государственной исполнительской службе, существенно улучшив ситуацию в сфере исполнения судебных решений [Електронний ресурс] / Андрей Авторгов // Юридическая практика. — 2015. — № 33 (921). — URL : <http://pravo.ua/news.php?id=0049448>.
4. Мін'юст презентував реформу системи примусового виконання та створення інституту приватних виконавців [Електронний ресурс] / Міністерство юстиції України. — URL : <https://minjust.gov.ua/ua/news/47075>.
5. Венгрияк, Х. Для мене державна служба — це шанс зробити щось для своєї країни, яким я вирішив скористатися [Електронний ресурс] / інтерв'ю із Сергієм Шкляром / Христина Венгрияк [28.04.2015, 13:33] // Юридична газета online. — URL : <http://jur-gazeta.com/interview/dlya-mene-derzhavna-sluzhba-ce-shans-zrobiti-shchos-dlya-svoeyi-krayini-yakim-ya-virishiv-skoristat.html>.
6. Павлюк, О. Виконанню не підлягає? Зневага до рішень ЄСПЛ спричиняє невдоволення людей вітчизняним судочинством

- [Електронний ресурс] / Олена Павлюк // Закон і бізнес. — 2015. — № 15 (1209). — 11–17 квітня. — URL: http://zib.com.ua/ua/115592-znevaga_do_rishen_espl_sprichinyae_nevdovolennya_lyudey_vitc.html.
7. Финансовая эффективность исполнения решений ГИС в 2015 г. составила 2 % [Електронний ресурс] / РБК-Україна. — URL: <http://www.rbc.ua/rus/news/finansovaya-effektivnost-ispolneniya-resheniy-1443104895.html>.
 8. Рекомендація № Rec (2003) 17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання: ухв. Комітетом Міністрів 09.09.2003 р. на 851-му засіданні заступників міністрів [Текст] // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. — К. : [Б.в.], 2015. — С. 480–483.
 9. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів: проект Закону за № 2506а від 14.08.2015 р. (презид. України П. О. Порошенко) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56267.
 10. Про виконавче провадження: проект Закону за № 2507а від 14.08.2015 р. (презид. України П. О. Порошенко) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56268.
 11. Про внесення зміни до Податкового кодексу України (щодо приватних виконавців): проект Закону за № 2508а від 14.08.2015 р. (презид. України П. О. Порошенко) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56269.
 12. Попов, К. Новий погляд на реформу судоустрою: чи будуть в Україні приватні судові виконавці? [Електронний ресурс] / Катілін Попов [23.09.2015, 09:33] // Європейська правда. — URL: <http://www.eurointegration.com.ua/experts/2015/09/23/7038594>.
 13. Желтухін, С. Статус виконавця має бути єдиним, без поділу на державного чи приватного [Електронний ресурс] / інтерв'ю з Андрієм Волковим / Єгор Желтухін [03.04.2015, 18:05] // Юридична газета online. — URL: <http://yur-gazeta.com/interview/status-vikonavcu-maе-buti-edinim-bez-podilu-na-derzhavnogo-chi-privatnogo.html>.
 14. Авторгов, А. «Частность» присяжных исполнителей будет лишь в способе финансирования / Андрей Авторгов // Юрлига. [Електронний ресурс] / ЛІГА ЗАКОН. — URL: http://jurliga.ligazakon.ua/blogs_article/417.htm.
 15. Який стан, таке й виконання ... [Електронний ресурс] / Закон і бізнес. — URL: http://zib.com.ua/ua/23577-yakiy_stan_take_y_vikonannya.html.
 16. Про стан виконання судових рішень в Україні: рекомендації парламентських слухань від 22.05.2013 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc3?id=pf3511=47482&pf35401=267096>.
 17. Алёхова, А. Как частные исполнители превращаются в инструмент давления банков и что с этим делать? [Электронный ресурс] / Александра Алёхова [05.05.2015; 12:17] // Информационно-аналитический портал 365Info. — URL: <http://365info.kz/2015/05/kak>

chastnye-sudispolniteli-prevrashhayutsya-v-instrument-davleniya-bankov-i-chto-s-etim-delat.

18. *Йовдий, Д.* Почему не заработает институт частных судебных исполнителей [Электронный ресурс] / Дмитрий Йовдий ; ЛІГА ЗАКОН. — URL : http://jurliga.ligazakon.ua/blogs_article/535.htm.



ТАРАНОВА Татьяна Сергеевна,

доктор юридических наук, профессор,

Белорусский государственный экономический университет,

г. Минск, Республика Беларусь

ЗАОЧНОЕ ПРОИЗВОДСТВО В СОВРЕМЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Заочное производство в суде первой инстанции применяется для решения задач гражданского процессуального законодательства, предусмотренных в ст. 5 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь [1] (ГПК РБ). В п. 1 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 21 декабря 2012 г. № 9 «О практике рассмотрения судами дел в порядке заочного производства» [2] (постановление Пленума Верховного Суда от 21 декабря 2012 г. № 9) указано, что заочное производство направлено на обеспечение судебной защиты нарушенных прав истца в случае уклонения ответчика от явки в суд, соблюдение сроков рассмотрения гражданских дел, сокращение процессуальных издержек.

В заочном производстве при наличии его процессуальных особенностей отсутствует специфика рассматриваемых судом обстоятельств материально-правового характера, в связи с чем предмет разбирательства в заочном производстве остается идентичным исковому производству. В юридической литературе отмечается, что в связи с отсутствием в заочном производстве существенных особенностей рассмотрения дела и неизменности способа защиты права в сравнении с исковым производством, заочная процедура не отвечает критериям вида гражданского судопроизводства и является специальным институтом искового производства [3, с. 11]. Как представляется, заочное производство можно рассматривать в аспекте дифференциации искового производства, позволяющей использовать внутри данного производства его подвид (заочное производство), соответствующий процессуальной форме, с применением тех же способов защиты права, которые применяются в искомом производстве. При этом, если в

процессе рассмотрения дела в заочном производстве ответчик является в судебное заседание, суд должен отменить определение о рассмотрении дела в порядке заочного производства и возобновить рассмотрение дела по общим правилам искового производства.

Заочное производство выполняет функцию дополнительной гарантии осуществления права на иск, которая позволяет обеспечивать справедливое судебное разбирательство в случае участия в деле только истца, а в случае, если нарушение прав истца допущено — осуществить их защиту. Как правильно указывает Р. В. Булыгин, заочное производство является способом защиты права истца на разбирательство дела, а в итоге — права на справедливое судебное разбирательство в случае безосновательной неявки ответчика в суд [4, с. 16]. Реализация данной функции заочного производства позволяет суду рассматривать гражданское дело в судебном разбирательстве с участием одной стороны — истца всякий раз, когда имеются в наличии условия, определенные законодателем. В случае неявки в суд надлежаще извещенного ответчика действует право выбора истца относительно рассмотрения дела в заочном или в обычном исковом производстве. Дело может быть рассмотрено в порядке заочного производства с согласия истца, а если в деле участвует несколько истцов — то с согласия каждого из них. Согласие на рассмотрение дела в порядке заочного производства третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования на предмет спора, также является обязательным, поскольку данные лица имеют все права и обязанности истца.

В случае, если истец не согласен на рассмотрение дела в порядке заочного производства, суд должен отложить разбирательство дела. При этом не исключается применение заочного производства в новом судебном заседании при согласии истца и наличии оснований. Однако окончательное решение о возможности рассмотрения дела в порядке заочного производства решается судом в каждом конкретном случае, исходя из характера спора, имеющихся в деле доказательств и их достаточности для вынесения законного и обоснованного решения в пределах заявленных требований (п.п. 2, 4, 5 постановления Пленума Верховного Суда от 21 декабря 2012 г. № 9).

Также заочное производство выполняет функцию устранения препятствий для осуществления права на иск, которая позволяет суду рассмотреть в заочном производстве дело без ответчика, когда по причине его недобросовестных действий классическое исковое производство становится нерезультативным. В юридической литературе высказывается мнение о том, что заочная процедура применяется в целях понуждения недобросовестного ответчика к участию в судебном разбирательстве, пресечения возможных злоупотреблений с его стороны в виде воспрепятствования рассмотрению дела [3, с. 38]. При этом заочное производство является

таковым только для ответчика в качестве определенной санкции за его неявку в судебное заседание без уважительной причины [1, с. 95].

Кроме того, заочное производство выполняет функцию дополнительной гарантии права на судебную защиту ответчика. Действие данной функции проявляется как до, так и после вынесения заочного решения. В первом случае в качестве такой гарантии можно рассматривать установление запрета истцу изменять предмет или основание иска. Поскольку судья одновременно с судебной повесткой направляет ответчику копию искового заявления, а в необходимых случаях — и копии приложенных к заявлению документов, то предполагается, что ответчику известен предмет и основание иска, сумма заявленных исковых требований, при этом относительно условий заочного производства действует правило об их неизменности. В случае изменения истцом предмета или основания иска, увеличения размера исковых требований суд согласно ст. 334¹ ГПК РБ не вправе рассматривать дело в этом судебном заседании в порядке заочного производства. В то же время в обычном исковом производстве истец наделен правом совершать такие процессуальные действия вплоть до вынесения судебного решения.

Что касается права на судебную защиту ответчика после вынесения заочного решения, то оно связано с возможностью отмены заочного решения в упрощенном порядке по заявлению ответчика, что дополняет иные установленные законодательством формы обжалования судебного решения в вышестоящие судебные инстанции.

В определенной степени дополнительные гарантии права на судебную защиту ответчика связаны с тем, что в результате неявки ответчика в судебное разбирательство, гражданские процессуальные отношения складываются у суда лишь с одной стороной — истцом. Это влечет за собой, по мнению З. А. Папуловой, возникновение промежуточных правовых последствий [6]. Т.е. решения, вынесенные в результате рассмотрения заочного производства приобретают полноценный характер при отсутствии возражений ответчика в форме письменного заявления в суд об отмене заочного решения.

Дополнительные гарантии права на судебную защиту ответчика также обосновываются преклюзивным характером последствий поведения ответчика. Ответчик, который вправе был использовать право на участие в судебном разбирательстве, не воспользовавшись таким правом в добровольном порядке, утрачивает его в связи с вынесением заочного решения. В рамках заочного производства ответчик взамен этого приобретает другое право — обратиться с заявлением в суд об отмене заочного решения.

Механизм заочного производства действует при наличии определенных условий и оснований его применения. К таким условиям относятся условия о том, что:

а) гражданское дело подлежит рассмотрению в исковом производстве,

б) невозможно применить обычное исковое производство в связи с участием в судебном разбирательстве только одной стороны.

Помимо условий можно выделить и основания для применения заочного производства, которые вытекают из содержания ст. 334¹ ГПК РФ. Основания можно подразделить на два вида. Основание первого вида, которое можно условно назвать «недобросовестной неявкой ответчика», объединяет несколько существующих одновременно обстоятельств: неявку в судебное заседание ответчика; надлежащее извещение ответчика о времени и месте судебного заседания; несообщение в суд об уважительных причинах неявки; отсутствие просьбы рассмотреть дело в отсутствие ответчика (ответчиков).

Основание второго вида связано с признанием того, что своими действиями «ответчики умышленно затягивают производство по делу». Как представляется, такое основание для применения заочного производства, сформулированное в ст. 334¹ ГПК РФ, имеет недостатки правовой регламентации. Непонятно, может ли вывод суда о том, что ответчики умышленно затягивают производство по делу, следовать в случаях, когда ответчики не сообщили суду об уважительных причинах своей неявки в суд и не просили рассмотреть дело в их отсутствие. Либо для данного случая характерна другая ситуация, когда не явившиеся в суд ответчики сообщили суду о причинах своей неявки, однако суд приходит к выводу о том, что ответчики, создавая видимость уважительности причин, умышленно затягивают производство по делу. Не вносит достаточной ясности по данному вопросу и разъяснение высшей судебной инстанции. В п. 8 постановления Пленума Верховного Суда от 21 декабря 2012 г. № 9 указано только, что вопрос признания факта умышленного затягивания ответчиком производства по делу разрешается судом при вынесении определения о рассмотрении дела в порядке заочного производства, исходя из конкретных обстоятельств, свидетельствующих об этом. Как представляется, это дает возможность по-разному трактовать рассматриваемое основание для применения заочного производства, и в связи с этим имеется необходимость более развернутого разъяснения по данному вопросу.

В заочном производстве используется особый подход к выяснению фактического места пребывания ответчика, при неизвестности которого, в том числе и при розыске ответчика, применение правил заочного производства не допускается. В исковом производстве такое ограничение не действует. Согласно ст. 148 ГПК при неизвестности фактического места пребывания ответчика суд приступает к рассмотрению дела по поступлении судебной повестки или извещения с отметкой, удостоверяющей их получение организацией, осуществляющей эксплуатацию жилищного фонда и

(или) предоставляющей жилищно-коммунальные услуги, органом местного управления или самоуправления по последнему известному месту жительства ответчика или администрацией юридического лица — по последнему известному месту его работы.

В соответствии со ст. 334² ГПК РБ по результатам рассмотрения дела суд выносит решение, которое именуется заочным. Содержание заочного решения суда, как и обычного решения, должно соответствовать ст.ст. 302–306 ГПК РБ.

Особенностью описательной части заочного решения является то, что в ней должны быть указаны основания для рассмотрения дела в порядке заочного производства, сведения о надлежащем извещении ответчика, а также согласие истца на рассмотрение дела в порядке заочного производства. Согласно п. 10 постановления Пленума Верховного Суда от 21 декабря 2012 г. № 9 правая позиция ответчика в описательной части решения может не указываться.

На заочное решение распространяется требование закона о составлении мотивировочной части в определенных случаях: по заявлению юридически заинтересованных в исходе дела лиц, в связи с обжалованием или опротестованием решения в кассационном порядке, в случаях, когда ГПК РБ установлено, что решение не подлежит кассационному обжалованию или опротестованию; в случаях, прямо предусмотренных ГПК РБ. Мотивировочная часть может составляться судом и по собственной инициативе, если это не требуется законодательством. В отличие от обычного судебного решения, в резолютивной части заочного решения суда указываются срок и порядок подачи заявления о его отмене.

Помимо общих правил по обжалованию судебных решений (в кассационном, надзорном порядке и пересмотру судебного решения в связи с вновь открывшимися обстоятельствами), после получения копии заочного решения ответчик также вправе подать заявление об отмене заочного решения. Специфика такого обжалования состоит и в одностороннем обжаловании заочного решения (т.е. только ответчиком). В соответствии со ст. 334⁴ ГПК РБ ответчик вправе подать в суд заявление об отмене заочного решения в течение десяти дней со дня вручения ему копии решения. Истцу право на обращение с заявлением об отмене заочного решения не предоставлено, но он вправе обжаловать заочное решение в кассационном и ином порядке в вышестоящий суд.

В отличие от белорусского гражданского процессуального законодательства Гражданский процессуальный кодекс Украины [7] (ст. 230) достаточно подробно регламентирует действия суда после принятия заявления о пересмотре заочного решения (о безотлагательном направлении его копии, а также копии приложенных к нему материалов другим лицам, которые принимают участие в деле, сообщении лицам, которые принимают участие в деле, о

времени и месте рассмотрения заявления), что способствует реализации прав не только ответчика, но и иных лиц, которые принимают участие в деле.

Заявление об отмене заочного решения рассматривается судом, принявшим такое решение. Исходя из содержания ст. 26 ГПК РБ, судья при единоличном рассмотрении и разрешении дел или иных вопросов процесса действует от имени суда. Не совсем понятным остается вопрос о том, допускается ли рассмотрение об отмене заочного решения другим судьей. Можно указать, что он решается положительно в судебной практике Республики Казахстан. В п. 17 постановления Верховного суда Республики Казахстан от 20 марта 2003 г. № 2 «О применении судами некоторых норм гражданского процессуального законодательства» разъясняется, что в исключительных случаях (прекращение полномочий, отпуск, длительная нетрудоспособность или командировка судьи) заявление об отмене заочного решения может быть рассмотрено другим судьей этого суда [8].

Заявление об отмене заочного решения суда рассматривается в судебном заседании не позднее десяти дней со дня его поступления. В соответствии со ст. 334⁶ ГПК РБ по результатам рассмотрения заявления суд может вынести определение об отказе в удовлетворении заявления или об отмене заочного решения суда и о возобновлении рассмотрения дела этим же или другим судьей.

Законодатель использует строгий подход к основаниям для такой отмены, что можно связать с применением фикции о необоснованности причин неявки ответчика в судебное разбирательство. Основания для отмены заочного решения определяются наличием фактов, подтверждающих, что, во-первых, неявка ответчика в судебное заседание была вызвана уважительными причинами; во-вторых, что ответчик не имел возможности своевременно сообщить суду о причинах неявки в суд; в-третьих, что ответчик представил доказательства, которые могут повлиять на содержание решения суда, либо заявил ходатайство об истребовании таких доказательств, если их представление для ответчика невозможно.

В определении суда об отказе в удовлетворении заявления приводятся мотивы, по которым суд признает указанные в заявлении об отмене заочного решения доводы ответчика несостоятельными.

В случае отмены судом заочного решения суда и возобновления рассмотрения дела, оно рассматривается судом на общих основаниях. При этом согласно ст. 334⁷ ГПК РБ в случае неявки ответчика при новом рассмотрении дела оно не может быть пересмотрено в порядке заочного производства.

Суд кассационной инстанции проверяет законность и обоснованность не только самого заочного решения, но и соблюдение порядка заочного производства. При нарушении или неправильном

применении норм процессуального законодательства, регулирующих заочное производство, если это привело или могло привести к неправильному разрешению дела, суд отменяет заочное решение полностью и направляет дело для рассмотрения на общих основаниях (ст. 404 ГПК).

Разработка института вынесения судом заочного решения в хозяйственном процессуальном законодательстве, также как и в гражданском процессуальном, предусматривалась Концепцией совершенствования законодательства Республики Беларусь, одобренной Указом Президента Республики Беларусь от 10 апреля 2002 г. № 205 [9] (п. 49.2 указанной Концепции). Хотя институт заочного производства не разработан в хозяйственном судопроизводстве (ныне — судопроизводстве в судах, рассматривающих экономические дела), данный вопрос не утратил свою актуальность.

В судопроизводстве в судах, рассматривающих экономические дела, применяются правила рассмотрения дел в отсутствие ответчика. Согласно ст. 177 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь (ХПК РБ) [1] при неявке в судебное заседание суда, рассматривающего экономические дела, ответчика, извещенного надлежащим образом о времени и месте проведения судебного разбирательства дела, суд, рассматривающий экономические дела, проводит разбирательство дела в его отсутствие, если иное не установлено ХПК РБ.

Однако такая процедура не в полной мере соответствует заочному производству. Применение института заочного производства в судопроизводстве в судах, рассматривающих экономические дела, способствовало бы повышению процессуальных гарантий для лица, в отсутствие которого может рассматриваться иск, да также дальнейшей дифференциации производств и унифицированному развитию правовых институтов в гражданском процессуальном и в хозяйственном процессуальном законодательстве.

Список использованных источников

1. Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь от 11.01.1999 г. № 238-З [Текст] // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. — 1999. — № 18-19. — 2/13.
2. О практике рассмотрения судами дел в порядке заочного производства : постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 21.12.2012 г. № 9 [Электронный ресурс] / Верховный Суд Республики Беларусь. — URL : http://www.court.by/jurisprudence/Post_plen/civil/moral/adccde7292b4d904.html.
3. Виды гражданского судопроизводства [Текст] : учеб. пособ. / О. В. Баулин [и др.] ; под общ. ред. О. В. Баулина, Е. И. Носыревой. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — 280 с.

4. Булыгин, Р. В. Актуальные проблемы заочного производства в гражданском процессе [Текст] / Р. В. Булыгин // Арбитражный и гражданский процесс. — 2011. — № 4. — С. 16–17.
5. Решетникова, И. В. Упрощенное производство. Концептуальный подход [Текст] / И. В. Решетникова // Закон. — 2013. — № 4. — С. 93–98.
6. Папулова, З. А. Теоретические основы ускорения гражданского судопроизводства [Текст] / З. А. Папулова // Lex russica. — 2013. — № 2. — С. 168–180.
7. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618–IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
8. О применении судами некоторых норм гражданского процессуального законодательства : постановление Верховного суда Республики Казахстан от 20.03.2003 г. № 2 [Электронный ресурс] / Республиканский центр правовой информации Министерства юстиции Республики Казахстан. — URL : adilet.zan.kz/rus/docs/P03000002S_.
9. О Концепции совершенствования законодательства Республики Беларусь : Указ Президента Республики Беларусь от 10.04.2002 г. № 205 [Текст] // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. — 2002. — № 46. — 1/3636.
10. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь от 15.12.1998 г. № 219–З [Текст] // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. — 2004. — № 138–139. — 2/1064.



ГАРІЄВСЬКА Мирослава Богданівна,

*Подільська лабораторія Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України;
Хмельницький університет управління та права,
м. Хмельницький, Україна*

СУДОВІ ВИТРАТИ ЯК СКЛАДОВА ПРИНЦИПУ ДОСТУПНОСТІ ПРАВОСУДДЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Проблема доступності до правосуддя актуальна в українському суспільстві, адже її вирішенням Україна як правова держава забезпечить реалізацію права кожного на належний судовий захист. Частиною 3 ст. 3 Закону України від 7 липня 2010 р. № 2453–VI «Про судоустрій і статус судів» визначено, що судова система забезпечує доступність правосуддя для кожної особи в порядку, встановленому Конституцією та законами України [1]. Тобто цією нормою на суди

покладено тягар відповідальності за забезпечення в Україні реалізації конституційного права на належний судовий захист.

Поняття доступності до правосуддя — багатоаспектне і є однією з важливих умов ефективного функціонування судової системи в Україні, тому його дослідженню присвячено багато наукових праць.

Взагалі, процеси реформування цивільного процесуального законодавства слід розглядати через призму доступності правосуддя, доступності судового захисту.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Рекомендація щодо заходів, які полегшують доступ до правосуддя № R (81)7, прийнята Комітетом міністрів Ради Європи 14 травня 1981 р., та практика Європейського суду з прав людини під час застосування цієї Конвенції не визнають необхідність сплати судових витрат обмеженням права доступу до суду.

На підтвердження цього доцільно навести Рекомендації відносно шляхів полегшення доступу до правосуддя № К (81)7, прийняті Комітетом міністрів Ради Європи 14 травня 1981 р., відповідно до яких прийняття справи до провадження не повинно зумовлюватися сплатою стороною державі якої-небудь грошової суми, розміри якої нерозумні щодо справи, яка розглядається. Тією мірою, якою судові витрати є явною перешкодою для доступу до правосуддя, їх треба по можливості скоротити або анулювати [2].

Разом із тим, ураховуючи положення п. 1 ст. 6 Конвенції та прецедентну практику Європейського суду з прав людини (зокрема рішення від 19 червня 2001 р. у справі *Креуз проти Польщі* (*Kreuz v. Poland*)), сплата судових витрат не повинна перешкоджати доступу до суду, ускладнювати цей доступ таким чином і такою мірою, щоб завдати шкоди самій суті цього права, та має переслідувати законну мету [3].

Разом з тим ЄСПЛ виходить з того, що судовий збір має бути «розумним», тобто таким, що з урахуванням фінансового положення заявника може бути ним сплачений. Адже не виправдано великий їх розмір, який не враховує фінансове положення заявників, а розраховується на основі певного відсотка від суми, що є предметом розгляду справи, може бути розцінений як такий, що непропорційно обмежує право на доступ до правосуддя. Зокрема, така позиція була викладена у справі *Георґел і Георгета Стоїческу проти Румунії* [4].

На думку Н. Ю. Сакари, сьогодні доступність правосуддя слід розуміти в широкому сенсі. Це певний стандарт, який відбиває вимоги справедливого та ефективного судового захисту, що конкретизуються в необмеженій судовій юрисдикції, належних судових процедурах, розумних строках і безперешкодному зверненні будь-якої заінтересованої особи до суду. Реалізація цього принципу повинна забезпечуватися певними організаційними, правовими та економічними умовами [5, с. 106, 108].

Н. Ю. Сакара вказує, що економічні умови доступності правосуддя передбачають розумні судові витрати і створення процесуального механізму для надання відстрочки, розстрочки чи часткового або повного звільнення від сплати судових витрат; надання кваліфікованої юридичної допомоги на пільгових умовах незаможним особам; існування системи контролю за розміром гонорарів адвокатів й експертів [5, с. 108].

Зважаючи на стан судової системи, на сьогодні звернення до суду не може бути безкоштовним. Доступність правосуддя повинна мати розумні межі, які передбачають хоча б часткове покриття за рахунок судового збору на утримання судової системи, а також повагу до судді та його праці. Судовий збір є таким собі обмежувальним заходом, який попереджає подання необґрунтованих та безпідставних позовів та перенавантаження судів. Однак необхідно дотримуватись балансу між інтересом держави у стягненні судового збору за розгляд справи та правом особи на доступ до правосуддя.

Йдеться про набуття чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору» № 484-VIII від 22 травня 2015 р. [6].

Серйозно змінилися принципові підходи до нарахувань судового збору. Наприклад, введено дискримінацію учасників судового процесу. Так, за зверненням із цивільним позовом юридична особа сплачує 1,5 % ціни позову, але не менше 1 мінімальної заробітної плати. Та якщо з аналогічним позовом звернеться громадянин або приватний підприємець, він платитиме лише 1 % ціни позову, але не менше 0,4 і не більше 5 розмірів «мінімалки».

Важливо, що фізичні особи-підприємці по-різному розподіляються за шкалою ставок у майнових і немайнових позовах.

Найбільші зміни відбулися в обрахуванні ставок при апеляційному та касаційному оскарженні судових рішень. Ще від радянських часів діяв принцип, що вартість скарги на рішення суду становить половину вартості держмита за зверненням із позовом.

Нині вартість апеляційної скарги на рішення суду становитиме 110 % від ставки, що підлягала сплаті при поданні позовної заяви, вартість касаційної скарги — 120 %, за заяву про перегляд судового рішення до Верховного Суду сплачується відповідно 130 %.

Підвищення ставок судового збору суперечить демократичним принципам забезпечення захисту прав та свобод громадян і доступності правосуддя. Для порівняння наведемо ставки судового збору в деяких країнах.

Так, у Великобританії розмір судового збору визначається залежно від ціни позову. Мінімальна сума судового збору £35, якщо ціна позову до £300. Однак при поданні позовної заяви он-лайн сума судового збору становитиме £25. Від £300 до £500 — £50 (он-лайн — £35); від £500 до £1 000 — £70 (он-лайн — £60); від £1000 до £1500 —

£80 (он-лайн — £35); від £1 500 до £3 000 — £115 (он-лайн — £105); від £10 000 до £200 000 — 5 відсотків від суми позову [7].

У Німеччині розмір судового збору визначається залежно від ціни позову. Максимальна ціна для розрахунку мита — €30 млн. Мінімальна сума судового збору €15. Як сума спору до €500 судовий збір становить €35. До €2 000 — для кожних наступних €500 збільшується на €18. Більш як €500 000 — для кожних наступних €50000 збільшується на €180 [8]. Для дотримання принципу рівноправності суд може надати малозабезпеченим допомогу на ведення справи або знизити ціну позову. Допомога на ведення справ у суді охоплює і оплату адвокатських послуг.

Що стосується Франції, то до 1 січня 2014 р., щоб звернутися до суду будь-якої інстанції, необхідно було придбати гербову марку в €35. Однак зараз подача позову стала безкоштовною. Так, Указ № 2013-1280 від 29 грудня 2013 р. [9] скасував положення Указу 28 вересня 2011 р. про внесок €35 і ст. 1635bisQ Податкового кодексу.

Податковим кодексом РФ передбачено, що судовий збір при подачі позовної заяви майнового характеру становить при ціні позову:

до 20 000 рублів — 4 відсотки ціни позову, але не менше 400 рублів;

від 20 001 рублів до 100 000 рублів — 800 рублів плюс 3 відсотки суми, яка перевищує 20 000 рублів;

від 100 001 рублів до 200 000 рублів — 3 200 рублів плюс 2 відсотки суми, яка перевищує 100 000 рублів;

від 200 001 рублів до 1 000 000 рублів — 5 200 рублів плюс 1 відсоток суми, яка перевищує 200 000 рублів;

більше 1 000 000 рублів — 13 200 рублів плюс 0,5 відсотка суми, яка перевищує 1 000 000 рублів, але не більше 60 000 рублів.

Судовий збір при подачі позовної заяви немайнового характеру становить для фізичних осіб — 300 рублів; для організацій — 6 000 рублів [10].

Судові органи повинні забезпечити належний баланс між інтересами держави у стягненні судових зборів за розгляд позовів, з одного боку, та інтересом позивача у відстоюванні свого позову в суді — з іншого.

У цьому контексті необхідно вирішувати питання про відстрочення та розстрочення судових витрат, зменшення їх розміру або звільнення від оплати витрат, пов'язаних з розглядом справи, з огляду на майновий стан сторони, що передбачено ст. 82 ЦПК України.

У зв'язку з цим, слід також звернути увагу на справу *ФК Мретебі проти Грузії*, де ЄСПЛ, розглядаючи питання законності відмови Верховного Суду Грузії від звільнення від сплати судового збору заявника (футбольного клубу), відмітив, що Верховний Суд неналежним чином дослідив аргументи заявника, не вказав, чи достатньо наданих йому доказів на підтвердження фінансової

неможливості сплатити судовий збір та не витребував доказів, яких, на його думку, не вистачало. Верховний Суд просто зазначив, що ніяких підстав для надання звільнення від судового збору не існувало.

За таких обставин, ЄСПЛ назвав відмову Верховного Суду звільнити заявника від сплати судового збору без відповідного обґрунтування «безпідставним» обмеженням права останнього на доступ до правосуддя та зазначив, що, на його переконання, відмова у звільненні була зумовлена виключно бажанням Верховного Суду поповнити державний бюджет [11].

Звільнення (зменшення, розстрочка тощо) від сплати судових витрат має на меті усунути перешкоди в доступі до правосуддя, одержання судового захисту внаслідок відсутності в конкретній життєвій ситуації в особи, яка ініціює певні процесуальні дії чи судове провадження, достатніх засобів для своєчасної та повної сплати судових витрат. Саме задля цього й передбачений інститут установлення і застосування певних пільг [12, с. 182].

Фактичною підставою для відстрочення або розстрочення є майновий стан сторони. Однак у ст. 82 ЦПК України не йдеться про те, який саме майновий стан маєтсья на увазі. Однак логічно, що питання про відстрочення або розстрочення витрат постає у разі, коли майновий стан особи є таким, що утруднює виконання цього обов'язку в повному обсязі у встановлений законом строк. Іншими словами, суд вправі постановити ухвалу про відстрочення або розстрочення, враховуючи незадовільний майновий (матеріальний) стан сторони. Отже, суд повинен застосовувати оціночний підхід до заявленого питання [13, с. 277].

На нашу думку, при вирішенні питання про незадовільний майновий стан особи суд повинен враховувати рівень доходу позивача, тривале неотримання працюючими особами заробітної плати, неотримання орендної плати за здані земельні паї, дані про вік та недієздатність окремих осіб, заборгованість перед іншими особами, наприклад, за комунальні послуги, стягнення заборгованості з позивача в межах виконавчого провадження, наявність утриманців тощо.

Вважаємо, що не у всіх випадках звернення особи з клопотанням про відстрочку, розстрочку судових витрат, зменшення їх розміру або звільнення від оплати витрат, пов'язаних з розглядом справи повинно вирішуватись на розсуд суду. Так, у випадку, якщо суми доходу, отриманих працюючими особами, пенсіонерами, інвалідами та безробітними, які є меншими за встановлений прожитковий мінімум, суд зобов'язаний задовольнити таке клопотання особи. Так, відповідно до Закону України «Про прожитковий мінімум» прожитковий мінімум — вартісна величина достатнього для забезпечення нормального функціонування організму людини, збереження його здоров'я набору продуктів харчування, а також мінімального набору непродовольчих

товарів та мінімального набору послуг, необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості [14]. Отже, віднесення вирішення питання про відстрочку, розстрочку судових витрат, зменшення їх розміру або звільнення від оплати витрат, пов'язаних з розглядом справи до дискреційних повноважень суду, не завжди є доцільним, оскільки якщо доходи особи є меншими від прожиткового мінімуму, то в такому разі з впевненістю можна говорити про незадовільний матеріальний стан особи, оскільки вирішення таких питань на розсуд суду в такому випадку не сприятиме забезпечення державних соціальних гарантій стосовно таких осіб.

На нашу думку, враховуючи дію принципу змагальності, суд не вправі вирішувати питання про відстрочення або розстрочення сплати судового збору з власної ініціативи. Це питання повинен поставити перед судом позивач або його представник шляхом подання відповідного обґрунтованого клопотання. Питання про відстрочення чи розстрочення витрат може ставити і відповідач у разі подання ним зустрічного позову.

Внаслідок незадовільного майнового стану сторони суд може зменшити розмір належних до оплати судових витрат, пов'язаних із розглядом справи, або звільнити від їх оплати.

Отже, з урахуванням значного збільшення ставок судового збору, питання акцентування уваги на реальну спроможність заявників сплатити судовий збір набуває особливої актуальності. У випадку, якщо заявники ставлять питання про звільнення, зменшення та розстрочення чи відстрочення сплати судового збору суду, слід належним чином обґрунтовувати свої рішення з цього питання.

Список використаних джерел

1. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41, № 41–42; № 43; № 44–45. — Стор. 1468. — Ст. 529.
2. Рекомендації відносно шляхів полегшення доступу до правосуддя № К (81)7, прийняті Комітетом міністрів Ради Європи 14 травня 1981 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_133.
3. Case of Kreuz v. Poland (application no. 28249/95). Judgment. Strasbourg, 19 June 2001 [Electronic Resource] / HUDOC. — URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59519>.
4. Case of Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania (application no. 9718/03). Judgment. Strasbourg, 26 July 2011; final 26/10/2011 [Electronic Resource] / HUDOC. — URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105820>.
5. Сакара, Н. Проблеми доступності правосуддя в цивільних справах [Текст] / Н. Сакара // Право України. — 2004. — № 1. — С. 105–109.
6. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору : Закон України від 22.05.2015 р. № 484-VIII [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2015. — № 33. — Ст. 323.

7. EX50 — Civil and Family Court Fees — High Court and County Court (04.15) [Electronic Resource] / Her Majesty's Courts and Tribunals Service. — URL : <http://hmctsformfinder.justice.gov.uk/courtfinder/forms/ex050-eng.pdf>.
8. Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Februar 2014 (BGBl. I S. 154), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2525) geändert worden ist [Elektronischer Ressource] / Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. — URL : http://www.gesetze-im-internet.de/gkg_2004/BJNR071810004.htm#BJNR071810004BJNG000101311.
9. Décret n° 2013-1280 du 29 décembre 2013 relatif à la suppression de la contribution pour l'aide juridique et à diverses dispositions relatives à l'aide juridique [Ressource Électronique] / Accueil | Légifrance, le service public de l'accès au droit. — URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028402277&categorieLien=id>.
10. Налоговый кодекс Российской Федерации от 05.08.2000 г. № 117-ФЗ [Электронный ресурс] / ГАРАНТ-СЕРВИС. — URL : <http://base.garant.ru/10900200>.
11. Case of FC Mretebi v. Georgia (application no. 38736/04). Judgment. Strasbourg, 31 July 2007; final 30/01/2008 [Electronic Resource] / HUDOC. — URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81996>.
12. *Балюк, М. І.* Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарії, рекомендації, пропозиції [Текст] / М. І. Балюк, Д. Д. Луспеник. — Х. : Харків юридичний, 2008. — 708 с. — (Серія «Судова практика»).
13. *Кравчук, В. М.* Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України [Текст] / В. М. Кравчук, О. І. Угриновська. — К. : Істина, 2006. — 944 с.
14. Про прожитковий мінімум : Закон України від 15.07.1999 р. № 966-XIV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 38. — Ст. 348.



КІРІЯК Оксана Василівна,

кандидат юридичних наук,

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича,

м. Чернівці, Україна

ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО ВИЗНАННЯ НЕОБҐРУНТОВАНИМИ АКТИВІВ ТА ЇХ ВИТРЕБУВАННЯ

Проблеми боротьби з корупцією та легалізацією (відмиванням) доходів останнім часом вийшли на якісно новий рівень їхньої законодавчої регламентації. Спеціальною сесією Генеральної Асамблеї ООН в рамках Глобальної програми ООН проти відмивання доходів 10 червня 1998 р. були прийняті Політична декларація і План дій проти відмивання доходів, у яких всі держави закликаються до приведення внутрішнього законодавства по боротьбі з легалізацією незаконно отриманих коштів відповідно до міжнародно-визнаних норм.

Незважаючи на те, що в Україні правова база і відповідні інститути протидії корупційним злочинам, невід’ємною складовою яких часто є відмивання необґрунтованих активів, переважно задіяні в рамках кримінального судочинства, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» (від 12 лютого 2015 р. № 198–VIII) розд. III Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК України) було доповнено главою 9 «Особливості позовного провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування». Нова глава ЦПК України складається з трьох статей (233¹–233³), але їх запровадження є великим кроком уперед у правовому регулюванні боротьби з корумпованістю державної бюрократії, що найчастіше пов’язане з легалізацією (відмиванням) отриманих у незаконний спосіб доходів. І хоча окремі з наведених положень не зовсім відповідають положенням Конвенції Ради Європи про відмивання, виявлення, вилучення та конфіскацію доходів від злочинної діяльності від 8 листопада 1990 р. (Страсбурзька конвенція), проте зміст цих статей є прогресивним для вітчизняного правового поля, оскільки деталізовано закріплює можливість звернення незаконних активів у дохід держави не лише у рамках кримінального судочинства, але й у цивільному процесі. Враховуючи це, слід погодитися з В. М. Трепаком, який відзначає, що з одного боку, прийняття пакета нових антикорупційних законів сприяє гармонізації українського законодавства із міжнародними стандартами, з другого — недоліки та неузгодженості цих законів можуть призвести до значних

проблем у правозастосуванні, зловживання з боку відповідних державних органів та порушення конституційних прав громадян [6, с. 89]. Тому запровадження у цивільне процесуальне законодавство України механізм конфіскації активів поза кримінального провадження потребує більш детального процесуального регламентування, що лише посилює актуальність обраної для дослідження теми.

Від часів отримання незалежності корупція і, як наслідок, незаконне збагачення окремих прошарків населення, була і залишається однією з найгостріших проблем українського суспільства. Оскільки за своєю природою вона становить значну загрозу для демократії, соціального прогресу, національної безпеки, реалізації принципу верховенства права та розвитку громадянського суспільства, єдиним суб'єктом, уповноваженим на звернення до суду із вимогою про визнання відповідних активів необґрунтованими і їх вилучення, тобто позивачем у цій категорії справ, може бути виключно прокурор, який діятиме в інтересах держави, що повністю відповідає п. 2 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про прокуратуру».

Натомість відповідачем у цих цивільних справах позовного провадження законодавець виділяє дві групи осіб:

1) особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, стосовно якої набрав законної сили обвинувальний вирок суду за вчинення корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом;

2) особи, пов'язаної з особою, зазначеною у попередньому пункті, — юридичної особи, яка є власником (користувачем) майна, щодо якого існують докази того, що воно отримано або що ним користується чи розпоряджається (розпоряджалася) особа, вказана у першій групі.

Тобто відповідачами у цивільних справах цього різновиду є посадові та юридичні особи, які виконують управлінські, організаційно-розпорядчі чи інші адміністративно-господарські функції в державних установах різного рівня, чия діяльність пов'язана із можливістю здійснення операцій з грошовими коштами чи іншим майном. Держава установлює для них спеціальний правовий статус, окремі правила поведінки та передбачає заборони на вчинення багатьох дій. Особливий правовий статус таких суб'єктів пояснює той факт, що відповідачами у справах про визнання необґрунтованими активів можуть бути лише особи, зазначені у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції». Тому під час прийняття таких законів треба дуже ретельно відпрацьовувати механізми відповідальності за вчинення відповідних правопорушень, з одного боку, а з другого — механізми захисту самих публічних службовців будь-якого рівня від можливого некоректного застосування цього Закону [1, с. 16].

Предметом позову в цивільних справах цього різновиду буде вимога прокурора про визнання необґрунтованими активів та їх

виребування. Об'єктом позовної заяви будуть самі активи, тобто грошові кошти або інше майно, а також доходи від них. Важливо, що наявність фактичних ознак значного збільшення активів, як справедливо звертає увагу В. М. Киричко, не може бути підставою для кримінальної відповідальності, якщо не встановлено, що таке збільшення було умисним і незаконним на момент вчинення цих дій [3, с. 227]. Тому підставою позову про визнання необґрунтованими певних активів буде виявлення майна, щодо якого існують докази того, що воно отримано особою, стосовно якої набрав законної сили обвинувальний вирок суду за вчинення корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Встановлення ж лише суттєвого збільшення майнових активів, яке не відповідає легальним доходам і не може бути обґрунтоване публічним службовцем, не може бути підставою для вилучення таких активів. При цьому, як зауважує Д. Г. Михайленко, не слід апелювати до пункту «с» ч. 1 ст. 54 Конвенції ООН проти корупції (2003 р.), оскільки, хоча у ньому мова і йде про конфіскацію без винесення вироку, проте суд все одно повинен дійти висновку про вчинення особою відповідного злочину [4].

Варто зауважити, що стадійна процедура розгляду справ цієї категорії в цивільному процесуальному законодавстві майже не прописана. Проте розміщення у назві цієї глави вказівки на «позовне провадження» дозволяє поширити на процедуру розгляду і вирішення справ про визнання необґрунтованими активів та їх вилучення, загальних правил цивільного судочинства. За результатами судового розгляду, активи, визнані необґрунтованими, стягуються у дохід держави. У випадку, якщо необґрунтованими буде визнано лише частину активів, у дохід держави буде стягнуто лише відповідну частину майна відповідача, а у разі неможливості такого виділення — її вартість. Так само і при неможливості звернення стягнення на активи, визнані у встановленому порядку необґрунтованими, на відповідача покладається обов'язок сплатити їхню вартість, що, у свою чергу, також потребує більш деталізованої регламентації. Безумовно, подальшого вдосконалення потребують також й інші положення процесуального законодавства у цій сфері.

Окремі з них влучно виявив В. І. Бобрик, а саме:

1) варто чітко закріпити процесуальні норми та вимоги, що пред'являються до доказування у цій категорії справ, а також додаткові вимоги, яким повинна відповідати позовна заява прокурора, та заперечення володільців активів, включаючи чіткі критерії щодо доказування відповідачем «законності підстави» набуття ним активів або грошових коштів;

2) нова глава повинна містити й гарантії для осіб із потенційно законним інтересом щодо конфіскованого майна: такі особи повинні бути обов'язково повідомлені про початок судового провадження;

3) необхідно більш чітко визначити підстави для ухвалення рішення, можливо варто допустити й інститут мирової угоди до таких справах;

4) важливим аспектом є гарантії прав відповідача-власника, який виграє справу та доведе законність набуття спірних активів;

5) з огляду на транскордонний характер злочинів, пов'язаних з відмиванням коштів, здобутих злочинним шляхом, варто в ЦПК України приділити увагу й питанням процедури отримання та виконання запиту іноземної держави на конфіскацію активів нерухомого майна, що знаходиться на території держави;

6) потребує також розробки механізм повернення активів потерпільй стороні, якщо така є, в тому числі і за кордоном [2, с. 141–142].

Водночас прискіплива увага науковців привернута до лексикологічних відповідників використаної законодавцем термінології у назві та тексті нової гл. 9 розд. III ЦПК України. Зокрема йдеться про змістовну невідповідність вжитого формулювання — «витребування активів» — регламентованим правовідносинам, що викликає чимало зауважень як серед теоретиків цивільного процесу, так і серед практичних правозастосовців. Ми теж вважаємо підхід законодавця непослідовним і таким, що суперечить правилам законодавчої техніки, а отже, вимагає редагуючого втручання у текст досліджуваних норм.

Більш влучним для оптимального відображення сутності регламентованої новели цивільного процесуального законодавства є, на нашу думку, поняття «вилучення». Спробуємо довести свою точку зору шляхом порівняльно-правового аналізу змісту цих термінів, що лише, на перший погляд, здаються цілком ідентичними. Тому досить часто законодавець невинувато отожднює поняття «вилучення» та «витребування». Зокрема така ситуація простежується у нормах Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», де закріплено, що витребування чи вилучення документів, пов'язаних зі здійсненням адвокатської діяльності, забороняється (п. 4 ч. 1 ст. 23). Фактично прирівнюються досліджувані поняття і в судовій практиці (див. напр., постанову Вищого господарського суду України від 28 лютого 2007 р. (справа № 29/154–06).

Ми не погоджуємось із таким розумінням і вважаємо, що досліджувані дефініції мають чимало сутнісних відмінностей. Так, поняття «витребування», як правило, характерне для ситуацій, коли уповноважений орган вимагає і очікує від особи, яка володіє певним активом, добровільної передачі затребуваних у неї речей чи документів. Недаремно витребування є способом забезпечення доказів у цивільних справах (ч. 2 ст. 33, ст. 133 ЦПК України, ст. 74 КАС України), запобіжним засобом у господарському процесі (ст. 432 ГПК

України), способом збирання доказів у кримінальному судочинстві (ч.ч. 2–3 ст. 93 КПК України).

Прикметно, що законодавець опосередковано визнає той факт, що витребування певного майна на практиці не завжди призводить до реального їх одержання судом. І в такому випадку вже використовується поняття, що має більш примусовий переважаючий характер — «вилучення», що наділене більшою імперативністю і на порядок перевищує ступінь втручання уповноваженого органу у приватноправову сферу. Так, згідно з ч. 1 ст. 93 ЦПК України у разі неподання без поважних причин письмових чи речових доказів, що **витребувані** судом, ... суд може постановити ухвалу про тимчасове **вилучення** цих доказів для дослідження судом. Очевидно, що поняття «вилучення» несе більш імперативний характер і використовується як форма примусового відібрання певного активу, фактичної зміни правового статусу відповідного майна, що відбувається незалежно, а часто навіть всупереч волі власника чи володільця.

Визнають таке співвідношення досліджуваних понять і норми матеріальних галузей права. Так, якщо у випадку, коли певна особа заявляє свої права на проданий товар, то щодо вимог такого учасника цивільних правовідносин використовуватиметься поняття «витребування» (див. ст. 660 ЦК України), натомість щодо імперативного рішення суду з фактичного відібрання такого майна вживатиметься дефініція «вилучення» (див. ст. 661 ЦК України).

Подібна ситуація спостерігається й у процесуальних галузях права. Зокрема у кримінальному процесі можна зустріти випадки, коли для «підсилення» поняття «витребування» речей чи документів поряд досить часто вживається поняття «отримання» (наприклад, ч.ч. 2–3 ст. 93 КПК України). Інакше кажучи, «витребування» можна розглядати як пасивну позицію уповноваженого органу, що полягає в очікуванні, коли зобов'язана особа добровільно сама передасть запитані активи, що не завжди призводить до реального отримання цього майна. Водночас «вилучення» — це вже активні результативні дії уповноваженого органу, що практично виражаються у фізичному відібранні певного активу в зобов'язаній особі, незалежно від її волі. Розширене тлумачення ч. 1 ст. 167 КПК України дозволяє підсумувати, що вилучення майна — це фактичне позбавлення особи, у володінні якої перебуває відповідне майно, можливості володіти, користуватися та розпоряджатися певним майном.

Повертаючись до досліджуваних новел цивільного процесуального законодавства України, важливо мати на увазі, що закріплені у гл. 9 розд. III ЦПК України інститути стосуються осіб, стосовно яких набрав законної сили обвинувальний вирок суду за вчинення корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Тобто це особи, які з метою збагачення мінімум одного разу вже вчинили корисливі злочини. Тому будемо

відвертими: чекати від них добровільного виконання припису суду про витребування активів у більшості випадків не доводиться. Тим більше, що п. 6¹ ч. 9 ст. 100 КПК України передбачає: майно (грошові кошти або інше майно, а також доходи від них) засудженого за вчинення корупційного злочину, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, **конфіскується**, якщо в суді не підтверджено законності підстав набуття прав на таке майно. У контексті проведеного нами дослідження важливо також те, що і сама конфіскація майна, відповідно до ч. 1 ст. 59 КПК України, полягає у примусовому **вилученні** всього або частини майна, яке є власністю засудженого. Вкрай нелогічним і непослідовним є підхід законодавця, коли в кримінальному провадженні майно особи, винної у корупційному діянні, конфіскується, тобто вилучається, а у цивільному судочинстві, при виявленні необґрунтованих активів цієї ж особи, використовується процедура їхнього витребування.

Прикметно, що самої процедури фактичного витребування такого майна в досліджуваних нормах не визначено. У ситуації, коли певні активи було визнано необґрунтованими, згідно з ст. 233³ ЦПК України відбувається не витребування, а стягнення їх у дохід держави в порядку, встановленому Законом України «Про виконавче провадження». Проте ч. 1 ст. 52 Закону України «Про виконавче провадження» серед способів звернення стягнення на майно жодного витребування не передбачає, натомість виділяє арешт, вилучення та примусову реалізацію майна.

Чимало запитань викликає також чинна редакція ст. 233² ЦПК України, що містить витіювате формулювання, згідно з яким суд визнає необґрунтованими активи, якщо судом на підставі поданих доказів не встановлено, що активи або грошові кошти, необхідні для придбання активів, стосовно яких поданий позов про визнання їх необґрунтованими, були набуті на законній підставі. Інакше кажучи, відповідач на противагу заявленим прокурором вимогам повинен довести законність підстав, на яких були набуті ці активи. При цьому на всіх стадіях цивільного провадження можливе доведення особою, яка вчинила злочин, законного походження передбачуваних доходів від злочину або іншого майна, що підлягає конфіскації. І хоча подібна практика є поширеною і в зарубіжних країнах (Великобританії, США, Нідерландах, Японії, Німеччині тощо) [5], все одно незрозумілою залишається логіка законодавця в необхідності доведення необґрунтованості саме активів у той час, як більш виваженим і адекватним, з нашої точки зору, є підхід, при якому активи осіб, засуджених за вчинення корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, можуть бути визнані незаконними, а от юридичні підстави, на яких вони цим майном заволоділи, відповідно будуть необґрунтованими.

Таким чином, безспірною є необхідність внести відповідні корегуючі зміни до назви та тексту гл. 9 розд. III ЦПК України, замінивши використане законодавцем поняття «витребування» на таке, що більш відповідає характеру регламентованих процесуальних дій та узгоджується із нормами інших нормативно-правових актів, тобто на «вилучення», а словосполучення «необґрунтовані активи», з нашої точки зору, варто замінити на «незаконні активи». Інакше кажучи, назву цієї глави ЦПК України, на наш погляд, доцільно викласти у такій редакції: «Особливості позовного провадження у справах про визнання незаконними активів та їх вилучення». Відповідно до назви має бути відкореговане й текстуальне оформлення ст.ст. 233¹ та 233³ ЦПК України.

Підсумовуючи вищенаведене, вважаємо, що дієва боротьба з усіма проявами корупції на різних рівнях та такими її наслідками, як необґрунтоване збагачення, не може бути результативною без системної та послідовної законодавчої регламентації кожного процесуального етапу розгляду та вирішення відповідної категорії справ у рамках цивільного, кримінального та адміністративного провадження.

Список використаних джерел

1. Актуальні питання удосконалення антикорупційного законодавства щодо професійної етики на публічній службі та запобігання конфлікту інтересів [Текст] / Комітет Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією. — К. : ФОП Москаленко О. М., 2011. — 76 с.
2. *Бобрик, В. І.* Провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування як вид галузево-матеріальної диференціації справ позовного провадження цивільного процесу [Текст] / В. І. Бобрик // Науковий вісник Херсонського державного університету. — Вип. 1. — Том 1. — Серія юридичні науки. — С. 139–142.
3. *Киричко, В. М.* Кримінальна відповідальність за корупцію [Текст] / В. М. Киричко. — Х. : Право, 2013. — 424 с.
4. *Михайленко, Д. Г.* Регламентація правових наслідків незаконного збагачення [Текст] / Д. Г. Михайленко // Профілактика корупційних правопорушень: науково-практична конференція, 7 квітня 2015 р., м. Харків : зб. тез доп. — Х. : ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2015. — С. 170–178.
5. Регулирование института конфискации денежных средств и имущества, полученных преступным путем в законодательстве Великобритании, США, ФРГ, Австрии, Швейцарии, Нидерландов и Японии : Информационная справка [Электронный ресурс] / Комиссия Государственной Думы по законодательному обеспечению противодействия коррупции. — URL : <http://komitet7.km.duma.gov.ru/site.xp/050057056124051050049.html>.
6. *Трепак, В. М.* Деякі проблеми застосування окремих норм антикорупційного законодавства [Текст] / В. М. Трепак // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2013. — № 4. — С. 84–89.

ТРАЧ Оксана Михайлівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

Хмельницький університет управління та права,

м. Хмельницький, Україна

СКАСУВАННЯ РІШЕННЯ ЯК ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Особливу групу повноважень апеляційного суду складають повноваження за наслідками розгляду апеляційної скарги. Як вірно відзначають А. В. Гнатенко та Д. Д. Луспенник їх можна класифікувати на ті, що пов'язані зі скасуванням судового рішення і ті, що не пов'язані з скасуванням. Скасування рішення є певним класифікаційним критерієм, оскільки вся перевірна та контрольна діяльність суду другої інстанції спрямована на встановлення наявності чи відсутності підстав для скасування рішення суду [1]. Повноваження апеляційного суду, пов'язані із скасуванням рішень, підстави їх застосування регламентуються ст.ст. 307, 309, 310 ЦПК України [2].

Слід зазначити, що окремі повноваження, пов'язані із скасуванням рішень, визначають різновид апеляційного провадження, закріплений в процесуальному законодавстві відповідної держави. Так, в теорії цивільного процесуального права виділяють повну та неповну апеляцію. Апеляційні суди, що діють за правилами повної апеляції, не наділені повноваженням скасовувати рішення суду та направляти справу на новий розгляд до суду першої інстанції, а повинні ухвалити власне рішення [3, с. 52]. Саме такими повноваженнями наділені національні апеляційні суди. Ліквідація повноваження щодо скасування рішення та направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції була впроваджена Законом України від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій і статус суддів» [4]. Повноваження щодо скасування і направлення справи на новий розгляд були збережені лише стосовно ухвали, в той час як основним об'єкту оскарження виступає рішення.

При неповній апеляції, у випадках встановлених законом, суд апеляційної інстанції наділяється повноваженням скасувати рішення суду та направити справу на новий розгляд [3, с. 52]. Саме такий вид апеляційного провадження був закріплений у ЦПК України до внесення відповідних змін від 7 липня 2010 р. [4].

Разом з тим слід звернути увагу, що критерії поділу апеляції на види виступає також їх повноваження щодо дослідження нових доказів. При повній апеляції, як зазначає О. О. Борисова, немає будь-яких обмежень в наданні і дослідженні нових доказів. За загальними

правилами неповної апеляції подання, дослідження нових доказів не допускається, але законом можуть встановлюватись окремі винятки [3, с. 59–62].

ЦПК України закріплює можливість посилання в апеляційному суді на докази, які було подано до суду першої інстанції, та на нові докази лише у визначених законом випадках. Відповідно до ст. 303 ЦПК України, апеляційний суд досліджує докази, які судом першої інстанції досліджено з порушенням встановленого порядку або у дослідженні яких було неправомірно відмовлено, а також нові докази, неподання яких до суду першої інстанції було зумовлено поважними причинами.

Отже, з положень ЦПК України випливає, що для національної моделі апеляційного провадження є характерними повноваження апеляційного суду щодо дослідження нових доказів лише у визначених законом випадках, тобто як виняток, а також відсутність повноважень щодо скасування рішення та направлення справи на новий розгляд (ст. 307). Таким чином, в ЦПК України законодавець одночасно закріпив складові, що характеризують різні види апеляції. Ліквідацією повноважень апеляційного суду щодо скасування рішення суду першої інстанції та направлення справи на новий розгляд порушено класичну модель побудови апеляційного провадження (повну та неповну).

Необхідно зазначити, що законодавство іноземних держав, яке визначає можливість дослідження апеляційним судом нових доказів лише як виняток у визначених законом випадках, закріплює цю ознаку разом із повноваженням апеляційного суду на скасування рішення суду та направлення справи на новий розгляд.

Так, наприклад, зазначені положення містяться у § 531, 538 ЦПК Федеративної Республіки Німеччини [5], ст.ст. 633, 642, 652, 656 ЦПК Естонської Республіки [6], ст.ст. 314, 327, 329 ЦПК Литовської Республіки [7], ст.ст. 368, 379, 381, 386 Республіки Польща [8], ст.ст. 404, 413, 424, 427 ЦПК Республіки Казахстан [9], ст.ст. 323, 343 ЦПК Республіки Узбекистан [10].

Слід зазначити, що навколо питання наділення апеляційних судів повноваженням щодо скасування рішення та направлення справи на новий розгляд точаться дискусії. Наприклад, на думку Я. П. Зейкана, вони ускладнюють вирішення справи, затягують процедуру її вирішення і є недоцільними [11, с. 414, 419]. Протилежної точки зору притримується І. Ємельянова, яка вірно відзначає, що існують такі порушення норм процесуального права, які неможливо або недоцільно виправляти в апеляційному суді. Апеляційний суд не слід перетворювати в суд першої інстанції [12, с. 19, 20]. Як зазначають А. В. Гнатенко, Д. Д. Луспеник апеляційний суд не повинен повністю підміняти собою суд першої інстанції. У такому разі місцеві суди могли б повністю ігнорувати основні принципи цивільного процесуального

права, а учасники процесу були б позбавлені повноцінного захисту своїх прав у суді першої інстанції. Саме тому встановлюються безумовні підстави для скасування рішення суду з направленням справи на новий розгляд [1].

Відсутність у апеляційних судів повноваження щодо скасування рішення суду першої інстанції та направлення справи на новий розгляд містить, на нашу думку, ряд загроз. Наділення апеляційних судів повноваженням щодо усунення та виправлення будь-яких порушень норм процесуального права, вчинених судом першої інстанції, призводить до дублювання ними завдань суду першої інстанції, що є неможливим з позицій побудови інстанційної судової системи, забезпечення гарантій здійснення процесуальних прав учасниками процесу. Особи, які беруть участь у справі, за порушення норм, які були допущені судом першої інстанції, а не ними, обмежуються у здійсненні ними окремих процесуальних прав. За відсутності повноваження щодо скасування рішення і направлення справи на новий розгляд особи, які беруть участь у справі, обмежуються у використанні способів оскарження судових рішень, в той час як рішення суду апеляційної інстанції може виступати об'єктом перегляду в порядку касаційного провадження на предмет його законності, поза увагою залишається перевірка його обґрунтованості. Це на нашу думку, вказує на необхідність повернення в національному законодавстві неповної апеляції, проте за обмеженого кола чітко визначених підстав. Подолання проблем пов'язаних із зловживанням цим повноваженням [13, с. 10–12; 14, с. 19; 15, с. 117] можливе шляхом застосування відповідних правових наслідків за це до конкретних суддів, розвантаження апеляційних судів.

Реальним засобом, який б сприяв розвантаженню апеляційних судів, забезпечив оперативність здійснення правосуддя і, як наслідок, гарантував особам, які подали апеляційні скарги, право на своєчасний судовий захист, є, на нашу думку, наділення апеляційних судів правом реалізувати повноваження щодо скасування судового рішення та направлення справи на новий розгляд на стадії підготовки розгляду справи.

Спотворення практичної реалізації тих чи інших повноважень не може виступати підставою для їх ліквідації і як наслідок обмеження процесуальних прав осіб, які беруть участь у справі, осіб, які мали ними виступати у процесі.

Слід зазначити, що законодавство іноземних держав, яке закріплює такі повноваження апеляційного суду містить значно ширші (у порівнянні із ст. 311 ЦПК України до внесення змін Законом України від 7 липня 2010 р. [4]), подекуди невичерпні переліки підстав його здійснення, і це не виступає підґрунтям для їх ліквідації.

§ 538 ЦПК Федеративної Республіки Німеччини визначає різновиди направлення справи на новий розгляд, зокрема за наявності

про це клопотання однієї із сторін та коли таке не вимагається [5]. Вважаємо, що такий критерій поділу на різновиди може бути запроваджений у національному законодавстві.

Згідно ст. 656 ЦПК Естонської Республіки рішення суду першої інстанції підлягає скасуванню, незалежно від обґрунтованості апеляційної скарги і наведених в ній обставин, із направленням справи на новий розгляд, якщо: було істотно порушено принцип судового слухання або гласності процесу; рішення постановлено стосовно особи, яка не була викликана до суду в порядку встановленому законом; справу було вирішено незаконним складом суду, зокрема, коли суддя повинен був заявити самовідвід; сторону представляла не уповноважена на те особа і сторона не схвалила її представництво в процесі; рішення не мотивоване згідно закону в суттєвому обсязі, і окружний суд не в змозі усунути цей недолік. Слід зазначити, що перелік таких підстав в ЦПК Естонської Республіки не є вичерпним, оскільки відповідно до ч. 2 вище наведеної статті суд наділений повноваженням щодо скасування рішення із направленням справи на новий розгляд до суду першої інстанції також у разі встановлення істотних порушень інших норм процесуального права, якщо вони не можуть бути усунені в апеляційному порядку [6]. Звичайно, враховуючи практичний досвід застосування вказаних повноважень національними судами, вказівка в ЦПК України на невичерпний, оціночний перелік підстав, на нашу думку, є неприпустимою і може призвести до зловживання ними.

Допускаючи як виняток подання нових доказів ЦПК Литовської Республіки передбачає повноваження суду на скасування рішення і направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції [7]. Фактично їх можна розділити на абсолютні підстави по скасуванню рішення і неабсолютні. Першу групу можна поділити на дві підгрупи: які не залежать від змісту апеляційної скарги та якими особа обґрунтовує апеляційну скаргу (ст. 329 ЦПК). До першої підгрупи належать: розгляд справи незаконним складом суду; вирішення судом першої інстанції питання про права і обов'язки особи, яка не була залучена до участі у справі; ухвалення рішення не тим суддею, який розглядав справу; рішення суду не мотивоване; відсутність у справі протоколу судового засідання, якщо справа розглядалась в усному порядку; порушення правил родової і територіальної підсудності; суд першої інстанції розглянув не всі вимоги, і цей недолік не може бути усунений апеляційним судом. До другої підгрупи відноситься: розгляд справи за відсутності кого не-будь із осіб, які беруть участь у справі, не повідомлених про час і місце судового засідання, якщо така особа таким чином обґрунтовує свою скаргу; порушення судом першої інстанції під час розгляду справи правила про мови, і особа, права якої були порушені, обґрунтовує цією обставиною свою апеляційну скаргу. До другої групи підстав для скасування судового рішення із

направленням справи на новий розгляд належить не дослідження обставин справи і якщо за доказами наявними в справі неможливо розглянути справу по суті в суді апеляційної інстанції (п. 2 ч. 1 ст. 327 ЦПК) [7]. Як зазначалось нами вище вважаємо, за необхідне закріпити в ЦПК України різновиди підстав, застосування яких б не залежало від змісту апеляційної скарги та якими б особа обґрунтувала апеляційну скаргу.

Відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 424, ч. 4 ст. 427 ЦПК Республіки Казахстан скасування рішення і направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції допускається в будь-якому випадку, якщо: справу розглянуто незаконним складом суду або з порушенням правил підсудності; під час розгляду справи були порушені правила про мову судочинства; суд вирішив питання про права і обов'язки осіб, які не брали участі у справі; рішення не підписано суддею або підписано не тим суддею, який розглянув та вирішив справу [9].

Слід зазначити, що у разі розгляду справи за відсутності кого не-будь з осіб, які беруть участь у справі, не повідомлених належним чином про час і місце судового засідання ЦПК Республіки Казахстан на відміну від ЦПК Литовської Республіки, наділяє апеляційні суди повноваженням прийняти справу до свого провадження для розгляду по суті за правилами суду першої інстанції. За наявності таких обставин суд апеляційної інстанції скасовує рішення суду першої інстанції, про що виносить ухвалу. В ухвалі зазначається про перехід до розгляду справи за правилами суду першої інстанції, дії, які належить вчинити особам, які беруть участь у справі, і строки їх вчинення. Вважаємо, що тут втрачається такий принцип побудови судової системи як інстанційність.

ЦПК Республіки Узбекистан (ст.ст. 314, 343) [10] у порівнянні із ЦПК Республіки Казахстан містить ширше коло підстав для скасування рішення і направлення справи на новий розгляд. Крім підстав, які закріплені у ЦПК Республіки Казахстан, до них він відносить також порушення таємниці нарадчої кімнати при ухваленні рішення; винесення судового рішення не тими суддями, які розглядали справу; відсутність протоколу судового засідання або він не підписаний. Також рішення скасовується із направленням справи до суду першої інстанції у разі розгляду справи за відсутності кого не-будь з осіб, які мають право на участь у судовому розгляді, які не повідомлені про час і місце судового засідання. Разом з тим ст.ст. 314, 343 ЦПК Республіки Узбекистан не передбачається застосування цього повноваження у разі порушення правил підсудності.

Відповідно до ст. 386 Республіки Польща суд другої інстанції може скасувати оскаржуване рішення і передати справу на новий розгляд у випадку, якщо суд першої інстанції, не розглянув спір по суті або якщо ухвалення рішення потребує проведення судового розгляду в повному об'ємі [8].

Отже, в ЦПК України слід закріпити наступні підстави для скасування рішення суду і направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції: справу розглянуто неповноважним суддею або складом суду; рішення ухвалено не тим суддею, який розглядав справу; суд вирішив питання про права та обов'язки осіб, які не брали участі у справі; суд першої інстанції розглянув справу поза межами заявлених вимог у зв'язку із чим вимоги, вказані в позовній заяві не були предметом його розгляду; справу розглянуто за відсутності будь-кого з осіб, які беруть участь у справі, належним чином не повідомлених про час і місце судового засідання; суд розглянув не всі вимоги і цей недолік відповідно до ЦПК України не може бути усунений шляхом ухвалення додаткового рішення. Останні дві підстави слід віднести до умовних підстав, тобто якщо ними обґрунтовується апеляційна скарга та у ній наявне клопотання про направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції. Усі інші підстави слід відносити до абсолютних підстав скасування рішення та направлення справи на новий розгляд.

Відповідно до ст. 307 ЦПК України суд апеляційної інстанції вправі скасувати рішення суду і ухвалити нове рішення. Разом з тим законодавець не регламентує чи можливе застосування вказаного повноваження у разі визнання позову відповідачем. Слід зазначити, що глава 1 «Апеляційне провадження» не вказує на можливість здійснення цього права в суді апеляційної інстанції. Відсутні відповідні роз'яснення в постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 18 «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку» [16]. Таке право є одним із розпорядчих прав відповідача, вважаємо, що відсутні перешкоди по його здійсненню в апеляційному провадженні. У разі прийняття визнання позову відповідачем суд апеляційної інстанції повинен наділятися повноваженням щодо ухвалення рішення про задоволення позову, без скасування попереднього (так як рішення, яке ухвалив суд першої інстанції, було законним та обґрунтованим, то відсутні підстави для скасування).

Не визначені чинним ЦПК України повноваження суду апеляційної інстанції у разі відмови позивача від позову, укладення сторонами мирової угоди в апеляційному провадженні (ст. 306). Вважаємо, що вони не можуть пов'язуватись із скасуванням рішення суду першої інстанції, і тому не впливають із ст. 310 ЦПК України та потребують окремого нормативного закріплення. Такі повноваження закріпленні зокрема у ст. 645 Естонської Республіки [6], ст. 410 Республіки Казахстан [9], ст. 330 Республіки Узбекистан [10], хоча у них вказується на необхідність скасування рішення суду першої інстанції.

Не регламентує глава «Апеляційне провадження» право осіб, на врегулювання спору в суді апеляційної інстанції в порядку медіації, і

відповідно повноваження суду, хоча можливість врегулювання спору у такий спосіб є досить актуальною в умовах сьогодення.

Не знайшли належного правового регулювання у ЦПК України повноваження щодо скасування рішення і закриття провадження у справі або залишити заяву без розгляду. Вважаємо, за необхідне вказати у ст. 310 ЦПК України винятки щодо застосування підстав, визначених ст.ст. 205, 207. На окремі проблеми застосування певних підстав залишення заяви без розгляду при апеляційному перегляді вказує У. Б. Воробель [17]. Прогресивним в плані формулювання правих конструкцій з цього питання є ЦПК Республіки Казахстан (ст. 428) [9].

Отже, повноваження апеляційного суду щодо скасування рішень потребують подальшого удосконалення. Розширення повноважень суду апеляційної інстанції, визначення на законодавчому рівні вичерпного переліку підстав їх застосування, забезпечити ефективність процедури перегляду в порядку апеляційного провадження, належний захист порушених, невизнаних, оспорюваних прав, свобод, інтересів, усуне можливість зловживань ними з боку суддів.

Список використаних джерел

1. *Гнатенко, А. В.* Повноваження апеляційного суду при перегляді рішення суду: теоретичні та практичні спірні питання [Текст] / А. В. Гнатенко, Д. Д. Луспенник // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 12. — С. 38–45.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV [Текст] // Офіційний вісник України. — 2004. — № 16. — Ст. 1088.
3. *Борисова, Е. А.* Апелляция в гражданском и арбитражном процессе [Текст] / Е. А. Борисова. — М.: Городец, 1997. — 160 с.
4. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI [Текст] // Офіційний вісник України. — 2010. — № 55/1. — Ст. 1900.
5. Гражданское процессуальное уложение Германии = Deutsche Zivilprozessordnung mit Einfuhrungsgesetz: Ввод. закон к Гражд. процессуальному уложению [Текст] : [пер. с нем.] / [В. Бергман, введ., сост.]. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 472 с. — (Серия «Германские и европейские законы», кн. 3).
6. Гражданский процессуальный кодекс Эстонской Республики от 20.04.2005 г. [Электронный ресурс] // Правовые акты Эстонии. — 2005. — № 15. — 28 декабря. — С. 1223–1498 ; Riigikantselei. — URL : http://www.riigikantselei.ee/arhiiv/rto/pae/2005/pae_nr18_28-12-2005.pdf.
7. Lietuvos Respublikos Civilinio Procesu Kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas (2002 m. vasario 28 d. Nr. IX–743) [Elektroninis išteklius] / Lietuvos Respublikos Seimas. — URL : http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=162435&p_query=&p_tr2=.
8. Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r. [Źródło Elektroniczne] / Legeo. — URL : <http://prawo.lego.pl/prawo/kodeks-postepowania-cywilnego-z-dnia-17-listopada-1964-r/>.

9. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31.10.2015 г. [Электронный ресурс] / Информационное агентство Zakon.kz. — URL : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34329053&doc_id=34329053#sub_id=1004796278_3&sub_id2=4010000&sel_link=1004796278_3.
10. Гражданский процессуальный закон Республики Узбекистан от 30.08.1997 г. [Электронный ресурс] / Налоговое и финансовое законодательство Узбекистана. — URL : http://lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=186098.
11. *Зейкан, Я. П.* Коментар Цивільного процесуального кодексу України [Текст] / Я. П. Зейкан. — К. : Юридична практика, 2006. — 560 с.
12. *Смельянова, І.* Апеляційний і касаційний перегляд судових рішень в цивільному судочинстві: теоретичні та практичні аспекти [Текст] / І. Смельянова // Право України. — 2004. — № 2. — С. 19–20.
13. Доповідь Голови Верховного Суду України В. Т. Маляренка на 7 з'їзді суддів України [Текст] // Судова апеляція. — 2006. — № 1 (2). — С. 10–22.
14. Проблеми у сфері правосуддя можна подолати лише системними заходами: у Президії Верховного Суду України та Раді суддів України [Текст] // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 5 (93). — С. 3–17.
15. *Бородін, М. М.* Оскарження і розгляд цивільних справ у порядку апеляції (судова практика) [Текст] / М. М. Бородін // Судова апеляція. — 2005. — № 1. — С. 111–120.
16. Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку : постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 р. № 18 [Текст] // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 11 (99). — С. 7–15.
17. *Воробель, У. Б.* Застосування інституту залишення заяви без розгляду на стадії апеляційного перегляду судових рішень [Електронний ресурс] / У. Б. Воробель // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». — 2012. — № 2 (6). — URL : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12vuepsr.pdf>.



МЕЛЬНИК Ярослав Ярославович,

кандидат юридичних наук,

Інститут законодавства Верховної Ради України,

м. Київ, Україна

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ВИСНОВКІВ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Висновки Верховного Суду України покликані гарантувати реалізацію основної функції права зі здійснення цивільного судочинства на предмет усунення в ньому прогалин. А тому вирішення питання щодо забезпечення їх виконання є надзвичайно актуальним, адже за таких умов досягається ефект стабільності та єдності судової практики, і це тоді, коли національна система цивільного судочинства перебуває у трансформаційному стані — євроінтеграційної модернізації приватного права.

Натомість на сьогодні інститут висновків Верховного Суду України не має єдино виробленої як наукової, так і практичної позиції, тим більше в контексті процедури забезпечення їх виконання. Не відстежується також визначеність та точність з огляду на конструкцію цивільного процесуального законодавства та практику його застосування у цьому аспекті. Як наслідок, це дає підстави вказати на те, що питання вироблення європейської моделі приватного права є невирішеним та потребує як детального дослідження доктринально, так і вироблення на цій основі чітких пропозицій щодо удосконалення вітчизняної системи цивільного судочинства, і, що особливо актуально, саме в контексті забезпечення виконання висновків Верховного Суду України.

Так, Н. С. Кузнецова підкреслює важливе значення таких правових висновків Верховного Суду України, оскільки вони, у першу чергу, є суттєвим інструментом забезпечення єдності судової практики [1]. А ось О. С. Захарова, доповнюючи думку вченої, відмічає, що в такий спосіб виражається насамперед необхідність реалізації принципу правової визначеності, ухвалення судами передбачених, прогнозованих рішень і стабільність правового регулювання на підставі правових позицій, висловлених ВСУ, вищими спеціалізованими судами при розгляді конкретних справ [1] тощо.

Я. М. Романюк та І. В. Бейцун вважають, що законодавче поширення обов'язковості судових рішень Верховного Суду України здійснюється в такий спосіб не лише на сферу здійснення правосуддя, а й на діяльність усіх суб'єктів владних повноважень, де, на думку дослідників, це може свідчити про наявність певних елементів

нормативного характеру зазначених правових висновків. Однак вчені знаходять проблемність у тому, що залишається відкритим питання про те, як інші особи мають співвідносити свою поведінку із правовими висновками Верховного Суду України: враховуючи безпосередньо чи опосередковано — лише передбачаючи потенційну можливість судового розгляду справи [2, с. 127]. Вважаємо, що слід погодитись із цією думкою, оскільки такі проблеми особливо справляють відповідний правовий тиск на цивільну процесуальну форму, повноту та мету стадій цивільного процесу, проваджень, власне, того процесуально-правового інструментарію, який стосується в таких реалізації прав та обов'язків при застосуванні матеріального та процесуального закону.

У той же час ст. 129 Конституції України визначено, що судді при здійсненні правосуддя незалежні та підкоряються лише закону. Відповідно до ст. 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» закріплюється положення у тому, що суди здійснюють правосуддя на основі Конституції і законів України та на засадах верховенства права. А ст. 13 цього Закону визначає, що «... висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду України, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права ...». Однак такі висновки «... враховуються іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм права ...», але «... суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів ...».

Зміст же ч. 1 ст. 360⁷ ЦПК України щодо правозастосовної діяльності суду та всіх суб'єктів владних повноважень вказує на те, що висновок Верховного Суду України стосовно застосування норми є для них обов'язковим, коли такі застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, який містить відповідну норму права. Однак суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів.

Більше того, законодавець застосовує таку термінологію, яка доволі неоднозначно сприймається щодо застосування чи дотримання позицій ВСУ, використовуючи такі формулювання як «висновок ... має враховуватися ...» або ж «... суд має право (чи зобов'язаний? — Я. М.) відступити від правової позиції ...» (абз. 2 ч. 1 ст. 360⁷ ЦПК України), «... з одночасним наведенням відповідних мотивів ... *передбачених пунктами 1, 2 частини першої статті 355 цього Кодексу* (ч. 2 ст. 214 ЦПК України — Я. М.)». Натомість не вказано, які критерії та обставини становлять чіткий законний спосіб відхилення від такої позиції або ж яка методика та критерії «врахування» висновків Верховного Суду України (її процедура), межі застосування, наслідки незастосування, статус таких висновків у співвідношенні до іншої

судової практики (рішень Конституційного Суду України, Європейського суду з прав людини), суперечності самих висновків один одному тощо.

Отже, аналізуючи законодавчу конструкцію висновків ВСУ, що постановляються в цивільних справах в порядку ст. 355 ЦПК України, важливо предметно насамперед вказати на правову її природу, де їх обов'язковість позначається певною специфічним та по-своєму унікальним процесом втілення в правозастосовній діяльності, а саме:

(а) поширюється як на всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права, а також на суди нижчестоящої інстанції;

(б) постановлення таких висновків ВСУ характеризується певними правовими наслідками для таких суб'єктів, де за невиконання судових рішень (постанов, у яких сформовані висновки ВСУ) тягне за собою відповідальність, установлену законом (ч. 2 ст. 360⁷ ЦПК України);

(в) в особливих процесуально-правових ситуаціях законодавець відступає від вимог «обов'язковості», чим надає можливість вирішити справу відповідно до справедливості та розумності, керуючись принципом верховенства права, а не закону.

Відтак, за результатами передбаченої законом певної процедури та механізму постановлення висновків Верховним Судом України тощо, можливо виокремити субінститут *забезпечення* виконання рішень Верховного Суду України. Таким чином, увага повинна акцентуватися у цьому дослідженні саме на процедурі забезпечення виконання рішення як Верховним Судом України, так й іншими правозастосовними суб'єктами.

Інститут виконання рішення (його висновків) ВСУ позбавлений повноцінної функції «примусового» їх виконання в розумінні виконання рішення суду в цивільній справі, що здійснюється в порядку розд. VI ЦПК України та Закону України «Про виконавче провадження». Тому, як уявляється, забезпечення виконання висновків зводиться до певної специфіки, особливості якої полягає в застосуванні процедури правового регулювання щодо їх виконання, та пов'язане із причинами постановлення їх Верховним Судом України. Це відкидає тінь на процесуально-правовий режим їх виконання, а відтак забезпечення у такому, адже ті рішення, які постановлені в рамках пп. 1, 2 та 4 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, є однопроцедурними в правовому регулюванні забезпечення їх виконання, так як постановляються з метою вироблення єдиної судової практики при застосуванні матеріального та процесуального закону судами нижчої інстанції. Їх предмет виконання спрямований виключно на правозастосовну діяльність таких інстанцій та спрямований на забезпечення єдності та стабільності судової практики в рамках реалізації стадій цивільного

процесу та пов'язаної із ними діяльності з розгляду та вирішення цивільної справи.

Рішення, які стосуються порушення Україною взятих на себе міжнародних зобов'язань при захисті прав судом у цивільній справі (п. 3 цієї статті), є двопроцедурними в правовому регулюванні щодо забезпечення їх виконання. *По-перше*, предметом діяльності із забезпечення виконання постає не тільки контрольна функція Верховного Суду України в частині приведення у відповідність судової практики процесуальним шляхом, але й, *по-друге*, відповідних виконавчих органів згідно із Законами України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» та «Про виконавче провадження». Адже таке рішення є й виконавчим документом у відповідності до п. 9 ч. 2 ст. 17 Закону України «Про виконавче провадження», що передбачає додаткову процедурно-процесуальну діяльність.

Натомість висновки суду, які постановлені Верховним Судом України з підстав, передбачених пп. 1, 2, 4 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, не є виконавчими документами, оскільки за такими процедура видачі виконавчих листів не зводиться до виконавчого провадження. Проте процедура забезпечення їх виконання покладається на спеціальний, суто цивільний процесуальний порядок та спосіб по однаковому застосуванню, який визначений цивільним процесуальним законом та контролюється Судовою палатою в цивільних справах Верховного Суду України (ст. 353 ЦПК України, п. 6 ч. 2 ст. 38 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»).

Варто звернути увагу й на те, що завдяки закріпленню положення у ч. 2 ст. 212 ЦПК України процедура «обов'язковості» набуває дещо іншого характеру, чим, по суті, відображається дефектність цивільної процесуальної форми в контексті забезпечення виконання висновків судами I, II та III інстанцій в зв'язку із наданими їм такими повноваженнями, адже в контексті нормативного положення цієї статті відмічається, що «... суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів ...».

Фактично цією нормою надається можливість утворити самостійно судову практику окремо судом I, II та III інстанцій, яка буде утворювати особливості у вирішенні тієї чи іншої категорії справи, але не бути при цьому керівною і прецедентною та обов'язковою до виконання «... усіма суб'єктами та судами загальними судами, які застосовують цю норму ...». Очевидним є те, що законодавчо утворилася можливість для формування певного пласту судової практики із розгляду та вирішення цивільного спору, а відтак можливість ухилитися від виконання імперативної норми ч. 2 ст. 360⁷ ЦПК України, однак не більше. А з іншого — система забезпечення виконання таких рішень, як регулювання вирішення унікальних

правовідносин, що склалися, втрачається, так як не передбачена процесуальним законом.

Варто мати й на увазі те, що Верховний Суд України наділений повноваженнями процесуальної можливості впливати на формування судової практики, але тільки Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ (у контексті ст. 355 ЦПК України як касаційної інстанції). Проте останній позбавлений такої можливості як в апеляційній та першій інстанції. Натомість у цьому контексті виконання судами I, II та III інстанцій рішень, у яких містяться висновки, що винесені ними по конкретній унікальній справі в рамках «відступлення», не є можливим з огляду на дихотомію ієрархічності судових інстанцій при виробленні судової практики, а її обов'язковість нівелюється.

Такі обставини можуть призводити до порушення стабільності застосування судами нижчої інстанції єдиних підходів до розгляду та вирішення цивільних справ, відслідковуватиметься неефективність застосування норми цивільного процесуального законодавства тощо, а відтак мета цивільного судочинства не досягатиметься.

Тому коли ставиться питання про «забезпечення виконання» висновків ВСУ, очевидно, мається на увазі низка процесуальних інструментів, за допомогою яких Верховний Суд України уповноважений забезпечити єдність судової практики відповідно до спеціального закону (п. 6 ч. 2 ст. 38 Закону України «Про судоустрій та статус суддів») через систему дотримання стабільності цивільного судочинства, що викликає необхідність їх виявлення.

Попри наведену характеристику субінституту забезпечення виконання висновків ВСУ, слід також вказати на те, що інструментом впливу на I, II та III інстанцію може бути механізм, який використовується за процесуальною аналогією, як, наприклад, процесуальним інститутом окремих ухвал. Чому в рамках аналогії? Тому що інститут окремих ухвал для процесуальної діяльності Верховного Суду України як суду IV інстанції, в межах яких здійснюється також цивільне судочинство з розгляду цивільної справи, не передбачений. Проте такий передбачений як засіб процесуального впливу тільки для I, II, та III інстанцій (ст.ст. 211, 320, 359 ЦПК України). Однак аналогія в цьому контексті є допустимою.

Так, на думку деяких вчених-практиків, застосування аналогів у процесі є доцільним та можливим, оскільки критерієм вибору правової норми, що підлягає застосуванню, є подібність відносин, які регулюються цією нормою, і відносин, що потребують врегулювання за аналогією. Ступінь подібності таких відносин є критерієм вибору правової норми, що буде застосовуватись за аналогією, із декількох норм, які теоретично могли б застосовуватись за аналогією до таких відносин. При цьому, подібність відносин визначається за їх правовим режимом. Зрештою, дослідники додають, що «вимога правової

визначеності входить до змісту принципу верховенства права, а тому цей принцип є підставою для застосування за аналогією норм процесуального права, у тому числі у сфері дії Цивільного процесуального кодексу ...» [7, с. 679, 706].

Отож, по суті, «забезпечення виконання» висновків ВСУ впливає із властивостей цивільної процесуальної форми, елементом якої є режим «як система правових засобів та методів» [8, с. 71], що їх втримує, тобто режим цивільної процесуальної безпеки¹. А тому основна ідея законодавця в забезпеченні виконання та дотримання висновків ВСУ криється в тому, щоб уникнути порушення стабільності дії цивільної процесуальної системи, цивільної процесуальної форми, а відтак — не поставити під сумнів ефективність захисту прав, свобод та інтересів судом, забезпечивши єдність та стабільність судової практики, тощо. Адже в іншому разі з'являтимуться умови, які призводитимуть до зміни режиму виконання висновків ВСУ та його забезпечення, а як наслідок — цивільної процесуальної форми, що є неприпустимим.

Відтак в умовах модернізації приватного права *режим цивільної процесуальної безпеки* відіграє вкрай важливе значення також для *забезпечення виконання висновків ВСУ в цивільних справах*. Це пов'язано з тим, що такий, по суті, покликаний забезпечити дотримання процесуальної форми; утворює умови для забезпечення якісного та ефективного правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин між їх учасниками; а також, забезпечує системність дії цивільного судочинства, з метою повної, всебічної та своєчасної охорони і захисту цивільних прав та інтересів учасників цивільних процесуальних правовідносин судом, на підставі забезпечення дії європейських стандартів щодо верховенства права при здійсненні правосуддя у цивільних справах тощо.

Висновки. Отож на підставі викладеного можливо прийти до висновку, що цей субінститут засновується на принципах цивільного процесуального права: дотримання законності та обов'язковості судових рішень у виконанні судових рішень; а також інших міжгалузевих принципах тощо. Звідси його міжгалузевість проявляється в тому, що він охоплюється у правовому регулюванні не суто процесуальною природою та механізмом виконання, оскільки, з одного боку він виникає в цивільному судочинстві з огляду на процесуальну діяльність

¹ Під поняттям *цивільна процесуальна безпека* нами розуміється процесуально-правовий режим, який покликаний забезпечувати та гарантувати стабільність дії цивільної процесуальної системи як за внутрішнім критерієм (на рівні здійснення цивільного судочинства, забезпечення захисту прав та інтересів учасників цивільного процесу), так і за зовнішнім критерієм (на рівні процесуального суверенітету, регулювання процесуальної політики по трансформації у доктрину та законодавство інновацій) щодо цивільного судочинства, встановлюючи при цьому над такими критеріями контроль заради збереження та охорони цілісності такої системи в рамках правової доктрини та цивільного процесуального законодавства [9, с. 54–55].

з розгляду і вирішення цивільної справи; з іншого — торкається інших галузей права саме у процесі виконання; застосування заходів, які встановлені законом за невиконання; їх принципів тощо.

За своєю структурою є складним, оскільки складається із елементів інших інститутів — принципів цивільного процесуального права, цивільної процесуальної форми, доказів та доказування, набрання законної сили, процедури виконання, процесуальних наслідків невиконання, і т.д.

Одночасно відстежується суто цивільна процесуальна його природа походження. Утім, деяка категорія таких висновків не пов'язана зі стадією виконавчого провадження, яка притаманна інституту виконання рішення, ухваленого судом у тій чи іншій цивільній справі. Тому акценти контрольної функції суду зміщуються подекуди на суто правозастосовну діяльність у рамках цивільного судочинства.

Мета впровадження та дії цього субінституту полягає в удосконаленні процесуального механізму регулювання цивільних процесуальних правовідносин — забезпечення виконання рішень Верховного Суду України, тобто врегулювати процедуру виконання рішень Верховного Суду України заради стабілізації та єдності судової практики, усунення прогалин матеріального та процесуального закону, дотримання принципів верховенства права у цивільному судочинстві та європейських стандартів, вироблення єдиної європейської моделі приватного права тощо.

Функція субінституту щодо «забезпечення виконання висновків ВСУ» полягає також у забезпеченні передбачуваності (прогнозованості) судової практики, забезпечення остаточності судових рішень, єдиних підходів до застосування рішень Європейського суду з прав людини та його практики, виконаності взятих на себе Україною міжнародних зобов'язань з дотримання Конвенції з прав людини і основоположних свобод, ряду рекомендацій Ради Європи з питань здійснення та удосконалення правосуддя; забезпечення доступу до правосуддя, забезпечення права на справедливий суд тощо. Це дає підстави стверджувати, що *субінститут забезпечення виконання висновків Верховного Суду України є елементом режиму цивільної процесуальної безпеки.*

Субінститут забезпечення виконання висновків ВСУ є, по суті, охоронним, оскільки спрямований на дотримання у виконанні рішень суду, стабілізації судової практики, правозастосовного процесу, єдності судової практики тощо. Більше того, в силу дії охоронних норм виконання висновків ВСУ забезпечується гарантією у спосіб притягнення до відповідальності за недотримання при правозастосовній діяльності в цивільному судочинстві таких висновків. Питання суб'єктів, меж та процедури «притягнення» до відповідальності, на нашу думку, попри всю складність інституту

відповідальності в цивільному процесі, стосується, насамперед, процесу правозастосування і може тягнути за собою певні наслідки процесуального впливу, які пов'язані виключно із таким правозастосовним процесом — не тільки виконання, але й дотримання закону в своїй правозастосовчій діяльності судом, іншими суб'єктами владних повноважень.

Та, зрештою, надана законодавцем можливість до дискреції щодо ухилення від виконання висновків ВСУ може нівелювати в певному обсязі сенс обов'язковості, а як наслідок — стабільність, прогнозованість, ефективність та якість судової практики, адже надання можливості суду нижчестоящої інстанції піти «іншим шляхом» за чинного законодавства у вирішенні справи як у сенсі застосування матеріального, так і процесуального закону, по суті, підриває стабільність рішень суду, а отже, субінститут «забезпечення виконання висновків ВСУ» зводиться нанівець як такий.

Список використаних джерел

1. Узгодженість судової практики: європейський досвід, практичні та теоретичні аспекти: Верховний Суд України. — *Круглий стіл*, 24.11.2014 р. [Електронний ресурс] / Верховний Суд України. — URL : http://sc.gov.ua/ua/golovna_storinka/vidbuvsja_kruglij_stil_na_temu_uzgodzhenist_sudovoj_praktiki_jevropejskij_dosvid_praktichni_ta_teor.html.
2. *Романюк, Я.* Правова природа обов'язковості рішень Верховного Суду України та вдосконалення механізму забезпечення єдності судової практики [Текст] / *Я. Романюк, І. Бейцун* // *Право України*. — 2012. — № 11–12. — С. 122–136.
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618–IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
4. Про виконавче провадження: Закон України від 21.04.1999 р. № 606–XIV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/606-14>.
5. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453–VI [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>.
6. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477–IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.
7. Новітнє вчення про тлумачення правових актів [Текст] : навч. посіб. [з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять спеціальну підготовку] / *В. Г. Ротань, І. Л. Самсін, А. Г. Ярема та ін.* ; відповід. ред., кер. авт. кол. *В. Г. Ротань*. — *Х.* : *Право*, 2013. — 752 с.
8. *Спицин, И. Н.* Транспарентность в цивилистическом процессе [Текст] : монограф. / *И. Н. Спицин*. — *М.* : *Инфотропик Медиа*, 2013. — 348 с.

9. Актуальні проблеми інновацій в наукових технологіях сьогодення [Текст] : монограф. / [Мельник Я. Я., Мигаль С. М., Смірнов О. О. та ін.]. — Кіровоград : Поліграфія, 2014. — 353 с.



КОСОВСЬКИЙ Леонід Миколайович,

*Вищий спеціалізований суд України з розгляду
цивільних і кримінальних справ, м. Київ, Україна*

ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ РІШЕННЯ СУДУ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Конституційні гарантії щодо реалізації права кожного на судовий захист, передбачені ст. 55 Конституції України, втілюються шляхом реалізації процесуальних механізмів судового захисту прав і законних інтересів, зокрема й через ухвалення державними органами, що здійснюють судову владу, судових рішень.

Авторитет кожного прийнятого судового рішення, у тому числі й у цивільних справах з іноземним елементом, визначається його законністю, обґрунтованістю і справедливістю, впливає на суспільну свідомість, відіграє виховну роль, допомагає подоланню правового нігілізму. Судове рішення, впорядковуючи конкретні правовідносини між зацікавленими особами, покликане гарантувати захист порушених прав і охоронюваних законом інтересів. Рішенням суду по суті справи закінчується процес і підтверджується наявність або відсутність спірних правовідносин, внаслідок чого отримують судовий захист права і законні інтереси громадян. Разом з тим рішення виносяться суддями, тобто людьми, а тому існує можливість помилки, через яку судовий акт не буде справедливим і може бути скасований.

Відповідно до ч. 1 ст. 209 ЦПК України судове рішення, яке проголошується іменем України, — це основний акт діяльності суду першої інстанції з розгляду і вирішення цивільної справи, зокрема з іноземним елементом. Саме судовим рішенням підводиться підсумок процесуальної діяльності суду та інших учасників процесу в певній цивільній справі, на ухвалення якого спрямована в основному вся їх діяльність.

Судовому рішенням у справах з іноземним елементом, як і будь-якому правовому явищу, притаманні певні загальні ознаки, що відокремлюють його від інших подібних явищ. Вважаємо, що до ознак категорії «судове рішення» варто віднести:

- 1) судові рішення є актом органу судової влади;
- 2) вольовий характер цього акта;
- 3) процесуальний документ;
- 4) правозастосовний акт;
- 5) зв'язок з нормами міжнародного права, що застосовується до спірних відносин з іноземним елементом;
- 6) спрямованість на захист прав, свобод і законних інтересів фізичних, юридичних осіб та держави.

Безумовним є те, що поняття «судові рішення в цивільних справах» охоплює ознаки «правомірна поведінка» (враховуючи повноваження на здійснення судочинства судами й ухвалення судових рішень, надані ст. 124 Конституції України та мету цивільного судочинства, визначену ст. 1 ЦПК України) та «офіційний документ» (судове рішення відповідно ст. 209 ЦПК України, ухвалюється у формі документа — рішення, постанови, наказу або ухвали).

Юридичне значення судових актів полягає в тому, що вони покликані оформляти юридичну діяльність, що відбулася й в основі якої лежить конституційний принцип законності як основний принцип правової системи, позначати її етапи та інформувати про відповідні результати своєї діяльності, які знаходять свою форму виразу в рішеннях судів та інших актах органів судової влади. Ю. А. Тихомиров і І. В. Котелевська відносять результати згаданої діяльності органів судової влади до правових актів і виділяють такі їхні ознаки: правозастосовний характер і прийняття їх суворо відповідно до норм закону; самостійність і незв'язаність актами інших органів; індивідуалізованість змісту у зв'язку з конкретністю справи, що розглядається, спору, що розглядається; предметна оцінка рішень у касаційному порядку і в порядку нагляду; прийняття рішень у суворо процесуальних рамках відповідно до КПК України, ЦПК України та ін.; спеціальні вимоги до побудови тексту акта [1, с. 229].

Судове рішення у цивільних справах з іноземним елементом, безумовно, є актом, оскільки приймається судом, тобто повноважним органом державної влади, внаслідок вчинення правомірних дій зі здійснення правосуддя, передбачених Конституцією та законами України, шляхом підтвердження іменем України правовідносин, права або факту в формі документа, передбаченого цивільними процесуальними нормами. Лише суди відповідно до Конституції та цивільного процесуального законодавства України наділені правом ухвалення специфічної форми вольових актів, яким є судові рішення.

Власне, в судовому рішенні реалізуються властивості, що в науці цивільного процесу позначаються термінами «теорія «наказу» і «теорія «підтвердження»». Так, М. Й. Штефан виокремлює у судовому рішенні елементи імперативного характеру, наказу, примусової сили держави та елементи декларативного характеру — підтвердження наявності або відсутності між сторонами спірних правовідносин, права чи факту, що

має юридичне значення. Він вважає, що сутність судового рішення полягає саме в тому, що воно є основним і найважливішим актом правосуддя, ухваленим у передбаченому законом порядку ім'ям України і спрямованим на захист гарантованих Конституцією України прав, свобод та законних інтересів громадян й організацій, державних і суспільних інтересів, зміцнення законності і правопорядку, на запобігання правопорушенням, виховання громадян і посадових осіб на засадах поваги до Конституції, законів України, честі, гідності та рівності людини перед законом і судом [2, с. 405–407].

Саме на вольові дії держави, що базуються на конституційних принципах гарантованості захисту прав, свобод та інтересів людини, обов'язковості виконання судових рішень, передбачених ст.ст. 3, 129 Конституції України, може розраховувати особа, яка звертається за судовим захистом у цивільних справах з іноземним елементом. Вольовий характер судового рішення виражається також через забезпеченість виконання судового рішення з боку держави шляхом застосування до осіб, які ухилятимуться від виконання судового рішення, заходів юридичної відповідальності. Так, у разі відмови від добровільного виконання судового рішення, зміст якого втілений у виконавчому документі — виконавчому листі, відповідно до ст. 28 Закону України «Про виконавче провадження», з боржника стягується виконавчий збір у розмірі 10 % від несплаченої суми боргу [3]. Крім того, в разі умисного невиконання судового рішення винна особа може бути притягнута й до кримінальної відповідальності зокрема за ознаками злочину, передбаченого ст. 382 КК України [4]. Тому владний характер судового рішення в цивільних справах з іноземним елементом проявляється через владні, обов'язкові для виконання визначеним або невизначеним колом осіб вказівки, що містяться в судовому рішенні, наказі про вчинення певних дій (або утримання від дій) відповідно до закону, забезпечення виконання судового рішення, яке приймається у встановленій законом процесуальній формі.

Важливою ознакою судового рішення є те, що він є процесуальним документом, який повинен відповідати вимогам, встановленим законом. Судове рішення, виходячи з аналізу норм ЦПК України, — це завжди процесуальний документ, оскільки виноситься в певній процесуальній формі й у визначеному законом порядку, має зазначені в законі зміст і реквізити.

Поряд з вказаними вище ознаками судове рішення є правозастосовним актом, оскільки вирішення цивільної справи, зокрема з іноземним елементом, засноване на застосуванні судом норм матеріального права до встановлених обставин з суворим дотриманням норм процесуального права. Отже, кожне судове рішення — це конкретно виражена норма права, яка, будучи конкретизованою судом, стає безсумнівною за своїм змістом та отримує граничну визначеність.

Як правозастосовний акт рішення суду характеризується певними властивостями:

- а) постановляється тільки органом судової влади;
- б) має індивідуальний характер і конкретних адресатів;
- в) є юридичним фактом, що призводить до виникнення, зміни чи припинення правовідносин [5, с. 79].

Правозастосовні властивості судового рішення витікають з принципу законності, передбаченого ст. 213 ЦПК України, відповідно до якого законним є рішення, яким суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства, вирішив справу згідно із законом. Тобто згаданий принцип імперативно пов'язує законність судового рішення з такими важливими елементами, як застосування норм матеріального права, дотримання, виконання та використання норм процесуального права.

Суд при розгляді цивільної справи з іноземним елементом застосовує норми матеріального права до фактичних обставин, що є предметом судового розгляду, протягом усього розгляду справи. У застосуванні судом норм права варто виокремити певні стадії, які полягають у:

- 1) юридичній кваліфікації фактичних відносин сторін;
- 2) правильному визначенні права, яке повинно застосовуватися до спірних правовідносин з урахуванням іноземного елемента;
- 3) правильному усвідомленні судом змісту і значення норми, тобто правильному її витлумаченні;
- 4) встановленні в резолютивній частині рішення правових висновків, передбачених диспозицією та санкцією норми права, що застосовується.

Проте принцип законності судового рішення пов'язаний не лише з правильним застосуванням норм матеріального права, але й з дотриманням змісту і вимог норм процесуального права. Вважаємо досить цікавою думку Є. Г. Пушкаря, який вважав, що оскільки судові рішення є актом правосуддя, то при розгляді та вирішенні справи обов'язковим є суворе та точне дотримання процесуального законодавства. Процесуальна форма провадження цивільних справ внутрішньо властива правосуддю й є обов'язковою умовою законності рішення, оскільки вона є гарантією права сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, на судовий захист [6, с. 26].

Норми цивільного процесуального права, що встановлюють певний порядок діяльності суду при вирішенні цивільних справ, є не просто технічними правилами, як вважає О. Шиманович, а послідовною системою норм, які забезпечують повне та всебічне дослідження справи, що, у свою чергу, є необхідною передумовою правильного вирішення спору. Будь-яке процесуальне правило прямо чи опосередковано сприяє правильному вирішенню справи [7, с. 57].

Шляхом застосування норм процесуального права суд вирішує низку питань, пов'язаних з виникненням, розвитком, зміною та припиненням процесуальних правовідносин. Завдяки дотриманню, виконанню та використанню норм процесуального права суд має можливість встановлювати належну та можливу поведінку суб'єктів цивільних правовідносин, що звернулися за судовим захистом, і тим створювати передумови для належного проведення процесу та правильного вирішення спору. Наслідком правильного застосування судом норм матеріального і процесуального права є його кінцевий результат, виражений у рішенні, що набрало законної сили, тобто визнаному законним та обґрунтованим. Наслідки ж допущення помилок у процесі застосування права неминуче потягнуть постановлення судом незаконного рішення, що відповідно до ст. 309 ЦПК України є однією з підстав для скасування рішення суду першої інстанції й ухвалення нового рішення або його зміни. Іноді помилка, допущена судом на одній із стадій, зумовлює допущення помилок на подальших стадіях правозастосування.

Варто звернути увагу на невідале визначення законодавцем правових підстав для скасування рішення суду першої інстанції й ухвалення нового рішення або його зміни, передбачених п. 4 ч. 1 ст. 309 ЦПК України з мотивів порушення або неправильного застосування судом норм матеріального або процесуального права. Так, порушенням чи неправильним застосуванням судом норм матеріального права відповідно до ч. 2 ст. 309 ЦПК України є: застосування закону, який не поширюється на ці правовідносини, чи незастосування закону, який підлягає застосуванню. Але, як правильно зазначив М. І. Ткачов, неприпустимо протиставлення понять «порушення» та «неправильне застосування» закону, у зв'язку з тим, що порушення судом матеріально-правових норм виявляється саме в їх неправильному застосуванні [8, с. 84]. З урахуванням цього вважаємо за доцільне виключити з тексту ч. 2 ст. 309 ЦПК України слово «порушення», з огляду на те, що застосування є єдиною формою реалізації судом правових норм, і незаконність рішення виявляється саме в неправильному їх застосуванні.

Крім того, не можна не погодитися з думкою О. Шиманович, яка вважає недоліком ч. 2 ст. 309 ЦПК України те, що вона не передбачає такої підстави незаконності рішення, як неправильне тлумачення норми матеріального права, адже тлумачення закону дається в усіх випадках його застосування з метою встановлення змісту закону та з'ясування волі законодавця. Тлумаченням розкривається юридичний склад норми права, факти, що зумовлюють виникнення, зміну чи припинення правовідносин, його зміст і наслідки порушення [7, с. 57].

З урахуванням приписів Європейської конвенції, Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [9] вважаємо, що не лише

незастосування закону, який не поширюється на ці правовідносини, чи незастосування закону, який підлягає застосуванню, а також здійснення судом неправильного тлумачення закону повинні бути підставою для скасування або зміни судового рішення. Такими підставами може бути неправильне застосування судом норми міжнародного права, незастосування норми міжнародного права, яка підлягала застосуванню, застосування судом норми міжнародного права, яка не підлягала до застосування, а також надання судом неправильного тлумачення норми міжнародного права.

Наявність іноземного елемента в цивільній справі, необхідність застосування певних норм права інших країн, міжнародних конвенцій при розгляді таких справ вимагає від суду розтлумачення їх змісту в судовому рішенні. Тому вважаємо за доцільне внести зміни до ч. 2 ст. 309 ЦПК України і викласти її у наступній редакції: «2. Норми матеріального права вважаються неправильно застосованими, якщо суд застосував закон або норми міжнародного права, які не підлягали застосуванню; суд не застосував закон або норми міжнародного права, які підлягали застосуванню; суд здійснив неправильне тлумачення закону або норми міжнародного права».

Варто звернути увагу на особливу ознаку, яка притаманна лише судовим рішенням у цивільних справах з іноземним елементом та нерозривно пов'язана з попередньою ознакою — зв'язок з нормами міжнародного права, що застосовується до спірних відносин з іноземним елементом.

Відповідно до ч. 1 ст. 8 ЦПК України суд вирішує справи згідно з Конституцією України, законами України та міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства (ч. 1 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» [10]). До міжнародних угод, якими врегульовано правила міжнародного цивільного процесу, належать двосторонні та багатосторонні договори, підписані Україною, та угоди колишнього СРСР, які зберігають юридичну силу для України.

Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то відповідно до ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» застосовуються правила міжнародного договору.

При цьому суди згідно з п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р. № 9 повинні враховувати, що суд не може застосовувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше як міжнародний договір. У той же час

міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України [11].

Норма ст. 7 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлює, що при визначенні права, що підлягає застосуванню, суд чи інший орган керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом. Якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі праву України чи відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення правом України, то при їх правовій кваліфікації також враховується право іноземної держави. Оскільки постановленням судового рішення закінчується основний етап судочинства — розгляд цивільної справи з іноземним елементом по суті, то в цілому вважається досягнутою і його мета, передбачена ст. 1 ЦПК України — захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. У судовому рішенні одержують захист права й інтереси сторін та інших осіб, чий спір вирішувався судом. Якщо позов був цілком задоволений, то в рішенні одержують захист права й інтереси позивача; якщо в позові було відмовлено, то захист одержують права й інтереси відповідача від безпідставних вимог позивача; якщо ж позов задоволений частково рішенням в одній частині — захищаються права позивача, а в іншій — права відповідача [12, с. 138].

На підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що рішення суду у справах з іноземним елементом є правозастосовним актом правосуддя, оформленим у письмовій формі у вигляді процесуального документа (рішення, ухвали, постанови або судового наказу), що захищає суб'єктивні права, свободи та інтереси сторін, держави, є підсумком судової діяльності щодо розгляду і вирішення справи по суті, містить державновладне індивідуальне розпорядження щодо застосування норм права до конкретних правовідносин та їх суб'єктів.

Список використаних джерел

1. *Тихомиров, Ю. А.* Правовые акты [Текст] : учеб.-практ. и справ. пособ. / Ю. А. Тихомиров. — М. : Юринформцентр, 1999. — 381 с.
2. *Штефан, М. Й.* Цивільне процесуальне право України: академічний курс [Текст] : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. Й. Штефан. — К. : Ін Юре, 2005. — 624 с.
3. Про виконавче провадження : Закон України від 21.04.1999 р. № 606–XIV, у ред. Закону від 04.11.2010 р. № 2677–VI [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/606-14>.
4. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25. — Ст. 131.

5. *Усенко, В. Ф.* Цивільний процес [Текст] / В. Ф. Усенко, Л. А. Гарбовський, Д. І. Минюк ; Нац. акад. держ. податк. служби України. — Ірпінь, 2005. — 312 с.
6. *Пушкарь, Е. Г.* Исковое производство в советском гражданском процессе (Процессуальные последствия возбуждения дел) [Текст] / Е. Г. Пушкарь. — Львов : Выща школа, 1978. — 199 с.
7. *Шиманович, О.* Вимоги, що пред'являються до судового рішення у цивільному процесуальному законодавстві [Текст] / О. Шиманович // Підприємництво, господарство і право. — 2009. — № 11. — С. 56–60.
8. *Ткачев, Н. И.* Законность и обоснованность судебных постановлений по гражданским делам [Текст] / Н. И. Ткачев. — Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1987. — 110 с.
9. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 30. — Ст. 260.
10. Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004 р. № 1906-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 540.
11. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : постанова Пленуму Верховного Суду України від 01.11.1996 р. № 9 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96>.
12. *Шиманович, О. М.* Проблема сутності (юридичної природи) судового рішення у цивільному процесуальному праві України [Текст] / О. М. Шиманович // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. — 2004. — № 60–62. — С. 137–140.



ШТЕФАН Анна Сергіївна,

кандидат юридичних наук,

Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності

Національної академії правових наук України,

м. Київ, Україна

ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПРАВО ЧИ ОBOB'ЯЗОК?

Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 60 ЦПК України кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, крім випадків, встановлених ст. 61 цього ж Кодексу. Будучи одним із засобів реалізації принципу раціональної процесуальної форми цивільного судочинства, розподіл тягара доказування формує доцільну та пропорційну участь у доказовій діяльності сторін і третіх осіб, завдяки чому досягається

оптимальний порядок з'ясування обставин, які становлять підставу заявлених у справі вимог і заперечень та мають інше значення для правильного вирішення справи.

У доктрині цивільного процесуального права неодноразово зверталася увага на специфічне значення обов'язку з доказування, невиконання якого не тягне застосування яких-небудь санкцій, а може мати наслідком негативне рішення щодо обставини, обов'язок з доказування якої не виконано. Тривала наукова полеміка поки не призвела до вироблення однозначного розуміння обов'язку з доказування: з однієї сторони, подаються аргументи доцільності вживання терміна «тягар доказування» як такого, що більшою мірою відповідає змістові цього явища, з іншої — обґрунтовується термінологічна правильність дефініції «обов'язок доказування». Перш ніж дати оцінку таким висновкам і пропозиціям, необхідно визначити, чи є доказування правом чи обов'язком осіб, які беруть участь у справі.

Дискусія щодо віднесення судового доказування до права чи обов'язку є не новою, з цього приводу в сучасних процесуальних працях висловлено три основні підходи. Відповідно до першого доказування є правом. К. В. Гусаров погоджується з висловленою у доктрині думкою, що неможливо змусити позивача подати докази на обґрунтування позовних вимог, а відповідача — на обґрунтування заперечень, оскільки перший має право взагалі відмовитися від позову, другий — визнати позов [1, с. 136–137]. Як обґрунтовує В. В. Молчанов, покладення на сторону обов'язку доказувати факти означало б покладення на неї обов'язку захищати свої порушені чи оспорювані права та інтереси. Якщо сторона, реалізуючи своє право на звернення за судовим захистом, набувала б процесуальних обов'язків захищати свої права, в тому числі шляхом доказування, це суперечило б основоположним принципам цивільного процесу — диспозитивності та змагальності [2, с. 105].

Концепція «доказування є правом» зазнає критики з боку авторів, які пропонують підходити до вирішення цього питання з позиції процесуальних санкцій: за невиконання обов'язку з доказування в силу принципів диспозитивності та змагальності суд винесе несприятливе для сторони рішення [3, с. 148–149]. Такі твердження висловлюють представники другого підходу, згідно з яким доказування є обов'язком. Дослідники, які обстоюють цю точку зору, вважають, що доказування як обов'язок впливає зі змагальних засад цивільного судочинства, безпосередньо закріплюється у нормах чинного законодавства і відповідає теорії правовідносин, юридичний зміст яких становлять суб'єктивні права та суб'єктивні обов'язки [4, с. 24–25]. В. Д. Андрійцьо визначає доказування в контексті процесуально-правового статусу осіб, які беруть участь у справі, як цивільний процесуальний обов'язок, який діє протягом всього процесу доказування, має багато способів та форм виконання, породжує

негативні правові наслідки для особи, що його ігнорує [5]. Закон безпосередньо закріплює доказування як обов'язок і надає суб'єктам доказування різноманітні правові можливості для його виконання [6, с. 16].

Згідно з третім підходом доказування є одночасно і правом, і обов'язком. Прибічники цієї точки зору обґрунтовують її тим, що в судовому процесі сторони наділені правом захищати свою позицію, а отже, від їх розсуду залежить, чи надавати суду докази. Тобто доказування передусім є правом сторони, але якщо вона бажає виграти спір, то неминуче буде обтяжена поданням доказів, здатних переконати суд вирішити справу на її користь [7, с. 10]. Обов'язок з доказування виконується шляхом реалізації процесуальних прав з ознайомлення з матеріалами справи, подання доказів, участі в їх дослідженні тощо; подаючи доказ, сторона реалізує своє право на доказування та одночасно виконує обов'язок з доказування [8, с. 52]. Зміст права доказування утворюють правомочності на вчинення доказової діяльності в процесі, зміст обов'язку з доказування утворюють дії з подання доказів [9, с. 14–15].

Цікаво відмітити, що всі наведені підходи до розуміння обов'язку з доказування ґрунтуються на висновках щодо змісту принципу змагальності в його поєднанні з нормою про зобов'язання для особи, яка бере участь у справі, довести обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог та заперечень.

Щоб зрозуміти правову природу обов'язку з доказування, слід визначити, що є цивільним процесуальним обов'язком у цілому і чи відповідає його правовій конструкції обов'язок з доказування. Цивільний процесуальний обов'язок, будучи складовою змісту цивільних процесуальних правовідносин, характеризується такими сутнісними ознаками:

1) це вид, міра і якість необхідної поведінки суб'єкта цивільних процесуальних правовідносин;

2) існує лише в межах цивільного процесуального правовідношення, яке регулюється нормами цивільного процесуального права;

3) встановлюється з метою захисту гарантованих Конституцією прав, свобод та інтересів суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин;

4) є одним з найважливіших поряд з правами регуляторів, що забезпечують ефективність функціонування механізму правового регулювання;

5) забезпечується владним імперативним характером цивільних процесуальних норм, санкції яких обумовлені обов'язковою участю суду;

6) є базовим стандартом, який дозволяє в рамках єдиної цивільної процесуальної форми розглядати і вирішувати справи

цивільного судочинства одностайно, правильно і відповідно до встановлених процесуальних строків [10, с. 122].

Обов'язок з доказування, попри загальну відповідність зазначеним критеріям цивільного процесуального обов'язку, має істотну прогалину, а саме відсутність щодо нього владного імперативного характеру процесуальних норм у вигляді санкцій за його невиконання чи неналежне виконання. Усі без винятку дослідники, які вважають доказування обов'язком чи одночасно правом і обов'язком, обґрунтовують, що невиконання обов'язку з доказування тягне настання негативних наслідків у вигляді несприятливого рішення суду. Доречно зауважує В. В. Молчанов про процесуальні наслідки у вигляді визнання судом, що факт, про який твердить сторона, не існує (в силу того, що не був доказаний — А. Ш.), чи ухвалення несприятливого для неї судового рішення не є санкцією в правовому розумінні цього поняття. По-перше, санкції застосовуються за наявності правопорушення, яке в цьому випадку відсутнє. По-друге, визнання факту неіснуючим, ухвалення несприятливого для сторони судового рішення не є мірою державного примусу, а виступає наслідком недоведеності факту [2, с. 104].

Державний примус у цивільному судочинстві, як і державний примус у цілому, утворює передбачені санкціями (диспозиціями) правових норм заходи впливу на суб'єкта цивільних процесуальних правовідносин. Ці заходи забезпечують реалізацію покладених на суб'єкта обов'язків всупереч його волі або перешкоджають реалізації цим суб'єктом процесуального права з метою забезпечення нормального руху судочинства [11, с. 30]. Процесуальний закон не передбачає можливості такого впливу на особу, яка бере участь у справі, за невиконання нею обов'язку з доказування. Мова може йти тільки про настання несприятливих наслідків, які не є обов'язковими, невідворотними, такими, що неминуче настануть.

Уявімо цивільну справу, у якій відповідач подав заперечення проти позову, проте не подав жоден доказ, не здійснює ніяку доказову діяльність на підтвердження обставин, на які він посилається як на підставу своїх заперечень. Винесення несприятливого для цього відповідача судового рішення можливе лише за умови, що позивач здійснить доказування всіх обставин, які підтверджують позовні вимоги і підлягають доказуванню позивачем, що дасть підстави для задоволення позову. Проте позивач може втратити інтерес до справи і перестати брати в ній участь, може відмовитися від позову, може подати неналежні чи недопустимі докази. Врешті, позивач може помилятися щодо наявності у нього права, на захист якого пред'явлений позов; або судом буде встановлено, що право належить позивачеві, проте не було порушене; або судом буде встановлено, що позов пред'явлений не до тієї особи, яка має відповідати за позовом, і наш уявний відповідач є неналежним. Також можливі випадки, коли

відповідач подає лише частину доказів в обґрунтування своїх заперечень (тобто обов'язок з доказування не виконаний, адже ЦПК не передбачає можливості його часткового виконання), проте цей неповний, з точки зору обов'язку з доказування, масив доказів, поданий відповідачем, виявиться достатнім для спростування правомірності пред'явлення позовних вимог і відмови у задоволенні позову. Якби йшлося про цивільний процесуальний обов'язок, застосування санкцій до особи-порушника відбувалося б щоразу при невиконанні обов'язку з доказування в силу факту порушення і незалежно від взаємопов'язаних дій чи бездіяльності інших осіб, які беруть участь у справі. Проте, як проілюстровано вище, в судовій практиці можуть мати місце численні випадки, коли для відповідача, який не виконав обов'язок з доказування, ніякі несприятливі наслідки не настануть. Наведені міркування підтверджують неможливість віднесення обов'язку з доказування до цивільного процесуального обов'язку.

Що ж стосується віднесення доказування до обов'язку чи одночасно права та обов'язку, ці обидва підходи фактично мають таку конструкцію: «Обов'язок доказування є цивільним процесуальним обов'язком, тому доказування є обов'язком чи правом і обов'язком». Якщо вилучити з цієї конструкції обов'язок з доказування, який не є цивільним процесуальним обов'язком, жодних інших обґрунтувань віднесення доказування до обов'язку не залишається. Доказування є правом особи, яка бере участь у справі, на користь чого можна подати такі доводи.

Право на судовий захист є універсальною можливістю, реалізуючи яку, особа не стає носієм обов'язку із судового захисту. Жодна особа не зобов'язана захищати своє право, свободу чи інтерес й активно діяти в суді, відстоюючи свою позицію. Право на судовий захист і діяльність особи, спрямована на його реалізацію, залишаються її вибором, вільним від будь-яких засобів процесуального впливу. Особа може відмовитися від позову чи фактично перестати брати участь у справі у будь-який час без застосування до неї яких-небудь санкцій за відмову від судового захисту, за нездійснення захисту своїх прав, свобод чи інтересів.

Змагальність є конкурентною процесуальною поведінкою сторін у доказовій діяльності, де особи, які беруть участь у справі, мають рівні права і можливості, а суд здійснює сприяння цим особам у доказуванні в межах, встановлених законом. Якщо особа прагне досягти бажаного для себе результату, вона повинна докласти певних зусиль, спрямованих на доведення обставин, покладених в основу її позовних вимог чи заперечень проти позову. Проте ця необхідність не зобов'язує особу до здійснення доказової діяльності, а залишається її правом, яке особа вільно здійснює і яким вільно розпоряджається в силу принципу диспозитивності. Відмова особи від доказування не має своїм наслідком притягнення цієї особи до відповідальності за порушення чи

невиконання обов'язку з доказування, вся доказова діяльність особи відбувається з її ініціативи, а не під впливом примусу чи можливості застосування до неї санкцій.

Доказування могло б бути обов'язком в інквізиційній (слідчій) моделі цивільного судочинства, проте змагальні засади цивільного судочинства та дія принципу диспозитивності повністю нівелюють таку можливість. Доказування є правом особи, яка бере участь у справі, а щодо обов'язку з доказування, передбаченого абз. 1 ч. 1 ст. 61 ЦПК України, доцільно застосовувати термін «тягар доказування» як такий, що точніше відображає суть цього явища.

Список використаних джерел

1. *Гусаров, К. В.* Проблемы гражданской процессуальной правосубъектности [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Гусаров Константин Владимирович. — Х., 2000. — 201 л.
2. *Молчанов, В. В.* Основы теории доказательств в гражданском процессуальном праве [Текст] : учеб. пособ. / В. В. Молчанов. — М. : Зерцало-М, 2012. — 360 с.
3. *Балашова, И. Н.* Обязанность по доказыванию как мера должного поведения, определяющая правовое положение сторон в гражданском судопроизводстве [Текст] / И. Н. Балашова // Право. Законодательство. Личность. — 2012. — № 1 (14). — С. 147–149.
4. *Мохов, А. А.* Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве России [Текст] : учеб.-практ. пособ. / А. А. Мохов, А. Я. Рыженков / под ред. М. Г. Короткова. — Волгоград : Альянс, 2005. — 80 с.
5. *Андрійцо, В. Д.* Доказування обставин цивільної справи: право чи обов'язок? [Електронний ресурс] / В. Д. Андрійцо // Теорія і практика правознавства. — 2013. — Вип. 2 ; Національна бібліотека України ім. В. І. Вернадського. — URL : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/tipp_2013_2_14.pdf.
6. *Нахова, Е. А.* Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию [Текст] : автореф. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Е. А. Нахова. — Саратов, 2004. — 22 с.
7. *Руда, Т. В.* Докази і доказування в цивільному процесі України і США: порівняльно-правовий аналіз [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т. В. Руда. — К., 2012. — 21 с.
8. *Треушников, М. К.* Судебные доказательства [Текст] / М. К. Треушников. — М. : Городец, 2004. — 272 с.
9. *Бутнева, М. Ю.* Роль и место обязанности по доказыванию в механизме судебной защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / М. Ю. Бутнева. — Саратов, 2012. — 29 с.

10. *Бабаков, В. А.* Гражданская процессуальная обязанность [Текст] / В. А. Бабаков // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1997. — № 3. — С. 115–122.
11. *Нохрин, Д. Г.* Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве [Текст] : монограф. / Д. Г. Нохрин. — М. : Волтерс Клувер, 2009. — 256 с.



ШАМАНОВА Регина Александровна,
*Саратовская государственная юридическая академия,
г. Саратов, Российская Федерация*

ЦЕЛЕВЫЕ УСТАНОВКИ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Как справедливо отмечают украинские правоведы, «нужна реальная связь науки и судебной практики, чтобы усовершенствование теории стало основанием для усовершенствования законодательства и улучшения судопроизводства» [1, с. 339]. Такое усовершенствование теории невозможно без четкого понимания целей и задач судопроизводства, его целевых установок.

Основными целями гражданского судопроизводства, согласно ГПК РФ, является защита прав, свобод и законных интересов граждан. Об этом говорится и в ст. 1 ГПК Украины: «Задачами гражданского судопроизводства являются справедливое, беспристрастное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел с целью защиты нарушенных, непризнанных или оспариваемых прав, свобод или интересов физических лиц, прав и интересов юридических лиц, интересов государства».

Задачи гражданского судопроизводства также, в свою очередь, призваны обеспечивать правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных прав и законных интересов. Гражданское судопроизводство должно способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению и пресечению правонарушений, а также формированию уважительного отношения к суду, именно их выполнение позволяет определить критерии эффективности и своевременности осуществления правосудия по гражданским делам. Эти задачи соответствуют и ст. 6 Европейской конвенции по правам человека и основных свобод: «Каждый имеет право на справедливое и

публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

Вся система гражданского процессуального права подчинена задачам гражданского судопроизводства, что позволяет объединить все элементы процессуального механизма в целостную систему, которая и обеспечивает достижение целей гражданского судопроизводства. По мнению О. В. Исаенковой основным средством достижения целей гражданского судопроизводства является гражданская процессуальная форма, имеющая особенности применительно к различным видам гражданского судопроизводства [2, с. 62]. Автор предлагает доработать установленную модель правосудия так, чтобы основная цель судопроизводства — защита нарушенных или оспоренных прав и охраняемых законом интересов — достигалась наиболее оптимальным образом вне зависимости от того, какая категория дел подлежит судебному рассмотрению и разрешению [2, с. 67].

Целевыми установками более низкого уровня являются общие для всего гражданского судопроизводства такие задачи, как правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел. Они выступают в качестве средства по достижению конечных целей гражданского судопроизводства.

Именно здесь и имеет место проблема эффективности и достаточности процессуальных гарантий для обеспечения правильности и своевременности рассмотрения и разрешения гражданских дел. Чтобы добиться идеального результата, суд надлежащим образом должен осуществлять разбирательство по делу и обеспечивать соответствующее поведение участников процесса. Для этого суд разъясняет сторонам их права и обязанности, устанавливает сроки для совершения процессуальных действий, готовит дело к судебному разбирательству и т.д. Формальное отношение к исполнению данных требований недопустимо, т.к. это может повлечь за собой отмену вынесенного решения. От суда зависит, будет ли дело разрешено в разумный срок, поэтому Пленум Верховного Суда РФ специально указывает на необходимость повышения личной ответственности судей за рассмотрение дел в установленные сроки (п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 52 «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях» [3]). Нередко, суд, рассматривающий дело, проявляет медлительность, в связи с чем Верховный Суд РФ отмечал, что процессуальные действия суда могут обжаловаться в порядке, предусмотренном ГПК РФ, а вопрос о привлечении к ответственности судей за нарушение разумных сроков судебного разбирательства, иное нарушение, решается квалификационной коллегией судей [4].

Европейский суд по правам человека неоднократно акцентировал внимание на отсутствие в российском законодательстве

норм, устанавливающих механизмы воздействия на суд со стороны участников процесса. В Австрии, например, если суд проявляет медлительность, совершая процессуальные действия, то сторона вправе прибегнуть к специальному ходатайству о назначении срока, что прямо предусмотрено в параграфе 91 Закона Австрии о судостроительстве [5]. Такое ходатайство подается в вышестоящий суд через суд, рассматривающий дело.

Институт жалобы на медлительность процесса был известен в дореволюционном гражданском судопроизводстве. И такие жалобы подавались непосредственно в вышестоящий суд, т.к. странно было бы их подавать этому же суду. Е. В. Исаева предлагает возродить названный институт, т.к. необходимо усилить влияние сторон на суд в процессе, затягивающий его по своей вине [6, с. 27]. Подобные нормы уже нашли свое законодательное закрепление в некоторых странах, позволяющие бороться с затягиванием процесса [7, с. 118–120].

Вместе с тем, необходимо отметить, что правильное и своевременное рассмотрение и разрешение дела зависит не только от суда, т.к. пассивное поведение участников процесса также может создавать препятствия на пути решения законодательно закрепленных задач гражданского судопроизводства. Так, М. Г. Авдюков отмечал, что при пассивном отношении сторон к доказыванию своих требований и возражений он не выполнил бы и десятой доли возложенной на него работы, а главное, он не выполнил бы обязанности по установлению истины [8, с. 104–105]. Отметим, однако, что термин «истина» в современном ГПК не упоминается, что не означает прекращения научных дискуссий относительно обязанности суда по ее установлению.

Употребление в гражданском судопроизводстве двух понятий, таких как задачи и цели, требует последовательное развитие гражданского процесса. Задача практически всегда выступает в качестве средства достижения цели, но может выступать в качестве и самой цели. Так, задачи по правильному рассмотрению и разрешению дел является средством достижения целей всего гражданского судопроизводства. На стадии же подготовки дела к судебному разбирательству они выступают как ее конечные цели.

Правильность рассмотрения и разрешения гражданских дел тесно взаимосвязана с понятием законности в гражданском судопроизводстве, т.к. предполагает соблюдение при отправлении правосудия норм процессуального права.

Цели и задачи гражданского судопроизводства находятся в тесной взаимосвязи и нередко отождествляются (то, что требует выполнения одновременно является и тем, к чему стремятся, а выполнению задач всегда предшествует мысленный результат деятельности).

Столетие назад целью гражданского процессуального права считалась справедливость и вытекающая из нее истина [9]; другие

ученые называли в качестве цели осуществление материальных гражданских прав [10] третьи установление действительного правоотношения между сторонами и внушение этим уважения к закону и суду, укрепление правопорядка и способствование правильному развитию гражданского оборота [11].

«Справедливость» как требование досудебного процесса, судебного решения, деятельности суда присутствует во многих международных актах, которые касаются гражданского судопроизводства. Считаем, что категория справедливости обусловлена моральными качествами судьи, его беспристрастностью как субъекта права, действующего на основе независимости.

В правосудии справедливость обеспечивается на основе правильного установления фактических обстоятельств дела, правильного истолкования нормы права. Это возможно при условии соблюдения процессуальных сроков, принципов судопроизводства, а также осуществления правосудия беспристрастным и независимым судом на основе состязательности и равноправия сторон. То есть рассмотрение и разрешение гражданских дел в соответствии с требованиями материального права означает справедливое его разрешение, а задачи по правильному и своевременному рассмотрению и разрешению дел включают в себя и справедливость судопроизводства в целом.

Таким образом, гражданское процессуальное законодательство стремится устанавливать такой порядок рассмотрения и разрешения гражданских дел, при соблюдении которого предполагается осуществление общих для всего судопроизводства целей. И следовательно, общими задачами являются правильное, справедливое, беспристрастное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты прав, свобод и законных интересов граждан.

Выполнение данных задач и будет содействовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению совершения правонарушений, а также формированию уважительного отношения к закону и суду, т.е. будет служить средством реализации целей гражданского судопроизводства.

Список использованных источников

1. *Фурса, С. Я.* Перспективы реформирования гражданского процесса в Украине [Текст] / С. Я. Фурса, Е. И. Фурса // Перспективы реформирования гражданского процессуального права : сб. ст. по матер. Междунар. науч.-практ. конф. (г. Саратов, 21 февраля 2015 г.) / под ред. О. В. Исаенковой ; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». — Саратов : Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2015. — С. 337–340.
2. *Исаенкова, О. В.* Цели неисковых производств в гражданском процессе [Текст] / О. В. Исаенкова // История, теория и практика правового

- регулирования : материалы Международного симпозиума. — Владимир : ВГУ, 2008. — С. 62–67.
3. О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях : постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.12.2007 г. № 52 [Электронный ресурс] / Российская газета. — 2008. — Федеральный выпуск № 4561. — 12 января. — URL : <http://www.rg.ru/2008/01/12/sud-sroki-dok.html>.
 4. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 24.01.2005 г. № ГКПИ2005–77 [Электронный ресурс] / Закон России. — URL : http://www.lawrussia.ru/texts/legal_656/doc656a408x395.htm.
 5. Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Gerichtsorganisationsgesetz [Elektronische Ressourcen] / Bundeskanzleramt RIS Informationsangebote. — URL : <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000009>.
 6. *Исаева, Е. В.* Процессуальные сроки в гражданском и арбитражном процессе [Текст] / Е. В. Исаева. — М. : Волтерс Клувер, 2005. — 224 с.
 7. *Erecinski, T.* Recent developments in civil procedure in Poland [Text] / T. Erecinski // The recent tendencies of development in civil procedure law — between East and West. International conference. — Vilnius, 2007. — P. 111–122.
 8. *Авдюков, М. Г.* Принцип законности в гражданском судопроизводстве [Текст] / М. Г. Авдюков. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1970. — 203 с.
 9. *Азаревич, Д. И.* Правда в гражданском процессе: из теории гражданского процесса [Текст] / Д. Азаревич // Журнал гражданского и уголовного права. — 1888. — Год восемнадцатый. Книга первая. — С. 1–25.
 10. *Васьковский, Е. В.* К вопросу о значении признания в гражданском процессе [Текст] / Е. В. Васьковский // Право. — 1915. — № 6. — С. 356–370.
 11. *Рязановский, В. А.* Единство процесса [Текст] / В. А. Рязановский ; вступ. ст. М. К. Треушникова ; Фонд «Междунар. ин-т развития правовой экономики». — М. : Городец, 1996. — 75 с. — («Классика русской юридической литературы»).



ЛЕВКІВСЬКА Світлана Анатоліївна,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ОКРЕМІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РОЗГЛЯДУ СПОРІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАХИСТОМ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ

Україна понад двадцять років реформує свою судову систему, постійно вносячи зміни до чинного сімейного та цивільного процесуального законодавства. Однак ці зміни не мають системного характеру, як правило, пов'язані більше з реалізацією окремими депутатами законодавчої ініціативи, ніж з державними інтересами, комплексним баченням та підходом до реформування законодавства з метою приведення законодавства до європейських стандартів.

Актуальність теми дослідження зумовлена необхідністю вдосконалення сімейного та цивільного процесуального права, удосконалення чинного законодавства України та його приведення у відповідність із міжнародно-правовими актами, що регулюють права дитини, з урахуванням європейського вектору розвитку приватного права України, а також зміною правозастосовної діяльності судів у справах, пов'язаних з вихованням дітей. Слід зауважити, що актуальність визначається також відсутністю у судовій практиці єдиних підходів при розгляді спорів про дітей, проблемами, що виникають у ході виконання судових рішень по цій категорії справ.

На сьогодні нагальними проблемами чинного законодавства України є проблеми, які виникають та тісно пов'язані з вирішенням спорів між батьками, особами, які замінюють батьків, батьками та уповноваженими державою органами щодо виховання дітей, тобто проблема вирішення саме сімейних конфліктів.

Як свідчить практика, найбільш ефективною формою захисту сімейних прав та інтересів є юрисдикційна форма, оскільки саме вона здебільшого ототожнюється із судовим захистом, забезпечує особі захист порушеного або оспорюваного права. Саме в судовому порядку може бути захищене будь-яке порушене (оскаржене) право дитини.

Законом України від 29 червня 2004 р. «Про міжнародні договори України» встановлено: «Цей Закон встановлює порядок укладення, виконання та припинення дії міжнародних договорів України з метою належного забезпечення національних інтересів, здійснення цілей, завдань і принципів зовнішньої політики України, закріплених у Конституції України та законодавстві України» [1].

З огляду на положення Закону України «Про міжнародні договори України», частиною національного законодавства України стали міжнародні договори, ратифіковані Україною.

Україна як держава, яка ратифікувала Конвенцію про права дитини, взяла на себе обов'язок забезпечити якнайкращий захист прав дитини. Так, відповідно до ст. 3 Конвенції про права дитини, в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини. Держави-учасниці зобов'язуються забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручи до уваги права й обов'язки її батьків, опікунів чи інших осіб, які відповідають за неї за законом, і з цією метою вживають усіх відповідних законодавчих і адміністративних заходів. Держави-учасниці забезпечують, щоб установи, служби і органи, відповідальні за піклування про дітей або їх захист, відповідали нормам, встановленим компетентними органами, зокрема, в галузі безпеки й охорони здоров'я і з точки зору численності та придатності їх персоналу, а також компетентного нагляду [2].

Намагаючись удосконалити механізми захисту прав неповнолітніх у різних державах, Організацією Об'єднаних Націй було розроблено та впроваджено Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються здійснення правосуддя стосовно неповнолітніх — так звані Пекінські правила, які були прийняті 29 листопада 1985 р. Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 40/33, які вводять нові стандарти при здійсненні правосуддя щодо неповнолітніх. Однак, на жаль, при розгляді спорів, пов'язаних із вихованням дітей, і органи опіки та піклування (служби у справах дітей), і суди, попри існуючі міжнародні стандарти, майже не залучають до участі спеціалістів у дитячій психології та/або педагогів, соціальних працівників.

Метою судового процесу за участю малолітньої або неповнолітньої дитини, насамперед, повинен бути захист саме прав дитини, що може досягатися судовим рішенням, спрямованим на відновлення внутрішньої сімейних відносин в інтересах дитини, а не в інтересах одного з батьків, як це зазвичай відбувається на практиці.

Проблеми вирішення справ, пов'язаних з вихованням дітей, нині вимагають комплексного дослідження з метою підвищення ефективності судового захисту порушених прав дитини.

Дитина як сторона спору. Норми чинного цивільного процесуального кодексу України, зокрема ст. 28 ЦПК України, встановлюють, що всі фізичні особи мають цивільну процесуальну правосдатність, тобто здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки сторони, мають також і діти, однак, здатність особисто

здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді мають фізичні особи, які досягли повноліття, а в окремих випадках неповнолітні.

Відповідно до норми ст. 39 ЦПК України права, свободи та інтереси малолітніх, а також неповнолітніх захищають їх законні представники. Як правило, це батьки.

Окремо слід зазначити, що відповідно до норми ст. 27¹ ЦПК України малолітня або неповнолітня дитина може здійснювати процесуальні дії і виконувати процесуальні обов'язки, передбачені міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Саме з огляду на зазначені вище положення ми вважаємо, що малолітня або неповнолітня дитина у справах, які безпосередньо стосуються її прав та обов'язків, є стороною спору, а не третьою особою, оскільки саме дитина як суб'єкт спірного правовідношення буде відчувати (нести) всі правові наслідки судового рішення, яке винесено за позовом одного з батьків (або осіб, які їх замінюють).

Поняття сторони в цивільному процесі безпосередньо пов'язується з матеріально-правовим відношенням, яке стало предметом судового розгляду. Представляє інтереси дитини в суді, як правило, законні представники — батьки, оскільки представники органу опіки та піклування у низці категорій справ не беруть участь. Так, зокрема при вирішенні питання щодо визначення способу участі одного з батьків у вихованні дитини орган опіки та піклування (служба у справах дітей) не залучається.

У зв'язку з викладеним, вбачається за необхідне доповнити загальні процесуальні положення про сторони в цивільному судочинстві вказівкою на те, що становище позивача в процесі можуть займати малолітні або неповнолітні діти, на захист прав яких порушується провадження у цивільній справі, незалежно від наявності у них процесуальної дієздатності.

Конфлікт інтересів батьків і дітей. Досить цікавим та малодослідженим у цивілістичній літературі є питання щодо конфлікту інтересів батьків як законних представників дитини і самої дитини. Якщо між інтересами батьків і дітей у судовому процесі виникає конфлікт, вбачається за необхідне забезпечувати кожній малолітній або неповнолітній дитині як учаснику цивільного процесу безкоштовну юридичну допомогу незалежно від присутності в процесі законних представників.

Таким представником дитини має бути обов'язково особа, яка має вищу юридичну освіту, досвід забезпечення інтересів громадян у цивільному процесі у справах, які пов'язані з сімейними спорами, тобто виникають з сімейно-правових відносин.

З метою забезпечення прав та інтересів дитини, визначення можливості участі дитини у цивільному процесі також, на нашу думку, є обов'язковою участю психолога.

Забезпечення процесуальних прав дитини. Слід зазначити, що попри норму ст. 27¹ ЦПК України, яка зобов'язує суд сприяти здійсненню малолітньою або неповнолітньою особою своїх прав, а також дитина має право висловлювати свою думку в суді, як правило суди ігнорують цю норму. У випадку надходження клопотання від законного представника щодо необхідності заслуховування думки дитини, суди відмовляють у задоволенні цього клопотання, мотивуючи свою відмову саме недопущенням негативного психологічного впливу на дитину, при цьому сталой судової практики в такому питанні не існує, суд може відмовити надати можливість висловити свою думку як неповнолітній, так і малолітній дитині.

З метою забезпечення права дитини на висловлення своєї думки щодо спору, який прямо її стосується, вбачається за необхідне закріпити в чинному ЦПК України норму, відповідно до якої суд буде зобов'язаний заслухати думку дитини, якщо психолог визначить, що дитини за своїм розумовим розвитком здатна розуміти предмет спору та висловити свою позицію щодо спору в об'єктивній для сприйняття людини формі.

Спеціалізація судів та/або суддів. Також вважаємо за необхідне звернути увагу на проблему спеціалізації суддів та судів, яка тривалий час обговорюється в Україні.

Так, сімейні суди як окремі суди існують у багатьох державах світу. Протягом тривалого часу спеціалізовані сімейні суди довели свою ефективність та дозволили на більш високому рівні здійснювати захист прав та інтересів учасників сімейних правовідносин, зокрема і дітей.

Так, спеціалізовані сімейні суди функціонують у Німеччині [3], хоча коли заходить дискусія щодо можливості створення сімейних судів в Україні, всі пригадують досвід виключно Японії як країни, в якій найдовше функціонують такі спеціалізовані суди. Досвід країн в яких існують спеціалізовані сімейні суди доводить, що здійснення правосуддя у таких країнах ефективніше, а поодинокі помилки, які виникають при вирішенні сімейних спорів мінімальні. Саме тому, ми вважаємо, що для розгляду справ, пов'язаних із захистом прав та інтересів дитини повинна бути введена відповідна спеціалізація судів та/або суддів.

З огляду на окремі процесуальні проблеми розгляду спорів, пов'язаних із захистом прав та інтересів дитини, на яких було наголошено у цьому виступі, ми вважаємо за необхідне:

1. Доповнити загальні процесуальні положення про сторони в цивільному судочинстві вказівкою на те, що становище позивача в процесі можуть займати малолітні або неповнолітні діти, на захист прав яких порушується провадження у цивільній справі.

2. Закріпити в чинному ЦПК України норму відповідно до якої, у разі існування або виникнення конфлікту інтересів законного представника дитини та самої дитини суд зобов'язаний залучити до участі у справі незалежного представника дитини, яким може бути особа, яка має вищу юридичну освіту та досвід забезпечення інтересів громадян у цивільному процесі у справах, які пов'язані з сімейними спорами, тобто виникають з сімейно-правових відносин.

3. Закріпити в чинному ЦПК України норму, відповідно до якої суд буде зобов'язаний заслухати думку дитини, якщо психолог визначить, що дитина за своїм розумовим розвитком здатна розуміти предмет спору та висловити свою позицію щодо спору в об'єктивній для сприйняття людини формі.

4. З метою забезпечення належного захисту прав та інтересів учасників сімейних правовідносин, зокрема дітей, для розгляду справ, пов'язаних із захистом прав та інтересів, дитини повинна бути введена відповідна спеціалізація судів та/або суддів.

Список використаних джерел

1. Про міжнародні договори України : Закон України від 05.06.2014 р. № 1323–VII [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 540.
2. Про ратифікацію Конвенції про права дитини : постанова Верховної Ради УРСР від 27.02.1991 р. № 789–XII [Текст] // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 13. — Ст. 145.
3. *Канішева, К. М.* Діяльність спеціалізованого суду Німеччини з вирішення сімейних спорів [Текст] / К. М. Канішева // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. — Х., 2007. — Вип. 36. — С. 309–315.



ШАБАЛІН Андрій Валерійович,
*Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності
Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПІДСУДНОСТІ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАХИСТОМ ПРАВ АВТОРІВ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНІЙ ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ

У ст. 2 Конституції України визначено, що територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою [1]. Поруч із тим у ст. 3 Конституції України закріплено, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [1].

Через агресивну політику північного сусіда України державою було втрачено контроль спочатку над АР Крим, а згодом і над частиною Донецької та Луганської областей. Фактично вказані території держави стали окупованими агресором.

На виконання основних конституційних положень, а також з метою захисту прав громадян, захисту прав самої держави на тимчасово окупованих територіях Верховною Радою України у квітні 2014 року було прийнято Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» (Закон) [2]. У ст. 2 Закону визначається статус території України, тимчасово окупованої внаслідок збройної агресії Російської Федерації, встановлюється особливий правовий режим на цій території, визначаються особливості діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій в умовах цього режиму, додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина, а також прав і законних інтересів юридичних осіб [2].

Положеннями зазначено Закону на теперішній час вирішуються і деякі питання здійснення правосуддя. Так, у ч. 1 ст. 12 Закону визначено, що у зв'язку з неможливістю здійснювати правосуддя судами Автономної Республіки Крим та міста Севастополя на тимчасово окупованих територіях, змінити територіальну підсудність судових справ, підсудних розташованим на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя судам, та забезпечити розгляд:

— цивільних справ, підсудних місцевим загальним судам, розташованим на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, — місцевими загальними судами міста Києва, що визначаються Апеляційним судом міста Києва;

— адміністративних справ, підсудних місцевим загальним судам як адміністративним судам, розташованим на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, — місцевими загальними судами міста Києва, що визначаються Київським апеляційним адміністративним судом;

— цивільних справ, підсудних загальним апеляційним судам, розташованим на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, — Апеляційним судом міста Києва;

— адміністративних справ Окружного адміністративного суду Автономної Республіки Крим — Київським окружним адміністративним судом, адміністративних справ Окружного адміністративного суду міста Севастополя — Окружним адміністративним судом міста Києва; Севастопольського апеляційного адміністративного суду — Київським апеляційним адміністративним судом;

— господарських справ Господарського суду Автономної Республіки Крим — Господарським судом Київської області, а господарських справ Господарського суду міста Севастополя — Господарським судом міста Києва, господарських справ Севастопольського апеляційного господарського суду — Київським апеляційним господарським судом.

Питання, що належать до повноважень слідчого судді, у кримінальних провадженнях, що перебувають на стадії досудового розслідування і здійснюються на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, розглядаються слідчими суддями районних судів міста Києва, визначеними Апеляційним судом міста Києва.

Справи, що перебувають у провадженні судів, розташованих на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя та розгляд яких не закінчено, передаються судам відповідно до встановленої цим Законом підсудності, протягом десяти робочих днів з дня набрання ним чинності або з дня встановлення такої підсудності.

У разі нанесення шкоди суб'єктами іноземної держави нерезидентами підсудність встановлюється за місцем нанесення шкоди з урахуванням правил підсудності, встановленої цим Законом:

— кримінальних проваджень, підсудних місцевим (районним, міським, районним у містах, міськрайонним судам), розташованим на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, — одним з районних судів міста Києва, визначеним Апеляційним судом міста Києва;

— кримінальних проваджень, підсудних Апеляційному суду Автономної Республіки Крим та Апеляційному суду міста Севастополя, — Апеляційним судом міста Києва [2].

Отже, Законом визначені процесуальні питання щодо підсудності при здійсненні судочинства, у тому числі й цивільного.

У зв'язку із цим, варто звернути увагу на деякі аспекти саме підсудності цивільних справ щодо захисту прав авторів на тимчасово окупованій території України, оскільки, як на нас, тут існують певні питання, які потребують свого вирішення.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» автор — фізична особа, яка своєю творчою працею створила твір. У ст. 7 цього Закону зазначено, що суб'єктами авторського права є автори творів, зазначених у ч. 1 ст. 8 цього Закону, їх спадкоємці та особи, яким автори чи їх спадкоємці передали свої авторські майнові права [3]. Поруч із тим згідно зі ст. 435 Цивільного кодексу України (ЦК України) первинним суб'єктом авторського права є автор твору. За відсутності доказів іншого автором твору вважається фізична особа, зазначена звичайним способом як автор на оригіналі або примірнику твору (презумпція авторства). Суб'єктами авторського права є також інші фізичні та юридичні особи, які набули прав на твори відповідно до договору або закону [4].

Отже, як бачимо, законодавство відносить до суб'єктів авторського права фізичних та юридичних осіб.

Чинним законодавством у сфері авторського права передбачено значний обсяг прав авторів. Це, наприклад, майнові та немайнові права (ст.ст. 14, 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Цілком зрозуміло, що дія вищевказаних законів розповсюджується і на тимчасово окуповану територію України, з урахуванням положень Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України».

Виходячи із положень ст.ст. 1, 2, 15 Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК України), фізична особа-автор може звернутися у порядку цивільного судочинства для захисту відповідного права в разі його порушення. Так, у абз. 3 п. 5 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 р. № 3 «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» зазначено, що у зв'язку з цим у спорах, які виникають у сфері використання об'єктів авторського і суміжних прав, здійснюється захист цивільних прав та інтересів суб'єктів, а не вирішуються питання про порушення в сфері публічно-правових відносин. Тому такі спори підлягають розгляду в порядку цивільного судочинства [5]. Викладене стосується і території України, що тимчасово перебуває під окупацією.

Відповідна позовна заява подається до суду до загальних правил підсудності цивільних справ. Так, згідно зі ст. 107 ЦПК України всі справи, що підлягають вирішенню в порядку цивільного судочинства, розглядаються районними, районними у містах, міськими та міськрайонними судами [6]. Статтею 109 ЦПК України визначено, що

позови до фізичної особи пред'являються в суд за зареєстрованим у встановленому законом порядку місцем її проживання або за зареєстрованим у встановленому законом порядку місцем її перебування, а ч. 2 вказаної статті закріплено, що позови до юридичних осіб пред'являються в суд за їхнім місцезнаходженням [6]. Стаття 110 ЦПК України встановлює правило підсудності за вибором позивача [6].

З огляду на вищевикладене, вважаємо за необхідне звернути увагу на деякі моменти. Так, ЦПК України 1963 року передбачав, що позови, які випливають з права автора на об'єкт авторського права чи суміжних прав, можуть подаватися за місцем проживання позивача (ст. 123) [7]. По суті, тодішній процесуальний закон закріплював альтернативну підсудність щодо авторських спорів.

Під альтернативною підсудністю, яку ще називають пільговою, оскільки встановлена для певної категорії справ, які мають особливу значимість [8, с. 263], потрібно розуміти як підсудність за вибором позивача (заявника).

Відповідно до чинного ЦПК України автор-позивач не наділений правом щодо вибору підсудності при пред'явленні відповідного позову (ст. 110 ЦПК України), це право не передбачено і Законом України «Про авторське право і суміжні права» (ст. 34).

Враховуючи приписи п. 1 ч. 1 ст. 12 Закону підсудність справ щодо захисту прав авторів на тимчасово окупованій території України буде визначатися Апеляційним судом міста Києва у межах апеляційного округу. По суті, означена категорія справ буде розглядатися виключно районними судами Києва. У той же час може мати місце ситуація, коли сам автор, чії права порушуються на тимчасово окупованій території держави, може безпосередньо проживати (бути зареєстрованим) чи перебувати в іншому місці на території України, що не окупована. Отже, на наше переконання, положення п. 1 ч. 1 ст. 12 Закону певним чином ускладнюють реалізацію права вказаних авторів на правосуддя.

Означена ситуація потребує свого вирішення.

Ми вважаємо, що у процесуальний закон доцільно повернути положення про альтернативну підсудність щодо вирішення авторських спорів. Поруч із тим на законодавчому рівні варто обмежити можливість звернення авторів із відповідним позовом до суду на тимчасово окупованій території України, з метою нівелювати можливість ухвалення неправосудного рішення. З приводу викладеного варто зазначити і те, що запровадження у процесуальний закон альтернативної підсудності щодо авторських спорів дозволить значно розширити можливості всіх авторів на судовий захист, що гарантований Основним законом України, а не тільки тих, чії права порушуються на тимчасово окупованій території України.

Отже, з метою вдосконалення правової процедури захисту авторських прав на тимчасово окупованій території України, пропонуємо внести такі зміни та доповнення, а саме:

— п. 1 ч. 1 ст. 12 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» викласти у такій редакції: *«цивільних справ, підсудних місцевим загальним судам, розташованим на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, — місцевими загальними судами міста Києва, що визначаються Апеляційним судом міста Києва, крім випадків, встановлених Цивільним процесуальним кодексом України»;*

— статтю 110 ЦПК України доповнити окремою частиною такого змісту: *«Позови про захист авторського права чи суміжних прав та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності можуть пред'являтися також за зареєстрованим місцем проживання чи перебування позивача, якщо таким місцем не є тимчасово окупована територія України».*

Список використаних джерел

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. № 245к/96-ВР [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
2. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15.04.2014 р. № 1207-VII [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1207-18>.
3. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-XII [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>.
4. Цивільний кодекс України від 10.03.2004 р. № 435-IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
5. Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ: постанова Пленуму Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.2013 р. № 3 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13>.
6. Цивільний процесуальний кодекс України від 10.03.2004 р. № 1618-IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
7. Цивільний процесуальний кодекс Української РСР від 18.07.1963 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1500-06>.

8. Цивільний процес України: академічний курс [Текст]: підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.]; за ред. С. Я. Фурси. — К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. — 848 с.



ВОРОБЕЛЬ Уляна Богданівна,

*Львівський державний університет внутрішніх справ,
м. Львів, Україна*

ПРОЦЕСУАЛЬНІ НАСЛІДКИ ВІДМОВИ ВСТУПУ ПРАВОНАСТУПНИКА В ЦИВІЛЬНУ СПРАВУ

З прийняттям Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК України) [1] законодавець значно розширив прояв принципу диспозитивності в цивільному процесуальному праві. Зокрема в ЦПК України розкривається зміст принципу диспозитивності (ст. 11 ЦПК України), запроваджено нові інститути, які розширюють розпорядчі права сторін (відкликання позовної заяви (подання заяви про залишення справи без розгляду) та ін.), та на жаль, не всі інститути цивільного процесуального права враховують вимоги принципу диспозитивності.

Останнім часом науковцями все частіше звертається увага на недосконалість та неповноту законодавчого регулювання інституту процесуального правонаступництва, у тому числі і на неврахування елементів принципу диспозитивності.

У процесуальній науці, наприклад, С. С. Бичкова процесуальне правонаступництво визначає як заміну сторони або третьої особи (правопопередника) іншою особою (правонаступником) у зв'язку із вибуттям із процесу суб'єкта спірного або встановленого рішенням суду правовідношення, за якої до правонаступника переходять усі процесуальні права та обов'язки правопопередника і він продовжує в цивільному судочинстві участь останнього [2, с. 84].

Згідно з ч. 1 ст. 37 ЦПК України у разі смерті фізичної особи, припинення юридичної особи, заміни кредитора чи божника у зобов'язанні, а також в інших випадках заміни особи у відносинах, щодо яких виник спір, суд залучає до участі у справі правонаступника відповідної сторони або третьої особи.

Відповідно до норм цивільного процесуального законодавства процесуальне правонаступництво допускається на будь-якій стадії цивільного судочинства як у справах позовного, так і окремого

провадження, але лише у тому випадку, коли матеріальні правовідносини, на підставі яких виникла справа, допускають перехід прав та обов'язків від однієї особи до іншої.

Проте С. С. Бичкова звертає увагу на те, що хоча в ч. 1 ст. 37 ЦПК України і зазначено, що «суд залучає до участі у справі правонаступника», проте примушування до вступу в справу правонаступника позивача або третьої особи суперечить принципу диспозитивності. Саме тому, на думку науковця, заміна позивача або третьої особи правонаступником має відбуватися тільки за наявності згоди останнього на таку заміну і на вступ у цивільний процес. Заміна ж відповідача, який вибув із процесу, правонаступником відбувається незалежно від згоди останнього [3].

Отже, у випадку наявності підстав для процесуального правонаступництва (смерті фізичної особи, оголошення її померлою, злиття, приєднання, поділу або перетворення юридичної особи, заміни кредитора чи боржника у зобов'язанні тощо) суд зобов'язаний зупинити провадження у справі та залучити правонаступника відповідної сторони або третьої особи (ч. 1 ст. 37 та п. 1 ч. 1 ст. 203 ЦПК України).

У такому випадку логічно постає питання: які ж правові наслідки відмови особи вступати у справу правонаступником на боці позивача? А якщо особа, яка замінила правопередника у матеріальних правовідносинах, у силу певних об'єктивних чи суб'єктивних причин не багатиме брати участь у справі, а також щоб її залучали як правонаступника на боці позивача чи третьої особи? На жаль, науковець на це питання не дає відповіді.

На практиці суди відмову особи вступати у справу процесуальним правонаступником у більшості випадків прирівнюють до тих правовідносин, які не допускають правонаступництво і закривають провадження у справі, застосовуючи п. 6 ч. 1 ст. 205 ЦПК України.

Так, наприклад, ухвалою від 13 травня 2009 р. провадження у справі за позовом гр. М. до Черкаської філії Відкритого акціонерного товариства «Укргазбанк» про дострокове розірвання договору депозитного внеску було зупинено у зв'язку із смертю позивача. Шляхом подачі заяви дружина померлого гр. О. прийняла спадщину, тому ухвалою від 21 травня 2010 р. провадження по вищевказаній справі було відновлено. Проте гр. О. відмовилась брати участь у справі і вступати як правонаступник, тому суд, керуючись п. 6 ч. 1 ст. 205 ЦПК України, 1 червня 2010 р. постановив ухвалу про закриття провадження у справі [4].

Проте така судова практика є неправильною, адже, як відомо, перелік підстав закриття провадження у справі є вичерпним та розширеному тлумаченню не підлягає. Законодавець чітко вказує, що п. 6 ч. 1 ст. 205 ЦПК України має застосовуватись судом лише в тому випадку смерті фізичної особи, яка була однією із сторін у справі, якщо

спірні правовідносини не допускають правонаступництва. А тому переконані, що, застосовуючи п. 6 ч. 1 ст. 205 ЦПК України до тих випадків, коли матеріальні правовідносини допускають правонаступництво, але правонаступник матеріальних прав та обов'язків не бажає вступати у справу, суд розширено тлумачить цю підставу інституту закриття провадження у справі, що, очевидно, є недопустимим.

У науковій літературі була висловлена думка, що в тому випадку, коли особа, яка прийняла на себе права та обов'язки в майнових відносинах, не бажає брати участі у справі на правах позивача, суд, керуючись п. 9 ч. 1 ст. 207 ЦПК України, може залишити заяву без розгляду [5, с. 53]. Проте таке твердження є необґрунтованим, адже ч. 9 п. 1 ст. 207 ЦПК України врегульовує ситуацію, за якої позивач до закінчення розгляду справи покинув судове засідання і не подав до суду заяви про розгляд справи за його відсутності, тобто проявив зловживання своїми процесуальними правами. А небажання особи вступати у цивільну справу як правонаступника позивача не можна розцінювати як зловживання ним своїми процесуальними правами. Окрім цього, щоб суддя зміг застосувати ч. 9 п. 1 ст. 207 ЦПК України, особа хоча б має з'явитись у судове засідання, матеріальний же правонаступник може лише подати письмову заяву про відмову вступити у справу як правонаступник і не з'являтися у судові засідання.

В. В. Навроцька під час дослідження інституту процесуального правонаступництва при розгляді цивільного позову у кримінальній справі дійшла до висновку, що у разі відсутності згоди правонаступника матеріальних прав та обов'язків на заміну і на вступ у процес як процесуального правонаступника на боці позивача слід провадження з цивільного позову в кримінальній справі закрити [6, с. 408].

Проте у випадку відмови процесуального правонаступника на вступ у процес застосування таких правових наслідків у цивільній справі є недопустимим з наступних міркувань. На нашу думку, не можна ототожнювати відмову матеріального правонаступника від вступу в цивільну справу із відмовою позивача від позову, адже така особа відмовляється лише брати участь у цьому цивільному процесі, вона відмовляється вступати саме в цю конкретну справу, а не взагалі від судового захисту матеріально-правової вимоги до відповідача. Тому відмова від вступу в справу як процесуального правонаступника на боці позивача у цивільній справі за своєю природою ближча до інституту відкликання позовної заяви (подання заяви про залишення позову без розгляду), аніж до інституту відмови від позову, а тому вважаємо, що в цьому випадку суд має залишати заяву без розгляду.

Слід окремо звернути увагу і ще на один момент. Так, науковці зазначають, що згоду на заміну та вступ у справу як процесуального

правонаступника має давати не лише позивач, але й третя особа. Але ми переконані, що згоду на таку заміну повинен надавати не просто матеріальний правонаступник третьої особи, а лише правонаступник третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору. Це пояснюється тим, що, по-перше, лише третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору має ті ж права й обов'язки, що й позивач (ч. 1 ст. 34 ЦПК України), по-друге, правовими наслідками відмови третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору на стороні позивача (та й, зрештою, і на стороні відповідача), вступити у справу у випадку її залучення за клопотанням сторін (зокрема відсутність повідомлення від такої особи про згоду на участь у справі) є розгляд справи без її участі (ч. 3 ст. 36 ЦПК України). А тому недоцільно, отримувати згоду матеріального правонаступника третьої особи, яка не заявляє самостійні вимоги на предмет спору, на вступ у справу, оскільки і так у випадку відсутності такої згоди справа продовжуватиметься без участі такої особи.

При правонаступництві може змінитися кількісний склад суб'єктів матеріального правовідношення. Тому одну особу, яка вибула із процесу, може замінити кілька її правонаступників, а отже, виникне процесуальна співучасть; або, навпаки, кілька осіб-правопередників можуть бути замінені одним їх правонаступником тощо [2, с. 87]. Якщо така ситуація матиме місце щодо правонаступників позивача чи третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, то кожна з таких осіб повинна самостійно вирішувати питання, чи вступати їй у справу. Рішення, яке прийме щодо цього питання кожний з таких потенційних процесуальних правонаступників (вступати у справу чи ні), жодним чином не має впливати на можливість решти з них здійснити право на вступ у справу.

Підсумовуючи вищезазначене, вважаємо, що у випадку відмови особи від вступу в цивільну справу як процесуального правонаступника на боці позивача суд повинен залишати заяву без розгляду. Такі ж правові наслідки мають наступати і в разі відсутності згоди на вступ у цивільну справу матеріального правонаступника третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору.

Список використаних джерел

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–42, 42. — Ст. 492.
2. Цивільне процесуальне право України [Текст] : підруч. / Бичкова С. С., Бірюков І. А., Бобрик В. І. та ін. ; за заг. ред. С. С. Бичкової. — К. : Атіка, 2009. — 760 с.
3. *Бичкова, С. С.* Окремі аспекти процесуального правонаступництва [Текст] / С. С. Бичкова // Право і Безпека. — 2010. — № 3 (35). — С. 224–228.

4. Ухвала Придніпровського районного суду м. Черкаси від 01.06.2010 р. у справі № 2–125/10 за позовом ОСОБА_1 до Черкаської філії відкритого акціонерного товариства «Укргазбанк» про дострокове розірвання договору депозитного внеску [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень. — URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9608684>.
5. *Сеник, С. В.* Цивільне процесуальне право [Текст]: навч. посіб. / С. В. Сеник, Р. Я. Лемик. — Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010. — 424 с.
6. *Навроцька, В. В.* Процесуальне правонаступництво при розгляді цивільного позову у кримінальній справі [Текст] / В. В. Навроцька // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. — Вип. 1. — Львів, 2010. — С. 405–411.



КОРНІЄНКО Юлія Ігорівна,

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
м. Київ, Україна*

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ НА ПІДСТАВІ РІШЕННЯ СУДУ

Право кожного захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань будь-якими не забороненими законом засобами є одним із основних конституційних прав людини і громадянина, передбачене ст. 55 Конституції України [1].

Таким чином, можна погодитись із твердженням про те, що «захист суб'єктивного цивільного права фізичної особи є різновидом здійснення суб'єктивного цивільного права і добровільним учиненням уповноваженою особою відповідних дій, спрямованих на використання можливостей, закладених у суб'єктивному праві на захист, із метою припинення порушення та відновлення чи визнання порушеного або оспорюваного суб'єктивного цивільного права» [2, с. 5], а «встановлена ч. 1 ст. 15 ЦК України норма, згідно з якою кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання дає підстави кваліфікувати право на захист як одну із правомочностей суб'єктивного права особи» [3, с. 248].

Цивільний кодекс України (ЦК України), слідуючи конституційному положенню, так само зазначає, що кожна особа має право на захист свого цивільного права в разі його порушення,

невизнання або оспорювання (ст. 15) [4]. До найголовніших юрисдикційних форм захисту відноситься судовий захист цивільного права та інтересу, що є одним з головних принципів цивільного права, його загальних засад (ст. 3 ЦК України). Як слушно зазначається у юридичній літературі, «судова форма захисту займає пріоритетне місце серед форм захисту. Існує постійно і має універсальний характер» [5, с. 332]. Як зазначається у ст. 1 Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК України), «завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [6].

Відповідно до ч. 1 ст. 33 Закону України № 898-IV «Про іпотеку» [7] (Закон) іпотекодержатель вправі задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання.

Право іпотекодержателя на звернення стягнення на предмет іпотеки виникає також з підстав, встановлених ст. 12 Закону, а саме: у разі порушення іпотекодавцем обов'язків, встановлених іпотечним договором, іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, а в разі його невиконання — повернути стягнення на предмет іпотеки.

Правом дострокового звернення стягнення на предмет іпотеки наділений іпотекодержатель у разі порушення іпотекодавцем обов'язків щодо збереження чи страхування предмета іпотеки (ч. 2 ст. 12 Закону). Згідно зі ст. 33 Закону звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя.

Право вибору конкретного способу звернення стягнення на предмет іпотеки покладається на іпотекодержателя. Відповідно до ч. 1 ст. 11 ЦПК України суди повинні розглядати питання можливості застосування звернення стягнення на предмет іпотеки у спосіб, заявлений у позовній вимозі.

З проведеного аналізу судових справ вбачається, що суди припускаються помилок під час вирішення справ щодо звернення стягнення на предмет іпотеки одночасно зі стягненням заборгованості за кредитним договором [8].

Згідно з роз'ясненням ВСУ (узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, які виникають з кредитних правовідносин (2009–2010 рр.) при вирішенні питання одночасного задоволення таких позовних вимог правильним є зазначення в резолютивній частині рішення лише про звернення стягнення на предмет іпотеки з посиланням на суму заборгованості за кредитним договором, а

розрахунок суми заборгованості повинен бути наведений у мотивувальній частині рішення.

Аналогічне роз'яснення міститься в п. 42 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» [9] (постанова Пленуму ВСС № 5). Разом з тим згідно з абз. 2 цього пункту (3-є речення) винятком, коли суд може одночасно звернути стягнення на предмет іпотеки та стягнути суму заборгованості за основним зобов'язанням, є ситуація, коли особа позичальника є відмінною від особи іпотекодавця з урахуванням положень ст. 11 Закону (або ст. 589 ЦК України щодо заставодавця). Це положення узгоджується з п. 9 зазначеної постанови, відповідно до якого передбачене одночасне заявлення вимог про стягнення заборгованості з позичальника з вимогами про стягнення заборгованості шляхом звернення стягнення на предмет застави/іпотеки, належні іпотекодавцю, який не є позичальником. Ці роз'яснення зумовлюють виникнення неоднакової судової практики.

Наприклад, у справі № 2/0915/97/2011 рішенням Апеляційного суду Івано-Франківської області від 14 серпня 2012 р. було скасовано заочне рішення Тисменицького районного суду Івано-Франківської області від 15 травня 2012 р. у частині відмови в задоволенні позову про стягнення заборгованості за кредитним договором та ухвалено в цій частині нове рішення про задоволення позову. Цим заочним рішенням було задоволено позов у частині погашення заборгованості за кредитним договором шляхом звернення стягнення на предмети іпотеки й відмовлено в позові в частині стягнення заборгованості за кредитним договором із позичальника [8].

Суд першої інстанції виходив з того, що предмет іпотеки згідно з п. 2.8.2 кредитного договору повністю покриває кредит і стягнення заборгованості за кредитним договором із самого позичальника могло б призвести до подвоєння суми стягнення. Суд апеляційної інстанції вказав, що, керуючись абз. 2 п. 42 постанови Пленуму ВСС № 5 про неможливість одночасного звернення стягнення на предмет іпотеки та стягнення суми заборгованості за кредитним договором, суд першої інстанції не врахував роз'яснення цього пункту про те, що винятком є ситуація, коли особа позичальника є відмінною від особи іпотекодавця з урахуванням положення ст. 11 Закону (майновий поручитель несе відповідальність перед іпотекодержателем за невиконання боржником основного зобов'язання виключно в межах вартості предмета іпотеки).

Рішення судів, постановлені з урахуванням вищезазначених роз'яснень, є такими, що не відповідають загальним засадам цивільного законодавства (справедливості, добросовісності й розумності). Одночасне стягнення суми боргу з боржника та звернення стягнення на предмет іпотеки, що належить майновому поручителю, у

рахунок погашення зазначеного боргу призводить до стягнення на користь кредитора однієї й тієї самої суми заборгованості одночасно як з боржника, так і з майнового поручителя за рахунок належного йому майна. За такої ситуації відбувається фактичне подвоєння суми заборгованості, яка належить до виплати кредиторіві.

Таким чином, одночасне звернення стягнення заборгованості зі зверненням стягнення на предмет іпотеки в будь-якому випадку є неправильним.

Положення ч. 1 ст. 11 Закону, яким установлена відповідальність майнового поручителя перед іпотекодержателем за невиконання боржником основного зобов'язання виключно в межах вартості предмета іпотеки, передбачає право кредитора стягнути непокриту предметом іпотеки суму боргу з боржника у разі, якщо вартість іпотечного майна є меншою від заборгованості за основним зобов'язанням.

Зважаючи на той факт, що чинне законодавство (ст. 39 Закону) та відповідні роз'яснення (п. 42 постанови Пленуму ВСС № 5) передбачають зазначення в рішенні суду початкової ціни предмета іпотеки, беручи до уваги, що фактична ціна продажу цього майна в процесі його реалізації може змінюватися, вимога про стягнення суми боргу, непокритого іпотечним майном, повинна заявлятися лише після фактичного звернення стягнення на предмет іпотеки, причому як у випадку, коли мало місце звернення стягнення на предмет іпотеки, який належить майновому поручителю, так і тоді, коли іпотечне майно належить боржнику за основним зобов'язанням. Суди повинні мати на увазі, що наявність судового рішення про стягнення з боржника на користь кредитора заборгованості за кредитним договором не звільняє боржника від відповідальності за невиконання грошового зобов'язання та не позбавляє кредитора права на отримання сум шляхом звернення стягнення на передане боржником в іпотеку нерухоме майно (постанова Верховного Суду України від 4 вересня 2013 р. у справі № 6-73цс13 [10]). Разом з тим задоволення подібних позовних вимог можливе лише у разі, коли суду надані беззаперечні докази того, що попередні заходи не привели до належного виконання зобов'язання.

Наявність виконавчого напису нотаріуса за відсутності реального виконання зобов'язання також не свідчить про припинення договірних правовідносин сторін. У разі звернення іпотекодержателя до суду після вчинення виконавчого напису про звернення стягнення на предмет іпотеки з вимогою про стягнення заборгованості суд повинен з'ясувати питання про виконання виконавчого напису та з урахуванням цього вирішити спір на підставі чинного законодавства та умов договору. Аналогічна позиція викладена в п. 17 постанови Пленуму ВСС № 5.

З аналізу чинного законодавства вбачається, що вищезазначене повинно стосуватися також звернення стягнення на предмет іпотеки

шляхом застосування процедури продажу, установлені ст. 38 Закону, у разі, коли такий спосіб передбачений договором про задоволення вимог іпотекодержателя чи відповідним застереженням в іпотечному договорі.

По-перше, Законом разом з такими способами звернення стягнення на предмет іпотеки, як передача іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки й реалізації предмета іпотеки шляхом проведення прилюдних торгів передбачено також і право іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки від свого імені будь-якій особі з укладенням договору купівлі-продажу.

По-друге, право іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки від свого імені за рішенням суду прямо передбачене в Законі (ч. 1 ст. 38, абз. 4 ч. 1 ст. 39) і зауважено, що будь-яке окреме уповноваження іпотекодавця для цього не потрібне (ч. 5 ст. 38).

По-третє, згідно із ч. 2 ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі, а відповідно до ч. 2 ст. 16 ЦК України суд може захистити цивільне право або інтерес способом, який може бути встановлений договором або законом.

Судам при вирішенні таких справ необхідно чітко дотримуватись вимог законодавства та враховувати способи захисту, визначені договором, не виходячи за їх межі.

Під час проведення аналізу були виявлені випадки порушення положення абз. 2 ч. 3 ст. 36 та ч. 5 ст. 38 Закону. Зокрема деякі суди задовольняють позови про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом його продажу іпотекодержателем з укладенням від імені відповідачів-іпотекодавців договору купівлі-продажу будь-яким способом із наданням іпотекодержателю всіх повноважень, необхідних для здійснення продажу. При цьому не враховувалось, що відповідно до зазначеної норми право продажу предмета іпотеки повинно здійснюватись іпотекодержателем від свого імені, а не від імені відповідачів-іпотекодавців, без необхідності отримання для цього будь-якого окремого уповноваження іпотекодавця.

Резолютивна частина рішення суду в разі задоволення позову про звернення стягнення на предмет іпотеки повинна відповідати як вимогам ст. 39 Закону, так і положенням п. 4 ч. 1 ст. 215 ЦПК України. Зокрема у ній в обов'язковому порядку повинно бути зазначено загальний розмір вимог та всі його складові, що підлягають сплаті іпотекодержателю з вартості предмета іпотеки; конкретний спосіб реалізації предмета іпотеки; початкову ціну предмета іпотеки для його подальшої реалізації.

Про невідповідність судових рішень зазначеним вимогам указувалося ще за результатами проведення ВСУ зазначеного вище узагальнення. Разом з тим аналіз засвідчив наявність порушень вимог ст. 39 Закону і зараз.

У судовій практиці непоодинокими є випадки відмови в задоволенні позову про звернення стягнення на предмет іпотеки у зв'язку з недодержанням положення ч. 1 ст. 35 Закону, якою передбачено обов'язок іпотекодержателя надіслати іпотекодавцю повідомлення про порушення основного зобов'язання як обов'язкової умови звернення стягнення на предмет іпотеки.

З таким висновком апеляційного суду не погодився ВСС, оскільки апеляційною інстанцією було залишено поза увагою те, що згідно із ч. 2 ст. 35 Закону положення ч. 1 цієї статті не є перешкодою для реалізації права іпотекодержателя звернутись у будь-який час по захист свої порушених прав до суду в установленому законом порядку (ухвала від 25 грудня 2013 р. у справі № 6–30640св13 [8]).

Допущення подібних помилок пояснюється неврахуванням судами змін, що відбулись у законодавстві. Так, відповідно до чинних положень ч. 1 ст. 35 Закону зі змінами, внесеними згідно із Законом України від 22 вересня 2011 р. № 3795–VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» [11], у разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику (якщо він є відмінним від іпотекодавця) письмову вимогу про усунення порушення. У цьому документі зазначається стислий зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання у не менш ніж 30-денний строк та попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель має право прийняти рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору. З такої редакції вбачається, що додержання прописаної в ній процедури попередження є обов'язковим для випадку звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору (ст. 36 Закону), який є лише одним із трьох основних, передбачених ч. 3 ст. 33 Закону способів звернення стягнення на предмет іпотеки (за рішенням суду, на підставі виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя). Невиконання іпотекодержателем указаної вимоги закону в разі пред'явлення ним до суду позову не є підставою для відмови в позові, оскільки позивачем реалізується не позасудовий, а судовий порядок звернення на заставлене нерухоме майно. Підтвердженням цієї тези є ч. 2 ст. 35 Закону, якою передбачено, що положення ч. 1 цієї статті не є перешкодою для реалізації права іпотекодержателя звернутися в будь-який час по захист своїх порушених прав до суду в установленому законом порядку [8].

Судам потрібно мати на увазі, що 7 червня 2014 р. набрав чинності Закон України «Про мораторій на стягнення майна громадян

України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» [12], відповідно до якого протягом його дії:

1) не може бути примусово стягнуте (відчужене без згоди власника) нерухоме житлове майно, яке вважається предметом застави та/або предметом іпотеки згідно зі ст. 5 Закону, якщо таке майно виступає як забезпечення зобов'язань громадянина України (позичальника або майнового поручителя) за споживчими кредитами, наданими йому кредитними установами-резидентами України в іноземній валюті, та за умови, що таке нерухоме житлове майно використовується як місце постійного проживання позичальника/майнового поручителя або є об'єктом незавершеного будівництва нерухомого житлового майна, яке перебуває в іпотеці, за умови, що в позичальника або майнового поручителя у власності не знаходиться інше нерухоме житлове майно; загальна площа такого нерухомого житлового майна (об'єкта незавершеного будівництва нерухомого житлового майна) не перевищує 140 м² для квартири та 250 м² для житлового будинку;

2) не може бути примусово стягнуте (відчужене без згоди власника) інше майно (майнові права), яке відповідно до законодавства або кредитного договору підлягає стягненню з позичальника, зазначеного у пп. 1 цього пункту, при недостатності коштів, одержаних стягувачем від реалізації (переоцінки) предмета застави (іпотеки);

3) кредитна установа не може уступити (продати, передати) заборгованість або борг, визначений у пп. 1 цього пункту, на користь (у власність) іншої особи.

Список використаних джерел

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>.
2. Горбась, Д. В. Здійснення суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб: поняття, способи, межі [Текст] : автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Д. В. Горбась. — К., 2009. — 20 с.
3. Корчемний, О. К. Деякі проблеми захисту цивільних прав у договірних зобов'язаннях [Текст] / О. К. Корчемний // Наукові праці МАУП. — 2010. — Вип. 3 (26). — С. 248–253.
4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
5. Сидоренко, М. В. Виникнення права на захист цивільних прав, свобод та інтересів [Текст] / М. В. Сидоренко // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. / гол. ред. С. В. Ківалов ; відп. за вип. Л. І. Кормич. — Вип. 44. — Одеса : Національний університет «Одеська юридична академія» : Південноукраїнський центр гендерних проблем, 2012. — С. 326–336.

6. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
7. Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/898-15>.
8. *Охрімчук, Л.* Дієвий стимул до виконання. Аналіз судової практики застосування судами законодавства, яке регулює іпотеку як заставу нерухомого майна [Електронний ресурс] / Людмила Охрімчук, Надія Коновалова, Світлана Павловська // Закон і бізнес. — 2015. — № 9 (1203). — 28 лютого — 6 березня. — URL : http://zib.com.ua/ua/114673-vs_uzagalniv_praktiku_schodo_zastosuvannya_ipoteki.html.
9. 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 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. Законодавство України. — URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12>.
10. Постанова Верховного Суду України від 04.09.2013 р. у справі № 6-73цс13 за позовом публічного акціонерного товариства «Комерційний банк «ПриватБанк» до ОСОБИ_1 про стягнення заборгованості за кредитним договором шляхом звернення стягнення на нерухоме майно [Електронний ресурс] / Верховний Суд України. — URL : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/3d113705f765894bc2257c92003a6bbf/\\$FILE/6-73%D1%86%D1%8113.doc](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/3d113705f765894bc2257c92003a6bbf/$FILE/6-73%D1%86%D1%8113.doc).
11. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг : Законом України від 22.09.2011 р. № 3795-VI [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2012. — № 21. — Ст. 197.
12. Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті : Закон України від 03.06.2014 № 1304-VII [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 2014. — № 28. — Ст. 940.



Наукове видання

ПРОБЛЕМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ

Збірник наукових праць

Загальна наукова редакція *Ю. В. Білоусов*

Редактор — *Подольничук О. В.*
Комп'ютерне верстання — *Якимишин О. Я.*

Підписано до друку 01.11.2015. Формат 60x80/16.
Гарн. Times New Roman. Обл.-вид. арк. 33,5.
Друк офсетний. Папір офсетний № 1. Тираж 300 прим.

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
вул. Раєвського, 22а, м. Київ, 01042
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру
видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 2233 від 05.07.2005

Хмельницький університет управління та права
вул. Героїв Майдану, 8, м. Хмельницький, 29013
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру
видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 2105 від 21.02.2005

ФОП Мельник А. А.
вул. Чорновола, 37, м. Хмельницький,
Тел./факс: (0382) 74-69-49, 74-32-22
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру
видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 1942 від 15.09.2008