

ПРАВО

ЮРИДИЧНИЙ
ЖУРНАЛ

України

Науково-практичне фахове видання

Засноване у 1922 році

Видається щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію:
Серія КВ № 17414-6184ПР

Передплатний індекс: 74424

Адреса редакційної колегії:

04107, м. Київ
вул. Багговутівська, 17–21
Тел.: 0 (44) 537-51-00

Головний редактор:

Святоцький О. Д.,
доктор юридичних наук,
професор,
академік НАПрН України

E-mail: info@pravoua.com.ua

Відповідно до рішення
Президії Вищої атестаційної комісії України
(постанова від 10 лютого 2010 року № 1-05/1)
журнал «Право України» внесено до переліку
фахових видань у галузі юридичних наук

ЗАСНОВНИКИ ЖУРНАЛУ

Національна академія правових наук України
Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
Конституційний Суд України
Верховний Суд України
Вищий господарський суд України
Генеральна прокуратура України
Міністерство юстиції України
Спілка адвокатів України

ВИДАВЕЦЬ

© Редакція журналу «Право України»

7/2013

НАУКОВА РАДА

В. Я. Тацій, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України (голова наукової ради); **В. П. Тихий**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України (заступник голови); **Ю. В. Баулін**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Т. В. Варфоломєєва**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Л. К. Воронова**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **А. П. Гетьман**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Ю. М. Грошевий**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **С. В. Ківалов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **О. М. Костенко**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Н. С. Кузнєцова**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **В. К. Мамутов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; **В. І. Муравйов**, д-р юрид. наук, проф.; **В. Т. Нор**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **В. Ф. Опришко**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; **М. І. Панов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Б. М. Поляков**, д-р юрид. наук, проф.; **А. О. Селіванов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **М. Ф. Селівон**, акад. НАПрН України; **В. І. Семчик**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; **Ю. С. Шемшученко**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України

ІНОЗЕМНІ ЧЛЕНИ НАУКОВОЇ РАДИ

Б. М. Банашак, проф. (Польща); **Вільям Батлер**, проф. (США); **Чаба Варга**, проф. (Угорщина); **О. А. Лукашева**, д-р юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); **М. М. Марченко**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **Жерар Марку**, проф. (Франція); **Андрес Оллеро Тассара**, проф., член Королівської академії моральних та політичних наук (Іспанія); **М. К. Сулейменов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан (Казахстан); **Ю. О. Тихомиров**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **Спірідон Флогайтіс**, проф. (Греція); **Девід Харріс**, засл. проф. (Велика Британія); **В. Ф. Яковлев**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. РАН (Росія); **Ячіко Ямада**, проф. (Японія)

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

О. Д. Святоцький, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України (головний редактор); **П. М. Рабінович**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України (перший заступник головного редактора); **Л. О. Макаренко**, канд. юрид. наук (заступник головного редактора); **О. М. Давиденко** (відповідальний секретар); **М. Р. Аракелян**, канд. юрид. наук, проф.; **Ю. Г. Барабаш**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Ю. П. Битяк**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **А. М. Бойко**, д-р юрид. наук, доц.; **В. І. Борисов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Ю. Л. Бошицький**, канд. юрид. наук, проф.; **В. Г. Буткевич**, д-р юрид. наук, проф.; **С. П. Головатий**, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; **В. К. Гришук**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **М. А. Дамірлі**, д-р юрид. наук, проф.; **В. Н. Денисов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **А. С. Довгерт**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **А. С. Ємельянов**, канд. юрид. наук; **Л. П. Ізовітова**; **Р. І. Кирилюк**, канд. юрид. наук; **В. В. Коваленко**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **М. І. Козюбра**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Т. О. Коломось**, д-р юрид. наук, проф.; **В. В. Комаров**, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **О. С. Комарова**, канд. юрид. наук; **Т. В. Корнякова**, д-р юрид. наук; **О. В. Кресін**, канд. юрид. наук, доц.; **О. Д. Крупчан**, канд. юрид. наук, доц., акад. НАПрН України; **П. Ф. Кулинич**, д-р юрид. наук; **О. В. Лавринович**, канд. юрид. наук; **О. Л. Лукаш**, канд. юрид. наук; **Р. А. Майданник**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **С. І. Максимов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. В. Носік**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Ю. М. Оборотов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **С. Г. Омельченко**; **Н. М. Оніщенко**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Л. М. Павлова**; **П. С. Папурківський**, д-р юрид. наук, проф.; **О. В. Петришин**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **П. Д. Пилипенко**, д-р юрид. наук, проф.; **С. М. Прилипко**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Д. М. Притика**, д-р юрид. наук, акад. НАПрН України; **О. Г. Пушенко**; **Я. М. Романюк**, канд. юрид. наук; **І. Л. Самсін**, канд. юрид. наук; **І. Я. Сенюта**, канд. юрид. наук, доц.; **Г. П. Серета**, д-р юрид. наук, проф.; **С. Г. Серьогіна**, канд. юрид. наук, доц.; **В. Ф. Сіренко**, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; **О. Ф. Скакун**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **О. В. Скрипнюк**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **К. В. Смирнова**, канд. юрид. наук, доц.; **А. А. Солодков**; **М. І. Ставнійчук**, канд. юрид. наук; **В. І. Татьков**, канд. юрид. наук; **І. Х. Темкіжев**; **М. О. Теплюк**, канд. юрид. наук; **І. А. Тимченко**, канд. юрид. наук, акад. НАПрН України; **Б. Й. Тищик**, канд. юрид. наук, проф.; **Є. О. Харитонов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Н. М. Хуторян**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. М. Шаповал**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, чл.-кор. НАПрН України; **О. А. Шаповалова**, канд. юрид. наук; **С. В. Шевчук**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. Ю. Шепітько**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **І. Б. Шицький**, канд. юрид. наук; **Н. Г. Шукліна**, канд. юрид. наук, проф.; **О. І. Ющик**, д-р юрид. наук, проф.

ІНОЗЕМНІ ЧЛЕНИ РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ

Джон Белл, проф. (Велика Британія); **Г. О. Василевич**, д-р юрид. наук, проф. (Білорусь); **О. К. Голіченков**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **А. В. Наумов**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **В. Ф. Попондопуло**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **Хірохіде Такіава**, проф. (Японія); **І. З. Фархутдінов**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **Т. Я. Хабрієва**, д-р юрид. наук, проф., акад. РАН (Росія); **О. Чирич**, д-р юрид. наук, проф. (Сербія)

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:

«МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ»

I. Загальні питання міжнародного приватного права

ДОВГЕРТ А. Наука міжнародного приватного права в незалежній Україні (1991–2012 рр.)	12
МЕРЕЖКО О. (Польща) Соціологія міжнародного приватного права	26
ЗАДОРОВНА С. Поняття, генетична основа та система принципів міжнародного приватного права	34

II. Колізійне право

БІРЮКОВ О. Банкрутство у сучасному міжнародному приватному праві	48
ВЕНГРИНЮК Ю. Пропозиції щодо вдосконалення колізійного права України у сфері договірних зобов'язань	55
ГАЛУЩЕНКО Г. Питання встановлення змісту іноземного права	63

III. Міжнародне речове право. Міжнародне право інтелектуальної власності

МИХАЙЛІВ М. Особливості колізійного регулювання права власності та інших речових прав у міжнародному приватному праві	71
ВИГОВСЬКИЙ О. Проблемні питання застосування окремих положень Женевської конвенції УНІДРУА про цінні папери 2009 р.	82

IV. Міжнародне зобов'язальне право

КОССАК В. Проблеми застосування Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу 1980 р.	91
ДІКОВСЬКА І. Окремі аспекти тлумачення міжнародних комерційних договорів	103
ЦІРАТ Г. Міжнародне приватне повітряне право	113
КОРОТКИЙ Т. Міжнародні конвенції про цивільну відповідальність за забруднення із суден у міжнародному механізмі охорони морського середовища	129

V. Міжнародне сімейне та спадкове право

КАЛАКУРА В. Проблеми колізійного регулювання сім'ї та шлюбу в міжнародному приватному праві	145
КИСІЛЬ В. Спадкові відносини в сучасному міжнародному приватному праві	154

VI. Розгляд спорів з іноземним елементом

ЦІРАТ Г. Міжнародно-правове співробітництво у сфері міжнародного цивільного процесу	183
ПРИТИКА Ю. Актуальні питання визначення понять визнання та виконання рішень іноземних судів	199
<i>Висновки та рекомендації з актуальної теми</i>	208

На допомогу молодим викладачам

Лекція професора Є. Харитонова: Вступ до курсу «Основи римського приватного права»	210
--	-----

Вибрана бібліографія сучасних монографічних праць

з питань міжнародного приватного права	222
---	-----

Інтеграція України в європейський правовий простір: актуальні питання

КОСТЮЧЕНКО Я. Правова природа асоціації у практиці Європейського Союзу	225
--	-----

Філософія права

РАБІНОВИЧ П. Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння)	234
--	-----

Конституційне право

МАРТИНЮК Р. «Суперпрезидентська республіка»: конституційно-правова оцінка феномену та досвід пострадянських країн	252
---	-----

Господарське право і процес

МАТВЄЄВ П. Склад і структура господарсько-правового забезпечення правовідносин щодо інноваційної діяльності	263
ХОТЕНЕЦЬ П. Форми реалізації функції судового контролю в господарському судочинстві	274

Інформаційне право

РІЗАК М. Правовий статус уповноваженого органу з питань захисту персональних даних в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку	283
--	-----

Кримінальне право

КНИЖЕНКО О. Пеналізація кримінальних правопорушень: перспективи вдосконалення	291
--	-----

Порівняльне правознавство

КРЕСІН О. Становлення наукових і ціннісних засад діяльності Міжнародної академії порівняльного права	298
---	-----

Дискусії та обговорення

ПЕТРУНЯ А., КОВАЛЕНКО Т. Реформування законодавства в галузі трансплантації: медичні та правові аспекти	312
--	-----

Молодим правознавцям — слово

ПОЛОВИНКІНА Р. Регулювання права на обов'язкову частку у спадщині за цивільним правом Української РСР	319
КРАВЕЦЬ Н. Теоретичні аспекти визначення сутності поняття малого та середнього підприємництва	326
БЄЛОУСОВА К. Правова природа підтримання прокурором державного обвинувачення в суді (в контексті нового КПК України)	333

Судова практика***Європейський суд з прав людини***

Комюніке Секретаря Європейського суду з прав людини стосовно рішення у справі «Мангурас проти Іспанії» від 28 вересня 2010 р.	340
--	-----

Вищий адміністративний суд України

Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20 травня 2013 р. № 7 «Про судові рішення в адміністративній справі»	342
--	-----

Визначні юристи

Данський професор Оле Ландо	356
-----------------------------------	-----

Ювіляри

Ювілей академіка НАПрН України Анатолія Павловича Гетьмана (до 55-річчя від дня народження)	359
--	-----

Рецензії

ХАЛАБУДЕНКО О. Історія порівняльного правознавства
як напрям наукових досліджень..... 361

Пам'яті вчених-правознавців

Пам'яті професора, судді Конституційного Суду України у відставці
Петра Федоровича Мартиненка..... 365

До уваги читачів журналу «Право України»!

Актуальною темою наступного номера видання буде:

**«Демократія як основоположний принцип сучасного
конституційного ладу України».**

СОДЕРЖАНИЕ

Актуальная тема номера:

«МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО: АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ»

I. Общие вопросы международного частного права

ДОВГЕРТ А. Наука международного частного права в независимой Украине (1991–2012 гг.)	12
МЕРЕЖКО А. (Польша) Социология международного частного права	26
ЗАДОРОЖНАЯ С. Понятие, генетическая основа и система принципов международного частного права	34

II. Коллизионное право

БИРЮКОВ А. Банкротство в современном международном частном праве	48
ВЕНГРИНЮК Ю. Предложения совершенствования коллизионного права Украины в сфере договорных обязательств	55
ГАЛУЩЕНКО Г. Вопросы установления содержания иностранного права	63

III. Международное вещное право. Международное право интеллектуальной собственности

МЫХАЙЛИВ М. Особенности коллизионного регулирования права собственности и иных вещных прав в международном частном праве	71
ВЫГОВСКИЙ А. Проблемные вопросы применения отдельных положений Женевской конвенции УНИДРУА о ценных бумагах 2009 г.	82

IV. Международное обязательственное право

КОССАК В. Проблемы применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи 1980 г.	91
ДИКОВСКАЯ И. Отдельные аспекты толкования международных коммерческих договоров	103
ЦИРАТ А. Международное частное воздушное право	113
КОРОТКИЙ Т. Международные конвенции о гражданской ответственности за загрязнение с судов в международном механизме охраны морской среды	129

V. Международное семейное и наследственное право

КАЛАКУРА В. Проблемы коллизионного регулирования семьи и брака в международном частном праве	145
КИСИЛЬ В. Наследственные отношения в современном международном частном праве	154

VI. Рассмотрение споров с иностранным элементом

ЦИРАТ Г. Международно-правовое сотрудничество в сфере международного гражданского процесса	183
ПРИТЫКА Ю. Актуальные вопросы определения понятий признания и исполнения решений иностранных судов	199
<i>Выводы и рекомендации по актуальной теме</i>	208

На помощь молодым преподавателям

Лекция профессора Е. Харитоновой: Введение в курс «Основы римского частного права»	210
---	-----

Избранная библиография современных монографических работ

по вопросам международного частного права	222
--	-----

Интеграция Украины в европейское правовое пространство: актуальные вопросы

КОСТЮЧЕНКО Я. Правовая природа ассоциации в практике
Европейского Союза..... 225

Философия права

РАБИНОВИЧ П. Некоторые современные концепции права
в России и Украине (в свете потребностного правопонимания) 234

Конституционное право

МАРТЫНЮК Р. «Сверхпрезидентская республика»: конституционно-
правовая оценка феномена и опыт постсоветских стран 252

Хозяйственное право и процесс

МАТВЕЕВ П. Состав и структура хозяйственно-правового обеспечения
правоотношений относительно инновационной деятельности..... 263

ХОТЕНЕЦ П. Формы реализации функции судебного контроля
в хозяйственном судопроизводстве 274

Информационное право

РИЗАК М. Правовой статус уполномоченного органа по вопросам
защиты персональных данных в Украине:
современное состояние и перспективы развития 283

Уголовное право

КНИЖЕНКО О. Пенализация уголовных правонарушений: перспективы
совершенствования..... 291

Сравнительное правоведение

КРЕСИН А. Становление научных и ценностных основ деятельности
Международной академии сравнительного права 298

Дискуссии и обсуждения

ПЕТРУНЯ А., КОВАЛЕНКО Т. Реформирование законодательства
в области трансплантации: медицинские и правовые аспекты..... 312

Молодым правоведам — слово

ПОЛОВИНКИНА Р. Регулирование права на обязательную долю
в наследстве по гражданскому праву Украинской ССР..... 319

КРАВЕЦ Н. Теоретические аспекты определения сущности понятия
малого и среднего предпринимательства 326

БЕЛОУСОВА Е. Правовая природа поддержания прокурором
государственного обвинения в суде (в контексте нового УПК Украины)..... 333

Судебная практика

Европейский суд по правам человека

Коммюнике Секретаря Европейского суда по правам человека относительно
решения по делу «Мангурас против Испании» от 28 сентября 2010 г. 340

Высший административный суд Украины

Постановление Пленума Высшего административного суда Украины
от 20 мая 2013 г. № 7 «О судебном решении
по административному делу» 342

Выдающиеся юристы

Датский профессор Оле Ландо 356

Юбиляры

Юбилей академика НАПрН Украины Анатолия Павловича Гетьмана
(к 55-летию со дня рождения)..... 359

Рецензии

ХАЛАБУДЕНКО О. История сравнительного правоведения
как направление научных исследований 361

Памяти ученых-правоведов

Памяти профессора, судьи Конституционного Суда Украины
в отставке Петра Федоровича Мартыненко 365

К вниманию читателей журнала «Право Украины»!

Актуальной темой следующего номера издания будет:

**«Демократия как основополагающий принцип
современного конституционного строя Украины».**

CONTENTS

Topic of the Issue:

«PRIVATE INTERNATIONAL LAW: TOPICAL QUESTIONS»

I. Private International Law: General Problems

DOVHERT A. The Science of Private International Law in Modern Ukraine (1991–2012)	12
MEREZHKO O. (Poland) Sociology of Private International Law	26
ZADOROZHNA S. The Concept, Genetic Basis and the System of Principles of Private International Law	34

II. Conflict of Laws

BIRIUKOV O. Bankruptcy in Modern Private International Law.....	48
VENHRYNIUK Yu. Proposals for the Development of the Conflict-of-Laws in the Scope of Contractual Obligations in Ukraine	55
HALUSHCHENKO H. Issues of Foreign Law Substance Determination	63

III. International Proprietary Law. International Intellectual Property Law

MYKHAILIV M. Peculiarities of the Collision Regulation of the Right of Ownership and Other Proprietary Rights in the Private International Law	71
VYHOVSKYI O. Problem Issues of Application of Certain Provisions of the UNIDROIT Geneva Securities Convention 2009	82

IV. International Law of Obligations

KOSSAK V. Issues of Appli-ance of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980	91
DIKOVSKA I. Some Issues of Interpretation of International Commercial Contracts	103
TSIRAT H. Private International Air Law	113
KOROTKYI T. International Convention on Civil Liability for Pollution from Ships in International Mechanisms for the Protection of the Marine Environment	129

V. International Family and Succession Law

KALAKURA V. The Problems of Conflict Regulation of Family and Marriage in the Private International Law	145
KYSIL V. Inheritance Relations in Modern Private International Law	154

VI. Consideration of Disputes Involving Foreign Element

TSIRAT H. International and Legal Cooperation in the Sphere of International Civil Procedure	183
PRYTYKA Yu. The Urgent Questions of Defining the Notions of Recognition and the Execution of the Foreign Judgments.....	199
<i>Conclusions and Recommendations on the Topic of the Issue.....</i>	208

Materials for Young Lecturers

Professor Ye. Kharytonov's Lecture: «Introduction to the Course: The Principles of the Roman Private Law»	210
---	-----

Selected Bibliography of Modern Monographic Works on Issues of Private International Law

222

Integration of Ukraine into European Legal Space: Current Issues

KOSTIUCHENKO Ya. Legal Nature of the Association in the Practice of the European Union	225
--	-----

Philosophy of Law

RABINOVYCH P. Some Contemporary Conceptions of Law in Russia and Ukraine (in the Light of the Consumer Approach)	234
--	-----

Constitutional Law

MARTYNIUK R. «Super-Presidential Republic»: Constitutional and Legal Appraisal of the Phenomenon as well as Experience of the Post-Soviet Countries	252
---	-----

Economic Law and Procedure

MATVIEIEV P. Composition and Structure of Economic and Legal Support of the Legal Relations Concerning Innovation Activity	263
KHOTENETS P. Forms of Realization of Court Control Function in Commercial Court Procedure.....	274

Data Protection Law

RIZAK M. The Legal Status of the Authorized Body on Personal Data Protection in Ukraine: Current State and Prospects for Development	283
--	-----

Criminal Law

KNYZHENKO O. Penalization of Criminal Offenses: Prospects for Improvement.....	291
--	-----

Comparative Law

KRESIN O. Development of Scientific Principles and Values in the Activities of International Academy of Comparative Law	298
---	-----

Discussions and Debates

PETRUNIA A., KOVALENKO T. Reforming Legislation in the Field of Transplantation: Medical and Legal Aspects	312
--	-----

Young Lawyers Tribune

POLOVYNKINA R. The Regulation of the Right for Compulsory Share of Inheritance in Accordance with the Civil Law of the Ukrainian SSR.....	319
KRAVETS N. Theoretical Aspects of Defining the Essence of the Notion of Small and Medium Enterprises.....	326
BIELOUSOVA K. The Legal Nature of the Maintenance of Prosecutor of the Public Prosecution in Court (in the Context of the New Code of Criminal Procedure of Ukraine)	333

Court Practice

European Court of Human Rights

Communique of the Secretary of the European Court of Human Rights Concerning the Judgment in the Case «Mangouras v Spain» of September 28, 2010	340
---	-----

High Administrative Court of Ukraine

Resolution of the Plenum of the High Administrative Court of Ukraine of May 20, 2013 № 7 «On Court Decision in Administrative Case».....	342
--	-----

Prominent Lawyers

A Lawyer and Professor from Denmark Ole Lando	356
---	-----

Jubilees

Jubilee of the Academician of NALS of Ukraine Anatolii Hetman (on his 55 th birthday).....	359
---	-----

Reviews

KHALABUDENKO O. The History of Comparative Law as a Trend of Scientific Research	361
---	-----

In Memoriam

In Memoriam of Professor, Judge of the Constitutional Court of Ukraine in Retirement Petro Martynenko	365
--	-----

For the attention of the readers!

The topic of the upcoming issue is:

**«Democracy as a Fundamental Principle
of Modern Constitutional Order of Ukraine».**

НАУКА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА В НЕЗАЛЕЖНІЙ УКРАЇНІ (1991–2012 рр.)



А. ДОВГЕРТ

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри міжнародного приватного
права Інституту міжнародних відносин
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка),
головний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва
(Національна академія правових наук України)*

Вступ. В історії становлення та розвитку науки міжнародного приватного права (далі — МПрП) в Україні звичайно виокремлюють три великі етапи: *початковий, радянський та сучасний* [1, 75].

У статті зроблено спробу узагальнено показати розвиток вітчизняної науки МПрП протягом третього (сучасного) періоду її історії (1991–2012 рр.). Проте сучасний стан цієї науки найкраще видно на тлі попередніх років — дореволюційної доби та радянської епохи, тому спочатку наведемо загальні риси тих часів.

Початковий етап досліджень з МПрП (1870–1910 рр.) характеризувався появою перших друкованих праць із МПрП на українських землях, які у той час було поділено між двома імперіями — Російською та Австро-Угорською. Дослідження питань МПрП відбувалося в університетсь-

ких закладах Львова, Харкова, Києва, а пізніше — Одеси та Чернівців. У витоків вітчизняної науки МПрП стояли професори А. Стоянов, В. Даневський (Харків), О. Ейхельман (Київ), П. Казанський (Одеса), С. Дністрянський (Львів).

МПрП у цей період досліджували переважно вчені-міжнародники. Тому не дивно, що воно включалося до загального міжнародного права. Проте у межах останнього вчені відводили МПрП не однакові роль та місце: від самостійної, цивілістичної за характером, «рівної» з міжнародним публічним правом частини міжнародного права у широкому розумінні (П. Казанський) до розчинення МПрП у міжнародному праві (О. Ейхельман).

У тогочасній літературі для позначення колізійних та інших суміжних правових явищ використовувалася назва «міжнародне приватне право»

або «міжнародне цивільне право». Проте як би згадані вчені не називали цю галузь права, під МПрП вони традиційно розуміли переважно колізійне право. Іноді до нього додавали питання прав іноземців і міжнародного цивільного процесу. Лише професор П. Казанський недвозначно заявив, що до нормативного складу МПрП належать також уніфіковані матеріально-правові норми.

На відміну від східних університетів, на західних землях України, що належали Австро-Угорщині, у цей період ми не знаходимо значних наукових праць з МПрП. Але відомі поодинокі публікації з цього предмета професора С. Дністрянського у Львові та Празі [2; 3].

Другий, радянський, етап наукових пошуків у цій сфері (1920-ті – 1991 р.), хоча й найдовший (70 років), проте не дуже результативний. І пояснюється це багатьма чинниками, зокрема втратою наукового наступництва через революцію 1917 р. та громадянську війну, спланованою «периферійністю» наук «ідеологічного блоку» в радянських республіках, монополією зовнішньої торгівлі у Радянському Союзі, закритим від світу характером суспільства тощо. Відновлення досліджень у сфері МПрП завдяки зусиллям учених Київського університету спостерігається лише в останні десятиліття існування радянської України.

У радянський період естафета досліджень МПрП перейшла від міжнародників до цивілістів, які вважали МПрП внутрішньодержавною правовою галуззю цивілістичного характеру, до складу якої одні включали лише колізійні норми (Г. Матвеев), а інші розуміли ширше. Позитивним було те, що вчені розпочали вивчення проблем особливої частини МПрП, зокрема

міжнародного речового (В. Мащенко) та міжнародного авторського права (Ю. Матвеев, А. Довгерт), міжнародного господарського права (академік В. Корецький), міжнародного сімейного (Г. Матвеев, О. Дрижчана, В. Кисіль) та спадкового права (І. Беленчук, А. Сивоконь), міжнародного цивільного процесу (Є. Гусев). Щоправда слід зазначити, що концентрація уваги на «практичному» МПрП обернулася певним спадом у розробці загальнотеоретичних проблем МПрП (система, природа, прийоми регулювання тощо). У сфері «високих теорій» дослідники віддавали пальму першості Москві та лише приєднувалися до тих чи інших «перевіраних» концептуальних підходів.

З 1960 р. по 1990 р. вчені Київського університету захистили 10 кандидатських дисертацій та одну докторську дисертацію (Ю. Матвеев) з МПрП, у результаті чого з'явилося доволі широке коло дослідників у складній сфері правознавства, підготовлено умови для створення кафедри міжнародного приватного права у Київському університеті та відкриття спеціалізації з міжнародного приватного права для юристів-міжнародників. У цей період вийшло друком чимало статей у наукових журналах, кілька монографій, навчальний посібник з питань МПрП, курс якого з 40-х років ХХ ст. починає викладатися у Київському університеті.

Наступний, сучасний, етап наукових розвідок з МПрП також все виразніше набуває певних характеристик.

Помітною рисою сучасного етапу розвитку науки МПрП в Україні є значне тематичне і кількісне збільшення досліджень у цій сфері. У цьому легко переконатися, подивившись

лише на дані захищених у цій сфері дисертаційних робіт.

На тлі попереднього, радянського етапу, протягом якого, як зазначено вище, було виконано лише кілька дисертацій з МПрП, кількість підготовлених у цій сфері дисертацій з 1991 р. по 2012 р. цілковито вражає. У нещодавно виданому «Довіднику захищених дисертацій з міжнародного приватного права в Україні 1991–2012 рр.» наведено дані про 104 кандидатські і 7 докторських дисертацій з МПрП [4]. При цьому помітне динамічне зростання щорічних захистів: у 1990 роках їх середня кількість становила приблизно дві, зараз — приблизно дев'ять.

Характеризуючи дослідження з МПрП загалом, вочевидь, не буде перебільшенням сказати, що їх важливим каталізатором й основним предметом стала кодифікація внутрішнього колізійного права України. До прийняття у 2005 р. Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі — Закон про МПрП) відбувалося наукове обговорення проекту кодифікації, який містився у книзі 8 проекту Цивільного кодексу України (далі — ЦК України). Після 2005 р. багато праць присвячено науковому аналізу результатів наймасштабнішої за всю історію країни реформи МПрП.

Найбільше дисертацій (30) написано з міжнародного зобов'язального права. І це не дивно. Зобов'язання представлені не лише найпотужнішою нормативною системою, а й інтенсивною діловою, консультативною і судовою практиками.

На другому місці за кількістю захищених дисертацій — тема суб'єктів та позовної давності в МПрП. Виконані за цією тематикою праці присвячені переважно правовому положенню фізичних осіб (правосуб'єктність, іноземці в Україні, громадяни України в

Польщі), юридичних осіб (уніфікація їх право- та дієздатності, участь іноземних юридичних осіб у цивільно-правових відносинах, транснаціональні корпорації, спільні підприємства у В'єтнамі, транскордонні банкрутства) та держави, включно з питаннями юрисдикційних імунітетів.

Значне збільшення розглядів українськими судами і комерційними арбітражами справ з іноземним елементом позначилося на зростанні наукового інтересу до питань міжнародного цивільного процесу у його широкому значенні. У цій сфері захищено 13 дисертацій.

Власне міжнародному цивільному процесу присвячено не так вже багато праць. Дві дисертації виконані з питань визнання та виконання рішень іноземних судів. У трьох інших — досліджувалися особливості судочинства у справах про усиновлення (удочеріння) іноземними громадянами дітей, які проживають на території України, право іноземців на звернення до суду в Україні (цивільно-процесуальні аспекти) та інститут підсудності в міжнародному приватному праві держав Європейського Союзу та України. Найбільш динамічним напрямом у цій тематиці є міжнародний комерційний арбітраж, діяльності якого присвячено п'ять робіт; арбітражній угоді — дві роботи; одне дисертаційне дослідження — виконанню іноземних арбітражних рішень.

Відносно значна кількість праць (10) стосується загальних питань (кодифікація та уніфікації МПрП у державах Європи, у межах Гаазької конференції, Європейського Союзу, Ради Європи) та джерел МПрП. Дослідження останніх представлені кандидатськими дисертаціями, в яких розглядаються міжнародні договори України про правову допомогу в ци-

вільних справах, внутрішнє законодавство України, правовий звичай міжнародної торгівлі, принципи торгового права Європейського Союзу.

У трьох сферах наукових досліджень зафіксовано 6–7 захищених дисертацій у кожній. Це, зокрема, такі сфери: вчення про колізійні та уніфіковані норми МПрП; міжнародне право інтелектуальної власності; міжнародне трудове право.

У найбільш знаковій частині МПрП — колізійному праві — досліджені система колізійних норм, забезпечення застосування колізійної норми, встановлювання іноземного права, застосування іноземного права для регулювання приватноправових відносин, колізійний принцип тісного зв'язку. Уніфіковані матеріальні норми в МПрП досліджені лише в аспекті уніфікації у межах УНІДРУА.

Питання міжнародного права інтелектуальної власності користуються дедалі більшим інтересом серед здобувачів наукових ступенів, що відображає закономірне підвищення ролі охорони прав інтелектуальної власності в Україні. Досліджувалися як загальні проблеми гармонізації законодавства України про товарні знаки та суміжні права з міжнародно-правовими нормами, так і спеціальні питання: захист прав на торговельні марки, охорони авторського права у сфері новітніх комп'ютерних технологій та правова природа доменних імен Інтернет. Також слід зазначити про порівняльно-правове дослідження патентно-ліцензійних угод в англійському, французькому та італійському праві.

Міжнародне приватне трудове право — відносно новий напрям наукових досліджень в Україні. Він започаткований докторською дисертацією А. Довгерта (див. вище). Згодом дисертації з такої тематики почали вико-

нуватися в Україні та в інших країнах СНД. Зокрема, в Україні кандидатські дисертації написані з матеріально-правового та нормативно-правового аспектів правового регулювання міжнародних приватних трудових відносин на сучасному етапі, з правових проблем праці громадян України за кордоном та праці іноземців й осіб без громадянства в Україні, з питань імплементації міжнародно-правових стандартів професійної підготовки плавскладу в українському законодавстві.

«Аутсайдер» за кількістю захищених праць — сфери міжнародного речового права, міжнародного спадкового права та міжнародного сімейного права (по 2–3 дисертації). На нашу думку, всі три зазначені наукові сфери потребують своїх дослідників.

Крім зазначених тематик виконувалися праці (понад 10) із різних аспектів правового регулювання іноземних інвестицій та спеціальних (вільних) економічних зон України.

Варто звернути увагу на те, що збільшення досліджень з МПрП у 1991–2012 рр. показано лише на прикладі захищених дисертацій. Проте багато наукових праць виконано поза межами дисертацій у формі наукових статей, монографій, навчальної та науково-практичної літератури тощо.

Поступова зміна парадигми МПрП.

У наукових працях 1991–2012 рр. окреслено еволюцію уявлень в Україні природи МПрП, його так званої «галузевості», складу норм, предмета, методів, джерел МПрП та інших базових понять.

Так, при визначенні юридичної природи МПрП або його місця у правовій системі спостерігається відхід від традиційних поглядів. Ця традиція полягає в тому, що більшість учених (Г. Матвєєв, Г. Дмитрієва, В. Кисіль)

вбачають у МПрП самостійну галузь внутрішнього права цивілістичного характеру. Останнім часом деякі автори (А. Степанюк), повторюючи аргументи сучасних російських учених, характеризують МПрП як підсистему в межах внутрішнього права, що, на їхню думку, дозволяє пояснити залучення до регулювання норм різної галузевої і рівневої приналежності. Відповідно до цивілістичної концепції, єдиного МПрП для всіх чи деяких груп держав не існує. Кожна держава має своє МПрП.

Деякі українські автори (Л. Фединак) дотримуються іншої концепції юридичної природи, що розглядає МПрП об'єктивно існуючим полісистемним комплексом, який складається із відносно самостійних блоків норм, які, не утворюючи цілісної системи та зберігаючи своє місце у «базисних» системах права (у національній або міжнародній), взаємодіють один з одним при регулюванні відносин невластивого характеру.

Проте в сучасних умовах багато соціально-економічних і правових чинників створює підґрунтя для відходу від суто національно-правового тлумачення МПрП. Виникнення глобальної економіки та глобального ринку виступає об'єктивною передумовою формування справді інтернаціонального МПрП. На думку деяких науковців (А. Довгерт, О. Мережко), сучасне МПрП великим своїм масивом постає як міжнародно-уніфіковані (гармонізовані) колізійні та матеріальні норми приватного права для задоволення потреб приватних осіб у міжнародному спілкуванні. Через те, що ця частина МПрП ще не повністю розвинута, є умови для існування національних відгалужень норм МПрП, які ще 100 років тому професор П. Казанський назвав «незаконним створенням

юридичного життя» або «зовнішнім цивільним правом держав».

У питанні про «галузь» МПрП також спостерігається відхід від, здавалося б, аксіоматичних положень відносно трактування МПрП галуззю (В. Кисіль) або підсистемою (А. Степанюк) внутрішнього права держави. У наукових працях останніх років висловлюється думка (А. Довгерт) про те, що національні відгалуження МПрП разом з колізійними та матеріальними нормами приватного права міжнародного походження утворюють самостійну систему права, вектор розвитку якої спрямований у напрямку формування єдиного для людства, правдивого «міжнародного» МПрП. Більш того, єдине для людства природне приватне право та єдність людини як біологічного виду невідворотно ведуть до єдиного позитивного світового приватного права (всесвітньо-цивільного права), яке варто розуміти як уніформоване приватне право, що застосовується для регулювання як національних, так і міжнародних приватноправових відносин. За такого підходу сучасне МПрП разом із відносно гармонізованими національними системами цивільного права являють собою недосконалу форму правдивого всесвітньоцивільного права. Причому МПрП відіграє найактивнішу роль у становленні останнього, оскільки фактично пропонує його прообраз.

У питанні про склад норм МПрП сучасна наука в Україні все більше уваги приділяє не колізійним нормам (їх визначальна роль вже в минулому), а матеріальним правилам міжнародного походження, зокрема уніфікованим нормам, гармонізованим нормам (О. Мережко), уніформованим нормам (А. Довгерт), ненаціональному матеріальному праву (Б. Лобовик).

У незалежній Україні спостерігається тенденція до зміни ставлення до таких видів визнаних в інших країнах джерел МПрП, як міжнародний звичай, судова практика, доктрина, договір між сторонами приватно-правових відносин з іноземним елементом тощо [1, 129–132].

Основні обставини, що стимулюють сучасний розвиток науки МПрП. Збільшення та урізноманітнення досліджень у цій сфері спричинено багатьма обставинами, серед яких згадаємо вибір Україною західноєвропейської моделі розвитку, кодифікацію в державі колізійного права, приєднання України до важливих міжнародних договорів, вступ до міжнародних організацій, створення кафедри міжнародного приватного права, розширення викладання МПрП у вищих навчальних закладах та формування нових центрів досліджень МПрП.

Західноєвропейська модель розвитку. Незалежна Україна стала на шлях реалізації західноєвропейської моделі розвитку (реальна демократія, громадянське суспільство, соціальна ринкова економіка, євроінтеграція). Така модель веде до високого рівня міжнародного спілкування громадян та юридичних осіб України. Після багатьох десятиріч ізоляції усі підприємці України одержали право виходу на зовнішній ринок, мільйони громадян стали виїжджати за кордон із метою бізнесу, туризму, працевлаштування тощо, у країну пішли іноземні інвестиції, а сама держава стала активним суб'єктом різноманітних міжнародних відносин. Такі процеси обумовили «соціальне замовлення» на реформування та розвиток МПрП. Адже нова практика міжнародного спілкування як для держави, так і для фізичних та юридичних осіб вимагала постійного застосування правових ме-

ханізмів МПрП, які за радянських часів були недостатньо розвинутими (відсутність повноти і системності у колізійному праві, незадіяність багатьох важливих міжнародних інструментів тощо).

Інтенсивна законодавча та організаційна робота зі зміцнення механізмів міжнародного спілкування. Значний вплив на розвиток науки МПрП справили кодифікація у державі колізійного права, приєднання до важливих міжнародних договорів, вступ держави до міжнародних організацій.

Робота з кодифікації МПрП проводилася в Україні протягом тривалого часу (1992–2005). Текст кодифікації спочатку з'явився у книзі 8 проекту ЦК України. Пройшовши складний шлях узгоджень у Верховній Раді України, текст кодифікації МПрП у 2005 р. набув форми окремого Закону [5].

Незважаючи на те, що кодифікація МПрП в Україні на фінальному етапі набула форми окремого акта за межами ЦК України, останній переважно обумовив структуру Закону про МПрП. Після розділу «Загальні положення» йдуть розділи, що містять колізійні норми щодо осіб, правочинів, довіреності та позовної давності, прав інтелектуальної власності, речового права, зобов'язального права, трудових відносин, сімейного і спадкового права. З огляду на тісний зв'язок колізійного права і цивільного процесу Закон містить розділи щодо міжнародного цивільного процесу.

Закон створювався з урахуванням останніх кодифікацій МПрП у західних країнах (Австрія, Італія, ФРН, Швейцарія та ін.), а також нових підходів, що містяться у міжнародних договорах, які уніфікують колізійні норми. Серед останніх варто згадати

Римську конвенцію про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р., Конвенцію про право, яке застосовується до міжнародної купівлі-продажу 1986 р., Гаазькі конвенції з питань шлюбу, сім'ї та спадкування та ін.

За роки незалежності активність України щодо використання міжнародного законодавства була досить значною. Наприклад, вона стала учасницею сотень лише багатосторонніх договорів, серед яких значна частина належить до договорів приватноправового характеру¹.

Не менш висока активність заявлена Україною і щодо вступу до міжнародних організацій, які своєю діяльністю сприяють розвитку МПрП (наприклад, Гаазька конференція з міжнародного приватного права; Рада Європи; Міжнародний валютний фонд; Міжнародний банк реконструкції та розвитку; Багатостороння агенція з гарантій інвестицій; Міжнародна організація цивільної авіації; Міжнародна організація комісій з цінних паперів; Міжнародна морська організація; Всесвітня туристична організація; Європейський банк реконструкції та розвитку; Організація Чорноморського економічного співробітництва, Світова організація торгівлі та ін.

Створення кафедри міжнародного приватного права. У 1992 р. в Інституті міжнародних відносин Київського університету була створе-

на кафедра міжнародного приватного права. Відбулася подія колосального значення для науки МПрП в Україні. Якщо раніше дослідження у цій сфері здійснювалися лише деякими фахівцями різних наукових закладів, факультетів та кафедр, то з 1992 р. з'явився спеціальний науковий підрозділ з вивчення і викладання широкого спектра проблем МПрП та підготовки кадрів у цій сфері, що є навіть більш важливим з огляду на майбутнє.

Протягом минулих років періоду незалежності України Київський університет, як і в радянську добу, продовжував бути в країні основним центром досліджень проблематики МПрП.

Відкриття, разом із кафедрою міжнародного приватного права, нової спеціалізації з МПрП для бакалаврів, спеціалістів та магістрів міжнародного права Інституту міжнародних відносин КНУ імені Тараса Шевченка зумовило впровадження чисельних спецкурсів з МПрП² та, відповідно, підготовку нової навчальної літератури [6–24], яка базувалася, як правило, на тривалих наукових дослідженнях.

Наукові пошуки на кафедрі міжнародного приватного права було організовано майже в усіх сферах МПрП. Про широту досліджень говорить той факт, що за роки незалежності на ка-

¹ Наприклад, Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин 1961 р. (переглянута в 1972 р. та 1978 р.); Віденська конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1963 р. із поправками, внесеними Протоколом 1997 р.; Вашингтонська конвенція про врегулювання інвестиційних спорів між державами та особами інших держав 1965 р.; Конвенція про міжнародні правила запобігання зіткнення суден на морі 1972 р.; Міжнародна конвенція по запобіганню забрудненню з суден 1973 р.; Афіньська конвенція про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 р. спільно з Протоколом 1976 р.; Міжнародна конвенція про пошук та рятування на морі 1979 р.; Європейська Енергетична Хартія 1991 р.; Договір 1994 р. до Енергетичної Хартії та ін.

² Так, у новому тисячолітті студентам пропонувалося до вивчення приблизно 40 курсів, серед яких, наприклад, «Актуальні проблеми міжнародного приватного права», «Методологія міжнародного приватного права», «Історія науки міжнародного приватного права», «Міжнародне авторське право», «Міжнародне право промислової власності», «Міжнародне сімейне право», «Міжнародний комерційний арбітраж», «Міжнародний цивільний процес», «Міжнародне приватне морське право», «Герменевтика в міжнародному приватному праві» та ін.

федрі захищено понад 30 кандидатських дисертацій з МПрП¹.

Докторські дисертації виконали А. Довгерт («Правове регулювання міжнародних трудових відносин», 1994 р.); В. Кисіль («Механізми колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві», 2001 р.); О. Мережко («Теорія та принципи транснаціонального торгового права», 2002 р.); О. Бірюков («Транснаціональні банкрутства», 2010 р.); О. Виговський («Інститут цінних паперів в міжнародному приватному праві», 2011 р.).

Професор *Анатолій Степанович Довгерт* у низці праць, присвячених міжнародному приватному трудовому праву [6; 25–28], вперше в науці країн СНД розкрив концепцію правового регулювання трудових відносин з іноземним елементом на основі підходів, принципів і категорій МПрП. У працях та докторській дисертації на основі порівняльно-правового дослідження показано рішення основних колізійних проблем та напрями договірної уніфікації матеріально-правових норм у сфері міжнародних трудових відносин. Завдяки працям А. Довгерта у цій сфері було започатковано новий напрям наукових досліджень з

МПрП, які згодом почали розроблятися в Україні та Росії.

Широке коло питань колізійного права та кодифікації його норм досліджував професор *Василь Іванович Кисіль*. У його публікаціях та докторській дисертації з урахуванням сучасного законодавства країн світу представлена історія доктрини колізійного права, динаміка законодавчих актів у цій сфері, еволюція основних колізійних прив'язок. Особлива увага надавалася вивченню форми, змісту, структури кодифікацій колізійного права та їх регіональних особливостей. Певним підсумком досліджень стала монографія професора В. Кисіля «Міжнародне приватне право: питання кодифікації» (2000 р., друге вид. 2005 р.) [29; 30], яка, між іншим, широко використовується студентами як підручник з Загальної частини МПрП.

Новими підходами до МПрП позначені праці дисертаційного циклу *Олександра Олександровича Мережжа*. Одним із перших учених у країнах СНД професор О. Мережко підійшов до вивчення проблематики транснаціонального торгового права (*lex mercatoria*), зокрема історії розвитку та правової природи *lex mercatoria*, його джерел та механізмів імплементації.

¹ Серед авторів та тем кандидатських дисертацій варто назвати: *Калакура В. Я.* «Кодифікація міжнародного приватного права в країнах Європи», 1993 р.; *Криволатов Б. М.* «Позовна давність у міжнародному приватному праві», 1997 р.; *Варшаламідзе Л.* «Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках УНІДРУА», 1998 р.; *Галущенко Г. В.* «Міжнародні договори України про правову допомогу в цивільних справах і внутрішнє законодавство», 2001 р.; *Серьогін О. Ю.* «Правове регулювання міжнародних туристичних відносин», 2002 р.; *Виноградова Г. В.* «Міжнародне приватноправове регулювання іноземного інвестування в позиковій формі в Україні», 2002 р.; *Забара І. М.* «Відшкодування моральної (немайнової) шкоди в міжнародному приватному праві», 2002 р.; *Теуш С. К.* «Приватноправові конвенції Ради Європи», 2003 р.; *Сирота Д. М.* «Вдосконалення законодавства України про суміжні права до рівня основних універсальних міжнародних договорів про суміжні права», 2004 р.; *Кармаза О.* «Спадкування у сучасному міжнародному приватному праві», 2006 р.; *Потко В. В.* «Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках Гаазької конференції», 2006 р.; *Довжук О. В.* «Правове регулювання міжнародних приватних трудових відносин на сучасному етапі (матеріально-правовий аспект)», 2006 р.; *Черняк Ю. В.* «Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України», 2006 р.; *Бурлай О. Є.* «Правовідносини подружжя в міжнародному приватному праві», 2007 р.; *Львов В. В.* «Правове регулювання створення та функціонування вільних економічних зон в Україні», 2007 р.; *Руденко О. В.* «Уніфікація міжнародного приватного права в Європейському Союзі», 2007 р.; *Балденюк В. В.* «Забезпечення застосування колізійної норми: кваліфікація, зворотне відсилання, обхід закону в міжнародному приватному праві», 2008 р.; *Філін'єв А. О.* «Застосування іноземного права для регулювання приватноправових відносин: проблеми та перспективи», 2009 р.; *Гренко О. Т.* «Сучасні тенденції регулювання юрисдикційних імунітетів у міжнародному приватному праві», 2009 р.; *Пшечничук Д. В.* «Колізійний принцип тісного зв'язку у міжнародному приватному праві», 2011 р. та ін.

тації. Важливим є і те, що праці вченого (зокрема, «*Lex Mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права*», 1999 р. [31]) написані на основі нових методологічних підходів. Зокрема, дослідник відкидає юридичний позитивізм через його неспроможність пояснити *lex mercatoria*, яке тлумачиться автором як таке, що створюється самими учасниками міжнародної торгівлі.

Протягом багатьох років публікувалися результати досліджень *Олександра Миколайовича Бірюкова* з вельми оригінальної теми транскордонних банкрутств. У його докторській дисертації та монографії («Транскордонні банкрутства: теорія і практика», 2008 р. [32]) показано, що у транскордонних справах про банкрутство відомі положення МПРП застосовуються з певною специфікою. У працях ученого теоретично обґрунтована корисність розробки в Україні відповідних норм на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ 1997 р. та інших міжнародних документах у сфері міжнародних банкрутств.

Олександром Ігоровичем Виговським вперше в історії науки МПРП у країнах пострадянського простору здійснено масштабне дослідження у сфері міжнародного обігу цінних паперів. У його докторській дисертації та монографії розкриваються особливості правового регулювання транс-

кордонного розміщення та обігу цінних паперів, їх деяких видів та досліджуються механізми вирішення колізійних питань у цій сфері [33].

Кафедральні результати досліджень знайшли своє відображення у понад 700 наукових публікаціях з МПРП, серед яких чимало монографій. Крім монографій, створених у межах докторських дисертацій, викладачами та науковцями Київського університету за період незалежності надруковано багато інших монографічних праць¹. Наукові пошуки вчених кафедри сприяли налагодженню контактів із закордонними колегами і центрами з приватного права, а також появі публікацій українських авторів у зарубіжних виданнях Великої Британії, Німеччини, Нідерландів, Канади, Китаю, Казахстану, Росії, США, Швейцарії та інших країн.

Наукові дослідження, що проводилися у цей період на кафедрі міжнародного приватного права, збіглися з епохальною кодифікаційною діяльністю в Україні. Науковці кафедри брали участь у створенні багатьох нових законів ринкового спрямування. Окремою сторінкою у цій діяльності стала тривала, понад 10 років, праця над проектом ЦК України. Учені підготували також проект кодифікації МПРП спочатку у межах проекту нового ЦК України, а згодом — окремого закону. Викладачі кафедри долучи-

¹ Зокрема, див.: *Хачатурян А. Г.* «Унификация коллизионных норм в международном частном праве», 1993 р.; *Цират А. В., Цират Г. А.* «Международный арбитраж как способ решения внешнеэкономических споров», 1997 р.; *Бірюков А. Н.* «Институт неспоможности: порівняльно-правовий аналіз», 2000 р.; *Виноградова Г. В., Кучер Б. І.* «Іноземне інвестування в міжнародному приватному праві», 2003 р.; «Законодавство про банкрутство: збірник нормативних матеріалів і аналітичних статей (під ред. О. М. Бірюкова, 2003 р.)»; *Іалущенко Г.* «Питання міжнародного приватного права у міжнародних договорах України про правову допомогу», 2005 р.; *Потко В. В.* «Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках Гаазької конференції», 2007 р.; *Прутика Ю. Д.* «Міжнародний комерційний арбітраж: питання теорії та практики», 2005 р.; *Хеда С. М.* «Правове регулювання участі іноземних юридичних осіб у цивільних правовідносинах (порівняльно-правовий аспект)», 2005 р.; *Черняк Ю. В.* «Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн ЄС та України», 2008 р.; *Львов В. В.* «Особливості правового режиму інвестицій в Україні», 2008 р.; *Опадчий І.* «Грошові зобов'язання у міжнародному приватному праві», 2009 р.; «*Міжнародне приватне право в Київському університеті*» (антологія у 2 т., за ред. проф. А. Довгерта, 2009 р.) та ін. Деякі напрями досліджень у галузі МПРП, організовані кафедрою міжнародного приватного права за останні роки, наведено у двох колективних монографіях: *Міжнародне приватне право. Актуальні проблеми* (за ред. проф. А. Довгерта, 2001 р.); *Очерки международного частного права* (за ред. проф. А. Довгерта, 2007 р.).

лися і до міжнародного законотворення, що здійснювалося СНД, Гаазькою конференцією з міжнародного приватного права та УНІДРУА. Професор А. Довгерт розробив розділ «Міжнародне приватне право» у Моделі ЦК для країн СНД (1996 р.), брав участь у створенні останніх конвенцій Гаазької конференції з МПрП (2001–2007 рр.). У підготовці проекту конвенції УНІДРУА з цінних паперів були задіяні доцент О. Бірюков та О. Виговський.

Законотворча та інша практична діяльність учених (наприклад, викладачі кафедри створили у цей період кілька успішних та найвідоміших в Україні юридичних фірм) ґрунтувалася на спеціально створених для тих чи тих випадків теоретичних працях¹.

Розширення викладання МПрП. Варто зазначити, що МПрП у радянський час вивчалася, крім Московського інституту міжнародних відносин при Міністерстві закордонних справ СРСР та Академії зовнішньої торгівлі, лише на юридичних факультетах Київського, Московського, Ленінградського та Ростовського університетів, які працювали за індивідуальними навчальними планами.

На юридичному факультеті Київського університету в 40-х роках минулого століття МПрП викладалося в обсязі 40, а потім 60 лекційних годин

для студентів усіх форм навчання. У 1970–1980-х роках цей предмет мав статус спецкурсу (20 лекційних годин) для студентів господарсько-правової та державно-правової спеціалізацій стаціонару [34, 89; 35; 36].

Після 1991 р. МПрП стало викладатися у багатьох юридичних закладах країни, що дало поштовх до початку формування інших, крім Київського національного університету імені Тараса Шевченка, наукових центрів з дослідження МПрП.

У Києві серед низки наукових та науково-навчальних закладів і підрозділів варто окремо назвати відділ міжнародного приватного права та порівняльного законодавства Інституту приватного права та підприємництва Національної академії правових наук України, співробітники якого підготували чимало монографій з МПрП [37–39] та виконали дослідження з багатьох питань МПрП, зокрема міжнародного речового права (О. Шупінська), міжнародного контрактного права (В. Король), міжнародного цивільного процесу (Т. Сліпачук, С. Задорожна) тощо. В Інституті держави і права НАН України виконано кандидатські дисертації С. Мостовенко («Цивільно-правове регулювання договорів у вільних економічних зонах і на територіях із спеціальним режимом інвестиційної діяльності»,

¹ Так низка праць професора А. Довгерта була присвячена теоретичним обґрунтуванням проекту української кодифікації МПрП, тенденціям розвитку нормативного масиву та всієї інфраструктури МПрП в Україні (доктрина, система застосування норм, підготовка спеціалістів тощо): «Кодифікація норм міжнародного приватного права», 1997 р.; «Міжнародне приватне право в незалежній Україні», 2005 р.; «Реконструкція приватного права в Україні», 2007 р.; «Сучасні приватноправові реформи в Україні з огляду на формування всесвітньо-цивільного права», 2008 р.; «Удосконалення колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу після реформи міжнародного приватного права 2005 року», 2010 р. та ін. Будучи учасником багатьох дипломатичних сесій Гаазької конференції з міжнародного приватного права, А. Довгерт звертається також до питань, пов'язаних з діяльністю цієї міжнародної організації: «Гаазькі конвенції з міжнародного приватного права», 1998 р.; «110 років Гаазької конференції з міжнародного приватного права», 2003 р.

Результатом багаторічної роботи О. Мережка в юридичних школах США стали його праці у галузі колізійного права США («Колізионне право США», 2003 р.). Уявлення про основні колізійні теорії США дозволило краще зрозуміти сучасне європейське МПрП, за мірками якого створювався проект української кодифікації колізійного права. Вагомим внеском у доктрину МПрП стала праця О. Мережка («Наука міжнародного частного права: история и современность», 2006 р.), у якій майстерно показано розвиток доктрин МПрП та запропоновано цікаві картини МПрП постіндустріального суспільства.

2005 р.) та О. Переверзевої («Міжнародний комерційний арбітражний суд з вирішення спорів у сфері торговельного мореплавства», 2006 р.)

У Львівському університеті наукові праці з іноземних інвестицій написані професором *Володимиром Михайловичем Коссаком* [40; 41]. У межах виконання кандидатських дисертацій підготовлена низка праць з міжнародного деліктного права (Г. Фединяк), міжнародного цивільного процесу (Л. Фединяк), міжнародної технічної допомоги (М. Михайлів), іноземних інвестицій у спеціальних економічних зонах (Ю. Бек). У 2008 р. вийшла друком монографія Г. Фединяка про транснаціональні корпорації [42].

У Харкові (Національна юридична академія України) у цій сфері плідно працює А. Степанюк, якій вдалося за короткий час опублікувати низку теоретичних праць [43–45]. На основі кандидатських дисертацій вийшли у світ монографії В. Мілаш («Захисні застереження в зовнішньоекономічному договорі», 2004 р.); Л. Таран («Специальный правовой режим предпринимательской деятельности в свободных экономических зонах Украины (комплексное исследование)», 2004 р.); О. Щокіної («Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права», 2007 р.). Написані кандидатські дисертації з міжнародного договору купівлі-продажу (С. Юдін, 1994 р.), договору лізингу (Р. Бойчук, 1997 р.), іноземних інвестицій (О. Кібенко, 1998 р.), уніфікації правил міжнародних контрактів (О. Порфір'єва, 2000), джерел МПрП (Т. Колісник, 2003 р.), суб'єктів МПрП (І. Ніколаєв, 2006 р.) та ін. У галузі міжнародного цивільного процесу й арбітражу відомі праці В. Комарова та В. Погорецького [46–47].

В Одесі проводяться дослідження у сфері міжнародного приватного морського права (О. Шемякін [48], Т. Короткий). В Одеській національній юридичній академії та Одеському університеті проведено наукові розвідки у межах кандидатських дисертацій: А. Смітюх («Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та *Lex Mercatoria* в контексті міжнародного приватного права», 2004 р.); Н. Якубовська («Правове регулювання діяльності багатонаціональних компаній», 2006 р.); Р. Чернолуцький («Проблеми правосуб'єктності осіб у колізійному праві України», 2006 р.); Л. Романадзе («Захист права на торговельні марки у міжнародному приватному праві», 2008 р.); О. Трояновський («Відповідальність сторін за міжнародним договором комерційного посередництва», 2009 р.); А. Недбай («Реалізація принципу “автономії волі” сторонами-учасниками зіткнення суден», 2009 р.) та ін.

В інших містах України вийшли монографічні праці О. Руденко («Уніфікація міжнародного права в ЄС», 2009 р. [49]); С. Задорожної «Автономія сторін у міжнародному приватному праві», 2008 р. [50] (Чернівці); М. Баймуратова, Р. Чорнолуцького («Міжнародне приватне право України: правосуб'єктність осіб (теоретико-методологічні аспекти)», 2009 р. [51] (Маріуполь). На кафедрах низки вишів усе частіше затверджуються теми дисертацій з МПрП та проводяться відповідні дослідження (наприклад, у Запорізькому університеті виконана дисертація С. Сергєєвої з міжнародного приватного трудового права).

Одним із наслідків розширення викладання у вищих навчальних закладах МПрП став випуск відповідної навчальної літератури. Крім праць, виданих науковцями Київського націо-

нального університету (див. вище), автори інших вишів підготували чимало підручників, курсів лекцій, навчальних посібників, збірок нормативних актів, практикумів, коментарів.

Наразі підручники з МПрП видали Г. Фединяк, Л. Фединяк (останнє видання 2012 р.), О. Юлдашев (2004 р.), А. Степанюк (2008 р.), колективи авторів на чолі з В. Жушманом та І. Шуміло (2011 р.), А. Довгертом і В. Кисілем (2012 р.) [52–55].

Названі підручники різняться як за обсягом, так і за змістом. По-різному автори підійшли й до конструювання та добору тем Загальної та Особливої частин курсу. Наприклад, у підручнику А. Степанюк, з одного боку, Загальна частина занадто широка і написана у монографічному стилі. З другого боку, О. Юлдашев традиційним теоретичним питанням МПрП майже не залишає місця.

Спільним для більшості підручників є те, що вони виконані за зразками попередніх часів.

Таку ж характеристику, як і підручникам, можна дати і чисельним посібникам з МПрП¹.

Важливою віхою в історії науки та викладання МПрП стала публікація в Україні збірок нормативних актів, практикумів та коментарів Закону про міжнародне приватне право².

Основний висновок стосовно сучасного етапу розвитку науки МПрП в Україні полягає у значному розширенні тематики і географії досліджень та кола дослідників. За останні 20 років написано у десятки разів більше дисертацій, монографій, статей, підручників та посібників з МПрП у порівнянні з радянським періодом. Завдяки цьому та потребам практики з науки міжнародного приватного права знято покров «екзотичності», а сама вона, з огляду на потреби практики, стала на один рівень з науками міжнародного публічного і цивільного права. Хоча доктрина МПрП в Україні ще має певні негативні нашарування радянського етапу (наприклад, у теоретичних питаннях МПрП), ми не бачимо серйозних перешкод на шляху її подальшого розвитку.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Міжнародне приватне право. Загальна частина* : підруч. / за ред. А. С. Довгєрта, В. І. Кисіля. — К., 2012. — 376 с.
2. *Українське правознавство в Україні, в країнах Європи та Америки. Матеріали до бібліографії XIX–XX століть* / уклад. і автор передм. М. Петрів. — Л., 2001. — 260 с.
3. *Дністрянський С.* Причинки до історії і теорії міждержавного приватного права. — Прага, 1923. — 22 с.
4. *Довгєрт А. С., Короткий Т. Р., Сажєєнко Н. В.* Довідник захищених дисертацій з міжнародного приватного права в Україні (1991–2012 рр.). — О., 2013. — 134 с.
5. *Про міжнародне приватне право* : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.
6. *Довгєрт А. С.* Правовое регулирование международных трудовых отношений : учеб. пособие. — Киев, 1992. — 248 с.

¹ Вийшли друком такі посібники: *Фединяк Г. С.* «Міжнародне приватне право», 1997 р.; *Данилькевич Н. И., Федоров О. Н.* «Международное частное право», 1999 р.; *Попов А. А.* «Международное частное право», 2000 р.; *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С.* «Міжнародне приватне право», 2000 р.; *Дахно І. І.* «Міжнародне приватне право», 2001 р.; «Міжнародне приватне право», 2005 р.; *Чубарев В. Л.* «Міжнародне приватне право», 2006 р.; «Міжнародне приватне право», 2010 р.

² Крім згаданих вище праць науковців Київського університету, варто назвати ще такі: «*Международное частное право*» (сост. Д. В. Задыхайло) 1998 р.; *Кибенко Е. Р.* «Международное частное право», 2003 р.; *Дахно І. І.* «Міжнародне приватне право», 2008 р.; *Васильченко В. В.* «Науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право», 2007 р.; *Степанюк А. А.* «Коментар Закону України «Про міжнародне приватне право», 2007 р.; *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С.* «Практикум з курсу «Міжнародне приватне право», 2007 р.

7. *Міжнародне приватне право. Міжнародні договори України* : у 2 т. / відп. ред. та упоряд. А. Довгерт, В. Крохмаль. — К., 2000. — Т. 1. — 992 с.
8. *Міжнародне приватне право. Міжнародні договори України* : у 2 т. / відп. ред. та упоряд. А. Довгерт, В. Крохмаль. — К., 2000. — Т. 2. — 1312 с.
9. *Криволапов Б. М.* Позовна давність у міжнародному приватному праві : навч. посіб. — К., 2001. — 148 с.
10. *Авторське право та суміжні права. Європейський досвід* : у 2 кн. / за ред. А. С. Довгерта. — К., 2001. — Кн. 1. — 520 с.
11. *Авторське право та суміжні права. Європейський досвід* : у 2 кн. / за ред. А. С. Довгерта. — К., 2001. — Кн. 2. — 460 с.
12. *Цират Г. А.* Міжнародний комерційний арбітраж : навч. посіб. — К., 2002. — 304 с.
13. *Цират А. В.* Франчайзинг и франчайзинговый договор : учеб.-практ. пособие. — К., 2002. — 240 с.
14. *Довгерт А. С., Сирота Д. М.* Міжнародне авторське право. Матеріали до курсу. — К., 2004. — 165 с.
15. *Забара І. М.* Міжнародне приватне морське право : зб. матеріалів до навч. дисципліни. — К., 2004. — 196 с.
16. *Бірюков О.* Банкрутство : курс лекцій. — К., 2004. — 240 с.
17. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)* / отв. ред. проф. А. Довгерт. — К., 2006. — 1008 с.
18. *Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции* / отв. ред. проф. А. Довгерт. — К., 2004. — 544 с.
19. *Кармаза О. О.* Міжнародне спадкове право : наук.-практ. посіб. — К., 2007. — 328 с.
20. *Міжнародне приватне право* : наук.-практ. комент. Закону / за ред. А. Довгерта. — Х., 2008. — 359 с.
21. *Цивільний кодекс України* : парал. укр. та англ. тексти / наук. кер., перекл. Г. В. Галущенко. — К., 2009. — 735 с.
22. *Цират А. В.* Руководство по составлению и заключению франчайзинговых договоров: право и практика : учеб.-практ. пособие. — К., 2010. — 352 с.
23. *П리티ка Ю. Д.* Правове регулювання іноземних інвестицій в Україні : навч. посіб. — К., 2010. — 152 с.
24. *Міжнародне приватне право : практикум* / за ред. Р. А. Майданика, Н. С. Кузнєцової, Т. В. Боднар, Е. М. Грамацького. — К., 2010. — 320 с.
25. *Довгерт А. С.* Правове регулювання міжнародних трудових відносин : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. — К., 1994. — 50 с.
26. *Довгерт А. С.* Трудовые отношения // *Международное частное право* : учеб. пособие / под ред. Г. К. Дмитриевой. — М., 1993. — С. 131–150.
27. *Довгерт А. С.* Соотношение международного частного права и трудового права // *Международное частное право: современные проблемы* : в 2 кн. — М., 1993. — Кн. 1. — С. 125–135.
28. *Довгерт А. С.* Питання міжнародного приватного трудового права // *Український часопис міжнародного права*. — 1994. — № 1. — С. 110–131.
29. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації. — К., 2002. — 430 с.
30. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації. — 2-ге вид. — К., 2005. — 480 с.
31. *Мережко О. О.* Lex Mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права. — К., 1999. — 415 с.
32. *Бірюков О. М.* Транскордонні банкрутства: теорія і практика : моногр. — К., 2008. — 318 с.
33. *Вигovskyй О. І.* Інститут цінних паперів у міжнародному приватному праві. — К., 2011. — 476 с.
34. *Матвеев Г. К.* О преподавании международного частного права // *Правоведение*. — 1977. — № 3.
35. *Довгерт А. С.* Шляхи вдосконалення викладання міжнародного приватного права // *Вісник Київського університету. Юридичні науки*. — 1989. — Вип. 30. — С. 61–64.
36. *Довгерт А. С.* Перестройка внешнеэкономической деятельности СССР и преподавание международного частного права в юридических вузах // *Правоведение*. — 1990. — № 3. — С. 75–77.
37. *Проблеми правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтерналізації* : кол. моногр. / за заг. ред. О. Д. Крупчана. — Тернопіль, 2007. — 240 с.
38. *Новосельцев І. І.* Транскордонна неспроможність у міжнародному приватному праві : моногр. — К., 2009. — 148 с.
39. *Проблеми систематизації приватного права України та Європи* : моногр. / за заг. ред. Ю. В. Білосова. — К., 2009. — 204 с.
40. *Коссак В. М.* Іноземні інвестиції в Україні (цивільно-правовий аспект). — Л., 1996. — 216 с.
41. *Коссак В. М.* Правові засади іноземного інвестування в Україні. — Л., 1999. — 244 с.
42. *Фединяк Г. С.* Цивільно-правова природа транснаціональних корпорацій та їх договорів з приймаючою державою : моногр. — К., 2008. — 344 с.
43. *Степанюк А.* Коллизии наследования в международном частном праве. — Харьков, 2004. — 160 с.

44. Степанюк А. Міжнародне приватне право: теоретичні аспекти правового регулювання. — Х., 2005. — 200 с.
45. Степанюк А. Правова політика у міжнародному приватному праві. — Х., 2006. — 144 с.
46. Комаров В. В. Міжнародний комерційний арбітраж. — Х., 1995. — 304 с.
47. Комаров В. В., Погорецький В. Н. Міжнародний комерційний арбітраж. — Х., 2009. — 164 с.
48. Шемякін О. Н. Міжнародне приватне морське право : навч. посіб. — О., 2000. — 272 с.
49. Руденко О. В. Уніфікація міжнародного права в ЄС : моногр. — Чернівці, 2009. — 248 с.
50. Задорожна С. М. Автономія сторін у міжнародному приватному праві : моногр. — Чернівці, 2008. — 216 с.
51. Баймуратов М. О., Чорнолуцький Р. В. Міжнародне приватне (колізійне) право України: право-суб'єктність осіб (теоретико-методологічні аспекти) : моногр. — Суми, 2009. — 252 с.
52. Фединак Г. С., Фединак Л. С. Міжнародне приватне право : підруч. — К., 2012. — 500 с.
53. Юлдашев О. Х. Міжнародне приватне право: академічний курс : підруч. для студ. вищ. навч. закл. — К., 2004. — 528 с.
54. Степанюк А. А. Міжнародне приватне право : підруч. — Х., 2008. — 696 с.
55. Міжнародне приватне право : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана, доц. І. А. Шуміло. — Х., 2011. — 320 с.

Довгерт А. С. Наука міжнародного приватного права в незалежній Україні (1991–2012 рр.)

Анотація. У статті зроблено спробу висвітлити історію розвитку науки міжнародного приватного права (МПрП) в Україні у період з 1991 р. по 2012 р. Показано здобутки та особливості сучасного етапу наукових досліджень з МПрП. Його характерною рисою є значне тематичне і кількісне збільшення досліджень у цій сфері. Доктрина МПрП в Україні ще має певні негативні наслідки радянського етапу (наприклад, у теоретичних питаннях МПрП), проте останнім часом відбувається поступова зміна парадигми МПрП. У наукових працях 1991–2012 рр. окреслилася еволюція уявлень щодо природи МПрП, його так званої «галузевості», складу норм, предмета, методів, джерел та інших базових понять. Так, наприклад, усе виразнішим стає відхід від суто національно-правового тлумачення МПрП.

Ключові слова: міжнародне приватне право (МПрП), історія МПрП, центри досліджень з МПрП в Україні.

Довгерт А. С. Наука международного частного права в независимой Украине (1991–2012 гг.)

Аннотация. В статье делается попытка осветить историю развития науки международного частного права (МЧП) в Украине за период с 1991 г. по 2012 г. Показаны результаты и особенности современного этапа научных исследований в области МЧП. Его заметной чертой является значительное тематическое и количественное увеличение исследований в данной области. Доктрина МЧП в Украине еще имеет некоторые наслоения советских времен, однако постепенно происходит изменение парадигмы МЧП. В научных работах 1991–2012 гг. наметилась эволюция представлений относительно природы МЧП, его «отраслевой» принадлежности, состава норм, предмета, методов, источников и других базовых понятий. Например, все отчетливее виден отход от исключительно национально-правовой трактовки МЧП.

Ключевые слова: международное частное право (МЧП), история МЧП, центры исследований МЧП в Украине.

Dovhert A. The Science of Private International Law in Modern Ukraine (1991–2012)

Annotation. This article is an attempt to trace the history of the science of private international law (PIL) in Ukraine from the beginning of 1991 and up to 2012. The article shows the results and specific features of current period of scientific research in the sphere of PIL. Namely, during such period the thematic and quantitative rates in scientific research were substantially increased. The PIL's doctrine in Ukraine still has extraneous features of soviet period. But, one can see gradual changes in PIL's paradigm. In scientific works, which were published in 1991–2012 years, it's marked the evolution of ideas as to the legal nature of PIL, its branch character, subject, methods and sources as well as to other basic notions. Thus, the idea that PIL is exclusively national branch of law loses its dominant position in scientific circles.

Key words: private international law (PIL), history of private international law, Ukrainian scientific research centers in the sphere of PIL.

СОЦІОЛОГІЯ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА



О. МЕРЕЖКО

*доктор юридичних наук, професор
(Краківська академія
імені Анджея Фрича Моджевського)*

У сучасній юридичній та соціологічній літературі дуже мало робіт, спеціально присвячених соціології міжнародного права, а робіт, присвячених соціології міжнародного приватного права (далі — МПрП), майже немає. Мабуть, єдиним винятком є стаття К. Цвайгерта «Деякі роздуми про соціологічні виміри міжнародного приватного права, або Що таке справедливість у колізійному праві?», присвячена соціологічному аналізу наслідків «колізійної революції» у праві США [4].

Водночас саме сфера МПрП може містити цікавий матеріал для соціологічного аналізу, а також стати фундаментом для побудови нової самостійної галузі соціології права — соціології МПрП. У найзагальнішому сенсі соціологію МПрП можна визначити як таку галузь соціології права, яка досліджує соціальні відносини, що виникають у зв'язку з колізійною проблематикою, тобто у зв'язку з вирішенням колізій між різними системами права. У такому ракурсі норми МПрП можуть виступати як та змінна, яка впливає на соціальні відносини (на їх зміст, виникнення, зміну та припинення), а також ці норми самі є продуктом впливу певних соціальних відносин.

Як відомо, колізії в сфері МПрП виникають між такими соціальними утвореннями і явищами, як держави, кожна з яких має свою правову ідеологію, суб'єкти (штати, кантони, землі тощо, що породжує так звані «інтерлокальні колізії»), правові культури, племена, релігійні об'єднання, регіональні системи права (наприклад право Європейського Союзу (далі — ЄС), цивілізації тощо.

По-справжньому зрозуміти соціальний зміст колізій між цими соціальними спільнотами можна, лише зрозумівши їх соціальну природу.

Цікавим прикладом необхідності соціологічного аналізу в МПрП є таке явище, як *societas mercatorum*, тобто міжнародне (транснаціональне) співтовариство комерсантів, в надрах якого сформувалася своя система права — транснаціональне торгове (комерційне) право, основу якого становлять міжнародні торгові звичаї. До речі, звичай як такий давно перебуває в центрі уваги соціології права, а міжнародний торговий звичай, його соціальна природа, міг би бути досліджений в рамках соціології МПрП.

У межах міжнародного співтовариства комерсантів можна виділити ок-

ремі професійні спільноти. Наприклад ті, що спеціалізуються на морській торгівлі, торгівлі нафтопродуктами, торгівлі окремими видами товарів (наприклад пшеницею, кавою тощо), міжнародних розрахунках і страхуванні.

Кожне з таких професійних співтовариств є автономною системою права зі своїми нормами, стандартами і професійною етикою.

Теорія МПрП розглядає таке явище, як колізія, дещо абстрактно, тобто як колізію між нормами приватного права різних держав, а соціологія МПрП має бачити в колізії відображення складної соціальної реальності. З погляду соціології МПрП, значення і сенс колізії значною мірою визначається особливостями тих соціальних утворень, які колідують, зокрема, їх культурно-правовими особливостями, культурно-правовою близькістю і ступенем розвиненості в них правової культури та правосвідомості.

Так, наприклад, одна справа — колізія між близькими одна одній у соціологічному розумінні правовими системами Франції та Німеччини, що належать до однієї європейської правової культури, і зовсім інша — колізія між приватним правом Франції та приватним правом будь-якої держави, що належить до ісламської правової культури.

З цього погляду, в соціології МПрП слід виділяти і окремо аналізувати внутріцивілізаційні колізії (наприклад, колізії між приватним правом держав — членів ЄС) і міжцивілізаційні колізії (тобто колізії між системами приватного права держав, що належать до різних цивілізацій або різних правових культур).

Не слід також забувати і про те, що міжцивілізаційні та міжкультурні колізії можуть відбуватися на території однієї держави, наприклад тоді,

коли йдеться про взаємини різних етнічних громад (наприклад, у сфері сімейно-шлюбних відносин), які проживають на території однієї країни. За такого роду колізіями стоять не просто різні форми права, а різні соціальні цінності і відмінності у сфері правосвідомості та правової ментальності. У певних випадках за колізіями може також ховатися, як це зазначав американський колізіоніст Б. Каррі, різна державна політика чи різні інтереси (*governmental interest analysis theory*).

Якщо теорія МПрП має формальний підхід до колізій, часто не звертаючи уваги на зміст матеріально-правових норм, які колідують, то соціологія МПрП заглиблюється в аналіз не тільки систем права, які колідують, а й тих цінностей, інтересів і об'єктивних соціальних факторів, які стоять за цими нормами, визначаючи їх зміст.

Що стосується цінностей, які визначають зміст систем приватного права, що колідують, то під ними в соціології маються на увазі способи дії, поведінки і мислення, які визнаються як бажані з боку даної особи, соціальної групи або суспільства.

Цінності в кожному суспільстві мають певну ієрархію. Можна сказати, що колізія у сфері МПрП виражає колізію між різними цінностями та їх ієрархіями, притаманними окремим суспільствам.

Важливо також і те, що колізії виникають між соціальними утвореннями, які перебувають на різних рівнях розвитку правової культури і правосвідомості. Чим менш розвинена правова культура у державі, тим більше вона схильна до застосування принципу *lex fori* (тобто закону країни суду) до всіх приватноправових відносин з іноземним елементом, тим більше обмежена в її правовій системі автономія волі сторін. І навпаки, чим

вище рівень правової культури у країні, тим більше вона відкрита до застосування іноземного права і можливостей вибору застосовуваного права сторонами правовідносин.

У контексті соціології МПрП іншого значення набуває поняття «колізійна норма», яка стає тією соціальною силою, тим соціальним фактом, який впливає на поведінку особи, що застосовує цю норму (наприклад, судді національного суду або арбітра міжнародного комерційного арбітражу). Із соціологічного погляду, тут доцільно ввести два нові поняття:

1) колізійна соціальна ситуація, тобто життєва ситуація, пов'язана з виникненням колізії між різними системами приватного права;

2) соціальна ситуація вирішення утвореної колізії, в рамках якої здійснюється вирішення цієї колізії.

При цьому важливо наголосити, що різні колізійні принципи і норми, які сформувалися в праві різних держав, мають певний соціальний генезис та соціальні передумови свого виникнення. Розуміння цього генезису і передумов — важлива умова їх правильного застосування. Так, наприклад, принцип *lex rei sitae* (право місцезнаходження речі) має цілком соціологічне пояснення, пов'язане з тим, що в соціальній реальності забезпечити реалізацію прав, пов'язаних із користуванням певною річчю (наприклад нерухомістю) може лише та держава, на території якої ця річ знаходиться.

Інший приклад: принцип автономії волі сторін (*lex voluntatis*), зміст і межі дії якого визначаються соціально-культурною специфікою держави. Так, у державах, де домінує ліберальна правова ідеологія, схильні трактувати межі автономії волі сторін приватних правовідносин досить широко, тоді як

країни з панівною авторитарною правовою ідеологією намагаються в своєму законодавстві обмежити автономію волі сторін.

Цікаво також розглянути проблему застосування іноземного права національним судом з погляду соціології МПрП. Так, іноземне право є певним соціальним фактом, що впливає на поведінку судді. Іноземне право, його норми, є соціальним фактом тією мірою і в тій формі, в якій вони визнаються і застосовуються національними судами.

У сфері соціології все різноманіття форм людських відносин може бути впорядковано в три основні класи:

1) «сімейні», пройняті взаємною любов'ю, відданістю і самопожертвою, — взаємини членів міцної і гармонійної сім'ї;

2) вільно-договірні відносини, вільно встановлювані їх учасниками для взаємної користі та вигоди, позбавлені примусу;

3) примусові відносини, що накладаються однією зі сторін на інших проти їх волі та інтересів [1, 375].

Перший вид відносин перебуває, як правило, поза сферою правового регулювання, і тут діють в основному норми моралі. Другий вид відносин лежить в основі приватного, а третій — публічного права. Причому другий вид відносин регулюється в основному за допомогою диспозитивних норм права, а третій — імперативних.

МПрП регулює переважно другий вид відносин, хоча в ньому є й імперативні норми права. Можна сказати, що в соціологічному контексті МПрП регулює, насамперед, вільно-договірні відносини з іноземним елементом.

Методологія соціології МПрП

З метою створення та розвитку соціології МПрП необхідно скориста-

тися тим методологічним інструментарієм, який виробила загальна соціологія та соціологія права.

Як відомо, в сучасній соціології виділяють кілька основних напрямів, кожен з яких може бути з успіхом застосовано в галузі соціології МПрП. Серед цих соціологічних напрямів на-самперед такі:

- 1) функціоналізм;
- 2) теорії конфлікту;
- 3) теорії інтеракції (взаємодії);
- 4) утилітарні теорії (теорії соціального обміну).

Так, функціоналізм трактує соціальну реальність як систему взаємопов'язаних частин (елементів системи). Причому частини, що входять до єдиної системи, аналізуються з погляду тих функцій, які вони здійснюють в рамках системи в цілому. Так, наприклад, з погляду функціоналізму, ми можемо аналізувати міжнародне співтовариство як єдину систему, що складається з таких елементів, як держави, міжнародні організації та інші суб'єкти міжнародних відносин. Тут МПрП є правом міжнародного співтовариства, що стоїть над різними правовими системами і створює механізми врегулювання колізій між цими системами права. З функціонального погляду, для нас важливо зрозуміти, як МПрП допомагає функціонуванню системи міжнародних відносин, сприяючи стабілізації приватноправових відносин в її межах. Більшість функціоналістичних теорій в соціології звертає увагу на існування потреб чи вимог системи. Потім та чи інша частина системи досліджується з погляду того, наскільки успішно вона здійснює цю вимогу. Так, у більшості соціальних систем існує вимога щодо прийняття рішень, координації діяльності людей і розподілу будь-яких благ. У цьому контексті МПрП також

пов'язане з прийняттям рішень в рамках глобальної системи приватноправових міжнародних відносин і в рамках окремої держави; на основі МПрП здійснюється координація діяльності людей, а також однією з функцій МПрП є розподіл певних матеріальних благ.

Проблема функціоналізму полягає в тому, що він надає не цілком реальну картину міжнародних відносин, оскільки в ракурсі функціоналізму міжнародне співтовариство вбачається як добре організований та інтегрований механізм, хоча в реальності воно сповнене внутрішніх протиріч і конфліктів.

Протилежну картину соціальної реальності малюють нам теорії конфлікту в соціології. Якщо функціоналізм акцентує увагу на гармонійній діяльності частин системи на користь системи в цілому, то теорії конфлікту, навпаки, зображують соціальні системи у вигляді безупинної напруги і конфліктів, що виникають між частинами системи. Мабуть, саме теорія конфліктів може пролити нове світло на проблематику колізійного права, оскільки колізія в праві за своєю суттю є різновидом конфлікту і несе в собі конфліктогенний потенціал у міжнародних відносинах.

У контексті соціологічної теорії конфлікту історію розвитку МПрП ми можемо уявити як історію боротьби двох основ — основи персоналізму і основи територіалізму.

Як відомо, після занепаду Римської імперії у сфері колізійного регулювання запанував принцип персоналізму, згідно з яким приватноправовий статус людини був пов'язаний з її належністю до певного племені і закріплений за нею незалежно від того, де вона перебуває. Потім, у зв'язку з утворенням держав і зміцненням їх

влади в межах їх територій, на місце принципу персоналізму прийшов принцип територіалізму, коли держава прагне до підпорядкування всіх правовідносин, включаючи правовідносини з іноземним елементом, виключно національному праву (*lex fori*). Проте пізніше приходиться усвідомлення того, що було б несправедливо підпорядковувати всі без винятку правовідносини з іноземним елементом національному праву.

Інакше кажучи, два протилежні прагнення держави — до підпорядкування всіх правовідносин на своїй території іноземного праву і, водночас, збереження своєї юрисдикції над власними громадянами, які перебувають на території інших держав, ведуть, з одного боку, до конфлікту між державами, а з другого — до необхідності міждержавного співробітництва у справі збалансування взаємних інтересів у зв'язку з колізійним регулюванням міжнародних приватноправових відносин.

Якщо функціоналізм і теорії конфліктів оперують широкими й абстрактними поняттями «система», «елемент системи», «функція», «конфлікт» тощо, то теорії інтеракції (взаємодії) звернені до конкретних людей, що вступають у безпосередні контакти один з одним і використовують для цього різного роду символи і знаки. Соціологію МПрП можна так само уявити у вигляді взаємодії конкретних людей, тобто перейти з макrorівня соціологічних абстракцій на мікрорівень конкретики людських взаємин. Теорії інтеракцій можуть нам допомогти, наприклад, в розумінні того, як приймаються рішення з колізійних питань у національних судах і міжнародних комерційних арбітражах.

Прихильники утилітарних теорій в соціології, які беруть початок у вченні

А. Сміта і різного роду економічних вченнях, вбачають людину раціональною істотою, яка шляхом калькуляції прагне максимізації вигоди і мінімізації витрат. У цьому суть раціональної поведінки. Такого роду логіку раціональної поведінки можна застосовувати до пояснення того, як приймаються рішення судами і арбітражами в колізійних питаннях та чому держави йдуть на створення уніфікованих колізійних і матеріально-правових норм приватного права.

Однак, як свідчать реальність і психологія, людина не завжди є раціональною істотою. Вона швидше схильна керуватися неусвідомленими імпульсами і емоціями. Тому утилітарні теорії не завжди здатні дати вичерпне пояснення поведінки людей. І тут відкривається простір для постмодерністських соціологічних побудов, які схильні до мікросоціологічного аналізу конкретних ситуацій, пов'язаних із проблематикою МПрП.

Польський соціолог П. Штомпка, зі свого боку, пише про «три соціології». На його думку, існує три види соціології:

1) соціологія дослідження соціальних утворень (товариств), серед творців якої були О. Конт, Г. Спенсер і К. Маркс;

2) соціологія, яка концентрує свою увагу на соціально зумовленій поведінці людей (М. Вебер, В. Парето);

3) соціологія, яка бере за онтологічну основу суспільства те, що, на думку її представників, є дійсно реальним, тобто соціальні події, які реалізують громадські практики в конкретних соціальних ситуаціях [2, 27–31].

Представники третього виду соціології переконані в тому, що єдиною «реальною реальністю» є те, що ми можемо помітити, спостерігаючи за людьми; все інше означає нав'язуван-

ня аналітичних категорій, яке призводить до реїфікації аналітичного мислення [2, 31].

Іншими словами, МПрП в перспективі третьої соціології буде мати вигляд конкретних життєвих ситуацій, пов'язаних з колізіями приватноправового характеру і вирішенням цих колізій у реальній соціальній дійсності.

Отже, кожна з наведених соціологічних теорій може допомогти у дослідженні одного певного аспекту соціології МПрП, проте жодна з них не може і не повинна претендувати на вичерпний аналіз проблематики МПрП.

Як приклад тих можливостей, які відкриває перед МПрП використання знань в галузі соціології, наведемо соціологічний аналіз такого інституту, як спорідненість.

Із соціологічного погляду, спорідненість є системою норм, що стосуються основоположних сфер життя, які ґрунтуються на глибоко вкорієних цінностях і переконаннях [3, 148].

У рамках інституту спорідненості особливий інтерес для соціології МПрП становлять норми, які регулюють питання права на укладення шлюбу, успадкування і проживання членів сім'ї.

Слід мати на увазі, що у певних правових культурах питання, коли і з ким можна вступати в шлюб, аж ніяк не є справою вільного вибору. У деяких правових культурах укладати шлюб можна лише з представниками інших родів або місцевих громад (принцип екзогамії), водночас в інших правових культурах, навпаки, укладати шлюб можна тільки в межах певної соціальної групи (принцип ендогамії).

У різних суспільствах принципи спадкування визначають, яка зі сторін сім'ї має більше значення при спадкуванні. Тут існують три можливих варіанти:

1) патрилінійне спадкування, коли більш важлива чоловіча частина родини, а майно і влада в сім'ї переходять нащадкам по чоловічій лінії (син, батько, дід, дядьки);

2) матрилінійне спадкування, коли більш важлива жіноча частина сім'ї, а власність і влада переходять на родичів-чоловіків з боку жінки (не на самого жінку і не на її жіноче потомство);

3) білатеральне (двостороннє) спадкування, коли обидві сторони (чоловік і дружина) у сім'ї рівні і жодна з них не домінує.

До речі, питання про розподіл влади в сім'ї — одне з найважливіших питань соціології сімейного права і, як наслідок, МПрП у сфері сімейно-шлюбних відносин.

Ще одна норма може визначати, де і з ким буде жити нова сім'я після укладення шлюбу. Іншими словами, мова йде про загальний доміцилій подружжя. Тут існує кілька варіантів, залежно від певної правової культури:

1) патрилокальний, тобто подружжя живе разом із родиною чоловіка або недалеко від неї;

2) матрилокальний, тобто подружжя живе з родичами дружини;

3) авункулокальний, тобто подружжя живе з братом дружини;

4) неолокальний, тобто подружжя вільно обирає місце спільного проживання.

При цьому принцип успадкування часто визначає принцип проживання. Як зазначають соціологи, близько 70 % суспільств представляє патрилокальний варіант [3, 148].

Без використання інструментарію соціологічних досліджень у МПрП неможливо також зрозуміти підстави і наслідки розлучень в різних правових культурах.

Оскільки колізії у сфері МПрП є насамперед колізіями між різними

правовими культурами, зрозуміти і правильно вирішити ці колізії можна лише з урахуванням даних соціології МПрП.

Саме тому дуже необхідний розвиток нової галузі соціології права — соціології МПрП.

Проблеми соціології МПрП

Які ж основні проблеми соціології МПрП? Назвемо лише деякі з них.

На нашу думку, соціологія МПрП повинна:

1) визначити місце норм МПрП серед інших соціальних нормативних систем; в першу чергу щодо норм моралі, релігії і звичаїв;

2) дослідити вплив різних соціальних чинників (насамперед економічних і політичних) на норми МПрП;

3) проаналізувати соціальні передумови і перешкоди формування європейського МПрП;

4) дослідити зміст і тенденції розвитку колізійної правосвідомості в різних країнах;

5) створити концептуальні засади і механізми реалізації політики МПрП як науки про досягнення певних соціальних цілей і результатів за допомогою створення відповідних норм МПрП як інструменту впливу на соціальні відносини;

6) дослідити різні стилі колізійного мислення та їх вплив на соціальні відносини. Тут можна виділити два ос-

новні стилі — абстрактний і конкретний. Якщо абстрактний стиль колізійного мислення віддає перевагу чітким і визначеним колізійним нормам (це сприяє передбачуваності правового регулювання, проте може не враховувати складність і різноманіття соціальної дійсності, що може призвести до несправедливого вирішення колізійних проблем), то конкретний стиль колізійного мислення віддає перевагу рішенням *ad hoc* на основі широких і гнучких принципів МПрП (наприклад принципу найбільш тісного зв'язку), враховуючи особливості конкретної життєвої ситуації;

7) вивчити проблему аномії (тобто відсутності необхідних норм і цінностей) у сфері регулювання МПрП;

8) дослідити проблематику соціально-юридичного часу і простору в контексті колізійних питань.

Зрозуміло, це лише деякі з проблем, за вирішення яких могла б узятися соціологія МПрП.

На закінчення зазначимо, що подальший розвиток науки МПрП має ґрунтуватися на стійкому науковому фундаменті його соціології, без чого важко собі уявити ефективне вирішення колізійної проблематики в практиці міжнародних приватноправових відносин.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Сорокин П. Кризис нашего времени: социальный и культурный обзор. — М., 2009.
2. Sztompka P. Zaufanie. Fundament społeczeństwa. — Krakow, 2007.
3. Turner J. Socjologia. Koncepcje i ich zastosowanie. — Poznan, 1998.
4. Zweigert K. Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws? // 44 U. Colo. L. Rev. 283 (1972–1973).

Мережко О. О. Соціологія міжнародного приватного права

Анотація. Стаття присвячена аналізу соціології міжнародного приватного права, а також основним поняттям цього нового напрямку соціології права. Автор аналізує методологію соціології міжнародного приватного права і визначає основні проблеми, поставлені перед нею. На думку автора, якщо теорія міжнародного приватного права розглядає таке явище, як колізія, дещо абстрактно, тобто як колізію між нормами приватного права різних держав, то соціологія міжнародного приватного права бачить в колізії вираження складної соціальної

реальності. З погляду соціології міжнародного приватного права, значення і суть колізії значною мірою визначається особливостями тих соціальних утворень, які колідують, зокрема їх культурно-правовими особливостями, культурно-правовою близькістю і ступенем розвитку в них правової культури та правової свідомості. Автор пропонує розглядати основні проблеми соціології міжнародного приватного права в контексті основних напрямів соціології (функціоналізм, теорія конфлікту, утилітарні теорії, інтеракціонізм).

Ключові слова: міжнародне приватне право, колізія в праві, соціологія права, правова культура, соціологія міжнародного приватного права.

Мережко А. А. Социология международного частного права

Аннотация. Статья посвящена анализу социологии международного частного права, а также основных понятий этого нового направления социологии права. Автор анализирует методологию социологии международного частного права и определяет основные проблемы, стоящие перед этой социологией. Согласно автору, если теория международного частного права рассматривает такое явление, как коллизия, несколько абстрактно, то есть как коллизию между нормами частного права разных государств, то социология международного частного права видит в коллизии выражение сложной социальной реальности. С точки зрения социологии международного частного права, значение и смысл коллизии в значительной мере определяется особенностями тех социальных образований, которые коллидируют, в частности, их культурно-правовыми особенностями, культурно-правовой близостью и степенью развитости в них правовой культуры и правосознания. Автор предлагает рассматривать основные проблемы социологии международного частного права в контексте основных направлений социологии (функционализм, теория конфликта, утилитарные теории, интеракционизм).

Ключевые слова: международное частное право, коллизия в праве, социология права, правовая культура, социология международного частного права.

Merezhko O. Sociology of Private International Law

Annotation. The article is devoted to the analysis of the sociology of private international law, as well as basic concepts of this new branch of the sociology of law. The author analyzes methodology of the sociology of private international law and identifies basic issues facing this sociology. According to the author, if theory of private international law considers such phenomenon as conflict of laws in a somewhat abstract way, sociology of private international law sees in it expression of complex social reality. From the perspective of the sociology of private international law the meaning and essence of conflict of laws is, to a considerable extent, determined by the peculiarities of those social phenomena which come into conflict, in particular, by their cultural-legal specifics, their cultural affinity and development in them of legal culture and legal consciousness. The author offers to consider basic problems of the sociology of private international law in the context of the dominant currents of sociology (functionalism, theory of conflict, utilitarian theories, interactionism).

Key words: Private international law, conflict of laws, sociology of law, legal culture, sociology of private international law.

ПОНЯТТЯ, ГЕНЕТИЧНА ОСНОВА ТА СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА



С. ЗАДОРЖНА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного права
(Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича)*

На сучасному етапі розвитку науки міжнародного приватного права (далі — МПрП) основною тенденцією є розгляд і наукове осмислення практичних питань і вкрай мало уваги приділяється фундаментальним питанням теорії, зокрема принципам МПрП.

У зарубіжній доктрині принципи МПрП вже досить давно є предметом наукових досліджень [1; 2, 279–469], і навіть ті іноземні автори, які безпосередньо не згадують про принципи МПрП, не виключають гіпотетичної можливості існування основних засад, ґрунтуючись на яких однаковість могла б бути досягнута. На відміну від зарубіжної, пострадянська доктрина МПрП незаслужено залишала поза увагою принципи МПрП, вкрай рідко згадуючи про їх існування: спроби дати визначення принципам МПрП, навести їх приблизний перелік чи визначити систему в різний час робились у комплексних роботах, присвячених МПрП, Л. Лунца [3], Л. Ануфрієвої [4], О. Толочко [5]. Більшість авторів взагалі не згадують про існування принципів МПрП, а лише про категорії, іменовані чи загальними засада-

ми, чи основними поняттями в МПрП. Така позиція російських, білоруських та вітчизняних дослідників призвела до того, що на даний момент ґрунтовних досліджень, присвячених принципам МПрП, в пострадянській доктрині майже немає.

Водночас наявні відмінності та суперечності у підходах дослідників до принципів МПрП, а також відсутність їх нормативного закріплення не означають, що такі принципи відсутні як правова реальність, бо це основні ідеї та буття галузі.

Принципи будь-якої галузі права — це керівні ідеї, базові положення, які становлять її основний зміст, визначають спрямованість правового регулювання відповідної сфери суспільних відносин.

Основні завдання і функції принципів МПрП в будь-якій галузі права однакові: сприяння єдності, внутрішній цілісності та системності правового регулювання, на них ґрунтується як правотворча, так і для правозастосовна діяльність.

Крім того, принципи відіграють вирішальну методологічну роль і в науковому пізнанні, оскільки є основою

побудови й обґрунтування теоретичних концепцій та доктринальних проблем.

Отже, принципи — це та основа, базис чи підґрунтя, на якій будуються і доктрина, і практика галузі, в тому числі і МПрП; і залежно від того, наскільки міцним, тобто чітко визначеним, обґрунтованим, дослідженим буде фундамент, настільки досконалою буде надбудова.

Не слід забувати, що у романо-германській правовій сім'ї доктрина тривалий час була основним джерелом права, а принципи відіграють чи не найвагомішу роль. Єдність принципів правових культур даних держав є суттєвою ознакою романо-германського типу і на сучасному етапі забезпечує стабільність та інтеграцію усього європейського права.

Оскільки МПрП є частиною внутрідержавного права, розумно припустити, що властиві правовій абстракції «принципи», специфічні особливості в рамках національно-правових підходів мають бути притаманними рівною мірою і принципам МПрП. Аналіз в такому напрямі дасть змогу, з одного боку, побачити відмінності в принциповій основі з міжнародним правом, а з другого — забезпечити виявлення загальних рис із принципами внутрідержавного права [4, 83].

Логічно, що принципи МПрП є принципами приватного права, з характерним для них приватним, егоїстичним інтересом сторін. Тому справедливність, добросовісність та розумність, незловживання цивільним правом є найважливішими принципами сфери приватного права.

Слід звернути увагу на термінологічну особливість в МПрП поняття «принцип»: те, що в міжнародному публічному праві, а також у внутрідержавних галузях, визначається кате-

горією «принципи», в МПрП переважно називається «засади», «основні засади», «основні поняття», «основні категорії», «основні начала», «начала», «колізійні принципи». Однією із причин такої політермінологічності є відсутність єдиного підходу до визначення поняття та системи принципів МПрП, а також існування двох основних доктринальних підходів до теорії принципів МПрП, а саме: широкого — принципів МПрП та вузького — принципів колізійного права. Перший підхід, окрім суто спеціальних колізійних принципів, визнає ряд загальних принципів МПрП, що пояснюється тісним зв'язком останнього із внутрішньодержавним (приватним) правом, з одного боку, та із міжнародним публічним правом — з другого.

На думку Л. Ануфрієвої, питання принципів МПрП виходить за рамки колізійного права, такої самої думки дотримуємося і ми. Вітчизняна доктрина та доктрина пострадянських країн (в першу чергу Росії, Білорусі) також виходить із широкого розуміння принципів, тобто як принципів МПрП, а не колізійного (конфліктного права).

МПрП в широкому розумінні, а не тільки колізійне право, найближче до міжнародного публічного права, тоді як західна доктрина МПрП зараховує до принципів МПрП тільки колізійні принципи, в першу чергу «ввічливість, публічний порядок, відсилення» [2].

Для деяких зарубіжних авторів платформу сучасного міжнародного права становлять три постулати: свобода, рівність, ефективність. У поєднанні з тим, що міжнародне право сягає в своїх витках цивільного права, в зазначеному важко не побачити генетичної спільності міжнародного права і МПрП [4].

Відмежування МПрП від міжнародного публічного права не має абсолютного характеру. Тісний зв'язок міжнародного публічного права і МПрП ґрунтується на тому, що в МПрП мова йде, хоч і не про міждержавні, але про такі відносини, які випливають із міжнародного життя. Тому низка основних засад міжнародного публічного права має керівне значення і для МПрП [6, 43].

На нашу думку, під принципами МПрП слід розуміти виражені в його нормах основоположні засади, базові положення, відповідно до яких здійснюється регулювання міжнародних приватних відносин. Вихідним моментом при визначенні принципів МПрП має бути врахування специфіки вказаних відносин, зумовленої їх переважно приватним характером та наявністю в структурі іноземного елемента (іноземний суб'єкт правовідносин, об'єкт, пов'язаний з територією іншої держави, юридичний факт, що мав місце за кордоном), тобто міжнародним характером.

Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV «Про міжнародне приватне право» окремо не визначає принципів МПрП як галузі права чи як галузі законодавства, вказує лише на один чітко визначений принцип — автономію волі (п. 1 ч. 5 ст. 1 цього Закону) [7]. Але, як зазначає О. Толочко, відсутність у законодавстві чітко визначених принципів МПрП не означає, що вони взагалі не існують як явище правової дійсності. Законодавче регулювання майнових і особистих немайнових відносин з іноземним елементом підпорядковано суворій логіці і єдиному духу, що знаходить своє вираження у законодавчій і правотворчій практиці [5, 26].

Крім того, особливістю принципів МПрП є те, що вони можуть закріплю-

ватися в нормативно-правових актах публічного характеру (у законах України від 18 січня 2001 р. № 2235-III «Про громадянство України» [8], від 22 вересня 2011 р. № 3773-VI «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» [9] та ін.) і спрямовані насамперед на захист та закріплення правового статусу людини.

Аналіз змісту Закону, а також міжнародних договорів України, судової та арбітражної практики, доктрини МПрП дає змогу виділити головні підходи, керівні ідеї та концептуальні позиції регулювання, що можуть претендувати на роль принципів галузі.

Отже, зважаючи на все викладене, можна зробити такі висновки:

1) принципи МПрП — це нормативний базис, фундамент утворення та функціонування норм МПрП, що об'єднує систему МПрП для регулювання міжнародних приватноправових відносин в рамках міжнародного співробітництва на основі рівності та взаємної вигоди;

2) характерною рисою принципів МПрП, як правило, є нормативна невизначеність та несистематизованість як в зарубіжному, так в національному МПрП, тобто вони або безпосередньо закріплюються в законодавстві, або у разі необхідності виводяться з його змісту;

3) принципам МПрП притаманні риси принципів права взагалі, та приватного права зокрема: регулятивність, нормативність, ідеологічність, генетична обумовленість тощо. Особлива природа МПрП зумовила єдність принципів міжнародного публічного права і МПрП.

Наведені міркування актуальні і для сучасного етапу регулювання міжнародних відносин, що підтверджується нині завданнями і потребами процесів уніфікації, гармонізації та

зближення права, здійснюваних як на універсальному, так і на регіональному рівнях. Зокрема, створення модельних законів у рамках країн СНД наочно показує, наскільки важлива ідейно-теоретична розробка відповідного акта, насамперед, з погляду формулювання його принципової основи. Зокрема, в рекомендаціях Міжнародного консультативного семінару «Модельний законодавчий акт і національний закон», проведеного в квітні 2000 р. Міжпарламентською Асамблеєю СНД, серед форм гармонізації і зближення національного законодавства країн-учасниць було відзначено використання, зокрема, і такого способу модельно-правового регулювання, як «загальні принципи» [10, 173]. Отже, розробка принципів відповідного законодавчого акта не може бути відділена від ідейної основи правової галузі або іншого підрозділу, обраного об'єктом створення рекомендаційних норм (модельних документів). Крім того, спочатку передбачається як наявність принципів, так і необхідність апробації відповідних правових ідей планованого модельного акта, який міг би їх розвинути для подальшого застосування в регіональному масштабі і послужити певною базою для національного законотворення у відповідній сфері. Та й загалом неможливо заперечувати необхідність і важливість концептуальної (отже, ідейно-теоретичної) основи процесів уніфікації, пов'язаної з використанням моделей правового регулювання.

Характерною особливістю внутрішньодержавного права є те, що принципи тут не містять санкцій, а нерідко й інших елементів структури норм (гіпотезу або диспозицію), а мають дуже високий рівень узагальнення і абстрагування нормативних приписів і, як правило, потребують

конкретизації та деталізації в процесі впливу на поведінку людей. У цьому плані схожість якостей, властивих принципам права в національному праві і МПрП, закономірна.

Серед цих принципів варто назвати принципи: верховенства права, свободи особи (неприпустимість свавільного втручання в особисте життя людини), непорушності права власності (свободи власності), свободи договору, свободи підприємницької діяльності, судового захисту порушеного права чи інтересу, засади розумності, справедливості та добросовісності [11, 135].

До основних принципів приватного права, зокрема, Ю. Баришнікова зараховує принципи правового регулювання ринкових відносин: рівності суб'єктів; свободи договору; диспозитивності; свободи та захисту трудової та іншої економічної, в першу чергу — підприємницької, діяльності; визнання і захисту рівним чином усіх форм власності; свободи конкуренції та антімонопольне регулювання; недопущення зловживанням суб'єктивними правами, їх розумне і сумлінне здійснення [12, 53].

Так, професор А. Довгерт дійшов висновку, що принцип верховенства права лежить в основі регулювання всіх приватноправових відносин, включно з відносинами, ускладненими іноземним елементом [13, 243–253].

Як стверджує Р. Ходикін, найбільш значимими принципами, що впливають на формування колізійних норм, є «загальновизнані принципи права», закріплені в ст. 38 Статуту ООН. Таке визнання, продовжує Долінгер, загальновизнаних принципів права є відображенням ролі цих принципів в галузі міжнародного публічного права, МПрП і будь-якої іншої транснаціональної галузі, яка підпадає або

ні під юрисдикцію міжнародного суду [1].

Під колізійними принципами Р. Ходкін визнає принципи формування змісту колізійних норм [14] і наділяє їх специфічною особливістю, яка виявляється в тому, що останні «забезпечують цілісний зв'язок між факторами, законами і теоріями різних правопорядків, а не тільки правопорядку країни законодавця» [15, 229].

Основні засади (принципи) МПрП є адекватним втіленням у внутрішньодержавній сфері основ міждержавного співробітництва і вимагають від держав встановлення в національному праві таких правил, які відповідають ідеям і нормам міжнародного спілкування та його регулювання, будучи породженням міжнародно-правових принципів.

Генетична основа принципів МПрП.

До питання взаємодії національних правових систем звертались і у межах української науки МПрП для пояснення передумов існування колізій на основі праць А. Рубанова, В. Кудашкіна, Л. Ануфрієвої [16, 12–15].

Взаємодія національних правових систем у сфері МПрП як конкретно сформульована юридична норма у законодавчих актах не фіксується. Тому взаємодію національних правових систем на сьогоднішній день необхідно вважати скоріше правовою, ніж юридичною категорією, що може бути пізнана через аналіз змісту різних конкретних норм в результаті встановлення їх найбільш суттєвих загальних рис.

Хоча А. Степанюк вважає взаємодію національних правових систем основним принципом МПрП: «Взаємодія національних правових систем у сфері міжнародного приватного права — принцип визначальний, домінуючий, основний, превалюючий. Це проявляється у підпорядкуванні, ієрар-

хізації інших принципів міжнародного приватного права (наприклад, допуску іноземного права на власну територію, ввічливості, імунітету держави), наданні усій системі правового регулювання у даній царині взаємоузгодженості, внутрішньої упорядкованості, структурної єдності» [17, 113].

Отже, є підстави розглядати взаємодію національних правових систем у МПрП як загальний правовий принцип, що існує через одиничні елементи системи правового регулювання.

Міжнародна ввічливість — один з найстаріших інститутів МПрП, відомий праву держав різних правових систем. За часів голландських юристів XVII ст. міжнародна ввічливість (*comitas gentium*) була передумовою застосування іноземного права на території кожної держави. Його поява в міжнародно-правових відносинах характеризує у відомому сенсі перемогу в боротьбі, яка велась між «цивілістами» та їх супротивниками, за відстоювання нецивілістичної природи міжнародного (мається на увазі міжнародне публічне) права.

Згідно з розумінням «міжнародної ввічливості», прийнятим в даний час в міжнародному праві, — це «акти добросусідства, дружелюбності, гостинності, підкресленої поваги, скасування формальностей, надання пільг, привілеїв і послуг іноземним державам і їхнім громадянам не в силу вимог міжнародно-правових норм, а з доброї волі держави...» Так визначається це поняття в «Словнику міжнародного права» [18, 23]. Водночас деякі російські дослідники вважають, що, з погляду міжнародного права, *comitas gentium* є міжнародним звичаєм, тобто правилом поведінки держав, якого вони дотримуються, не визнаючи його юридично обов'язковим.

Однак сьогодні у змісті цього інституту виникли зміни. У теоретичному аспекті з'являється досить тонкий нюанс, який стосується як самої основи категорії «принцип», так і конкретно юридичної природи і кваліфікації поняття «принцип міжнародної ввічливості». Із раніше сказаного з усією очевидністю випливає, що з точки зору міжнародного права та основ регулювання міждержавних відносин, в явищі «принцип» іманентно повинні бути присутні як ідейне, так і нормативне. Отже, завдяки принципу або принципам забезпечується юридична обов'язковість відповідної поведінки. Між іншим, інакше йде справа у випадках, наприклад, так званого «позадовірного надання правової допомоги», тобто поза межами укладених спеціальних міжнародних договорів про взаємне співробітництво у наданні правової допомоги. За відсутності такої міжнародної угоди держава має право розраховувати на отримання допомоги за відповідним запитом на основі взаємності в порядку «міжнародної ввічливості».

Отже, взаємність не закріплена договором, але вкладається в рамки правил «міжнародної ввічливості», виступає протиположністю, що існує в середовищі працівників-практиків, з точки зору, що за відсутності договору про правову допомогу або іншої спеціальної угоди між відповідними двома або більше державами не можна здійснити дії в порядку надання правової допомоги [4, 87].

Водночас «акти міжнародної ввічливості» не обов'язково тягнуть за собою аналогічні відповідні дії і не супроводжуються вимогами взаємності. Припинення певних з них не є недружньою дією і не може бути підставою для реторсії або тим більше репресалій [18, 23].

У позиції, скажімо, німецьких юристів, в міжнародній ввічливості не існує міжнародно-правового обов'язку запитуваної держави (*Etat requis*), яка надає на прохання про надання правової допомоги (*commission rogatoire, letter of request*) таку, в очікуванні, що держава, яка звернулася за сприянням (*Etat requerant*), в належній ситуації вчинить так само. З другого боку, як стверджують вони, сучасні концепції міжнародної ввічливості (*courtoisie Internationale*) не позбавлені уявлень про взаємність [19, 80–83]. Однак таку взаємність не рекомендується плутати з більш суворою вимогою забезпечення взаємності і ставити їх на один щабель. Особливо вказується, що за допомогою даного принципу не можна змусити іноземну державу співпрацювати. «У будь-якому випадку, — підкреслює Х. Шак, — ми повинні до тих пір подавати хороший приклад, щедро надаючи правову допомогу державі, яка звернулася по допомогу, загалом, не відмовляє німецькій стороні у виконанні прохань про надання правової допомоги» [19, 81].

Оскільки МПрП з властивими йому правовими засобами становить невід'ємну частину національного права, в якому розмежування принципів-ідей, принципів-норм і звичайних норм останнім часом знову стало актуальним [18, 23], закономірно припущення, що на нинішньому етапі в національно-правовій сфері така традиційна засада МПрП, як міжнародна ввічливість, займає місце принципу-ідеї, а точніше генетичної основи галузі.

Отже, генетичним базисом існування системи принципів МПрП можна вважати особливі правила міжнародного спілкування як правила взаємодії національних правових систем та міжнародної ввічливості.

Система принципів МПрП. Принципи можна класифікувати за різними критеріями: за типом права, за сферою поширення, сферою юридичної діяльності тощо. Але всі ці класифікації не виключають одна одну, а свідчать про багатогранність цього правового явища. Ієрархія основних принципів права має, перш за все, ґносеологічний та узагальнюючий характер. Порушення одного з принципів права відображається на реалізації інших принципів права і на престижі, авторитетності законодавства тієї чи іншої держави. Дотримання кожного з них є своєрідною гарантією функціонування всієї ієрархії принципів права, виконання всіх інших вимог права.

Основні принципи МПрП, до яких насамперед належать міжнародна ввічливість, національний режим, взаємність, режим найбільшого сприяння, а також реторсії, у вітчизняній науці прийнято розглядати в розділах, що стосуються дії колізійних норм, поряд із категоріями публічного порядку, обходу закону і зворотного відсилання. Так розглядають цю проблему І. Перетерський, Л. Лунц, Богуславський та ін. Аналогічна позиція В. Звекова, що у рамках розділу про застосування колізійних норм обмежується висвітлення поняття «взаємність» як загальної категорії МПрП. Принцип національного режиму взагалі лишається поза увагою, принцип найбільшого сприяння розглядається ним у рамках Особливої частини [20, 127–158, 222–226].

Водночас якщо явища зворотного відсилання, обходу закону, навіть публічного порядку правомірно пов'язувати з функціонуванням колізійного методу регулювання (отже, із дією колізійної норми), то поняття національного режиму, міжнародної ввічливості, найбільшого сприяння і реторсії

мають більш загальний характер в аспекті регулювання за допомогою засобів МПрП. Наприклад, основні норми прямої дії національного права — це розпорядження, що встановлюють національний режим, надання відповідних прав на основі взаємності або, навпаки, передбачають можливість відповідних обмежень у випадках, коли необґрунтовано обмежуються права громадян і юридичних осіб певної країни на території іншої.

Отже, коли приводиться в рух механізм загальних понять МПрП, не завжди мова йде про колізійну норму. Крім того, принцип національного режиму (або інше провідне положення, що визначає основи правового регулювання відповідних відносин — правового статусу суб'єктів іноземних держав взагалі, їхніх прав і обов'язків у конкретних сферах тощо) у тій або іншій сфері МПрП спрямований на «наскрізне» регулювання, тобто пронизує всі або багато різновидів суспільних відносин. Найбільше значення норми про встановлення визначених режимів мають при регулюванні міжнародних торгових (торгово-економічних) зв'язків, а також відносин щодо мореплавства та ін. [4, 84]. Тому очевидна доцільність винесення розгляду даної сукупності відносин і норм за рамки колізійного права.

О. Юлдашев фактично зводить принципи МПрП до принципів цивільного права [21, 26–29], з чим важко погодитися, з огляду на специфіку предмета МПрП — цивільних, господарських, сімейних, трудових та процесуальних правовідносин з іноземним елементом. Дійсно, загальні принципи приватного (цивільного) права мають значення для МПрП, але як міжгалузеві, оскільки не відображають особливості відносин, що пов'язані з правопорядком і юрисдикцією

двох або більше держав. Крім того, як відомо, до предмета МПрП включаються й деякі відносини публічного характеру. Зокрема, публічні елементи присутні в регулюванні сімейних та трудових відносин з іноземним елементом. Не можна заперечити також публічний характер відносин у сфері міжнародного цивільного процесу.

Більш чітко формулює систему принципів МПрП Л. Ануфрієва. Вона зазначає, що до основних засад МПрП належать національний режим, взаємність, режим найбільшого сприяння, реторсії, публічний порядок, обхід закону та зворотне відсилання [22, 103].

Спроба сформулювати систему принципів МПрП здійснена на ґрунті білоруського законодавства в дослідженні О. Толочко. Авторка пропонує виділяти принципи регулювання приватно-правових відносин взагалі та принципи, які регулюють окремі групи таких відносин (колізійні принципи). До перших включаються: принцип національної (внутрішньодержавної) юрисдикції щодо міжнародних приватних відносин; принцип колізійного регулювання; принцип безумовного застосування іноземного законодавства відповідно до колізійної норми; принцип диспозитивності (автономії волі); принцип одноразового застосування колізійної норми; принцип пріоритету норми міжнародного договору перед нормою національного законодавства.

До спеціальних або колізійних принципів О. Толочко відносить основні колізійні прив'язки, визнані доктриною МПрП загальними правилами визначення права в регулюванні окремих сфер приватних відносин з іноземним елементом. Зокрема, до таких прив'язок, на думку дослідниці, належать: принцип місцезнаходження речі у відносинах власності; принцип місцезнаходження основного вико-

навця за угодою у договірних відносинах; принцип прапора у відносинах міжнародного перевезення тощо [5, 24–29].

Цікаву та чи не найновішу спробу систематизувати принципи МПрП в українській доктрині здійснила В. Завгородня. До принципів МПрП авторка зараховує принципи:

- національної юрисдикції щодо приватних відносин з іноземним елементом, який означає, що МПрП є правом національним, регулювання відносин, що становлять його предмет, здійснюється національною суверенною владою, у разі виникнення колізій між правопорядками різних держав для їх вирішення вітчизняні правозастосовні установи повинні використовувати вітчизняні колізійні норми;
- поєднання колізійного і матеріально-правового способів у регулюванні міжнародних приватних відносин;
- пріоритету норм міжнародних договорів України перед нормами внутрішнього законодавства;
- міжнародної ввічливості;
- однократного застосування колізійної норми (неприйняття зворотного відсилання та відсилання до права третьої країни);
- автономії волі;
- національного режиму;
- забезпечення публічного порядку [23, 84].

Російський вчений Р. Ходикін виділяє також принципи формування колізійних норм, під якими розуміє певні, відносно стійкі засади створення, функціонування та розвитку колізійних норм, які в силу вищої імперативності повинні направляти процес покращання колізійного регулювання різних відносин з іноземним елементом із метою локалізації таких відносин в рамках правової системи, най-

кращим чином забезпечуючи реалізацію прав і законних інтересів всіх сторін правовідносин. До таких принципів автор відносить принципи захисту прав людини, найтіснішого зв'язку та прагнення до уніфікації [24, 231].

Англійський колізіоніст А. Мейс стверджує про існування трьох основних принципів МПрП: це справедливість, ввічливість та публічний порядок, які є базисними правилами застосування іноземного права. Водночас діють інші колізійні принципи іноземного права, а саме: правила про підсудність, застосовне право, зворотне відсилання та відсилання до прав третьої держави, встановлення змісту іноземного права [2, 1–13]. Проблема визначення принципів МПрП автором в однойменній монографії не порушується, однак зі змісту досліджуваних проблем можна зробити висновки, що до них автор відносить принципи дії іноземного права в МПрП.

Отже, принципи МПрП — це керівні правила поведінки суб'єктів, що виникли як результат суспільної практики і є юридично закріпленими засадами МПрП. І оскільки МПрП «являє собою міжсистемне правове утворення, що включає в себе також норми національного і міжнародного публічного права» [25, 118], основні засади (принципи) МПрП увібрали ознаки принципів зазначених галузей права, але при цьому залишаються відокремленою часткою, основою саме МПрП. Як нормативна основа зародження, формування і функціонування кожної окремої норми принципи пронизують усю систему МПрП. Вони виражають основні напрями регулювання майнових і особистих немайнових відносин, ускладнених іноземним елементом, які становлять предмет регулювання МПрП, визначаючи загальну цілеспрямованість правових норм.

Отже, з огляду на викладене та те, що є принципи регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом взагалі і принципи, які регулюють окремі групи таких відносин, зокрема, ми пропонуємо авторську спробу систематизувати принципи МПрП таким чином:

1. Загальні принципи МПрП:

а) загальні принципи права: верховенство права, свобода особи, непорушність права власності, свобода договору, свобода підприємницької діяльності, судовий захист порушеного права чи інтересу, засади розумності, справедливості та добросовісності;

б) загальні принципи міжнародного права.

Вирішальне значення для сфери МПрП мають принципи: поваги до прав людини; незастосування сили чи погрози силою; вирішення міжнародних спорів мирним шляхом; невтручання у внутрішні справи інших держав; співробітництва; недискримінації; рівноправ'я та самовизначення народів; суверенної рівності держав; добросовісного виконання міжнародних договорів. Наведені принципи достатньо досліджені як в науці міжнародного публічного права, так і в МПрП, у контексті їх прояву в регулюванні приватних відносин з іноземним елементом.

Вважаємо за необхідне погодитися з авторами, які розглядають систему міжнародних відносин як сукупність, з одного боку, міжнародних публічних (міжвладних, міждержавних) відносин, а з другого — міжнародних відносин невідладного характеру, тих, що складаються між приватними суб'єктами з різних держав або іншим чином ускладнюються іноземним елементом [26, 8].

Незважаючи на різну природу предметів міжнародного публічного

права і МПрП, вони тісно пов'язані і мають низку спільних засад. Як стверджує Л. Галенська, будь-які дії будь-яких суб'єктів у сфері міжнародних відносин (як публічних, так і приватних) повинні відповідати вимогам загальних (основних) принципів [27, 5].

Так, Л. Лунц писав: «Ряд основних начал міжнародного публічного права має вирішальне значення і для міжнародного приватного права» [3, 35].

У світлі того значення, що має міжнародне право для МПрП, особливий інтерес становить з'ясування ролі та інших найважливіших принципів міжнародного права, хоча і не у всіх державах, визнаних у якості *jus cogens*, але які мають найважливіше регульовальне значення в міжнародному спілкуванні і здатних розглядатися *de lege ferenda* в якості універсальних *jus cogens* чи локальних, як, наприклад, принципи недискримінації, взаємної вигоди, найбільшого сприяння та ін. [28, 201].

Загальновизнані принципи міжнародного права діють в національних системах права, як норми, прямо інкорпоровані в національне законодавство. Так, в ст. 18 Конституції України від 26 червня 1996 р. закріплено, що зовнішньополітична діяльність України здійснюється на основі загальновизнаних принципів і норм міжнародного права [29, 61]. Включення міжнародно-правових принципів у внутрішнє законодавство особливо істотно, якщо дотримуватись теорії внутрішньодержавного характеру МПрП.

2. Спеціальні принципи МПрП, що характеризують дану галузь права, і мають, як правило, назву галузевих. Спеціальні принципи є основними началами, засадами, ідеями, що лежать в основі правового регулювання відповідної групи відносин. Отже, в основі

регулювання особистого статусу суб'єктів, права власності, договірних відносин, позадоговірних зобов'язань, спадкового, авторського, трудового, шлюбно-сімейного, а також процесуального права лежать спеціальні принципи МПрП, що пронизують єдиною ниткою усю відповідну систему регулювання:

2.1. Диспозитивні принципи МПрП:

а) автономія волі;

б) принцип найтіснішого зв'язку як основні диспозитивні (гнучкі) колізійні принципи МПрП. Словосполучення «принцип автономії волі сторін» є одним з найбільш застосовуваним в термінології МПрП. Водночас — як парадокс — цей принцип, як правило, не включається до основних ідей, начал даної галузі, тобто, іншими словами, нормативно не закріплювався власне як «принцип». А тим часом автономія волі сторін (передусім в питанні вибору застосовного права) — також є однією з головних ідей МПрП, що мають самостійне регулятивне, нормотворче значення.

2.2. Принцип надання спеціальних режимів:

а) національний режим;

б) режим найбільшого сприяння;

в) взаємність і реторсія, що разом формують принцип надання режимів в МПрП в галузі регулювання особистого статусу суб'єктів.

2.3. Принцип безумовного застосування іноземного законодавства відповідно до колізійної норми передбачає:

а) принцип дотримання публічного порядку;

б) принцип дії імперативних норм країни;

в) принцип не обходу закону;

г) принцип зворотного відсилання та відсилання до третьої країни — як колізійні принципи МПрП у сфері дії колізійних норм.

2.4. Принцип взаємодії національних правових систем включає:

а) принцип національної юрисдикції в МПрП;

б) принцип поєднання колізійного та матеріально-правового методів правового регулювання;

в) принцип визнання іноземних рішень та документів;

г) принцип уніфікації норм МПрП.

2.5. Колізійні принципи — прив'язки. На нашу думку, до спеціальних принципів МПрП слід віднести фундаментальні колізійні засади, визнані доктриною МПрП, закріплені у вигляді загального правила в законодавстві, що застосовується на практиці, у тому числі і за відсутності прямої вказівки в законі (колізійні прив'язки). В літературі основні колізійні прив'язки дуже часто називаються колізійними принципами [30, 166]. Серед безлічі колізійних норм, що регулюють той або інший інститут МПрП, яскраво виділяються основні колізійні правила (принципи), а інші передбачені законом прив'язки є винятком із загального правила. До основних колізійних принципів (прив'язок) належать:

а) принцип місцезнаходження речі — у відносинах власності. Цей принцип передбачає, що речові відносини регулюються законом країни, де перебуває відповідне майно;

б) принцип місцезнаходження основного виконавця правочину — у договірних відносинах. Цей принцип означає, що у разі відсутності іншої вказівки в законі або договорі (вільний вибір права) до договірних відносин застосовується право країни, де перебуває (проживає, розташована) сторона, що є основним виконавцем в угоді: дарувальник в договорі дарування, підрядник в договорі підряду тощо;

в) принцип прапора — у відносинах з міжнародних перевезень. До відносин міжнародного перевезення, як правило, застосовується закон країни, де зареєстрований міжнародний перевізник (під чийм прапором ходить судно тощо);

г) принцип місця заподіяння шкоди — в деліктних відносинах. Відповідальність за зобов'язаннями щодо завдання шкоди встановлюється за правом країни, де було вчинено цивільно-правове порушення (делікт).

Цей перелік не є вичерпним. За необхідності можна вивести й інші спеціальні принципи, не лише колізійні. Вичерпний перелік принципів, ймовірно, скласти не можна, оскільки принципи є основними засадами, ідеями галузі права, а вичерпного ряду «ідей» взагалі бути не може. Ця робота мала на меті визначити загальну методологію формулювання принципів МПрП. Зважаючи на все викладене, можна вважати, що завдання виконано.

Проаналізувавши низку доктринальних підходів вітчизняної і зарубіжної науки МПрП, зміст Закону України «Про міжнародне приватне право», інші нормативні акти та судову практику, можна із впевненістю констатувати повну відсутність єдиного підходу до вирішення проблеми принципів МПрП, що пояснюється особливою значущістю і ключовою роллю принципів права та істотними концептуальними відмінностями у підходах до вирішення питання про місце МПрП в системі права. Водночас закріплення принципів МПрП на доктринальному та нормативному рівнях абсолютно необхідне. Чітка теоретична дефініція та нормативне визначення принципів дадуть у майбутньому змогу знаменувати завершення формування теоретичних основ МПрП як особливої системи правових норм.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Dolinger J.* Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts // Collected Courses of the Hague Academy of International Law. — Vol. 283. — The Hague ; Boston ; London, 2000.
2. *Mayss Abba J.* Principles of conflict of laws. — 3rd ed. — Routledge, 1999. — 464 p.
3. Луц Л. А. Международное частное право. — М., 1970. — 356 с.
4. *Ануфриева Л. П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. — М., 2002. — 415 с.
5. *Толочко О. Н.* Принципы международного частного права // Белорусский журнал международного права и международных отношений. — 2001. — № 2.
6. *Иссад М.* Международное частное право / под ред. проф. М. М. Богуславского. — М., 1989. — 400 с.
7. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.
8. Про громадянство України : Закон України від 18 січня 2001 р. № 2235-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 13. — Ст. 65.
9. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України від 22 вересня 2011 р. № 3773-VI // Офіційний вісник України. — 2011. — № 83. — Ст. 3014.
10. Журнал российского права. — 2000. — № 7.
11. Міжнародне приватне право : загальна частина : підруч. / за ред. А. С. Довгєрта і В. І. Кисіля. — К., 2012. — 376 с.
12. Принципы частного права: теоретико-правовое исследование : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. — Казань, 2007. — 204 с.
13. *Довгєрт А. С.* Принцип верховенства права у приватноправовій сфері // Цивільне право для адвокатів : навч. посіб. / кол. авт. — К., 2006.
14. *Ходькин Р. М.* Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — М., 2005. — 248 с.
15. *Лебедев С. Н., Кабатова Е. В.* Международное частное право : учеб. : в 2 т. — М., 2011. — Т. 1. — 218 с.
16. *Степанюк А. А.* Коллизии наследования в международном частном праве. — Х., 2004.
17. *Степанюк А. А.* Взаємодія національних правових систем як принцип міжнародного приватного права // Право України. — 2005. — № 10.
18. Словарь международного права / авт. колл. : М. М. Аваков и др. — М., 1986. — 1057 с.
19. *Шак Х.* Международное гражданское процессуальное право : учеб. / пер. с нем. — М., 2001. — 560 с.
20. *Звеков В. П.* Международное частное право : курс лекций. — М., 1999. — 686 с.
21. *Юлдашев О. Х.* Міжнародне приватне право : академ. курс : підруч. — К., 2004. — 728 с.
22. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : учеб. : в 3 т. — М., 2002. — Т. 1 : Общая часть. — 288 с.
23. *Завгородня В. М.* Система принципів міжнародного приватного права // Правовий вісник Української академії банківської справи. — 2009. — № 1 (2).
24. *Международное частное право : учеб. : в 2 т. / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова.* — М., 2011. — Т. 1 : Общая часть. — 399 с.
25. *Звеков В. П.* Международное частное право : курс лекций. — М., 1999. — 686 с.
26. *Международное частное право : учеб. / под ред. Г. К. Дмитриевой.* — М., 2000. — 656 с.
27. *Галенская Л. И.* Действие общих принципов международного права в сфере частного права // Журнал международного права. — 1995. — № 4.
28. *Международное частное право: современные проблемы / Н. Р. Баратянц и др. ; отв. ред. М. М. Богуславский.* — М., 1994. — 507 с.
29. Конституція України від 28 червня 1996 р. : коментар Конституції України. — К., 1996. — 412 с.
30. *Богуславский М. М.* Международное частное право. — М., 1994. — 416 с.

Задорожна С. М. Поняття, генетична основа та система принципів міжнародного приватного права

Анотація. Принципи міжнародного приватного права розглядаються як такі, що мають міжнародний характер, оскільки міжнародне приватне право, на думку автора, виходить за рамки колізійного права. Особливістю принципів міжнародного приватного права є те, що вони можуть закріплюватися в нормативно-правових актах публічного характеру. Тісний зв'язок міжнародного публічного і міжнародного приватного права зумовлений тим, що в міжнародному приватному праві мова йде хоч і не про міждержавні, але про такі відносини, які випливають із міжнародного життя. Тому основні засади міжнародного публічного права мають керівне значення і для міжнародного приватного права.

Оскільки міжнародне приватне право є частиною внутрідержавного права, розумно припускається, що властиві правовій абстракції «принципи», специфічні особливості в рамках національно-правових підходів мають бути притаманні рівною мірою і принципам міжнародного приватного права. Логічно, що принципи міжнародного приватного права є принципами приватного права, з характерним для них приватним, егоїстичним інтересом їх сторін. Тому справедливість, добросовісність та розумність, незловживання цивільним правом є найважливішими принципами сфери приватного права.

Принципам міжнародного приватного права притаманна термінологічна особливість, зокрема те, що в міжнародному публічному та внутрішньому приватному праві іменується «принципи», у міжнародному приватному праві переважно називається «засади», «основні засади», «основні поняття», «основні категорії», «основні начала», «начала», «колізійні принципи».

Проблема міжнародної ввічливості та взаємодія національних правових систем досліджуються як генетична основа системи принципів міжнародного приватного права. Здійснюється авторська спроба систематизувати принципи міжнародного приватного права.

Ключові слова: принципи міжнародного приватного права, загальновизнані принципи права, міжнародна ввічливість, теорія взаємодії національних правових систем, система принципів міжнародного приватного права.

Задорожна С. М. Понятие, генетическая основа и система принципов международного частного права

Аннотация. Принципы международного частного права рассматриваются как имеющие международный характер, поскольку международное частное право, по мнению автора, выходит за рамки коллизионного права. Особенностью принципов международного частного права является то, что они могут закрепляться в нормативно-правовых актах публичного характера. Тесная связь международного публичного и международного частного права вытекает из того, что в международном частном праве речь идет, хоть и не о межгосударственных, но о таких отношениях, которые вытекают из международной жизни. Поэтому основные принципы международного публичного права имеют руководящее значение и для международного частного права.

Поскольку международное частное право представляет собой часть внутригосударственного права, разумно предполагается, что присущие правовой абстракции «принципы», специфические особенности в рамках национально-правовых подходов должны быть присущи в равной степени и принципам международного права. Логично, что принципы международного частного права являются принципами частного права, с характерным для них частным, эгоистическим интересом их сторон. Поэтому справедливость, добросовестность и разумность, незлоупотребление гражданским правом являются важнейшими принципами сферы частного права.

Принципам международного частного права присуща терминологическая особенность, в частности то, что в международном публичном и внутреннем частном праве именуется «принципы», в международном частном праве преимущественно называется «основы», «основные принципы», «основные понятия», «основные категории», «основные начала», «начала», «коллизийные принципы».

Проблема международной вежливости и взаимодействие национальных правовых систем исследуются как генетическая основа системы принципов международного частного права. Осуществляется авторская попытка систематизировать принципы международного частного права.

Ключевые слова: принципы международного частного права, общепризнанные принципы права, международная вежливость, теория взаимодействия национальных правовых систем, система принципов международного частного права.

Zadorozhna S. The Concept, Genetic Basis and the System of Principles of Private International Law

Annotation. The principles of private international law are regarded as having an international character, as the international private law, according to the author, is beyond the scope of conflicts of law. The peculiarity of the principles of international private law is that they can be secured in the regulatory legal acts of the public record. The close relationship of international public and private international law stems from the fact that in private international law, and even though it is not on the inter-state relations, but also about such a relationship, stemming from international life. Hence, a number of basic principles of public international law have guiding significance for the international private law.

As far as the private international law is a part of domestic law, it is reasonably assumed that the «principles» inherent to legal abstraction, and specific features within the national legal approaches should be inherent in equal measure to the principles of international law. It is logical that the prin-

ciples of private international law are the principles of private law, with their specific private, self-interest to the parties. Therefore, fairness, integrity and intelligence, and the disabuse of civil law are the essential principles of private law.

Principles of private international law are the inherent features of terminology, in particular, that in public international and domestic private law called the «principles», the international private law primarily called the «ground», «basic principles», «basic concepts», «main categories» «basic principles», «beginning», «conflict of laws principles».

The issue of international comity and cooperation of national legal systems studied the genetic basis of the principles of private international law. Author carried out an attempt to systematize the principles of private international law.

Key words: principles of private international law, generally recognized principles of law, comity, the theory of interaction between national legal systems, the system of principles of private international law.

БАНКРУТСТВО У СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ



О. БІРЮКОВ
*доктор юридичних наук,
професор кафедри міжнародного
приватного права
Інституту міжнародних відносин
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Банкрутство є унікальним ринковим механізмом вирішення проблем заборгованості приватних осіб без втручання держави. Разом з тим, держава зацікавлена в існуванні дійових юридичних механізмів вирішення майнових проблем учасників економічної діяльності, підтримуючи тим самим конкуренцію у ринковому середовищі. У зв'язку з цим доречно навести відомий вислів американського судді у справах про банкрутство С. Брукса про те, що законодавство про банкрутство є гарантією соціальної справедливості у конкурентній системі, виступає клапаном безпеки для всього підприємництва [1, 57].

Законодавство про банкрутство важливо також розглядати в контексті тих функцій, які воно виконує в економіці: за допомогою встановлених в законі юридичних процедур учасники майнового обороту, які мають тимчасові фінансові проблеми, реорганізують свою діяльність, а ті, хто не в змозі відновити платоспроможність — ліквідують. У результаті застосування процедур банкрутства, майно неспро-

можного боржника передається іншому власникові, який здатний забезпечити більш ефективно його використання.

Таким чином, метою законодавства про банкрутство є правове регулювання суспільних відносин, що виникають між приватними особами, коли одна з них нездатна виконати майнові зобов'язання із наявного у неї майна. Для боржника звернення до відповідної сфери законодавства зазвичай є останнім шансом відновити свою фінансову спроможність (в американській доктрині — *last resort*). Для кредиторів банкрутство виступає дієвим механізмом задоволення хоча б частини майнових вимог, коли інші юридичні засоби не дали бажаних результатів. Після визнання приватної особи неспроможною чи банкрутом майно такого боржника реалізується, а виторг йде на задоволення майнових вимог кредиторів у встановленій черговості.

В Україні перший у цій сфері Закон України «Про банкрутство» був прийнятий у 1992 р. у процесі становлення

у країні ринкового законодавства. Варто зазначити, що цей Закон розроблявся фактично за повної відсутності наукових досліджень у вказаній сфері. Перше у країні ґрунтовне дослідження у сфері банкрутства здійснив відомий науковець і тодішній суддя системи господарських судів М. Тітов. За результатами успішного захисту дисертаційного дослідження вийшла друком монографія «Банкрутство: матеріально-правові та процесуальні аспекти» [2], після чого були опубліковані інші монографії з цієї тематики, зокрема, В. Джуна, Б. Полякова та ін.

Вчення про банкрутство в Україні є доволі молодою галуззю вітчизняної науки, проте нечисленні наукові роботи сприяли проведенню реформи цієї сфери законодавства наприкінці 90-х років минулого століття. Сьогодні вітчизняне законодавство про банкрутство в цілому відповідає міжнародним стандартам і, здається, готове адекватно реагувати на сучасні кризові явища в економіці. Підтвердженням цього може слугувати останній перегляд основного у цій сфері Закону з подальшим прийняттям його у новій редакції, який забезпечує достатньо ефективно розв'язання проблем заборгованості учасників підприємницької діяльності та має положення, спеціально розроблені для регулювання відносин з іноземним елементом — так звані транскордонні банкрутства.

До вивчення правової природи відносин неспроможності, ускладнених іноземним елементом, вітчизняні вчені стали звертатися ще наприкінці минулого століття. Відомий в Україні фахівець з питань банкрутства, вчений та суддя В. Джуна ввів у науковий обіг нову конструкцію «транскордонна неспроможність» [3, 102–106].

Ця проблематика була предметом дослідження О. Бірюкова та І. Ново-

сельцева — відповідні докторська і кандидатська дисертації були успішно захищені у 2010 р. та 2012 р. Сьогодні вже можна говорити про появу окремої сфери міжнародного приватного права, якою є транскордонні банкрутства.

Транскордонні банкрутства є реакцією на сучасні процеси у світі. Сьогодні глобалізація стала найбільш значущим соціально-політичним явищем, яка охоплює практично всі сфери життєдіяльності людства. Поширеною є думка, що у повсякденному житті кожна людина так чи інакше бере участь у глобальній економіці [4, 3]. Тому саме такі процеси впливають на розвиток тих приватних юридичних інструментів, які є саморегулюючими механізмами, що підтримують майновий оборот.

Банкрутство вважається однією з найбільш динамічних сфер законодавства. За останні роки відбувся перегляд чинного законодавства про банкрутство з внесенням суттєвих змін у спеціальні закони багатьох країн світу, у тому числі з перехідною економікою. Це було зумовлено необхідністю пристосування діючого законодавства до швидко змінюваної ситуації в економіці кожної країни світу. Більше того, банкрутство сьогодні стає важливим елементом системи розв'язання майнових проблем учасників світової торгівлі, оскільки за допомогою відомих юридичних процедур приватні особи, де б вони не перебували, розв'язують їхні тимчасові майнові проблеми.

Аналіз сучасного стану розвитку законодавства про банкрутство свідчить про те, що в кожній країні сформовано власну унікальну систему регулювання відносин неспроможності, які іноді суттєво різняться одна від одної [5, 182]. Це пов'язано з тим, що

законодавство про банкрутство ґрунтується на різних концепціях правового регулювання відносин неспроможності, що, у свою чергу, базується на існуючих національних традиціях: суспільних, економічних, правових, культурних та мовних. Тому цій сфері притаманні суттєві відмінності у правовому регулюванні відповідних приватних відносин у різних країнах світу, що створює певні складнощі в процесі уніфікації норм матеріального, а тим більше процесуального права.

В результаті проведеного порівняльного аналізу існуючих у світі систем правового регулювання відносин неспроможності учені сформулювали кілька моделей (режимів) законодавства про банкрутство, які розглядаються крізь призму системоутворюючих принципів у відповідній сфері законодавства [6, 27]. Як основний критерій зазвичай виступає завдання, яке ставить законодавець будь-якої країни при обранні режиму банкрутства. Це дає можливість сформулювати два основні режими законодавства про банкрутство — про-боржниковий і про-кредиторський. Вперше ці поняття були використані Ф. Вудом у його розділі колективної монографії, присвяченій міжнародному фінансовому праву [7; 8, 4].

Між зазначеними двома крайніми підходами до регулювання відносин неспроможності окремі учені наводять ще кілька проміжних, залежно від того, кому законодавець надасть перевагу у захисті інтересів тієї чи іншої сторони у справі про банкрутство. Так, російський учений і суддя В. Вітрянський, посилаючись на дослідження європейських фахівців у сфері неспроможності, зазначає, що можна диференціювати п'ять режимів банкрутства. На думку вченого, між радикальними про-боржниковим та

про-кредиторським існують помірковані про-боржниковий та про-кредиторський режими, а також нейтральний [9, 7]. М. Телюкіна також наводить проміжні режими від крайнього про-боржникового, де найбільше уваги приділяють реорганізаційним процедурам, через нейтральний, де вирішальним є пошук балансу інтересів боржника та кредиторів, і до радикального про-кредиторського режиму, спрямованого на швидке задоволення вимог кредиторів [10, 74].

Останнім часом в ході проведення реформ законодавства про банкрутство у багатьох країнах світу законодавець намагається виробити оптимальний режим регулювання відносин неспроможності, який враховував би інтереси основних учасників таких справ — кредитора і боржника. Крім того, не останнім за важливістю є й інтереси держави, які пов'язані з впровадженням правових механізмів з розв'язання проблем заборгованості, які були б зрозумілими і доступними для використання приватними особами, у тому числі й іноземними підприємцями. У процесі розробки оптимального режиму банкрутства відбувається помітний прогрес у зближенні підходів до розв'язання проблем неспроможності.

З розвитком та ускладненням економічних відносин, у світі відбуваються важливі процеси узгодження підходів до регулювання суспільних відносин у різних країнах світу. Уніфікація правових норм у різних сферах законодавства стає важливим чинником розвитку сучасного міжнародного приватного права, зокрема у сфері банкрутства. Такі тенденції обумовлені передусім намірами сформулювати ефективну систему розв'язання проблем заборгованості, зокрема, у справах про транскордонні банкрутства,

яка сприймалася б у будь-якій країні світу. Отже, відбувається зближення правових систем та уніфікація правил розгляду справ про міжнародні банкрутства, що виробляються на основі спільних підходів до розв'язання проблем заборгованості суб'єктів права різних країн.

Реагуючи на ці сучасні процеси, деякі міжнародні організації долучилися до вироблення уніфікованих правил у сфері банкрутства. Так, Міжнародний валютний фонд у 1999 р. завершив аналіз існуючих на той час систем банкрутства у країнах світу і підготував своє бачення ефективного режиму банкрутства у документі під назвою «Упорядкові та ефективні процедури банкрутства: ключові аспекти» [11]. Водночас Світовий банк розробляв принципи у сфері банкрутства і захисту прав кредиторів, який запропонував перший набір принципів у 2001 р. У 2011 р. вийшла остання редакція Принципів ефективної системи неспроможності та захисту прав кредиторів [12]. Отже, ці два документи серед низки інших сьогодні є орієнтиром для законодавців країн світу, які або розробляють системи банкрутства вперше, або переглядають існуючі закони з метою впровадження опрацьованих у розвинутих країнах світу процедури банкрутства.

Крім зазначеної тенденції можна також виокремити й інші напрями розвитку законодавства про банкрутство у світі.

Міжнародну торгівлю сьогодні вже важко уявити без міжнародних банкрутств. Зважаючи на той факт, що зміст банкрутства не змінюється у міжнародній торгівлі, за допомогою процедур банкрутства, що є у відповідному законодавстві, учасники міжнародних економічних відносин вирішують проблеми заборгованості. При

цьому важливими є правила розгляду транскордонних справ про банкрутство. Транскордонні банкрутства як необхідний елемент правової системи вирішення проблем заборгованості стає необхідною частиною законодавства навіть тих країн, які не мають досвіду участі у міжнародній економічній системі. Таким чином, у межах приватного права з'явилася нова юридична конструкція — транскордонні банкрутства.

Варто також зазначити, що глобальна економіка стає більш взаємопов'язаною та залежною від її учасників. Відомо, що у сфері банкрутства іноді виникає «ефект доміно», коли банкрутство однієї особи спричиняє фінансові негаразди, а іноді й навіть банкрутство інших учасників майнового обороту.

У цих умовах, банкрутство має виконувати природні для неї функції. Коли учасники договірних відносин з різних країн, а також транснаціональні компанії, потрапляють у скрутні ситуації, банкрутство стає іноді єдиним ефективним юридичним механізмом розв'язання складних майнових проблем.

Враховуючи це, можна з упевненістю ствердити, що банкрутство сьогодні далеко виходить за межі кордонів окремої держави, а тому ці юридичні механізми стають об'єктом міжнародних організацій для дослідження з метою вивчення найкращої світової практики та поширення її серед країн, які переглядають та вдосконалюють національні системи регулювання цих приватноправових відносин.

На міждержавному рівні розробка ефективних правових механізмів вирішення проблем заборгованості через застосування процедур банкрутства допомагає підвищити фінансову дис-

ципліну учасників світового ринку і забезпечити раціональне використання та розподіл матеріальних ресурсів як в окремій країні, так і світі загалом. Тому банкрутство сприймається як один із найважливіших факторів забезпечення стабільності світової фінансової інфраструктури. Така мета ставиться у міжнародних документах з питань банкрутства, серед яких основними є згаданий вище документ Міжнародного валютного фонду «Упорядкові та ефективні процедури банкрутства: ключові аспекти».

Відомо, що банкрутство є традиційною сферою регулювання правовідносин у сфері здійснення економічної (підприємницької) діяльності, однак можна помітити наміри законодавців багатьох країн поширити це специфічне законодавство й на нетрадиційну для банкрутства сферу — на не підприємництво. У цьому контексті введення так званих споживчих банкрутств (*consumer bankruptcy*) стають ознакою останніх реформ цієї сфери законодавства у низці країн, зокрема, Європейського континенту. Слід звернути увагу також на діяльність Світового банку, який у 2011 р. виступив ініціатором вивчення стану регулювання цих відносин у світі та розробки рекомендацій¹.

В результаті тривалої роботи експертів з усього світу було підготовлено Звіт Світового банку з питань банкрутства фізичних осіб, який по суті є порівняльним аналізом систем банкрутства фізичних осіб у близько 60 країн світу [14]. Зазначений документ має стати базою для створення ефективної системи банкрутства фізичних осіб, а розроблені рекомендації слугувати орієнтиром у реалізації намірів розробників відповідних законів допо-

могти громадянам у розв'язанні проблем заборгованості шляхом застосування відомих у світі юридичних процедур.

Сьогодні банкрутство фізичних осіб — непідприємців є однією з найактуальніших тем наукових дискусій у світі. Дискусія навколо доцільності впровадження чи перенесення так званого корпоративного банкрутства на фізичних осіб — непідприємців, відбуваються й в Україні [15, 11; 16, 60–65; 17, 152–156].

Світовий ринок стає більш уразливим до криз і болісно реагує на випадки неефективного управління. Ця тягне за собою підвищення ризиків настання негативних наслідків у разі зміни ситуації на ринку. В таких умовах роль міжнародного приватного права і, зокрема, банкрутства зростає. Тут необхідно визнати, що не лише приватні особи, які є учасниками економічної діяльності у межах окремої країни, а й власне економіки країн світу стають залежними одна від одної.

В сучасному глобальному світі все частіше говорять про заборгованість держав або ж їхню нездатність виконувати свої фінансові зобов'язання перед міжнародними фінансовими інституціями. Останніми, але й не менш важливими для світового господарства, стають так звані суверенні банкрутства (*sovereign insolvency*) [18].

На нашу думку, найближчим часом автори та розробники відповідних процедур відійдуть від обговорення теоретичних аспектів банкрутства держав і почнуть практичне втілення цього найамбітнішого проекту сучасного глобального світу. Як вважають фахівці, банкрутство у таких випадках може відіграти важливу роль у вирішенні проблем заборгованості шля-

¹ Автор цієї статті виступив на вказаному форумі з доповіддю про перспективи впровадження споживчого банкрутства в Україні і регіоні [13, 3].

хом застосування цього приватноправового механізму до держав.

Сьогодні помітна тенденція використання приватноправових юридичних механізмів у незвичних сферах суспільних відносин, у тому числі міжнародного публічного права. Свідченням є так звані споживчі та суверенні банкрутства. Світ змінюється, а разом з ним змінюються традиційні юридичні підходи до розв'язання одвічних за своєю природою майнових проблем — заборгованості учас-

ників договірних відносин. Міжнародно-приватні юридичні засоби сьогодні знаходять нові форми застосування, що свідчить про нові перспективи розвитку у тому числі й вітчизняного міжнародного і міжнародного приватного права.

Впевнені, Україна має вдосконалювати свою правову систему і чинне законодавство з урахуванням сучасних тенденцій у сфері розвитку права і банкрутства зокрема.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Законодательство о банкротстве США: тезисы лекции судьи Сиднея Брукса, Федеральный суд банкротств США, Денвер, штат Колорадо // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации.* — 1993. — № 8. — С. 57–62.
2. *Тітов М. І.* Банкрутство: матеріально-правові та процесуальні аспекти / за наук. ред. В. М. Гайворонського. — Х., 1997. — 192 с.
3. *Джунь В. В.* Про проблему транскордонної неспроможності // *Право України.* — 1999. — № 5.
4. *Making Globalisation Work for Everyone. The European Union and World Trade.* — Brussels, 2003. — 96 p.
5. *Бірюков О. М.* Наближення законодавства про банкрутство країн Європейського Союзу: історія і сучасність // *Європейське право.* — 2012. — № 1. — С. 181–188.
6. *Craig H. Averch.* Bankruptcy Laws: What is Fair? // *Law in Transition.* — 2000. — Spring. — P. 26–33.
7. *Philip R. Wood.* Maps of World Financial Law // *Global Financial Law.* — 3rd ed. — 1997.
8. *Fletcher Ian F.* Insolvency in Private International Law: National and International Approaches. — Clarendon, 1999.
9. *Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»* / под общ. ред. В. В. Витрянского. — М., 1998. — 418 с.
10. *Телюкина М. В.* Конкурсное право: теория и практика несостоятельности (банкротства). — М., 2002. — 536 с.
11. *Orderly & Effective Insolvency Procedures. Key Issues* — IMF. — 56 p. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.imf.org>.
12. *Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems.* — The World Bank, 2011 (Revised). — 22 p. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.worldbank.org>.
13. *Consumer Insolvency in Ukraine: perspectives / Best Practices in the Insolvency of Natural Persons* (World Bank, Washington, DC, January 11, 2011) // *The World Bank : Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* (Task Force Meetings. Rapporteur's Synopsis). — 2011.
14. *Звіт* Світового банку з питань банкрутства фізичних осіб [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTGILD/0,,contentMDK:23346097~menuPK:9022962~pagePK:4789622~piPK:64873779~theSitePK:5807555,00.html>.
15. *Бірюков О. М.* Споживчі банкрутства: іноземний досвід // *Правовий тиждень.* — 2009. — № 49 (175). — 8 груд.
16. *Бірюков О. М.* Банкрутство громадян: за і проти // *Бюлетень Міністерства юстиції України.* — 2011. — № 11.
17. *Бірюков О. М.* Доктрина «свіжий старт» у законодавстві країн Європейського Союзу // *Право України.* — 2012. — № 6.
18. *R. W. Kolb* Sovereign Debt: From Safety to Default. — USA, New Jersey, 2011. — 451 p.

Бірюков О. М. Банкрутство у сучасному міжнародному приватному праві

Анотація. У статті проаналізовано сучасний стан розвитку законодавства про банкрутство у світі та розглянуто основні режими банкрутства. Незважаючи на те, що практично в кожній країні світу сформовано свою певною мірою унікальну систему регулювання відносин неспроможності, які ґрунтуються на існуючих національних традиціях: суспільних, економічних, правових, культурних і мовних, при здійсненні правових реформ законодавці намагаються виробити оптимальний режим, який враховував би інтереси головних учасників таких справ — кредиторів

і боржника. Зближення правових систем банкрутства стає важливим чинником розвитку сучасного міжнародного приватного права, зокрема у сфері банкрутства. Окремі міжнародні організації, серед яких Міжнародний валютний фонд та Світовий банк, розробили стандарти ефективних систем банкрутства. Однією з останніх тенденцій розвитку банкрутства є поширення дії цієї специфічної сфери правового регулювання на нетрадиційну для банкрутства сферу — на непідприємців, в результаті чого з'явилися так звані споживчі банкрутства. Крім того, сьогодні в сучасному глобальному світі все частіше говорять про суверенні банкрутства. Згідно з таким підходом процедури банкрутства застосовуватимуть до держав з метою вирішення проблем заборгованості іншим державам і міжнародним фінансовим інституціям.

Ключові слова: банкрутство, міжнародне приватне право, неспроможність, споживчі банкрутства, суверенні банкрутства, режими банкрутства, транскордонні банкрутства.

Бірюков А. Н. Банкрутство в современном международном частном праве

Анотация. В статье проанализировано современное состояние развития законодательства о банкротстве в мире и рассмотрены основные режимы банкротства. Несмотря на то, что практически в каждой стране мира сформировано свою в определенной степени уникальную систему регулирования отношений несостоятельности, действие которых основано на существующих национальных традициях: общественных, экономических, правовых, культурных и языковых, при осуществлении правовых реформ законодатели пытаются выработать оптимальный режим, учитывающий интересы главных участников таких дел — кредиторов и должника. Сближение правовых систем банкротства становится важным фактором развития современного международного частного права, в частности в сфере банкротства. Отдельные международные организации, среди которых Международный валютный фонд и Мировой банк, разработали стандарты эффективных систем банкротства. Одной из последних тенденций развития банкротства является распространение действия этой специфической сферы правового регулирования на нетрадиционную для банкротства сферу — на не предпринимателей, в результате чего появились так называемые потребительские банкротства. Кроме того, сегодня в современном глобальном мире все чаще говорят о суверенных банкротства. Согласно такому подходу процедуры банкротства будут применять к государствам с целью решения проблем задолженности другим государствам и международным финансовым институтам.

Ключевые слова: банкротство, международное частное право, несостоятельность, потребительские банкротства, суверенные банкротства, режимы банкротства, трансграничные банкротства.

Biriukov O. Bankruptcy in Modern Private International Law

Annotation. The article modern state in the sphere of bankruptcy legislation developments in the world is analyzed. Observation of main regimes of bankruptcy is given. Although the fact that practically each state has to certain extent its unique system of bankruptcy which is based on national traditions in society, economy, legal system, culture and language, the law-makers when doing legal reforms try to develop optimal regime of insolvency regulation taking into account the interests of the main participants in these cases — creditors and debtor. Approximation of legal systems is an important factor of modern private international law, particularly bankruptcy. Some international organizations among which are International Monetary Fund and the World Bank developed standards of effective bankruptcy systems. One of the latest tendencies of the bankruptcy law developments is extension of these specific legal remedies to untraditional for bankruptcy sphere — non business persons, and as a result, a new notion of consumer bankruptcy appeared. Besides it, they say about sovereign insolvencies in today's global world — according to this doctrine bankruptcy proceedings will be used against the states in order to solve their debts to other states and international finance institutions problems.

Key words: bankruptcy, Private International Law, insolvency, consumer insolvency, sovereign insolvency, regimes of insolvency, cross-border bankruptcies.

ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ КОЛІЗІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ У СФЕРІ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ



Ю. ВЕНГРИНЮК

*Всеукраїнський координатор
багатодержавного проекту ЄС ТЕМПУС
«ЕФЛІТ: Довготермінове навчання
англійською мовою у галузі права
та міжнародних транзакцій»
Виконавчого агентства з питань освіти,
аудіовізуальних засобів і культури
Європейської Комісії в Брюсселі (Бельгія)*

Створення єдиного Європейського економічного співтовариства не було б можливим без успішної ліквідації перешкод на шляху до інтеграції. Така ліквідація перешкод, які виникають у зв'язку зі значними відмінностями в праві держав — членів Європейського Союзу (далі — ЄС), змогла створити інтеграцію правових систем кожної з країн Європи та здійснити переродження права до загального і єдиного уніфікованого — права ЄС. Не стало винятком і міжнародне приватне право (далі — МПрП), процес формування якого в ЄС був одним із найскладніших. Відповідний процес ідентично, як і при застосуванні до інших галузей права, повинен був проходити за допомогою наступних двох механізмів [1, 154]:

- розробка європейських міжнародних угод;
- прийняття обов'язкових європейських актів (директива або регламент).

В Україні, так само як і в ЄС, здійснювалася постійна робота над вдосконаленням та створенням матеріально-правових та процесуальних норм при-

ватного права, їх об'єднання в єдине ціле з метою усунення колізійних норм. Враховуючи стрімкий розвиток приватноправових відносин з іноземним елементом, а, зокрема, укладення численних договорів між фізичними та юридичними особами України та ЄС, постійно виникає проблема узгодження тих чи інших положень матеріального права, яке б підлягало застосуванню до того чи іншого договору. Зважаючи на те, що Україна твердо стоїть на шляху європейської інтеграції, намагаючись здійснити адаптацію національного законодавства до законодавства ЄС з метою членства в ній, на сьогодні повинна здійснюватися європеїзація національних колізійних норм, яка повинна полягати не лише у рецепції, а й гармонізації та уніфікації із подальшими пропозиціями щодо вдосконалення тих чи інших положень права. Саме тому вдосконалення та процес зближення колізійного права в сфері договірних зобов'язань є одним пріоритетних завдань МПрП в цілому.

Мета статті полягає у глибокому правовому аналізі, дослідженні колі-

зійного права України в сфері договірних зобов'язань та внесенні пропозицій щодо перспективи розвитку та вдосконалення колізійного регулювання договірних відносин в Україні.

Проблема неможливості здійснити повну європеїзацію матеріального та процесуального приватного права в ЄС спонукала до створення уніфікованих колізійних норм МПрП в державах — членах ЄС. Прискоренню цього процесу уніфікації колізійних норм сприяла та обставина, що на міжнародному рівні єдина універсальна уніфікація колізійних норм в сфері договорів, укладених приватними особами з різних держав, зазнала чимало серйозних труднощів. На допомогу вирішення цієї проблеми в 1980 р. була прийнята Римська конвенція про право (далі — Римська конвенція), що застосовується до договірних зобов'язань [2, 1–19].

Саме завдяки Римській конвенції було досягнуто однакове колізійне регулювання договірних відносин в Європі за допомогою загальноприйнятих методів міжнародно-правової уніфікації.

Однак, з реформуванням європейського приватного права Римська конвенція була замінена на такий новий правовий інструмент, як Регламент «Рим I» [3, 6–16], за допомогою якого здійснюється колізійне регулювання договірних відносин в ЄС. Зазначений Регламент є результатом багаторічної роботи та представляє собою важливий крок в розвитку колізійного права ЄС. В Регламенті «Рим I» відображені підходи, які мають великий інтерес для вдосконалення українського МПрП.

Оскільки колізійні норми в сфері договірних відносин існують не ізолювано, а служать метою вирішення колізій між матеріально-правовими

нормами, важливе значення має аналіз тенденцій змін Регламенту «Рим I» та Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі — Закон про МПрП) від 23 червня 2005 р.

Пропоновані нами доповнення та зміни ставлять за мету вирішення таких завдань:

- розширення кола договірних відносин, які прямо регулюються колізійними нормами, крім випадків необхідності вирішення питання про право, яке підлягатиме застосуванню на основі загального принципу тісного зв'язку через відому складність його використання в правозастосовній практиці та можливий складний передбачуваності кінцевого результату;
- корекція деяких колізійних норм для більш адекватного їх регулювання;
- вдосконалення деяких положень з так званої юридичної техніки задля сприяння їх правильному застосуванню судами.

Крім того, переходячи до розгляду напрямів вдосконалення колізійного права у сфері договірних зобов'язань в ЄС та Україні, слід зазначити, що ця праця багато в чому базується на підходах, які склалися в ході розробки, як Регламенту «Рим I», так і Закону про МПрП. До основних підходів належать:

- широке врахування апробованого міжнародного досвіду із забезпеченням гармонійної інтеграції пропонувананих колізійних норм, які увібрали в себе такий досвід, в українське законодавство;
- підтримання правової прийнятності з метою продовження і розвитку національних правових традицій у галузі колізійного регулювання договірних відносин;
- врахування правозастосовного фактору, включаючи рівень готовності

суддів до правильного застосування колізійних норм в сфері договірних зобов'язань;

- поглиблений аналіз відповідних договірних відносин, до яких застосовується колізійне регулювання, для забезпечення адекватності останнього тим матеріальним нормам, до яких воно адресоване;

- врахування предметної сфери регулювання (колізійні норми Закону про МПрП не передбачають особливих колізійних норм для тих видів договорів, які не передбачені в приватному праві загалом);

- намагання уникнути зайвої деталізації тих норм, які регулюють питання, що не часто виникають на практиці та можуть бути вирішені шляхом застосування до них загальних положень колізійного права;

- широке використання принципу тісного зв'язку, який дозволяє досягти більшої гнучкості регулювання договірних відносин;

- збереження та створення нових жорстких колізійних прив'язок з метою забезпечення відповідного балансу між гнучкістю та визначеністю колізійного регулювання, не завдаючи шкоди його адекватності;

- намагання ліквідувати односторонні колізійні норми та збільшення переліку двосторонніх колізійних норм, які вказують на застосування українського та іноземного матеріального приватного права;

- широке визнання принципу автономії волі сторін (свобода вибору сторонами права, яке підлягає застосуванню до їхнього договору) за підтримки оптимального співвідношення між диспозитивністю та імперативністю регулювання;

- недопущення відступлення від застосування переважаючих імперативних положень.

Вищезазначені шляхи до вдосконалення колізійного права в сфері договірних зобов'язань не є вичерпними, однак варто зосередити увагу саме на ключових, на нашу думку, підходах.

Сьогодні в Законі про МПрП є багато дискусійних питань, що дає можливість внести певні пропозиції щодо його вдосконалення.

Загалом, колізійне регулювання договірних зобов'язань в Україні здійснюється на основі розділу VI «Колізійні норми щодо договірних зобов'язань» Закону про МПрП (статті 43–47), а також деякими положеннями розділу III «Колізійні норми щодо правочинів, довіреності, позовної давності» цього Закону (статті 31–33).

Розробники Закону про МПрП намагалися максимально врахувати як існуюче на час його прийняття колізійне право ЄС, так і підходи універсальних міжнародних конвенцій у цій сфері. Так, основним нормативним документом та джерелом для розроблення норм колізійного права у сфері договірних зобов'язань виступала Римська конвенція [4, 6–7].

У зв'язку із перетворенням Римської конвенції 1980 р. на Регламент «Рим I», багато положень, які містилися в ній, було уточнено, доповнено чи навіть змінено, що само собою вплинуло на розвиток МПрП України. Ця трансформація положень Римської конвенції в Регламенті «Рим I» була здійснена також задля узгодження тексту Регламенту «Рим I» із Регламентами «Рим II» та «Брюссель I».

Як і в Регламенті «Рим I», так і в Римській конвенції, не визначено, що слід розуміти під категорією «договірні відносини» та «зобов'язання з односторонніх правочинів», які підпадають під сферу їхнього застосування. Аналогічне ми можемо сказати й про Закон про МПрП, у ст. 1 якого, де да-

ються визначення термінів, немає жодної згадки про те, що таке «договірні відносини» та «зобов'язання з односторонніх правочинів» в контексті колізійного права.

Тому вважаємо, що в текст Регламенту «Рим I» та у ст. 1 Закону про МПрП слід внести такі положення:

- договірні відносини в колізійному праві — це відносини, пов'язані виключно з іноземним елементом, що виникають з приводу домовленості сторін, яка передбачає правове зобов'язання однієї сторони щодо іншої чи навпаки, засноване на вільному волевиявленні та взаємному погодженні (*lex voluntatis*) сторін виключно у цивільній та торговій (комерційній) сферах;

- зобов'язання з одностороннього правочину в колізійному праві — це зобов'язання, засноване на поділі договорів на такі, в яких обидві сторони мають і права, і обов'язки (двостороннє зобов'язання), та на договори, в яких одна сторона наділена правами, а інша має обов'язки (одностороннє зобов'язання), які регулюються правом, обраним особою, яка здійснює виконання цього правочину; з моменту, коли обидві сторони такого зобов'язання є індивідуалізовані, вибір права, його зміна чи незастосування вимагає згоди двох сторін таких договірних відносин.

Що ж стосується принципу *lex voluntatis*, то в ст. 5 Закону про МПрП передбачено, що вибір права має бути явно вираженням або прямо впливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності. Фактично однакове правило щодо принципу *lex voluntatis* знаходить своє вираження і в Регламенті «Рим I» щодо явного вибору права.

Схожа ситуація існує в порівнянні положень Закону про МПрП та Регла-

менту «Рим I» щодо права, яке підлягає застосуванню за відсутності вибору права.

Отже, з впевненістю можемо сказати, що у колізійному праві України в сфері договірних зобов'язань відбито сучасні європейські підходи та колізійні прив'язки для договірних відносин.

Однак навіть в цьому випадку, незважаючи на свою відповідність європейському МПрП, зазначені вище положення відносно *lex voluntatis* та права, яке підлягає застосуванню за відсутності згоди сторін Закону про МПрП, потребують в деякій мірі уточнення та доповнення. Зокрема, А. Довгерт зазначає: «Враховуючи факт дедалі більшого визнання концепції транснаціонального торгового права (*lex mercatoria*) в юридичній доктрині та практиці, ч. 1 ст. 5 Закону викладемо у такій редакції: “У випадках, передбачених законом, учасник (учасники) правовідносин може здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Цей вибір не обмежується вибором права конкретної країни і може включати вибір норм транснаціонального характеру, наприклад, таких як “загальні принципи права”, *lex mercatoria* або аналогічні положення”» [5, 35].

Така редакція ст. 5 значно підвищила б ступінь автономії волі сторін правовідносин. Також пропонується доповнити ст. 5 Закону про МПрП наступною частиною:

«7. Якщо із сукупності обставин справи, що існували на момент вибору права, яке підлягає застосуванню, виходить, що договір явно реально пов'язаний тільки з однією країною, то вибір права сторонами іншої країни не може завдавати шкоди дії та застосуванню імперативних положень країни, з якою договір явно реально пов'язаний».

Крім того, на нашу думку, доцільним було б уточнити ч. 3 ст. 32 Закону про МПрП та викласти її у такій редакції:

«3. Правом країни, з якою правочин найбільш тісно пов'язаний, вважається, якщо інше явно не випливає із закону, умов чи суті правочину або сукупності обставин справи, право країни, де на момент укладення правочину знаходиться звичайне місце проживання чи місцезнаходження або основне місце ведення діяльності сторони, яка повинна здійснити виконання, що має вирішальне значення для змісту правочину».

Таким чином, ми забезпечили б створення більш жорсткої колізійної прив'язки та зменшили б гнучкість колізійного регулювання договірних відносин за рахунок більшої визначеності при застосуванні цього положення.

Колізійна норма, спрямована на визначення права, що підлягає застосуванню за відсутності згоди сторін про вибір права є по своїй природі гнучкою колізійною прив'язкою, оскільки суд може дійти висновку про необхідність застосування права іншої країни, якщо це впливає із закону, умов чи суті правочину або сукупності обставин справи. Тому з метою забезпечення визначеності колізійного регулювання і передбачуваності його результату бажано уточнити цю норму шляхом позначення на те, що відмова від застосування загальної колізійної прив'язки до звичайного місця проживання чи місцезнаходження або основного місця ведення діяльності сторони можлива лише у випадках, коли договір явно виражає більш тісний зв'язок із правом іншої країни [6]. У зв'язку із цим, на нашу думку, варто усунути п. 20 ч. 1 ст. 43 (щодо ліцензіара, який повинен здійснити виконання, що має вирішальне

значення для змісту ліцензійного договору) та доповнити ч. 2 ст. 44 Закону про МПрП пунктами 4, 5 і 6, в яких передбачити те, що правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається:

«4) щодо договору купівлі-продажу, укладеного під час інтернет-аукціону або іншим засобом зв'язку (телефон, електронна пошта, соціальна мережа) — право країни домену веб-сайту або оператора телефонного зв'язку, за номером якого здійснюється дзвінок для участі в аукціоні, а якщо домен країни визначити неможливо, — право країни, де знаходиться звичайне місце проживання чи місцезнаходження або місце основної діяльності продавця на момент здійснення продажу товарів через інтернет-аукціон, якщо з обставин справи не вбачається явно більш тісний зв'язок договору з іншою країною;

5) щодо договору про відчуження виключного права на результат інтелектуальної діяльності чи засіб індивідуалізації — право країни, на території якої діє передане набувачеві виключне право, а якщо воно одночасно діє на території декількох країн, — право країни, де знаходиться звичайне місце проживання чи місцезнаходження або місце основної діяльності правоволодільця;

6) щодо ліцензійного договору — право країни, на території якої ліцензіату дозволяється використовувати результати інтелектуальної діяльності чи засоби індивідуалізації, а якщо таке використання дозволяється одночасно на території декількох країн, — право країни, де знаходиться звичайне місце проживання чи місцезнаходження або місце основної діяльності ліцензіара».

Неодмінно слід доповнити ст. 44 Закону про МПрП такою частиною:

«3. У випадку, якщо договір містить декілька елементів договорів, передбачених в частині 1 цієї статті, якщо інше явно не випливає із закону, умов чи суті правочину або сукупності обставин справи, то такий договір регулюється правом тієї країни, з якою цей договір найбільш тісно пов'язаний».

Загалом, як бачимо, Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. щодо договірних зобов'язань та правочинів по своїй суті базується на принципі найбільш тісного зв'язку та тесту характерного виконання, тож в ньому практично повністю закладені такі підходи до колізійного регулювання, що використовуються в ЄС. Однак деякі колізійні норми потребують або уточнення, або додаткової трансформації, як у Регламенті «Рим I», про що йшлося вище, так і в Законі про МПРП.

Слід сказати, що у ст. 31 Закону про МПРП вказана спеціальна колізійна норма про форму зовнішньоекономічного договору, яка відсилає до права України (п. 3 ст. 31). Відповідна колізійна норма покликана забезпечити дотримання матеріально-правової норми про недійсність зовнішньоекономічного договору при порушенні вимоги про її письмову форму, згідно із загальними правилами приватного права. Однак ми пропонуємо відмовитися від виділення особливих наслідків недотримання простої письмової форми для зовнішньоекономічних договорів, як невинуватих в наш час. Тому для здійснення цієї пропозиції цілковито відпадає потреба в існуванні п. 3 ст. 31 Закону про МПРП.

Крім того, термінологічного уточнення потребує ст. 14 Закону про МПРП (про застосування імперативних положень). В доктрині та судовій практиці держав — членів ЄС широко використовується термін «переважа-

ючі імперативні положення», під якими слід розуміти положення, дотримання яких визнано державою як таких, що мають принципове значення для охорони її публічних інтересів, таких як її політичний, соціальний, економічний лад в тій мірі, що вони підлягають застосуванню до будь-якої ситуації, яка підпадає під їх дію, незалежно від того, яке право в іншому випадку підлягало б застосуванню до договору (п. 1 ст. 9 Регламенту «Рим I»). Для ліквідації розбіжностей між правовими системами ЄС та України, вважаємо правильним змінити назву заголовка ст. 14 Закону про МПРП та внести невелике уточнення в її зміст, а саме:

«Стаття 14. Переважаючі імперативні положення:

1. Правила цього Закону не обмежують дії імперативних норм права України, які внаслідок позначення в самих імперативних нормах або у вигляді їх особливого значення, в тому числі для забезпечення прав та охоронюваних законом інтересів учасників приватноправових відносин, регулюють відповідні відносини, незалежно від права, яке підлягає застосуванню.

2. Суд, незалежно від права, що підлягає застосуванню відповідно до цього Закону, може застосовувати імперативні норми права іншої країни, які мають тісний зв'язок з відповідними правовідносинами, якщо відповідно до права цієї країни ці норми є переважаними імперативними положеннями. При цьому суд повинен брати до уваги призначення та характер таких норм, а також наслідки їх застосування або незастосування».

Що ж стосується іншої договірної конструкції, до якої застосовуються спеціальні правила в Законі про МПРП (договір за участю споживача), то українське колізійне регулювання

майже повторює ті ж правила, передбачені в правовому інструменті Регламенту «Рим I», але для створення більш чіткої та жорсткішої колізійної норми, щоб обмежити суддівську свободу та надати більший захист споживачу, як слабшій стороні договору, пропонуємо викласти ст. 45 Закону про МПРП у такій редакції:

«Стаття 45. Право, що підлягає застосуванню до договору за участю споживача:

1. До договорів споживання належать договори щодо придбання товарів та одержання послуг виключно фізичною особою (споживачем) для особистих потреб.

2. Вибір права, яке підлягає застосуванню до договору, стороною якого є фізична особа (споживач), котра користується, придбаває, замовляє чи одержує або виявила намір користуватися, придбати, замовити товари чи одержати послуги для особистих потреб, які не пов'язані зі здійсненням підприємницької діяльності не може обмежити захист прав споживача, який надається йому переважними імперативними положеннями права країни звичайного місця проживання чи місцезнаходження споживача, якщо контрагент споживача (професійна сторона) здійснює свою діяльність в країні звичайного місця проживання

чи місцезнаходження споживача або будь-якими способами направляє свою діяльність на території цієї країни чи декількох країн, включаючи територію країни звичайного місця проживання чи місцезнаходження споживача, за умови, що договір пов'язаний із такою діяльністю професійної сторони (...).

5. Якщо правила, передбачені ч. 1 цієї статті, не застосовуються, то вибір права, яке підлягає застосуванню до договору за участю споживача, не може обмежити захист прав споживача, який надається йому переважними імперативними положеннями права тієї країни, право якої підлягало б застосуванню до такого договору при відсутності згоди сторін про вибір права».

Враховуючи викладене вище, можна дійти висновку, що навіть зважаючи на новелізацію українського колізійного права в сфері договірних зобов'язань, існує потреба у вдосконаленні та гармонійному поєднанні з розвитком права ЄС.

Тому, говорячи про стратегічний напрям членства України в ЄС та розвиток внутрішнього колізійного законодавства, слід дослідити новели останнього з метою їх можливої подальшої рецепції у Законі про МПРП.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Асосков А. В.* Право, применимое к договорным обязательствам: европейская реформа и международное частное право // Вестник гражданского права. — 2009. — № 2.
2. *Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC)* // Official Journal of the European Communities. — 1980. — L 266. — 9 October.
3. *Regulation (EC) № 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)* // Official Journal of European Union. — 2008. — L 177. — 4 July.
4. *Ruscilla G.* Harmonization of International Commercial Contract Law: The Case of International Distribution Agreements // Bocconi Sch. L. Student-Ed. Papers, 2011. — Paper № 7/EN.
5. *Довгерт А. С.* Колізійне регулювання договірних відносин в Європейському Союзі та Україні // Приватне право і підприємництво. — 2012. — Вип. 11.
6. *Arbitration and litigation in Ukraine with participation of foreign citizens and corporate entities* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ukrconsulting.biz/Law-Firm-Ukraine-Kharkov-English/Arbitration-and-litigation-in-Ukraine-with-participation-of-foreign-citizens-and-corporate-entities-Ukrainian-court.html>.

Венгриянюк Ю. В. Пропозиції щодо вдосконалення колізійного права України у сфері договірних зобов'язань

Анотація. Досліджується питання реформування та шляхи розвитку колізійного права України в сфері договірних зобов'язань на основі аналізу Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань та Регламенту «Рим I». Наведено пропозиції щодо вдосконалення Закону України про МПрП. Особлива увага присвячена принципу *lex voluntatis* та питанню вибору права, яке підлягає застосуванню за відсутності *lex voluntatis*. Запропоновано розширити коло договірних відносин, які прямо регулюються колізійними нормами. У статті здійснено корекцію деяких колізійних норм Закону про МПрП з метою зменшення гнучкості колізійного регулювання договірних зобов'язань. Окремі питання стосуються принципу тісного зв'язку та тесту характерного виконання.

Ключові слова: колізійне право, договірні зобов'язання, Регламент «Рим I», Римська конвенція, європейське МПрП, ЄС.

Венгриянюк Ю. В. Предложения совершенствования коллизионного права Украины в сфере договорных обязательств

Аннотация. Исследуется вопрос о реформировании и пути развития коллизионного права Украины в сфере договорных обязательств на основе анализа Римской конвенции о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам и Регламента «Рим I». Приведены предложения по совершенствованию Закона Украины о МЧП. Особое внимание уделено принципу *lex voluntatis* и вопросу выбора права, подлежащего применению при отсутствии *lex voluntatis*. Предложено расширить круг договорных отношений, которые прямо регулируются коллизионными нормами. В данной статье осуществлена коррекция некоторых коллизионных норм Закона о МЧП с целью уменьшения гибкости коллизионного регулирования договорных обязательств. Отдельные вопросы касаются принципа тесной связи и теста характерного исполнения.

Ключевые слова: коллизионное право, договорные обязательства, Регламент «Рим I», Римская конвенция, европейское МЧП, ЕС.

Venhryniuk Yu. Proposals for the Development of the Conflict-of-Laws in the Scope of Contractual Obligations in Ukraine

Annotation. This article researches the question of reformation and ways of development of the conflict-of-laws in the scope of contractual obligation in Ukraine. The research is based on the analysis of 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations and Regulation Rome I. Herein are the proposals for improving the Law of Ukraine «On Private International Law». Special attention is devoted to the principle of *lex voluntatis* and to the question of the law, applicable to contractual obligations in the absence of *lex voluntatis*. The range of contracts that are directly regulated by the conflict-of-laws rules is proposed to expand. In this article we have corrected some conflict-of-laws rules of the Law of Ukraine «On Private International Law» on June 23, 2005 in order to reduce the flexibility of conflict regulation for contractual obligations. Some questions concern the principle of the closest connection (principle of proximity) and the test of characteristic performance.

Key words: conflict-of-laws, contractual obligations, Rome I Regulation, Rome Convention, European PIL, European Union.

ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА



Г. ГАЛУЩЕНКО

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Загальновизнаний підхід до застосування іноземного права полягає в тому, що воно має застосовуватись так само, як воно застосовується у державі, з якої воно походить.

Такий підхід відображено у законодавстві та доктрині більшості держав, незалежно від того чи це країни загального права, чи континентального.

Так у доктрині вказувалось, що у Німеччині право іноземної держави має застосовуватись у тому вигляді, як воно справді діє за кордоном [5, 307]; у Великій Британії — має застосовуватись так само, як воно застосовується судами власної країни і при тлумаченні іноземних законів англійський суд повинен керуватись тими ж принципами, яких дотримується іноземний суд щодо власних законів, а не принципами, які англійський суд застосовує для тлумачення англійського закону [9, 237, 238]; у США на застосування американськими судами іноземного права суттєво впливає основний принцип колізійного права, відповідно до якого іноземне право має бути застосовано так само, як це було б зроблено судами закордонної юрисдикції [10, 183].

© Г. Галущенко, 2013

У своєму аналізі розвитку міжнародного приватного права радянський вчений О. Садіков зазначав, що в питаннях застосування іноземного права радянська доктрина виходить з того, що іноземний закон має застосовуватись радянськими судами *ex officio* і так, як він застосовується у себе на батьківщині [11, 85].

При цьому в науці цілком справедливо зазначалось, що якщо суд застосовує іноземне право, він повинен застосовувати не лише іноземні закони, а й враховувати звичаї, судову практику (судові прецеденти) в тих межах, у яких вони визнаються джерелами права в цих державах [12, 115].

Законодавство та доктрина в Україні також виходить з того, що іноземне право має застосовуватись так само, як застосовується у відповідній країні. Зокрема, ст. 8 «Встановлення змісту норм права іноземної держави» Закону України «Про міжнародне приватне право» [2] передбачає, що, застосовуючи іноземне право, український суд «встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі» (п. 1 ст. 8). Проте, на нашу

думку, посилення у згаданій статті саме на норму права не є зовсім коректним, оскільки для правильного застосування норми іноземного закону треба розглядати її в контексті всього права відповідної держави.

Питання правильного та ефективного встановлення змісту іноземного права чи взагалі можливість його встановлення здебільшого залежить від того, як розподілені обов'язки з його встановлення між сторонами та судом.

У літературі зазначалось, що традиційно в країнах загального права встановлення змісту іноземного права є обов'язком сторін, а в країнах континентальної системи права — обов'язком суду. Це обумовлено перш за все різними підходами правових систем до розуміння іноземного права. Проте з урахуванням певної еволюції підходів до кваліфікації іноземного права такий розподіл обов'язків встановлення змісту іноземного права також зазнав змін і не завжди звільняє в першому випадку суд, а в другому — сторони від участі, у процесі встановлення змісту іноземного права.

Чимало держав надали перевагу практиці поєднання обов'язку встановлення змісту іноземного права судом та доведення його змісту сторонами процесу. Хоча при цьому зберігаються розбіжності в розумінні того, хто є основним у встановленні змісту іноземного права — суд чи сторони.

З цього приводу в доктрині висловлювалась цікава думка, що об'єктивним відображенням того, на кого — суд чи сторони — покладений обов'язок встановлення змісту іноземного права є те, хто — суд чи сторони — залучає експертів, що мають спеціальні знання для встановлення змісту відповідного іноземного права [15, 238]. Хоча, видається, що такий критерій не може бути використаний як абсолютний.

Наприклад, в нашій державі, де обов'язок встановлення змісту іноземного права покладається насамперед на суд, останній не наділений повноваженнями призначати експертизу з правових питань в силу принципу *jura novit curia*.

У країнах «загального права» застосування іноземного права розглядається не як застосування юридичної норми, а встановлення судом певних фактичних обставин, які потрібні для вирішення справи.

Наприклад, в Англії іноземне право повинно доводитись відповідно до порядку, передбаченого процесом для інших фактів. Фактично існує презумпція того, що суддя не володіє змістом іноземного права і воно має бути доведено сторонами. Якщо ж сторона не може довести іноземне право, суд застосовує англійське право відповідно до припущення, що іноземне право таке саме за змістом. До того ж у літературі побутує думка, що надмірне втручання суду в процес доведення змісту іноземного права було б загрозою фундаментального принципу цивільного процесу — змагальності, а визнання певного факту англійським судом загальновідомим є неможливим. Як зазначали відомі англійські вчені Дж. Чешир і П. Норт, «єдиним законом, що має застосовувати суддя, є закон місця розгляду справи (*lex fori*), а правами, реалізацію яких він забезпечує, є тільки права, що випливають із закону місця розгляду справи. Але у зв'язку з наявністю у справі іноземного елементу, іноземний закон — це факт, який має бути взятий до уваги, і суддя намагається створити і примусово реалізувати право, за можливістю аналогічне тому, яке було створено іноземним судом, якщо б він розглядав таку ж справу, але внутрішню за своїм характером» [8, 24–25].

Отже, якщо сторона в англійському суді бажає застосувати іноземне право, вона має заявити про це відповідним клопотанням, як і до будь-якого іншого факту, і довести його зміст. Отже, роль суду у встановленні змісту іноземного права є мінімальною, а в доктрині згадувалось навіть те, що іноземне право не може бути застосоване за добровільною ініціативою судді [6, 38].

Разом з тим у певних випадках Закон про докази в цивільному процесі 1972 р. (*Civil Evidence Act of 1972*) дає можливість судді звертатись до раніше ухвалених (на підставі іноземного права) рішень англійських судів. У таких випадках суд визнає іноземне право загальновідомим (*takes judicial notice*) і воно сприйматиметься як таке, що відповідає змісту, встановленому відповідним рішенням, якщо не буде доведено інше.

Фактично мова йде про певний відступ від загального розуміння іноземного права як факту, завдяки чому сучасні англійські вчені визнають, що іноземне право — це факт особливого характеру. Зокрема зазначається, що англійські суди трактують іноземне право як питання факту, який має в своїй основі питання права. Як доказ цього наводиться те, що питання, пов'язані з іноземним правом, вирішує суддя, а не присяжні, англійський суд може мати власну думку щодо доцільності, допустимості доведення іноземного права і в ряді випадків без залучення експертів, апеляційні суди можуть переглянути доводи суду першої інстанції стосовно змісту іноземного права.

У зв'язку з цим у доктрині, згадуючи і згаданий вище Закон про докази, зазначалось, що англійські суди в певних випадках можуть безпосередньо, тобто не залучаючи експертів, досліджувати тексти іноземних законів, су-

дову практику та доктрину. Крім цього, він наводить Акт про докази колоніальних законів 1907 р. та Британський акт про встановлення змісту права 1859 р., які досі застосовуються та в силу яких суд може передавати певні питання іноземного права у вищий суд відповідної іноземної країни, як за власною ініціативою, так і за вимогою однієї зі сторін, а відповідь іноземного суду є обов'язковою для будь-якого англійського суду [10, 136–139].

У США спочатку був обраний класичний англійський підхід до іноземного права: оскільки іноземне право це факт, на якому ґрунтуються вимоги і заперечення сторін, воно так само, як і будь-який інший факт, має застосовуватися за наявності клопотання про його застосування і бути доведено у суді. Так, у праці Дайсі-Моріса чітко зазначалось, що сторони повинні посилатись на іноземне право, яке повинно бути доведено у суді як фактична обставина (*as a fact*) [3, 477]. При цьому іноземне право може бути застосовано тільки за клопотанням сторони, доведено цією стороною; встановлена у процесі доказування фактична обставина, як правило, не може бути переглянута апеляційною інстанцією; ухвалене на основі іноземних правових норм рішення не має сили прецеденту, а суд не може вважати іноземне право відомим доти, поки воно не доведено стороною.

Проте в другій половині ХХ ст. в американському законодавстві відбулися певні зміни, які стосувалися й питання кваліфікації іноземного права.

Спочатку Єдиний закон про міжштатний та міжнародний процес 1962 р. передбачив, що сторона, яка обґрунтовує свою вимогу чи заперечення із застосуванням іноземного права, повинна заявити про це клопотання чи інше письмове повідомлення

в розумний строк. При цьому закон виходить з того, що питання іноземного права розглядаються не присяжними, а судом, який має достатню свободу встановлювати зміст іноземного права за допомогою будь-яких джерел інформації.

Сам же цивільний процес у федеральних окружних судах США регулюється Федеральними правилами про цивільний процес, які безпосередньо не застосовуються, але використовуються штатами при визначенні власних процесуальних норм. У 1966 р. у Федеральні правила було запроваджено правило 44.1, яке передбачало, що суд, встановлюючи іноземне право, може взяти до уваги будь-які матеріали чи джерела, включаючи покази під присягою, незалежно від того, надані вони стороною чи ні (відповідно до Федеральних правил про докази). З того часу аналогічні норми були запроваджені у процесуальних законах 22 штатів та округі Колумбія.

Як зазначалось з цього приводу в літературі, правило 44.1 лібералізувало процес застосування іноземного права на вимогу сторін, надавши можливість доводити його зміст будь-якими засобами, дозволило суду здійснювати незалежне дослідження змісту іноземного права і зробило питання іноземного права питанням права для цілей перегляду рішень в апеляційному порядку [7, 63]. Тобто суддя може ставитися до іноземного права як до правової категорії, а не фактичної обставини.

Деякі штати, зокрема Каліфорнія та Нью-Йорк, пішли ще далі, передбачивши у своєму законодавстві правило про те, що сторона, яка надала достатню інформації про іноземне право, може зобов'язати суддю визнати загальновідомим зміст іноземного права (*to notice foreign law*). Інші шта-

ти (Флорида, Мічиган), ухвалили закони, в яких певним чином поєднується імперативний та дозвільний характер норм відносно доведення іноземного права. Разом з цим близько 15 штатів досі застосовують класичний англійський принцип, вважаючи іноземне право питанням факту, що має бути доведений.

Отже, з одного боку, визнається, що питання іноземного права більше не є виключно питанням факту, а правовим, що підлягає вирішенню судом, який встановлює їх зміст, з другого — на практиці непоодинокі випадки, коли суди зобов'язують сторони надавати докази змісту іноземного права, що знаходить підтримку й у доктрині.

На відміну від держав «загального права», країни континентальної Європи, зокрема Італія, Німеччина тощо, визнають іноземне право правовою категорією. З огляду на законодавство та доктрини цих держав при застосуванні іноземного права суд встановлює не питання факту, а права. Відповідно це впливає і на домінуючу роль суду в розподілі обов'язків встановлення змісту іноземного права.

Традиційно вважалось, що правові норми відомі суду (*jura novit curia*), а факти мають бути доведені в процесі самими сторонами. У сучасній німецькій літературі зазначається, що «іноземне право є правом. Німецькі суди повинні встановлювати його зміст *ex officio*, при цьому судді повинні самостійно здійснювати дослідження відповідних питань і не є пов'язаними наданими сторонами свідченнями» [4]. Висновок про те, що іноземне право є правовою категорією, впливає з редакції § 293 Цивільного процесуального кодексу (далі — ЦПК) Німеччини, який передбачає, що застосоване в іншій державі право, звичаєве право і підзаконні акти вимагають доведення

лише в тому випадку, коли вони невідомі суду. При встановленні змісту таких правових норм німецький суд не обмежений доказами, які надаються представниками сторін, а може використовувати інші джерела отримання інформації. Проте у зв'язку з цим відомий німецький вчений Х. Шак зазначав, що «хоча сторони і не несуть тягар доведення іноземного права, яке суд сам має встановити, якщо суд не може самостійно з'ясувати його зміст, то він наділений правом вимагати від сторін допомоги, які, як правило, мають доступ до іноземних джерел, особливо у випадку торговельного спору» [5, 308, 309].

Застосування судом іноземного права *ex officio* вже давно закріпилося в доктрині Швейцарії та Австрії, що знайшло відображення в законах про міжнародне приватне право цих країн.

Зокрема, Закон про міжнародне приватне право Швейцарії (ст. 16) передбачає, що зміст іноземного права встановлюється *ex officio*. З цією метою може вимагатись співробітництво сторін. У майнових питаннях обов'язок представляти докази може бути покладений на сторони [13, 358].

Австрійський закон передбачає застосування іноземного права за посадою в тому ж об'ємі, як це було передбачено у відповідній країні. Коментуючи це положення, у австрійській доктрині вказувалось, що «окремого посилення сторін на іноземне право не вимагається» [3, 479].

Новий ЦПК Франції містить положення (ст. 112), що суддя повинен дати оцінку чи встановити належне тлумачення норм права, які застосовує до спірних фактів, не обмежуючись при цьому найменуваннями, що надали сторони [14, 37].

У правовій літературі колишнього Радянського Союзу іноземне право

традиційно розглядалось більшістю авторів як правова категорія. Саме такий підхід був відображений, як в Основах цивільного законодавства 1961 р. (ст. 12), так і в Основах цивільного законодавства 1991 р. (ст. 157).

В Україні історично, як у доктрині, так і на практиці, іноземне право розглядалось як правова категорія. Господарський процесуальний кодекс України (далі — ГПК України) [1] у ст. 4 передбачає, «що господарський суд у випадках, передбачених законом або міжнародним договором, застосовує норми права інших держав». Вже згадана ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає, що саме на суд покладається обов'язок встановити зміст іноземного права.

Разом з цим закон закріплює право осіб, які беруть участь у справі подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтування своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм (п. 3 ст. 8). Але слід зауважити, що сприяти суду у встановленні норм іноземного права не є обов'язком сторін, а лише їх правом і суд не може покласти тягар доказування на сторони.

Видається, що навіть у тих юрисдикціях, де законодавство передбачає можливість суду покласти тягар доведення змісту іноземного права у певних категоріях спорів на сторони, наприклад, вже згадана Швейцарія — у майнових питаннях, Росія — у спорах, пов'язаних з підприємницькою діяльністю, суд не може вважати себе вільним від встановлення змісту застосованого іноземного права.

Безумовно, сторони, як правило, є зацікавленими надати суду в повному обсязі інформацію про іноземне право,

оскільки в протилежному випадку це може мати негативні наслідки для самої сторони. Хоча можлива і ситуація, коли одна зі сторін, скоріш за все відповідач, буде мінімально зацікавленою у встановленні змісту іноземного права. Проте, навіть якщо сторони максимально сприяли суду у встановленні змісту норм іноземного права або взагалі цього не зробили, це не звільняє суд від кінцевої оцінки, з'ясування та правильного застосування іноземного права.

Навіть якщо під час розгляду спору одна сторона надала інформацію про зміст іноземного права суду, а інша сторона таке тлумачення визнала, це не може бути підставою для суду визнати саме такий зміст іноземного права.

Мова йде про неможливість застосування до встановлення іноземного права судом положень процесуального законодавства, яке передбачає, що обставини, визнані судом загальновідомими чи визнані сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, не підлягають доказуванню (ст. 61 ЦПК України, ст. 35 ГПК України).

У цьому випадку суд має з'ясувати, чи надане сторонами тлумачення іноземного права відповідає дійсності. Але навіть якщо суд не поклав обов'язок встановити зміст іноземного права на сторони, в силу вимог процесуального законодавства, видається, що сторони не зможуть зовсім «уникнути» такого обов'язку.

ЦПК України та ГПК України передбачають, що у позовній заяві сторона має викласти обставини, якими обґрунтовує свої вимоги (ст. 119 ЦПК України), а також законодавство, на підставі якого подається позов (ст. 54 ГПК України). Так само і відзив на позовну заяву між тим повинен мати мотиви повного або часткового відхилення вимог позивача з посиланням на за-

конодавство, а також докази, що обґрунтовують відхилення позовної вимоги (ст. 59 ГПК України).

Більше того, якщо позивач не дотримався згаданих вимог щодо змісту позовної заяви, суд наділений правом залишити заяву без руху або повернути її (ст. 121 ЦПК України, ст. 63 ГПК України).

Отже, навіть на стадіях початку судового процесу сторони мають як мінімум послатись на іноземне законодавство, зокрема на його конкретні норми, для чого, безперечно, треба спочатку з'ясувати його зміст.

Разом з цим у науці приділяли увагу тому, що покладання на сторони тягара доведення змісту іноземного права суперечить положенням процесуального законодавства про докази [16, 207, 208]. Це обумовлено тим, що якщо іноземне право можна віднести до «фактичних даних» чи «обставин» в розумінні процесуальних кодексів, то тоді його можна кваліфікувати як факт, що, в свою чергу, буде суперечити розумінню іноземного права як правової категорії.

У цьому контексті видається, що покладання судом на сторони тягара доведення змісту іноземного права можна характеризувати як покладання на неї процесуального обов'язку надання суду інформації з метою встановлення змісту іноземного права, а не доведення певних фактичних обставин. Надалі суд самостійно буде оцінювати таку інформацію, перш за все з огляду на те, чи достатня вона для встановлення змісту іноземного права. Навряд чи можна вважати, що недоведення сторонами змісту іноземного права треба розглядати як підставу для залишення без руху чи повернення заяви за недоведеністю фактичних обставин відповідно до норм процесуального законодавства.

Підсумовуючи, варто зазначити, що зміни в законодавстві, доктрині та практиці держав, які дотримуються різних підходів до іноземного права, свідчать про наявність тенденції до усунення суттєвої різниці, а відпо-

відно, й у питанні розподілу обов'язку доведення змісту іноземного права спостерігається тенденція до уніфікації підходів у різних правових системах.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Господарський процесуальний кодекс України* (офіційний текст). — К., 2001. — 90 с.
2. *Закон України «Про міжнародне приватне право»* : наук.-практ. коментар закону / за ред. А. С. Довгерт. — Х., 2008. — 352 с.
3. *Международное частное право: современные проблемы*. — М., 1994. — 507 с.
4. *Dannemann G. Establishing Foreign Law in German Court* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.iuscomp.org/gla/literature/foreignlaw.htm>.
5. *Шак Х. Международное гражданское процессуальное право* : учеб. / пер. с нем. — М., 2001. — 379 с.
6. *Хоцанов Д. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве*. — М., 2012. — 303 с.
7. *Тимохов Ю. А. Иностранное право в судебной практике*. — М., 2004. — 158 с.
8. *Чешир Дж., Норт П. Международное частное право*. — М., 1982. — 433 с.
9. *Вольф М. Международное частное право*. — М., 1948.
10. *Geeroms S. Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*. — 2004.
11. *Садиков О. Развитие советской науки международного частного права // Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства : ученые записки*. — М., 1971. — Вып. 23.
12. *Богуславский М. Международное частное право* : учеб. — М., 2004. — 704 с.
13. *Кисіль В. Міжнародне приватне право. Питання кодифікації*. — К., 2000. — 429 с.
14. *Новый гражданский процессуальный кодекс Франции*. — К., 2004. — 539 с.
15. *Fentiman R. Foreign Law in English Courts*. — Oxford, 1998. — 320 p.
16. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный)*. — М., 2000. — Ч. 3. — 346 с.

Галущенко Г. В. Питання встановлення змісту іноземного права

Анотація. У статті розглянуто одне з ключових питань застосування іноземного права судами, а саме розподіл обов'язку встановлення змісту іноземного права між сторонами та судом. Визначається загальний принцип застосування іноземного права, а також досліджується питання розбіжності підходів до іноземного права у різних правових системах. Вказана розбіжність впливає і на розподіл обов'язків між сторонами та судом щодо встановлення змісту іноземного права. У країнах загального права переважна роль у встановленні іноземного права відведена сторонам, а в країнах континентального права — суду.

Автор виокремлює тенденцію до мінімізації розбіжностей у підходах до іноземного права в різних правових системах, що впливає на уніфікацію законодавчого розподілу обов'язків його встановлення між сторонами та судом.

Ключові слова: застосування іноземного права, обов'язок встановлення змісту іноземного права, правова категорія, фактична обставина.

Галущенко Г. В. Вопросы установления содержания иностранного права

Аннотация. В статье рассмотрен один из ключевых вопросов применения иностранного права судами, а именно распределение обязанности установления содержания иностранного права между сторонами и судом. Определяется общий принцип применения иностранного права, а также исследуется вопрос о различии подходов к иностранному праву в различных правовых системах. Указанное расхождение влияет и на распределение обязанностей между сторонами и судом по установлению содержания иностранного права. В странах общего права преобладающая роль в установлении иностранного права отведена сторонам, а в странах континентального права — суду.

Автор выделяет тенденцию к минимизации расхождений в подходах к иностранному праву в различных правовых системах, что влияет на унификацию законодательного распределения обязанностей его установления между сторонами и судом.

Ключевые слова: применение иностранного права, обязанность установления содержания иностранного права, правовая категория, фактическое обстоятельство.

Halushchenko H. Issues of Foreign Law Substance Determination

Annotation. This article deals with the key issue of implementation of foreign law by courts, the allocation of duty to determine the foreign law substance between parties and court in particular. The article studies the common principle of application of foreign law and different approaches to foreign law in various legal systems. It is noted that such different approaches reflect with allocation of duties to prove foreign law between court and parties. In common law countries the primary duty to prove foreign law lays on parties, in continental law countries it lays on court.

The attention is focused on the fact that there is a tendency to minimize the differences in the approaches to foreign law in different legal systems, and this, in turn, affects the unification of the legal allocation of duties to determine its substance between parties and court.

Key words: application of foreign law, duty to determine the foreign law substance, legal category, factual circumstances.

ОСОБЛИВОСТІ КОЛІЗІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ТА ІНШИХ РЕЧОВИХ ПРАВ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ



М. МИХАЙЛІВ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

Інтеграція України в світову економіку, розвиток міжнародних соціальних зв'язків призвели до збільшення кількості міжнародних відносин приватного характеру. Все більше юридичних та фізичних осіб стають учасниками міжнародних цивільних, господарських, зовнішньоекономічних, інвестиційних та інших відносин.

Процес глобалізації світової економіки зумовлює виникнення нових відносин з іноземним елементом і в межах галузі міжнародного приватного права формуються інститути, які потребують серйозного аналізу і вивчення. Це, зокрема, стосується речових прав. По-перше, це пов'язано з відсутністю законодавчого визначення поняття «речове право»; по-друге — з різними підходами до правового регулювання окремих питань за допомогою матеріальних норм; по-третє — це стосується колізійного регулювання відносин права власності

та інших речових прав, ускладнених певними формами іноземного елемента тощо.

На сьогодні, на думку З. Ахметьянова, інтерес дослідників до проблем речового права активізувався. Це обумовлено здебільшого тим, що вітчизняний законодавець, відновивши саму категорію речових прав, на жаль, не дав визначення цього права і навіть не зазначив які-небудь притаманні йому родові ознаки (властивості). Водночас з'ясування сутності, правової природи речового права, визначення його основних властивостей має велике теоретичне і практичне значення. Актуальним залишається також і питання про систему речових прав [1, 6; 2]. Незважаючи на спроби окремих науковців дати визначення цьому поняттю, на думку С. Александрова [3, 309], О. Козирь та інших, речове право — це сукупність норм, що регулюють такі майнові відносини, в яких уповноважені особи можуть реалізувати свої

права на майно (річ), не маючи потреби у позитивних діях інших осіб.

Одним із центральних інститутів речового права є право власності. Як стверджував Л. Лунц право власності є центральним інститутом будь-якої правової системи, який визначає характер інших інститутів права даної держави [4, 416]. Проте виражений характер та специфіка правового регулювання права власності та інших речових прав у державах створюють перепони щодо єдиного підходу правового регулювання цих відносин.

Переміщення речі з однієї держави в іншу може призвести до зміни її правового режиму, обсягу правомочностей власника. Поява іноземного елемента у відносинах власності ускладнює їх регулювання та породжує низку питань, зокрема: чи дана річ може бути об'єктом, який може вільно, відповідно до законодавства іноземної держави, обертатися у цивільному обігу; чи особа-власник цієї речі буде наділятися всіма правомочностями, які він мав чи набув на території держави, де придбав її; чи зберігається за іноземною особою право власності на річ в іншій державі тощо. Наявність таких питань призводить до потреби у належному регулюванні права власності та інших речових прав, ускладнених іноземним елементом за допомогою колізійних норм. Ці норми повинні містити такі прив'язки, які б знаходили такий правопорядок, який би належним чином та якісно ці відносини регулював за допомогою матеріальних норм. Вирішенням цієї проблеми слугували б також норми міжнародних договорів.

Згідно з національним законодавством України, а саме Конституцією України [5], Законом України від 29 червня 2004 р. «Про міжнародні договори України» [6], Законом України

від 23 червня 2005 р. «Про міжнародне приватне право» (далі — Закон про МПрП) [7], у разі невідповідності чи суперечності між нормою вітчизняного права та міжнародним договором застосовуються правила, встановлені міжнародним договором. Проте необхідно також пам'ятати, що норми міжнародних договорів будуть застосовними лише у випадку, коли вони є частиною національного законодавства України, тобто має бути обов'язково надана згода Верховної Ради України на обов'язковість певного міжнародного договору. У зв'язку із трансформацією в такий спосіб міжнародний договір стає частиною національного законодавства України, його норми набувають чинності та можуть регулювати приватноправові відносини, ускладнені іноземним елементом.

Сьогодні складним є процес уніфікації як матеріальних, так і колізійних норм держав як у сфері речових прав, так і права власності зокрема. У зв'язку із цим важливе значення має колізійне право певної держави, яке формується за допомогою певної сукупності колізійних норм, які покликані регулювати відносини, що виникають у міжнародному приватному праві, зокрема це стосується і колізійного регулювання права власності та інших речових прав.

На думку І. Мінгазова, до найбільш важливих колізійних питань, які виникають у сфері речових прав, ускладнених іноземним елементом, належать:

- встановлення «вміння» речі бути об'єктом права власності в певній державі;
- диференціація майна на рухоме та нерухоме;
- визначення змісту права власності та інших речових прав, а також порядок їх здійснення та захист;

- встановлення підстав виникнення та припинення права власності та інших речових прав [8].

В Україні колізійні норми щодо речового права містяться в розділі 5 Закону про МПрП. Так, відповідно до ст. 38 вказаного Закону право власності та інші речові права на нерухоме та рухоме майно визначаються правом держави, у якій це майно перебуває, якщо інше не передбачено законом. Належність майна до нерухомих або рухомих речей, а також інша класифікація майна визначаються правом держави, у якій це майно перебуває. Саме колізійна прив'язка *lex rei sitae* (закон місцезнаходження речі) стала тим універсальним колізійним принципом, який застосовується сьогодні у більшості іноземних державах. Зокрема, ця прив'язка закріплена у ст. 1205 Цивільного кодексу (далі — ЦК) Російської Федерації (далі — РФ), ст. 51 Закону Італії про МПрП, статті 99 та 100 Закону Швейцарії про МПрП, ст. 41 Закону Польської Республіки про МПрП, ст. 31 Закону Австрії про МПрП, ст. 43 Ввідного закону до Німецького цивільного уложення тощо. Проте однаковий чи подібний підхід до правового регулювання питань, що стосуються права власності на рухоме чи нерухоме майно, ще не є тим переконливим аргументом, який буде гарантувати відсутність проблем у правовому регулюванні цих правовідносин.

Закон певної держави місця перебування речі зумовлює перелік предметів, які можуть бути об'єктом права власності. Власник повинен керуватися законами держави перебування речі в момент учинення відповідних дій. Обсяг повноважень власника, а саме: володіння, користування, розпорядження також визначатиметься законами країни, на території якої річ

перебуває. У разі переміщення об'єкта права власності до іншої країни обсяг прав власника може змінитися, оскільки застосовуватимуться закони іншої країни. Право власності на річ, яке виникло за законом місця її перебування, не припиняється внаслідок подальшого переміщення речі в іншу країну. Захист добросовісного набувача речі здійснюється відповідно до закону місця перебування речі або тієї країни, на території якої склалися обставини, які послужили підставою набуття права власності.

Відповідно до ст. 39 Закону про МПрП виникнення та припинення права власності та інших речових прав визначається правом держави, у якій відповідне майно перебувало в момент, коли мала місце дія або інша обставина, яка стала підставою для виникнення або припинення права власності та інших речових прав, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України.

Виникнення і припинення права власності прийнято визначати відповідно до права держави, де мав місце відповідний юридичний факт, який є підставою для виникнення чи припинення права власності. Інакше кажучи, якщо річ відповідно до закону однієї держави правомірно придбана особою, то така особа визнається власником цієї речі в іншій державі [9, 225–226]. Як зазначає А. Левонтін, зазвичай статус власності, котра колись була придбана відповідно до права якоїсь держави, визнається відповідно до права іншої держави. У цьому випадку переважає ідея «поваги до набутих прав» [10, 29]. У зв'язку з цим, як зазначає В. Канашевський, можна говорити про два можливих запитання: чи мало місце законне набуття права власності відповідно до права іноземної держави в той час, коли особа чи

річ перебували під його дією, і якщо так, то чи продовжує вітчизняне право визнавати вказане право без будь-яких змін. На перше запитання повинно відповісти іноземне право, тоді як на друге — вітчизняне [9, 226].

Проте можна стверджувати, що колізійна прив'язка передбачена в ст. 39 Закону про МПрП, яка стосується виникнення та припинення права власності та інших речових прав, не у кожному випадку може бути застосована, зокрема це актуально щодо набуття права власності за: набувальною давністю; на речі, що перебувають в дорозі; на товар, придбаний за договорами купівлі-продажу; у випадку спадкування тощо.

Відповідно до п. 3 ст. 39 Закону про МПрП виникнення права власності внаслідок набувальної давності визначається правом держави, у якій майно перебуває на момент спливу строку набувальної давності. Аналогічний підхід можемо спостерігати і в законодавстві іноземних держав, зокрема у ч. 3 ст. 1206 ЦК РФ, ч. 1 ст. 22 Закону Угорщини про МПрП тощо. Подібна колізійна прив'язка «право держави, у якій майно перебувало на момент спливу строку набувальної давності до питань набуття права власності за набувальною давністю» має істотний характер і є, певно, єдиною підставою уникнути неоднозначного підходу в законодавстві іноземних держав до умов набуття права власності за набувальною давністю, встановлення її строку та його обчислення. Виникнення права власності внаслідок набувальної давності в законодавстві про міжнародне приватне право Словаччини пов'язується із моментом початку перебігу цього строку.

Право власності та інші речові права на рухоме майно, що за правочином перебуває в дорозі, відповідно до ст. 41

Закону про МПрП, визначаються правом держави, з якої це майно відправлене, якщо інше не встановлено за згодою сторін. Багато держав у своєму законодавстві визначає таку ж колізійну прив'язку, проте згідно із законодавством деяких країн, наприклад Угорщини, на річ, що перебуває в дорозі на підставі договору, право власності вирішується за законом країни місця призначення (ст. 23 Закону Угорщини про МПрП). Подібна норма є і в Законі Естонії про МПрП. Так до виникнення та припинення на підставі договору речового права щодо речі, яка перебуває в дорозі, застосовується право держави місця призначення. Сторони можуть домовитися про застосування права держави за місцем відправлення речі або щодо права, яке застосовується до договору. Така ж колізійна прив'язка є в Кодексі міжнародного приватного права Болгарії 2005 р. та Кодексі про міжнародне приватне право та міжнародний цивільний процес Туреччини 2007 р.

Застосування колізійної прив'язки *lex rei sitae* здійснюється лише щодо питань набуття права власності та інших речових прав на рухоме майно, а саме речей, які можна вільно переміщувати у просторі (ч. 2 ст. 181 ЦК України). Саме така ознака рухомої речі й змусила законодавця передбачити, окрім колізійної прив'язки, право держави, з якої це майно відправлене і принцип автономії волі. Відповідно до ст. 5 Закону України про МПрП у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Вибір права має бути чітко вираженим або прямо впливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються у їх сукуп-

ності, якщо інше не передбачено законом. Вибір права може бути здійснений щодо правочину в цілому або його окремої частини. Щодо окремої частини правочину, вибір права має бути явно вираженням. Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема, при вчиненні правочину, на різних стадіях його виконання тощо. Вибір права або зміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотню дію і є чинними з моменту вчинення правочину.

Відповідно до ст. 43 Закону України про МПрП сторони договору згідно зі статтями 5 та 10 можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України. У разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору, застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином, при цьому стороною, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є наприклад: продавець — за договором купівлі-продажу; дарувальник — за договором дарування; виконавець — за договорами про надання послуг; перевізник — за договором перевезення тощо. Однак правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається: щодо договору про нерухоме майно — право держави, у якій це майно перебуває, а якщо таке майно підлягає реєстрації, — право держави, де здійснена реєстрація; щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт — право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати; щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, — право держави,

у якій проводяться аукціон, конкурс або розташована біржа.

Проте зовсім інший підхід можемо спостерігати щодо права власності чи речових прав на такі специфічні об'єкти, як повітряні та морські судна, космічні об'єкти, судна на повітряній подушці тощо. Це пов'язано з тим, що ці об'єкти в законодавстві держав прирівнюються до об'єктів нерухомості, що підлягають державній реєстрації. У зв'язку із цим, до питань права власності та інших речових прав на ці об'єкти, а також здійснення та захисту таких прав, застосовною буде колізійна прив'язка право держави, де ці об'єкти зареєстровані (*lex rei sitae*). Проте вважаємо, що застосовною в окремих випадках може бути і колізійна прив'язка «закон власника даного судна або право держави, де перебуває такий об'єкт», коли мала місце дія чи інша обставина, з настанням якої виникло чи припинено право власності, чи інше речове право, крім випадків визначених законом чи міжнародним договором, закон прапора тощо. Застосування інших колізійних прив'язок, окрім *lex rei sitae*, спостерігаємо і в законодавстві деяких іноземних держав, зокрема, згідно з Законом Угорщини про МПрП (ст. 32.1), до права власності та інших речових прав на повітряні та водні транспортні засоби застосовується закон держави, «під прапором або іншим знаком суверенітету якого зазначене судно курсує».

Окремі колізійні прив'язки щодо речових прав, які можуть бути застосовні до суден є в Кодексі торговельного мореплавства України (далі — КТМ) [11] і за своїм змістом відрізняються від тих, які передбачені ст. 40 Закону України про МПрП. Так, відповідно до ст. 17 КТМ відчуження іноземній державі, іноземній юри-

дичній чи фізичній особі судна, що перебуває у державній власності, здійснюється згідно з чинним законодавством України. Статтею 19 КТМ передбачено, що право власності на судно, що будується, регулюється законодавством держави, на території якої перебуває таке судно, якщо договором на будівництво судна не встановлено інше. Отже, з цього випливає, що сторони можуть використовувати до питань набуття права власності на судно і таку колізійну прив'язку «закон автономії волі» (*lex voluntatis*), тобто самостійно обрати право держави, яке буде застосовуватися. Право власності та інші майнові права на судна, що перебувають за межами України, а також виникнення, зміна та припинення цих прав регулюються законодавством держави, під прапором якої плаває судно. Тому, крім зазначених вище прив'язок, застосовуватися може і прив'язка *lex flagi*.

У Повітряному кодексі України [12] колізійні прив'язки щодо права власності та інших речових прав на судно відсутні. Проте відповідно до ст. 39 Повітряного кодексу України цивільне повітряне судно може бути зареєстроване лише в одному реєстрі. Внесення повітряного судна до Державного реєстру цивільних повітряних суден України визначає його національну належність до України.

Реєстрація повітряного судна в Державному реєстрі цивільних повітряних суден України не є свідченням права власності на повітряне судно будь-якої юридичної або фізичної особи. Цивільному повітряному судну, внесеному до Державного реєстру цивільних повітряних суден України, надаються державний та реєстраційний знаки та видається реєстраційне посвідчення згідно з авіаційними правилами України.

Повітряне судно може бути зареєстроване за умови, що воно: є власністю юридичної особи України або фізичної особи-резидента; отримано експлуатантом України в оренду чи у лізинг у нерезидента.

Відповідно до ст. 34 Повітряного кодексу України, якщо власник українського судна передає його за чартером іноземній фізичній або юридичній особі, то це судно за згодою центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері транспорту (центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері безпеки мореплавства суден флоту рибного господарства), може тимчасово втрачати право плавання під Державним прапором України за умови, що: законодавство цієї іноземної держави не забороняє зміну прапора, а власник судна згоден на тимчасове переведення судна під прапор іноземної держави; заставодержателі зареєстрованих застав судна згодні на тимчасове переведення судна під прапор іноземної держави.

Наведене вище ще раз наголошує, що реєстрація цивільних повітряних суден України не є свідченням права власності на повітряне судно, а тому до питань права власності та речових прав на них застосовною буде не лише колізійна прив'язка «закон держави місця реєстрації судна», а й інші. Це може стосуватися й інших транспортних засобів.

У зв'язку із цим вважаємо, що є потреба ст. 40 Закону України про МПрП доповнити п. 2 і викласти у такій редакції: «Колізійні прив'язки щодо права власності та інших речових прав на судна, транспортні засоби різних видів, які відповідно до законодавства України підлягають державній реєстрації, визначаються спеціальними нормативно-правовими актами

та міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

У випадку, коли колізійні прив'язки не будуть передбачені спеціальним законодавством та міжнародними договорами України, застосовним буде право держави, з яким набуття чи припинення права власності чи інших речових прав, буде мати найбільш тісний зв'язок, якщо інше не передбачено за згодою сторін».

Відповідно до Закону України про МПРП право, яке застосовується до виникнення та припинення права власності та інших речових прав, що є предметом правочину, визначається відповідно до права держави, у якій відповідне майно перебувало в момент, коли мала місце дія або інша обставина, яка стала підставою для виникнення або припинення права власності та інших речових прав, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України (ч. 2 ст. 39). До таких відносин може бути застосовано інше право, яке обрано за згодою сторін. Проте такий вибір права сторонами правочину не повинен стосуватися, чи якимось іншим способом впливати на права та інтереси третіх осіб.

В іноземних державах по-різному визначають момент, з якого переходить право власності на майно та момент переходу ризику випадкової загибелі, знищення чи пошкодження майна. У ЦК України [13], зокрема в ст. 334, передбачено, що право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Переданням майна вважається вручення його набувачеві або перевізникові, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки.

До передання майна прирівнюється також вручення коносамента або іншого товарно-розпорядчого документа на майно. Право власності на майно може виникати в інший момент, зокрема, нотаріального посвідчення договору чи державної реєстрації. Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження (псування) відчужуваних речей переходить до набувача водночас з виникненням у нього права власності, якщо інше не встановлене законом або договором.

У ЦК Нідерландів, Японії та Швейцарії ризик випадкової загибелі, знищення чи пошкодження майна переходить до покупця в момент укладення договору (контракту), незалежно від того чи переходить в цей момент на покупця право власності на проданий товар. Згідно із законодавством Великої Британії, Франції, Німеччини момент переходу права власності збігається з моментом переходу ризику випадкової загибелі речі. Торговельний кодекс Чехії (статті 443 та 444) пов'язує виникнення права власності на товар з переданням його покупцю. До цього покупець набуває право власності на товар, який перебуває в дорозі з моменту отримання права розпорядження вантажем. Сторони можуть письмово погодити, що покупець набуває право власності до настання вказаного моменту, якщо предметом договору купівлі є товар, визначений індивідуальними ознаками або родовими ознаками за умови, що його можна відрізнити під час переходу права власності від подібного товару. А відповідно до статей 455 та 460 Торговельного кодексу Чехії ризик випадкової загибелі товару переходить до покупця в момент прийняття ним товару від продавця. Якщо в момент укладання договору товар перебував

у дорозі, ризик випадкової загибелі товару переходить до покупця в момент передання товару першому перевізнику.

Питання виникнення права власності на рухомі речі, відповідно до шведського права, пов'язується з передачею речі. В особи, яка придбала рухому річ згідно з договором купівлі-продажу не виникає право власності навіть тоді, якщо ця річ оплачено. Звідси, ризик випадкової загибелі речі переходить до покупця після передачі йому речі, якщо інше не обумовлено договором. Питання переходу ризику регулюються Законом «Про продаж товару» і називається ризиком ціни. Зокрема, ст. 17 вказаного Закону визначає, за яких обставин покупець повинен виплатити повну вартість за товар незалежно від того, що товар випадково загинув або пошкоджений. Шведське законодавство пов'язує перехід ризику з доставкою. Передача товару покупцю кваліфікується як доставка. Якщо такого погодження між сторонами немає, то час і спосіб доставки визначають, керуючись законодавством. Здебільшого, у разі недосягнення згоди між сторонами товар передають за місцем проживання продавця або за місцезнаходженням його торговельного підприємства [14].

Право власності у набувача речі за договором відповідно до ЦК РФ (ст. 223) виникає з моменту її передачі, якщо інше не передбачено законом або договором. Переданням визнається вручення речі набувачу, а також перевізнику для відправлення набувачеві чи вручення організації зв'язку для пересилання набувачеві речей, відчужених без зобов'язання доставки. Річ вважається врученою набувачеві з моменту її фактичного надходження у володіння набувача чи вказаній ним особі. Якщо до моменту ук-

ладення договору про відчуження речі вона вже знаходиться у володінні набувача, річ визнається переданою йому з цього моменту (ст. 224 ЦК РФ).

Ризик випадкової загибелі або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту, коли відповідно до закону чи договору продавець вважається таким, який виконав своє зобов'язання щодо передання товару покупцю (ст. 459 ЦК РФ). Відповідно до ст. 458 ЦК РФ, якщо інше не передбачено договором купівлі-продажу, обов'язок продавця передати товар покупцю вважається виконаним в момент: вручення товару покупцю або вказаній ним особі, якщо договором передбачено обов'язок продавця щодо поставки товару; надання товару в розпорядження покупця, якщо товар повинен був бути переданий покупцю або вказаній ним особі в місці знаходження товару тощо.

На думку Л. Лунца, перехід права власності та перехід ризику є різними цивільно-правовими категоріями, лише в першому випадку це питання речового права, в другому випадку — право зобов'язального характеру [4]. У зв'язку із цим, як стверджує І. Гетьман-Павлова, момент переходу ризику має самостійну колізійну прив'язку і цим відрізняється від переходу права власності на майно. Самостійне колізійне регулювання моменту переходу ризику і переходу права власності — початковий момент при вирішенні колізійного питання. У міжнародній торгівлі під час застосування правил ІНКОТЕРМС момент переходу права власності та переходу ризику розглядаються як самостійні категорії і визначаються без використання колізійних принципів шляхом уніфікованого матеріально-правового регулювання. У правилах ІНКОТЕРМС момент переходу права власності не врахо-

вується взагалі, значення має лише встановлення моменту переходу ризику [15, 201].

Проте, як за цивільним законодавством України, так інших іноземних держав, наприклад ЦК РФ, право власності на майно чи річ виникає з моменту їх передання, якщо інше не передбачено законом або договором, а ризик випадкової загибелі або випадкового пошкодження майна виникає водночас з виникненням у нього права власності на майно чи річ, яке збігається з моментом передання такого майна чи речі. У зв'язку із цим вважаємо, що недоречно момент переходу права власності та момент переходу ризику розглядати як самостійні правові категорії, оскільки вони є взаємопов'язані, бо без виникнення права власності на майно чи річ у особи, ми не можемо говорити про ризик, який не може нести особа-невласник.

Неоднаковий підхід у державах і щодо переходу права власності на товар за договором купівлі-продажу. Так, відповідно до цивільного законодавства України, право власності на товар за договором купівлі-продажу переходить в момент передання товару від продавця до покупця. Відповідно до ст. 664 ЦК України обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент: вручення товару покупцеві, якщо договором встановлений обов'язок продавця доставити товар; надання товару в розпорядження покупця, якщо товар має бути переданий покупцеві за місцем знаходження товару. Договором купівлі-продажу може бути встановлений інший момент виконання продавцем обов'язку передати товар.

Товар вважається наданим у розпорядження покупця, якщо у строк, встановлений договором, він готовий до передання покупцеві у належному

місці, а покупець поінформований про це. Готовий до передання товар повинен бути відповідним чином ідентифікований для цілей цього договору, зокрема шляхом маркування.

Якщо з договору купівлі-продажу не випливає обов'язок продавця доставити або передати товар у його місцезнаходження, обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент здачі товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві.

Відомо, наприклад, що за законодавством Росії, Німеччини, Іспанії, Нідерландів, Швейцарії право власності на товар за договором купівлі-продажу за загальним правилом переходить при його передачі. Водночас у законодавстві Англії, США, Італії, Франції для переходу права власності на індивідуально визначену річ достатньо самого факту укладання договору [16, 234].

Існують відмінності в питанні набуття права власності добросовісним набувачем. Більш ліберальну позицію тут займає законодавство Італії, згідно із яким добросовісний набувач визнається власником речі, навіть якщо річ раніше була викрадена у її попереднього власника (ст. 1153 ЦК Італії). За законодавством РФ (п. 1 ст. 302 ЦК РФ), Німеччини (§ 932–935 Німецьке цивільне уложення), Швейцарії (ст. 934 ЦК Швейцарії) в подібному випадку захист добросовісного набувача проти віндикації речі власником не надається [17, 222].

Отже, колізійна прив'язка «закон місцезнаходження речі» залишається основною колізійною прив'язкою при визначенні змісту речових прав. Застосування цієї прив'язки зумовлено міжнародно-правовою практикою, яка склалася. Проте це не позбавляє мож-

ливості сторонам регулювати свої відносини в сфері речових прав і за допомогою інших колізійних прив'язок (закон держави місця укладення договору, закон автономії волі, закон найбільш тісного зв'язку тощо). Тому

вдосконалення правового регулювання речових прав та уніфікація колізійних норм у сфері речових прав буде слугувати усуненню суперечностей в законодавстві та практиці держав.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Ахметьянова З. А. Вещное право : учеб. — М., 2011. — 360 с.
2. Гражданское и торговое право зарубежных стран : учеб. : в 2 т. / отв. ред Е. В. Васильев, А. С. Коमारов. — М., 2004. — Т. 1.
3. Александрова С. П. Гражданское право: общая часть : учеб. пособие. — СПб., 1997.
4. Лунц Л. А. Курс международного частного права : в 3 т. — М., 2002.
5. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
6. Про міжнародні договори України : Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 540.
7. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.
8. Мингазова И. В. Право собственности в международном праве. — М., 2007.
9. Кашаевский В. А. Международное частное право : учеб. — 2-е изд., доп. — М., 2009. — 752 с.
10. Levontin A. Choix de Law and Conflict of Laws, A. W. Sijthoff International Publishing Company B. V. — Leyden, 1976.
11. Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. № 176/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 47—52. — Ст. 349.
12. Повітряний кодекс України від 19 травня 2011 р. № 3393-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 48—49. — Ст. 536.
13. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40—44. — Ст. 356.
14. Косак В. М. Колізійні норми речового права та їх уніфікація [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.lawyer.org.ua>.
15. Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право. — М., 2013. — 511 с.
16. Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. — М., 2001.
17. Международное частное право : учеб. / под ред. В. А. Хохлова, Ю. А. Дорофеевой. — М., 2012. — 528 с.

Михайлів М. О. Особливості колізійного регулювання права власності та інших речових прав у міжнародному приватному праві

Анотація. У статті розкриваються особливості колізійного регулювання права власності та інших речових прав. Проаналізовано законодавство в сфері міжнародного приватного права, котре передбачає особливості колізійного регулювання речового права. Визначено колізійні норми, які можуть бути застосовані до питань виникнення та припинення права власності, особливості набуття права власності на рухоме та нерухоме майно, а також те, яке перебуває в дорозі тощо. Обґрунтовано пропозиції щодо удосконалення колізійного регулювання окремих питань в сфері речового права.

Ключові слова: речове право, колізійна норма, право власності, рухоме і нерухоме майно.

Михайлів М. Е. Особенности коллизионного регулирования права собственности и иных вещных прав в международном частном праве

Аннотация. В статье раскрываются особенности коллизионного регулирования права собственности и других вещных прав. Проанализировано законодательство в сфере международного частного права, которое предусматривает особенности коллизионного регулирования вещных прав. Определено коллизионные нормы, которые могут быть применены к вопросам возникновения и прекращения права собственности, особенности приобретения права собственности на движимое и недвижимое имущество, а также то, которое находится в пути и т. п. Обоснованы предложения об усовершенствовании коллизионного урегулирования отдельных вопросов в сфере вещного права.

Ключевые слова: вещное право, коллизионная норма, право собственности, движимое и недвижимое имущество.

Mykhailiv M. Peculiarities of the Collision Regulation of the Right of Ownership and Other Proprietary Rights in the Private International Law

Annotation. Peculiarities of the collision regulation of the right of ownership and other proprietary rights are covered in the article. Legislation in the sphere of international private law which fixes peculiarities of the collision regulation of the proprietary rights is analyzed. Collision norms which can be applied to issues of arising and ceasing of the right of ownership, peculiarities of gaining the right of ownership to estate and movable property, as well as property which is on its way to the receiver etc. are determined. Suggestions for improvement of the collision regulation of some issues in the sphere of proprietary law are substantiated.

Key words: proprietary right, collision norm, right of ownership, estate property, movable property.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ ЖЕНЕВСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ УНІДРУА ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ 2009 р.



О. ВИГОВСЬКИЙ

*доктор юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Активізація процесів глобалізації та інтернаціоналізації у світовій економіці призвела до стрімкого зростання обсягів транскордонних операцій з цінними паперами. Гармонізація національних законодавств у сфері регулювання обігу цінних паперів та уніфікація існуючих у цій сфері колізійних та матеріально-правових норм стали актуальними питаннями міжнародного співробітництва держав та міжнародних організацій.

Особливістю функціонування ринку цінних паперів на сучасному етапі є проведення переважної більшості трансакцій з цінними паперами, які були випущені у бездокументарній формі або дематеріалізовані, у так званій «системі опосередкованого володіння» (*indirect holding system*). Характерною ознакою такої системи є наявність посередників між емітентом та власником цінних паперів, якими можуть виступати депозитарії, зберігачі, торговці цінними паперами, різні фінансові установи тощо. Основною формою правового зв'язку між власником цінних паперів та посередни-

ком виступає договір про відкриття і ведення рахунку цінних паперів, на якому обліковуються такі папери. Без участі посередників неможливими є відчуження або обтяження цінних паперів зобов'язаннями, а також, як правило, реалізація їх власником прав, посвідчених такими паперами. Для позначення цієї категорії цінних паперів у зарубіжній доктрині приватного права було сформульоване поняття «бездокументарні цінні папери, що перебувають у володінні посередників» (*intermediated book-entry securities*).

Цінні папери як об'єкти міжнародного права обігу цінних паперів є предметом постійної уваги міжнародних організацій, зацікавлених в уніфікованих нормах міжнародного приватноправового регулювання правочинів з цінними паперами [1, 606]. Першим результатом наполегливої праці у цій сфері стала Гаазька конвенція 2006 р. про право, застосовне до визначених прав на цінні папери, які перебувають у володінні посередників, яка була прийнята на 19-й дипломатичній сесії Гаазької конференції

з міжнародного приватного права 13 грудня 2002 р. Конвенція була спрямована лише на вирішення колізійної проблеми у сфері володіння та обігу цієї специфічної категорії цінних паперів. Разом з тим, розбіжності національних законодавств у сфері матеріально-правового регулювання цінних паперів у системі опосередкованого володіння вимагають не менш активного їх подолання. З цією метою Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права (УНІДРУА) була розроблена Конвенція про матеріальні норми відносно цінних паперів, що перебувають у володінні посередників, яка була прийнята на Дипломатичній конференції в Женеві 5–7 жовтня 2009 р. (далі — Женевська конвенція; Конвенція). Положення цієї Конвенції закладають правові основи взаємодії учасників правовідносин, які виникають при обліку та вчиненні операцій з цінними паперами в системі опосередкованого володіння. Незважаючи на те, що сьогодні Женевська конвенція не набрала чинності (її підписав лише Бангладеш 9 жовтня 2009 р. і не ратифікувала жодна держава), вона має величезне значення як міжнародний акт, де втілена узгоджена позиція представників провідних держав світу в сфері регулювання відносин між емітентами, посередниками та власниками цінних паперів, що перебувають у володінні посередників.

Важливим науковим завданням, яке постає перед вітчизняною наукою міжнародного приватного права, є всебічний аналіз положень Женевської конвенції та потенційних проблем, що можуть бути пов'язані з їх практичним застосуванням в контексті регулювання національного ринку цінних паперів, у випадку приєднання України до цієї Конвенції в майбут-

ньому. Це завдання стає особливо нагальним з огляду на сучасне реформування системи депозитарного обліку цінних паперів, започатковане прийняттям Закону України «Про депозитарну систему України» від 6 липня 2012 р. Розробка науково обґрунтованих рекомендацій у цій сфері сприятиме адаптації системи володіння та обліку цінних паперів до загальноприйнятих міжнародних стандартів, втілених у Женевській конвенції.

На жаль, сьогодні в Україні та пострадянському просторі майже відсутні наукові дослідження, присвячені концептуальному аналізу положень Женевської конвенції. Разом з тим, у зарубіжній доктрині наявні серйозні дослідження у цій сфері, здійснені такими дослідниками, як Ф. Алферез, М. Дешамп, Х. Канда, Ч. Муні, Л. Тевенос та ін. Все це обумовлює актуальність нашого звернення до цієї проблематики, необхідність виокремити та розглянути ключові проблемні питання застосування вказаної Конвенції. Основним завданням статті є аналіз конвенційного поняття цінних паперів, що перебувало у володінні посередників, обов'язків посередників, визначених у Конвенції, та особливостей їх реалізації, концепції захисту добросовісного набувача цінних паперів, яка була втілена у Конвенції, а також її положень щодо застави цінних паперів, що перебувало у володінні посередників.

Женевська конвенція принципово розмежовує поняття «цінні папери» та «цінні папери, що перебувають у володінні посередників». Категорія цінних паперів, відповідно до п. а ст. 1 Конвенції, охоплює акції, облігації або інші фінансові інструменти чи фінансові активи (крім готівкових грошових коштів), які можуть зараховуватися на рахунок у цінних паперах,

а також набуватися та відчужуватися відповідно до положень цієї Конвенції. Водночас до поняття «цінні папери, що перебувають у володінні посередників» належать як самі цінні папери, зараховані на рахунок у цінних паперах, так і права відносно цінних паперів, які виникають внаслідок їх зарахування на такий рахунок (п. б ст. 1 Конвенції).

Це визначення є своєрідним компромісом між двома протилежними концептуальними позиціями відносно правової природи цінних паперів, що перебувають у володінні посередників, які були предметом тривалих дискусій на засіданнях Комітету урядових експертів УНІДРУА під час обговорення проекту Конвенції. Згідно з першим доктринальним підходом інвестор наділяється речовими правами на такі цінні папери, аналогічні тим, які б він мав у випадку прямого володіння цінними паперами без участі посередника. Такий підхід, зокрема, лежить в основі Закону Японії про передачу бездокументарних облігацій, акцій та інших цінних паперів 2001 р. Згідно з іншим підходом, цінні папери, що перебувають у володінні посередників, розглядаються як цінні папери *sui generis*, що принципово відрізняються від звичайних цінних паперів у системі прямого володіння. З юридичної точки зору говорити про «власника» цінних паперів, що перебувають у володінні посередників, можна лише умовно, оскільки він наділяється виключно зобов'язальним правом вимоги, а саме, правом вимагати від посередника, у якого він відкрив рахунок, повернути йому аналогічні папери у тій самій кількості, що були йому передані. З аналізу § 8, 102(a)(17) Єдиного комерційного кодексу США 1952 р., в якому розкривається поняття прав

із таких цінних паперів, бачимо, що такого підходу дотримується, зокрема, американський законодавець.

Ключові права, якими наділяється власник рахунку в цінних паперах в силу зарахування цінних паперів на його рахунок, міститься у ч. 1 ст. 9 Женевської конвенції. До них належать, зокрема, право на реалізацію будь-яких прав, що випливають з цінних паперів, включаючи отримання дивідендів, інших виплат та реалізацію права голосу, право на розпорядження цінними паперами чи надання прав (включаючи забезпечувальні права) третім особам, а також інші права, які можуть надаватися іншим законодавством держави-учасниці.

Формулювання положень ст. 9, як і багатьох інших конвенційних норм, відображають так званий функціональний підхід, який був покладений в основу Женевської конвенції її розробниками. Суть цього підходу полягає в тому, що Конвенція залишає найбільш суперечливі питання, які різному трактуються національними законодавствами, вирішувати на внутрішньодержавному рівні. Так, Конвенція, визначаючи права, якими наділяється власник рахунку в цінних паперах, залишає питання правової кваліфікації цих прав у сфері застосування національних законодавств держав-учасниць. Причинами цього є те, що, по-перше, навіть у країнах, де функціонує система опосередкованого володіння, часто немає єдиної позиції щодо правової природи цінних паперів, які обліковуються у такій системі; по-друге, в деяких правових системах відповідні цінні папери для певних цілей можуть розглядатися як такі, що обліковуються у системі прямого володіння [2, 706]. Для того щоб полегшити її застосування в юрисдикціях з різними правовими доктринами, Кон-

венція застосовує нейтральні поняття та обмежується гармонізацією норм з визначених ключових питань [3, 756]. У цілому такий функціональний підхід виступає ефективним способом гармонізації приватного права в усьому світі [4, 75].

Водночас конвенційні положення, в силу ст. 8, не поширюються на права власника рахунку відносно емітента цінних паперів і не визначають, кого саме емітент має розглядати як держателя цінних паперів або особи, що виступає суб'єктом прав з цінних паперів. Таким чином, цей комплекс питань, в рамках функціонального підходу, залишається у виключній сфері регулювання національних законодавств держав-учасниць. Такий підхід слід визнати вельми зваженим. В одних правових системах вважається, що реальний власник таких цінних паперів володіє ними опосередковано, оскільки ці папери обліковуються на рахунку, який веде посередник, а в інших передбачається, що власник, тим не менш, знаходиться у прямих правовідносинах з емітентом, при цьому посередник розглядається як проміжна облікова ланка, що не має жодних юридичних прав на цінні папери, які перебувають в його володінні [5, 72].

Разом з тим, аналізуючи наведений вище перелік прав, слід виокремити наступний важливий момент. Зарахування цінних паперів на рахунок, що відкритий інвестору у посередника, обумовлює як можливість реалізації власником рахунку зобов'язальних та корпоративних прав з цінного паперу, що складають його зміст, так і можливість визначати подальшу правову долю цих цінних паперів (відчужувати, вчиняти з ними забезпечувальні правочини тощо). Здійснення таких правомочностей можливе лише при зверненні до відповідної зобов'язаної

особи: якщо право розпорядження може здійснюватися лише при зверненні власника рахунку до посередника, то права з цінних паперів можуть бути реалізовані як шляхом звернення до посередника, так і безпосередньо до емітента, чи навіть до обох з них (пункти b та c ч. 2 ст. 9 Женевської конвенції 2009 р.).

Таким чином, автори Конвенції не лише відкинули ключову ідею, що лежить в основі системи опосередкованого володіння цінними паперами, про розрив правового зв'язку між емітентом та власником цінного папера й можливість останнього вчиняти правочини з цінними паперами та реалізовувати права з цінних паперів виключно через посередника, але й свідомо розширили коло осіб, зобов'язаних за цінним папером. Як випливає з положень п. b ч. 2 ст. 9 Женевської конвенції, для реалізації, наприклад, права на отримання дивідендів інвестор може звернутися на власний розсуд або до посередника, або до емітента, або одночасно до кожного з них, які виступають, таким чином, як солідарні боржники за цінним папером.

Женевська конвенція у ч. 1 ст. 10 вимагає, щоб посередник вживав необхідних заходів, для того щоб власники рахунків у цінних паперах могли реалізовувати права, передбачені у ч. 1 ст. 9. Конвенція не має вичерпного переліку обов'язків посередника, які він має виконувати для забезпечення реалізації прав з цінними паперами власниками рахунку; ч. 2 ст. 10 обмежується лише переліком найбільш важливих його обов'язків, залишаючи питання їх реалізації у сфері застосування національних законодавств держав-учасниць, договору про ведення рахунку в цінних паперах чи єдиних правил депозитарної системи. Відпо-

відно до положень ст. 28 Конвенції зобов'язання та відповідальність посередника можуть визначатися та регулюватися національними законодавствами держав-учасниць та, наскільки це дозволяє законодавство, договором про ведення рахунку в цінних паперах та єдиними правилами депозитарної системи.

Таке формулювання також є проявом функціонального підходу, за допомогою якого розробники Конвенції намагалися захистити посередників від необхідності дотримання «подвійного стандарту» — вимог Конвенції та національного законодавства. Крім того, запровадження уніфікованих норм щодо прав та обов'язків посередників виявляється малоймовірним. Запеклі дискусії під час засідань Комітету урядових експертів та першої сесії Дипломатичної конференції УНІДРУА з прийняття Женевської конвенції наочно продемонстрували, що досягнення консенсусу щодо змісту таких обов'язків є надто складним завданням. Правові та регуляторні режими діяльності таких осіб характеризуються значними розбіжностями в різних правових системах. Сучасне законодавство у сфері регулювання цінних паперів повинно надавати учасникам та регуляторним органам достатню гнучкість для адаптації обов'язків посередників до різноманітних обставин [6, 808]. Водночас наявні й такі національні законодавства, які не мають конкретних правових приписів відносно прав та обов'язків посередників; для них перелік ключових обов'язків посередників, який пропонується Женевською конвенцією, буде важливим орієнтиром у нормотворчій та правозастосовчій діяльності.

Автори Конвенції приділили увагу і питанню захисту добросовісного набувача цінних паперів, що знаходяться

у володінні посередників. Надання такого захисту має на меті забезпечення підвищеної оборотоздатності даних фінансових інструментів, а точніше, прав, що ними посвідчуються. Незважаючи на те, що пред'явлення позовів про витребування цінних паперів, які перебувають у володінні посередників, з чужого незаконного володіння трапляється доволі нечасто, захист набувачів цінних паперів у системі опосередкованого володіння має надзвичайне значення з огляду на забезпечення визначеності та стабільності на фінансових ринках.

Стаття 18 Женевської конвенції надає захист набувачу цінних паперів, якщо він відповідає критеріям певного «тесту на добросовісність». Така особа користуватиметься конвенційним захистом, якщо вона не знала і не повинна була знати, що інша особа має права на цінні папери та їх зарахування на рахунок набувача порушує права такої іншої особи. Крім того, захист не надаватиметься особі, яка набула цінні папери у подарунок або іншим чином безоплатно, за винятком встановлення забезпечувального права. За дотримання цих умов, відповідно до ч. 1 ст. 18 Конвенції, набувач не несе відповідальності перед такою третьою особою, зарахування не визнаватиметься недійсним відносно третіх осіб і не відбуватиметься жодної реституції на тій підставі, що вказане зарахування порушує права будь-якої третьої особи.

У цьому контексті варто зупинитися на презумпції добросовісності набувача цінних паперів, що забезпечує його захист. При практичній реалізації ч. 1 ст. 18 Женевської конвенції може виникнути питання про те, що означає формулювання «повинен був знати» відносно набувача. Як зазначається в офіційному коментарі до Женевської

конвенції, це положення не покладає на набувача загального обов'язку щодо розслідування або наведення довідок [7]. У більшості випадків у нього не буде можливості встановити правомірність кожного факту переходу права власності на відповідні цінні папери, а тому набувач має цілком покладатися на посередника. Покладання на набувача обов'язку щодо проведення такого розслідування підривало б ефективність системи опосередкованого володіння. Відповідно, захист добросовісного набувача на підставі цієї статті надається навіть набувачеві, який не звернув увагу на факти, що могли свідчити про неправомірність відчуження цінних паперів, за умови дотримання стандартів добросовісної поведінки. Лише недотримання таких стандартів призводитиме до відмови у наданні захисту відповідно до ч. 1 ст. 18 Женевської конвенції. Наприклад, якщо особа фактично знала про дуже підозрілі обставини, пов'язані зі здійсненням правочину з цінними паперами, і навмисно вирішила не наводити жодних довідок у цьому зв'язку, свідомо уникаючи знання про факт порушення прав третьої особи, то вважатиметься, що такий набувач «повинен був знати» про відповідний факт. Однак слід зауважити, що, беручи до уваги характер здійснення правочинів у системі опосередкованого володіння, цей критерій на практиці не буде застосовуватися часто.

Для наочності можливого практичного застосування цього критерію добросовісності набувача цінних паперів наведемо наступний приклад. Припустимо, що бездокументарні акції певної компанії перебувають у спільній сумісній власності подружжя. Чоловік без отримання згоди дружини на вчинення такого правочину продає ці акції третій особі. Покупець знає, що

позичальник одружений, але не знає про відсутність згоди іншого з подружжя на вчинення правочину. В цьому випадку такий покупець, за задумом авторів Конвенції, буде добросовісним набувачем: факт перебування у шлюбі продавця не є «дуже підозрілою обставиною», і покупець не був зобов'язаний дізнаватися про факт надання згоди іншим з подружжя.

Слід зауважити, що Женевська конвенція не перешкоджає застосуванню норм національного законодавства про захист добросовісного набувача в тому випадку, якщо вони надають набувачеві більший ступінь захисту. Разом з тим положення ст. 18 забезпечуватимуть мінімальний захист добросовісному набувачеві цінних паперів в тому випадку, коли відповідні норми відсутні у національному законодавстві.

Ще одним важливим питанням, яке врегульоване на конвенційному рівні, є вплив процедури неспроможності посередника на виконання ним зобов'язань перед власниками цінних паперів. Загальне положення міститься у ч. 2 ст. 25 Женевської конвенції, відповідно до змісту якої цінні папери, що обліковуються на рахунках, відкритих іншим особам у посередника, не складають частину його майна, наявного для розподілу чи реалізації на користь кредиторів посередника. Фактично це є визнанням факту, що посередник «володіє» цінними паперами, які належать іншій особі, а тому таке майно не входить до конкурсної маси посередника.

Однак інтереси власника рахунку у цінних паперах не будуть захищені у повному обсязі в разі неспроможності посередника, якщо у такого посередника не буде в наявності достатнього обсягу цінних паперів з відповідними характеристиками для задоволення

вимог всіх власників. Частина 2 ст. 26 Конвенції передбачає пропорційний розподіл збитків серед власників рахунків в рамках процедури неспроможності посередника, які виникають внаслідок такої нестачі.

Розділ V Женевської конвенції містить спеціальні положення, що стосуються застави цінних паперів. Вони застосовуються до правочинів, в яких заставодавець надає цінні папери заставодержателю для забезпечення виконання відповідних зобов'язань. Слід зауважити, що положення цього розділу є певною мірою факультативними. Договірна держава може заявити, що цей розділ не застосовуватиметься в принципі або у визначених випадках, а саме: відносно договорів застави, укладених фізичними особами, відносно цінних паперів, які не допущені до торгів на фондовій біржі чи організованому ринку, а також відносно договорів застави, які стосуються таких категорій зобов'язань, які визначені у застереженні держави (ст. 38). Можливо, саме цей «факультативний» характер зумовив той факт, що положення розділу V не отримали достатньо уваги в процесі розробки та прийняття тексту Конвенції.

У рамках цього розділу були врегульовані, зокрема, питання користування та розпорядження цінними паперами, що виступають предметом застави. Відповідно до ч. 1 ст. 34 Конвенції, заставодержатель має право користуватися та розпоряджатися заставленими цінними паперами так, якби він був їх власником, якщо це передбачено умовами договору застави цінних паперів. Це означає, що саме заставодержатель може реалізовувати корпоративні права, посвідчені заставленими акціями (зокрема, брати участь у загальних зборах акціонерів, отримувати дивіденди та інші виплати від емітента то-

що), а також продавати цінні папери, наприклад, у разі виникнення загрози їх знецінення. Якщо заставодержатель скористався таким правом, він має замінити цінні папери, які були первинно передані йому під заставу, еквівалентним забезпеченням. Така заміна має відбутися не пізніше дати виконання основного зобов'язання (ч. 2 ст. 34). На нові цінні папери поширюється такий самий правовий режим предмета застави, що й на первинно заставлені цінні папери.

Конвенція також стосується питання заміни предмета застави та його поповнення у випадку падіння ринкової вартості заставлених цінних паперів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 36, якщо договір застави передбачає передачу додаткових цінних паперів під заставу чи заміну заставлених цінних паперів іншими цінними паперами аналогічної вартості з огляду на зміну вартості предмета застави чи розміру основного зобов'язання, а також з огляду на обставини, які підвищують кредитний ризик заставодержателя з огляду на кредитоспроможність та фінансовий стан заставодавця чи боржника за основним зобов'язанням, передача цінних паперів чи інших активів за таких умов не буде вважатися недійсною, якщо вона здійснена протягом передбаченого строку до початку процедури неспроможності заставодавця. Конвенція також передбачає право заставодавця вилучити з-під застави цінні папери за умови надання інших цінних паперів чи інших активів аналогічної вартості (п. б ч. 1 ст. 36 Конвенції). Разом з тим у деяких юрисдикціях зобов'язання щодо поповнення предмета застави в разі підвищення кредитного ризику можуть не визнаватися у випадку відкриття процедури неспроможності, а тому, відповідно до ч. 2 ст. 26 Конвенції, договірна держа-

ва може заявити про незастосування відповідного конвенційного положення.

Конвенційними положеннями охоплюються також питання, пов'язані зі зверненням стягнення на цінні папери, що є предметом застави. Відповідно до ч. 1 ст. 33 Женевської конвенції, при настанні підстави для звернення стягнення заставодержатель може задовольнити свої вимоги до боржника шляхом продажу заставлених цінних паперів та звернення вимоги від продажу на погашення основного зобов'язання, а також шляхом звернення заставлених цінних паперів у свою власність за умови, що договір застави передбачає звернення стягнення подібним чином та визначає спосіб оцінки предмета застави для цих цілей. Конвенція також передбачає можливість здійснення так званого «ліквідаційного неттингу» — зарахування зустрічних зобов'язань при ліквідації компанії з метою виходу на «чисту» суму боргу, яка і підлягатиме погашенню таким боржником. Предметом неттингу може виступати, зокрема, і зобов'язання заставодержателя надати еквівалентні цінні папери на заміну тих, які були ним реалізовані. При цьому, що характерно, всі вказані вище процедури є неформалізованими та мають позасудовий характер.

На завершення цього короткого огляду ключових положень Женевської конвенції можна дійти висновку, що вказаний міжнародний акт уніфікував

норми стосовно найважливіших аспектів функціонування системи опосередкованого володіння цінними паперами та відносин між посередником і власником цінних паперів. До таких положень належить визначення поняття «цінні папери, що перебувають у володінні посередників», формулювання основних обов'язків посередника, встановлення режиму захисту добросовісного набувача цінних паперів та критеріїв такого захисту, вирішення питання щодо впливу процедури неспроможності посередника на його відносини з власником рахунку, а також врегулювання деяких питань застави цінних паперів. Водночас, з огляду на функціональний підхід, покладений в основу гармонізації відповідних норм, низка питань у цій сфері, насамперед тих, які неможливо або нецільно уніфікувати на універсальному рівні, була віднесена до сфери застосування національних законодавств держав — учасниць Конвенції. І це не є дивним, адже правова доктрина, ділові звичаї та регуляторні стандарти на фондових ринках у різних юрисдикціях можуть по-різному визначати моделі поведінки учасників відповідних відносин. Незважаючи на це, Женевська конвенція здатна виконати своє головне завдання: глобальні фінансові ринки вимагають правової визначеності, а норми Конвенції є важливим кроком на шляху її досягнення.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Международное частное право* : учеб. / под. общ. ред. Г. В. Петровой. — М., 2011.
2. *Deschamps M.* The Geneva Securities Convention — Selected Issues Left to Law Outside the Convention // *Uniform Law Review*. — 2010. — Vol. XV.
3. *Alferez F. J. G.* The Geneva Convention on Intermediated Securities: A Conflict-of-Laws Approach // *Uniform Law Review*. — 2010. — Vol. XV.
4. *Mooney C. W., Kanda H.* Core Issues Under the UNIDROIT (Geneva) Convention on Intermediated Securities: Views from the United States and Japan // *Intermediated Securities: Legal Problems and Practical Issues* / ed. by L. Gullifer, J. Paine. — Oxford, 2010.
5. *Бернаскони К., Сигман Х.* Гагская конвенция о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (Гагская конвенция по ценным бумагам) // *Государство и право*. — 2006. — № 12.

6. *Mooney C. W.* Private Law and the Regulation of Securities Intermediaries: Perspectives under the Geneva Securities Convention and the United States Law // *Uniform Law Review*. — 2010. — Vol. XV.
7. *Kanda H., Mooney C., Thevenoz L.* Official Commentary on the UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities. — Oxford, 2012.

Виговський О. І. Проблемні питання застосування окремих положень Женевської конвенції УНІДРУА про цінні папери 2009 р.

Анотація. У статті аналізуються найважливіші положення Женевської конвенції УНІДРУА про цінні папери 2009 р. Предметом уваги автора статті є конвенційні норми, які стосуються поняття «цінні папери, що перебувають у володінні посередників», основних обов'язків посередника, режиму захисту добросовісного набувача цінних паперів, впливу процедури неспроможності посередника на його відносини з власником рахунку в цінних паперах, а також деяких питань застави цінних паперів. Розкриваються концептуальні засади формулювання поняття «цінні папери, що перебувають у володінні посередників», та визначення критеріїв захисту добросовісного набувача цінних паперів. Порушується питання щодо впливу процедури неспроможності посередника на виконання його зобов'язань щодо обліку цінних паперів. Окрема увага приділяється конвенційному регулюванню питання користування та розпорядження цінними паперами, що виступають предметом застави, заміни предмета застави та його поповнення у випадку падіння ринкової вартості, а також звернення стягнення на цінні папери, що є предметом застави. Особливий акцент робиться на так званому функціональному підході, який лежить в основі більшості положень цієї Конвенції.

Ключові слова: цінні папери; цінні папери, що перебувають у володінні посередників; Женевська конвенція УНІДРУА про цінні папери 2009 р.; посередник; система опосередкованого володіння цінними паперами.

Выговский А. И. Проблемные вопросы применения отдельных положений Женевской конвенции УНИДРУА о ценных бумагах 2009 г.

Аннотация. В данной статье анализируются наиболее важные положения Женевской конвенции УНИДРУА о ценных бумагах 2009 г. Предметом внимания автора статьи выступают конвенционные нормы, касающиеся понятия «ценные бумаги, которые находятся во владении посредников», основных обязанностей посредника, режима защиты добросовестного приобретателя ценных бумаг, влияния процедуры несостоятельности посредника на его отношения с владельцем счета в ценных бумагах, а также некоторых вопросов залога ценных бумаг. Раскрываются концептуальные предпосылки формулирования понятия «ценные бумаги, которые находятся во владении посредников», и определения критериев защиты добросовестного приобретателя ценных бумаг. Затрагивается вопрос относительно влияния процедуры несостоятельности посредника на выполнение его обязательств по учету ценных бумаг. Отдельное внимание уделяется конвенционному регулированию вопросов пользования и распоряжения ценными бумагами, выступающими предметом залога, замены предмета залога и его пополнения в случае падения рыночной стоимости, а также обращения взыскания на ценные бумаги, являющиеся предметом залога. Особенный акцент делается на так называемом функциональном подходе, который был положен в основу большинства положений данной Конвенции.

Ключевые слова: ценные бумаги; ценные бумаги, которые находятся во владении посредников; Женевская конвенция УНИДРУА о ценных бумагах 2009 г.; посредник, система опосредованного владения ценными бумагами.

Vyhovskyi O. Problem Issues of Application of Certain Provisions of the UNIDROIT Geneva Securities Convention 2009

Annotation. This article deals with the most significant provisions of the UNIDROIT Geneva Securities Convention 2009. The author focuses on the conventional rules concerning the concept of the intermediated securities, main duties of the intermediary, legal regime of protection of an innocent acquirer of the securities, influence of the intermediary's insolvency proceedings on its relations with the securities account holder, as well as certain issues regarding securities collateral. The author reveals the theoretical underpinnings for formulation of the concept of the intermediated securities determination of the criteria for protection of the innocent acquirer of the securities. The author raises the issue of the influence of the intermediary's insolvency proceedings on performance of its obligations of securities holding. Special attention is drawn to the conventional regulation of the issues of use and disposal of the collateral securities, replacement of the collateral and its top-up in case of market depreciation of the collateral securities, as well as enforcement of the collateral securities. Special emphasis was put on so called «functional approach» taken as a basis of the most provisions of this Convention.

Key words: securities; intermediated securities; UNIDROIT Geneva Securities Convention 2009; intermediary; securities indirect holding system.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ВІДЕНСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ДОГОВОРИ МІЖНАРОДНОЇ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ 1980 р.



В. КОССАК

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри цивільного права та процесу
(Львівський національний університет
імені Івана Франка),
заслужений юрист України*

Серед договірних форм зовнішньоекономічної діяльності одним із найпоширеніших є міжнародний договір купівлі-продажу. Оскільки зовнішньоторговельні відносини займають важливе місце в міжнародному інтеграційному процесі, тому актуальним питанням є уніфікація правового регулювання міжнародних договорів купівлі-продажу. Різні підходи в національному законодавстві окремих країн до врегулювання вказаних договорів було негативним фактором, що впливав на інтенсифікацію зовнішньоторговельних відносин. Метою усунення суперечностей в національних правових системах щодо укладення та виконання договорів міжнародної купівлі-продажу була зумовлена розробка та підписання Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі — Віденська конвенція, Конвенція) [1], яка стала своєрідним ком-

промісом в підходах до регулювання таких договорів в континентальній та англо-американській системах права.

З прийняттям Віденської конвенції вперше в історії міжнародно-правової уніфікації права міжнародних контрактів вдалося знайти взаємоприйнятні рішення щодо виконання та припинення договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, поєднавши підходи континентального права з англо-американським [2, 38].

Віденська конвенція є результатом багаторічних зусиль з уніфікації зовнішньоторговельних відносин, яка проводилася комісією ООН з прав міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ). У роботі з підготовки Конвенції брали участь представники всіх сучасних правових систем, що забезпечило високий рівень узгодженості положень Конвенції. Водночас деякі правові позиції Конвенції значно відрізняються від підходів, властивих нормативному

регулюванню та правозастосувальній практиці окремих країн. Це призводить інколи до певних суперечностей при застосуванні Конвенції. Певною мірою це стосується вітчизняного законодавства. У Конвенції є положення, які відсутні в національному законодавстві, багато оцінювальних понять, які потребують трактування, відповідно до єдиних підходів до з'ясування їх змісту.

Складність правозастосування зумовлені особливостями регулювання в національних правових системах договорів (контрактів) в зовнішньоторговельній сфері. На зміст останніх, порядок їх укладення мають вплив міжнародно-правові джерела, серед них Віденська конвенція та національне законодавство, до якого належать насамперед закони України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [3], «Про міжнародне приватне право» [4], Цивільний кодекс України [5] (далі — ЦК України) та Господарський кодекс України [6] (далі — ГК України). У разі відсутності уніфікованої правової бази або наявності у ній прогалин виникає проблема вибору національного правопорядку. А цей вибір правозастосувальній діяльності іноді здійснити не просто, оскільки колізійні норми чітко не вказують конкретний правопорядок [7, 14].

Значення Віденської конвенції полягає в тому, що вона є міжнародною уніфікацією матеріально-правових норм, які регулюють найбільш поширений вид договорів — міжнародної купівлі-продажу. Вказана конвенція має на меті усунути суперечності між національним правовим регулюванням і міжнародно-правовим характером зовнішньоторговельних договорів. Ситуація ускладнюється тим, що в національному законодавстві країн — учасниць Конвенції задекларовані ча-

сом різні підходи до врегулювання схожих відносин. Це породжує певні проблеми в правозастосувальній практиці, які є актуальними і для України.

Згідно з ст. 1 Конвенції її положення застосовуються до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких знаходяться в різних країнах:

а) якщо ці держави є учасниками Конвенції;

б) коли, згідно з нормами міжнародного приватного права, застосовується право країни-учасниці.

Отже, для застосування положень Конвенції необхідна наявність місцезнаходження сторін. Відповідно до законодавства України під терміном «комерційне підприємство» слід розуміти суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності. Місцезнаходженням юридичної особи згідно з ч. 2 ст. 25 Закону України від 23 червня 2005 р. «Про міжнародне приватне право» є держава, в якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави. За відсутності таких умов або якщо їх неможливо встановити застосовується право держави, у якій знаходиться орган управління юридичної особи.

Отже, в Україні для визначення особистого закону юридичної особи застосовується теорія інкорпорації, згідно з якою національність юридичної особи встановлюється відповідно до закону країни створення. Водночас в багатьох країнах континентального права для визначення особистого закону юридичної особи застосовується теорія «осілості», згідно з якою «національність» юридичної особи встановлюється законом країни, в якій знаходиться її адміністративно-управлінський орган. Так, ч. 1 ст. 17 Закону Польщі «Про міжнародне приватне право» [8], передбачено, що

національність юридичної особи визначається законом країни «осілости». Хоча ч. 2 ст. 17 названого Закону не виключає можливості застосовувати в окремих випадках право країни, в якій юридична особа була створена. Вказані особливості визначення «національності» юридичної особи необхідно враховувати при застосуванні Віденської конвенції.

Крім цього, з п. 2 ст. 1 Конвенції випливає, що одного факту знаходження комерційних підприємств сторін в різних державах для її застосування ще недостатньо. Сторони на момент укладення договору повинні бути свідомі того, що їх відносини регулюються положеннями названої Конвенції.

Однак згідно з п. 3 ст. 1 національна належність сторін визначального значення може не мати. Відповідно до змісту коментованого пункту для визнання купівлі-продажу міжнародною вирішальне значення має факт знаходження комерційних підприємств сторін в різних країнах. Тому, якщо комерційні підприємства сторін знаходяться в різних країнах, які не є учасниками Конвенції, але колізійні норми відсилають до права держави — учасника Конвенції, положення останньої можуть бути джерелом регулювання такого договору купівлі-продажу.

Конвенція визначає також предметну сферу її застосування. Зокрема, ст. 2 зі сфери дії Конвенції виключено купівля-продаж товарів, які призначені для особистого сімейного або домашнього використання. Мається на увазі придбання товарів не з метою використання їх в підприємницькій діяльності. Тому придбання зі споживчою метою товарів на території країни — учасниці Конвенції не означає застосування конвенційних положень. Такий договір регулюватиметься

національним законодавством країни придбання товару, якщо законом або міжнародним договором не передбачено інше.

Дія Конвенції не поширюється на продаж товарів з аукціону, в порядку виконавчого провадження або іншим чином відповідно до закону. Це пояснюється тим, що подібні договори регулюються спеціальними нормами національного законодавства.

Не охоплюється положеннями Конвенції купівля-продаж цінних паперів, акцій, заставних обігових документів та грошей. Національним законодавством України передбачено спеціальні норми та нормативні акти, покликані регулювати подібні трансакції. Це, зокрема, закони України «Про цінні папери та фондовий ринок» [9], «Про акціонерні товариства» [10] та ін. Аналогічно регулюється обіг вказаних об'єктів у спеціальному законодавстві інших країн.

Не застосовуються положення Конвенції до договорів купівлі-продажу, предметом яких є судна повітряного та водного транспорту, а також судна на повітряній подушці. Це пояснюється тим, що перелічені об'єкти підлягають державній реєстрації і на момент укладення договору можуть виникнути труднощі щодо застосування норм національного законодавства, оскільки невідоме місце реєстрації транспортного засобу. Крім цього в деяких країнах на продаж транспортних засобів поширюється правовий режим нерухомості. А остання не може бути предметом договору купівлі-продажу в контексті коментованої Конвенції.

Не регулюється Конвенцією купівля-продаж електроенергії. Це зумовлено особливостями електроенергії як об'єкта правового регулювання, який не вважається товаром. Наприклад, в Україні забезпечення електроенергією

здійснюється шляхом укладення договорів поставки через приєднану мережу.

Аналіз положень Конвенції дозволяє зробити висновок, що вона не застосовується до договірних відносин з передання майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності. У національному законодавстві України і міжнародних договорах питання правового регулювання інтелектуальної власності, у тому числі передача майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності є предметом спеціального законодавства.

Крім предметного критерію застосування Конвенції слід розмежовувати договірні відносини купівлі-продажу від суміжних договорів. Зокрема, це стосується договорів підрядного типу. Згідно з п. 1 ст. 3 Конвенції договори на поставку товарів, які мають бути виготовлені вважаються договорами купівлі-продажу, якщо сторона, яка замовила товар не зобов'язується надати матеріали, необхідні для виготовлення або виробництва таких товарів. Тому в договорі повинно бути чітко визначено предмет, який свідчить про наміри сторін щодо досягнення певного правового результату. Якщо в договорі містяться умови про поставку товарів та виконання робіт або надання послуг вирішальне значення матиме питання щодо змісту обов'язку сторони, а саме зводиться він до поставки товару чи виконання робіт.

Тільки до договорів, у яких обов'язок з поставки товарів є основним, застосовується положення Віденської конвенції. Ця проблема має місце у разі укладення договорів на поставку машин та обладнання, зокрема, якщо умовою договору є монтаж або наладка технологічного обладнання. Такі договори мають змішаний характер.

Конвенція не містить прямої відповіді щодо кваліфікації таких відносин. Тому вирішальне значення належить національному законодавству, яке буде застосовуватися до цих відносин. Відповідно до положень законодавства України до договорів змішаного характеру, в яких поєднуються обов'язки з поставки із зобов'язаннями виконання робіт або надання послуг, слід застосовувати норми, що регулюють поставку (купівля-продаж), та положення, які стосуються відповідних договорів, якщо відсутній спеціальний нормативний акт, покликаний регулювати в комплексі такі відносини.

До сфери регулювання Конвенції належать питання укладення договору та ті права та обов'язки, які виникають на підставі договору. Тому до компетенції Конвенції не належать питання дійсності договору міжнародної купівлі-продажу або окремих його положень. Отже, питання дієздатності сторін, дефектів волі та інших підстав визнання правочину недійсним будуть регулюватися національним законодавством, до якого відсилають колізійні норми.

Конвенція не визначає моменту переходу права власності на товар від продавця до покупця, оскільки це питання по-різному регулюється в законодавстві країн-учасниць. Водночас деякі положення, які стосуються права власності на предмет договору міжнародної купівлі-продаж є в Конвенції. Статті 41, 42 Конвенції передбачають обов'язок продавця передавати покупцю товар, не обтяжений правами третіх осіб.

У разі застосування національного законодавства України право власності у набувача за договором виникає з моменту передання товару, якщо інше не встановлено договором або законом. Переданням товару вважається

вручення його набувачеві, покупцеві або перевізникові тощо. Договором міжнародної купівлі-продажу може бути встановлений інший момент виконання продавцем обов'язку передати товар. Зокрема, однією з умов договору міжнародної купівлі-продажу є так звані базисні умови, які визначаються відповідно до Правил тлумачення міжнародних торговельних термінів «ІНКОТЕРМС». Залежно від погодження сторонами договору конкретного терміну визначатиметься момент переходу права власності від продавця до покупця та ризику випадково загибелі або пошкодження товару.

Конвенція не регулює питання відповідальності продавця за шкоду, завдану ушкодженням здоров'я або смертю особи. Це положення стосується як заподіяння шкоди покупцю, так і третій особі. У законодавстві України відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів регулюється в рамках недоговірних (деліктних) зобов'язань (статті 1209–1211 ЦК України).

У статті 6 Конвенції декларується принцип договірної свободи сторін, який відповідає п. 3 ст. 3 ЦК України про свободу договору. Це проявляється в тому, що сторони можуть повністю виключити застосування Конвенції до договірних відносин міжнародної купівлі-продажу. Крім цього, навіть у випадку, якщо договір регулюється Конвенцією, сторони можуть за взаємною згодою відступити від будь-якого з її положень або змінити його дію. З цього правила є лише один виняток — дотримання вимог Конвенції щодо форми договору, встановленого ст. 12 Конвенції. Вказана стаття передбачає, що укладення договору купівлі-продажу, його зміна або припинення, оферта, акцепт повинні бути в письмовій формі, якщо одна із

сторін має комерційне підприємство в країні, яка зробила застереження відповідно до ст. 96 Конвенції щодо чинності окремих її положень. Україна при підписанні Конвенції зробила застереження щодо обов'язковості письмової форми договору міжнародної купівлі-продажу, якщо комерційне підприємство сторони знаходиться в Україні.

У статті 12 Конвенції визначаються вимоги до оферти: по-перше, повинен бути конкретизований адресат оферти; по-друге, пропозиція повинна бути достатньо визначеною щодо товару, ціни та кількості; по-третє оферта повинна виражати намір оферента бути пов'язаним договором у разі прийняття пропозиції.

Вимога до конкретизації адресата оферти пов'язана з тим, що національне законодавство різних країн неоднаково підходить до так званих публічних оферт. В одних країнах допускаються публічні оферти, в інших публічні оферти розглядаються як запрошення зробити оферту. Законодавством України допускаються публічні оферти, зокрема в роздрібній купівлі-продажу. В зовнішньоекономічних відносинах, у тому числі міжнародній торговельній практиці публічна оферта не практикується.

Тому в Конвенції декларується положення, що оферта повинна бути адресована конкретній особі або особам. Водночас, враховуючи компромісний характер Конвенції, п. 2 ст. 14 передбачив, що пропозиція зроблена невизначеному колу осіб вважатиметься офертою, якщо це прямо вказано особою, яка її зробила.

Вимога щодо достатньої визначеності пропозиції полягає в тому, що в останній повинен бути вказаний товар, прямо чи опосередковано його кількість і ціна або передбачений по-

рядок їх визначення. Вимога про достатню визначеність оферти стосується мінімуму істотних умов договору, за відсутності яких пропозиція не вважається офертою. Остання може мати будь-які інші умови як в самій оферті, так і шляхом відсилання до типового контракту тощо. При цьому товар повинен бути чітко визначений. Натомість кількість і ціна можуть бути визначені як безпосередньо в оферті, так і встановлений порядок їх визначення.

Для того щоб встановити чи оферент вважає себе пов'язаним з офертою у разі її акцепту, необхідно застосувати ст. 8 Конвенції, яка визначає критерії оцінки такого зв'язку. Вони мають суб'єктивний та об'єктивний характер і базуються на розумінні того, як повинна діяти інша сторона за аналогічних обставин, якби мала статус оферента.

Законодавство України також встановлює вимоги щодо достатньої визначеності змісту оферти, а саме — вона повинна мати істотні умови договору. Істотними вважаються умови, які визначені законодавством або необхідні для цього виду договору. До істотних належать також умови, які не встановлені законодавством, але на включенні їх в зміст договору наполягає одна зі сторін договору. Аналіз положень, які регулюють договірні відносини купівлі-продажу в національному цивільному законодавстві України дозволяє зробити висновок, що істотною умовою є предмет договору — товар (його кількісні, якісні, асортиментні показники). Відсутність домовленості щодо ціни не є підставою вважати договір укладеним. У разі спору для встановлення ціни виконаного договору купівлі-продажу за основу беруть ринкову ціну, яка склалася стосовно даного виду товару. Це збігається зі

змістом ст. 55 Конвенції, згідно з якою береться до уваги ціна, яка існує на аналогічний товар в момент укладення договору.

Конвенція використовує в контексті регулювання відносин міжнародної купівлі-продажу також термін поставки, оскільки за своєю правовою природою коментований договір є господарським. Джерелами національного законодавства, до яких можуть відсилати колізійні норми у сфері регулювання зазначених відносин серед інших є ГК України та ЦК України. Зокрема ч. 6 ст. 265 ГК України передбачає, що реалізація суб'єктами господарювання товарів не господарюючими суб'єктами здійснюється за правилами про договори купівлі-продажу. До відносин поставки, не врегульованих ГК України, застосовуються відповідні положення ЦК України про договір купівлі-продажу. Таким чином, договір поставки є предметом регулювання також ЦК України. Згідно зі ст. 712 ЦК України договір поставки — це договір, відповідно до якого продавець (постачальник), який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується передати у встановлений строк (строки), товар у власність покупця для використання його у підприємницькій діяльності або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім або іншим подібним використанням, а покупець зобов'язується прийняти товар й оплатити за нього певну грошову суму. Норми ЦК України застосовуються для регулювання відносин за договором поставки як загальні норми відносно норм ГК України та інших спеціальних нормативно-правових актів.

Згідно зі ст. 180 ГК України будь-який господарський договір вважається укладеним, якщо досягнута згода щодо предмета, ціни та строку.

Згідно з постулатом, що норми національного законодавства не повинні суперечити положенням міжнародних договорів, укладених та ратифікованих Україною, слід застосовувати приписи Конвенції у разі виникнення колізій в розумінні цього питання.

Оферта набирає чинності з моменту отримання адресатом. Оферент має право скасувати оферту, в тому числі безвідзивну, якщо повідомлення про скасування адресат отримав раніше оферти або одночасно з нею. При цьому необхідно розрізняти поняття «скасування оферти» і «відкликання оферти». Відповідно до положень Конвенції скасувати можна лише таку оферту, яка не набрала чинності. Відкликати можна оферту, яка набрала чинності, тобто після її одержання адресатом. Оскільки українське законодавство не диференціює відмінностей цих понять, необхідно застосовувати положення Конвенції.

Порядок відкликання оферти після набрання нею чинності регулюється ст. 16 Конвенції. Оскільки порядок відкликання оферти по-різному регулюється в англо-американській та континентальній системах права, в Конвенції задекларований компромісний варіант, відповідно до якого оферта може бути відкликана оферентом до укладення договору, якщо повідомлення буде отримане адресатом оферти до відправлення акцепту. З цього правила є винятки, які не допускають відкликання оферти. По-перше, в інтересах добросовісного адресата оферти відкликання оферти обмежується періодом, вказаним в оферті, протягом якого адресат оферти не скористався правом на відправлення акцепту. По-друге, право на відкликання оферти виключається, якщо в ній вказано, що є безвідзивною. Безвідзивною трактується офер-

та, в якій вказано строк для акцепта. По-третє, оферта не може бути відкликана, якщо адресат оферти, виходячи з засад розумності, розглядав її як безвідзивну. Мається на увазі тлумачення змісту оферти і необхідного для адресата оферти часу для підготовки відповіді.

При цьому слід мати на увазі, що згода адресанта оферти може бути виражена також конклюдентними діями. Оскільки акцепт в таких випадках вступає в силу з моменту вчинення таких дій, оферент не має права відкликати оферту.

Отже, відповідь або інша поведінка адресата оферти, яка виражає згоду з офертою є акцептом. Мовчання або бездіяльність не вважається акцептом. Поведінкою, яка свідчить про прийняття оферти є вчинення дій, спрямованих на відправлення товару або інші дії адресата оферти, що свідчать про його згоду з офертою. Акцепт оферти набирає чинності в момент, коли згода з нею адресата оферти отримана оферентом в строк, визначений офертою або в розумний строк, якщо строк для відповіді в оферті не встановлено.

Відповідь на оферту трактується акцептом, якщо в ній є згода зі всіма умовами оферти. Тому відповідь на оферту, яка містить додаткові або відмінні від змісту оферти умови щодо ціни, порядку розрахунків, якості та кількості товару, місця та строку поставки, обсягу відповідальності однієї із сторін перед іншою, порядку вирішення спорів тощо є новою офертою.

Водночас п. 2 ст. 19 Конвенції передбачено спрощений порядок укладення договору, якщо оферент не заперечує проти зміни умов договору у відповіді адресата оферти, які істотно не змінюють її зміст. Зміст договору будуть визначати умови оферти зі

змiнами, якi мiстяться в акцептi. В офертi може бути встановлений строк для акцепта. Запiзнiлий акцепт є чинним, якщо оферент негайно повiдомить про це оферта. Акцепт, який був вiдправлений своєчасно, але отриманий iз запiзненням, зберiгає чиннiсть, якщо оферент негайно не повiдомить про це адресата оферти. Отже, момент укладання договору мiжнародної купiвлi-продажу пов'язаний з акцептом оферти. Конвенцiя передбачає, що заява про акцепт вважається отриманою адресатом, якщо повiдомлено йому усно або iншим способом, отримано особисто або повiдомлено будь-яким iншим способом за мiсцезнаходженням комерцiйного пiдприємства.

Якщо оферта мiстить необхідний мiнiмум iстотних умов, то в разi акцепту її адресатом оферти договiр вважається укладеним. Тому формулювання оферти повиннi бути чiткими, не давати приводу для рiзотлумачення, сформульована пропозицiя повинна бути чiткою та зрозумiлою iншiй сторонi. Серед iншого необхідно чiтко визначати товар, його кiлькiсть та якiсть. Визначення змiсту оферти й акцепту має важливе значення у разi виникнення спору щодо порушення умов мiжнародного договору купiвлi-продажу.

Пiд порушенням договору в Конвенцiї розумiється невиконання або неналежне виконання однією зі сторiн договору своїх обов'язкiв. При цьому це стосується як умов самого договору, так i положень Конвенцiї, а також звичаїв мiжнародної торгiвлi. Але в Конвенцiї використовується термiн «iстотне порушення». Вiдповiдно до ст. 25 Конвенцiї ознаками такого порушення є наявнiсть в iншiй сторони збиткiв у виглядi упущеної вигоди. Iнакше кажучи, сторона не досягла результату, на який вона розраховувала при укладаннi договору.

Таким чином, для практики зовнiшньоторговельних вiдносин важливе значення має поняття «iстотних збиткiв», пiд яким в Конвенцiї розумiється втрата або пошкодження майна, витрати особи, право якої порушено, а також неотриманi доходи (упущена вигода), якби договiр був належним чином виконаний. Такий пiдхiд декларується загалом у цивiльному законодавствi України. Так, згiдно зi ст. 22 ЦК України збитками є:

- втрати, яких особа зазнала у зв'язку зi знищенням або пошкодженням речi, а також витрати, якi особа зробила, або мусить зробити для вiдновлення свого порушеного права (реальнi збитки);
- доходи, якi особа могла б реально одержати за звичайних обставин якби її право не було порушено (упущена вигода).

Збитки вiдшкодовують в повному обсязi, якщо договором або законом не передбачено вiдшкодування у меншому або бiльшому розмiрi. Згiдно з названою вище статтею ЦК України, якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку з цим доходи, то розмiр упущеної вигоди, що має вiдшкодовуватися особi, право якої порушено, не може бути менше вiд доходiв, одержаних особою, яка порушила право.

Статтею 28 Конвенцiї передбачено положення про виконання зобов'язання в натурi. У краiнах континентального права одним iз наслiдкiв невиконання зобов'язання є примусове виконання в натурi. Вiдшкодування збиткiв як вид вiдповiдальностi застосовується у випадках, коли виконання в натурi неможливе або недостатнє для вiдшкодування збиткiв. Натомiсть у краiнах англо-американського права декларується iнший пiдхiд, згiдно з яким основним способом компенсацiї за шкоду,

завдану неналежним виконанням зобов'язання, є відшкодування збитків.

Порушення умов договору необхідно розглядати крізь призму виконання своїх обов'язків сторонами. Так, продавець зобов'язаний поставити товар і передати необхідні документи, які свідчать про передання права власності на товар відповідно до умов договору і положень Конвенції. Отже, продавець повинен забезпечити поставку товару відповідно до умов щодо кількості, якості, упакування, маркування тощо. До документів, які зобов'язаний передати продавець, належать: транспортні документи, страховий поліс у разі страхування товарів, сертифікат якості тощо.

Право власності на товар переходить на основі закону країни, який вибрали сторони договору, або у разі спору на підставі колізійної норми визначеною комерційним арбітражним судом. Перехід права власності від продавця до покупця за договором купівлі-продажу в законодавстві різних країн вирішується неоднаково. Можна виокремити два підходи. В одних випадках право власності переходить з продавця до покупця з моменту укладання договору, якщо відповідний товар індивідуалізовано в договорі. Такий підхід характерний для законодавства Італії, Данії, Франції. Інший підхід властивий законодавству ФРН, Швейцарії, Нідерландів, Іспанії. Він полягає у тому, що право власності на товар переходить до покупця з моменту його передання.

Згідно зі ст. 39 Закону України «Про міжнародне приватне право» виникнення та припинення права власності та інших речових прав визначається правом держави, у якій відповідне майно перебувало в момент, коли мала місце дія або інша обставина, яка стала підставою для виникнення

або припинення права власності та інших речових прав, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України.

Право, яке застосовується до виникнення та припинення права власності та інших речових прав, що є предметом правочину, визначається правом держави, де мала місце дія, що визначала зміст правочину і була підставою для виникнення права власності та інших речових прав, якщо інше не встановлено за згодою сторін. Вибір права сторонами правочину не повинно зачіпати прав третіх осіб.

Згідно зі ст. 334 ЦК України право власності у набувача за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Переданням майна вважається вручення його набувачеві або перевізникові, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання майна, відчуженого без зобов'язання доставки. До передання майна прирівнюється вручення коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно.

Згідно зі ст. 662 ЦК України продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, визначений договором купівлі-продажу. Продавець повинен одночасно з товаром передати покупцеві його приналежності та документи (технічний паспорт, сертифікат якості тощо), що стосуються товару та підлягають переданню разом із товаром відповідно до договору або актів цивільного законодавства.

Обов'язок продавця згідно зі ст. 664 ЦК України вважається виконаним у момент:

- вручення товару покупцеві, якщо договором встановлений обов'язок продавця доставити товар;
- надання товару в розпорядження покупця, якщо товар має бути

переданий покупцеві за місцезнаходженням товару.

Договором купівлі-продажу може бути встановлений інший момент виконання продавцем обов'язку передати товар. Товар вважається наданим у розпорядження покупця, якщо у строк, встановлений договором, він готовий до передання покупцеві у належному місці та покупець поінформований про це. Готовий до передання товар повинен бути відповідним чином ідентифікований для цілей цього договору, зокрема шляхом маркування.

Якщо з договору купівлі-продажу не випливає обов'язок продавця доставити товар або передати товар у його місцезнаходженні, обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент здачі товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві.

Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту передання йому товару, якщо інше не передбачено договором або законом. Ризик випадкового пошкодження або знищення товару, проданого під час його транспортування, переходить до покупця з моменту укладання договору купівлі-продажу, якщо інше не встановлено договором або звичаями ділового обороту.

Питання місця передання товару регулюється Конвенцією (ст. 31). У більшості випадків передання товару покупцю пов'язане з його транспортуванням. Тому в договорі сторони визначають місце, в якому товар передається продавцем покупцеві. За такої домовленості продавець вважається таким, що виконав свої зобов'язання з моменту передання товару. Залежно від місця виконання розподіляються витрати з оплати митних та інших

зборів на території країни продавця чи покупця.

З місцем передання товару пов'язано визначення моменту виконання (дати поставки), від чого залежить оцінка своєчасності поставки або її прострочення. З дати поставки починається перебіг гарантійного строку.

Коментована Конвенція має на меті уніфікацію права у сфері міжнародної купівлі-продажу. Тому значну увагу в Конвенції приділено питанню чіткості конвенційних положень і термінів. Проте спори щодо застосування деяких положень Конвенції мають місце. У разі виникнення спору міжнародні комерційні арбітражі та національні суди повинні виходити з однакових засад трактування положень Конвенції. Якщо в Конвенції певне питання не врегульовано, необхідно виходити із загальних принципів Конвенції. У разі відсутності відповідних положень у Конвенції можна застосовувати національне право згідно з колізійним методом регулювання.

При цьому слід мати на увазі, що світова практика в цілому виходить з того, що сторони приватноправових відносин з іноземним елементом здійснюючи вибір права, застосовують виключно матеріальне, а не колізійне право. У сучасній зовнішньоекономічній діяльності існує усталена практика включення відповідних застережень у положення контрактів, що стосуються застосування права [11, 15].

Це знаходить підтвердження у національному законодавстві України. Так, ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [12] встановлює: «Третейський суд вирішує спір згідно з такими нормами права, які сторони обрали як такі, що застосовуються до суті спору. Якщо в ньому не висловлено іншого наміру, будь-яке положення права або системи

права будь-якої держави повинно тлумачитись як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм».

Значення Віденської конвенції полягає в тому, що вона є уніфікаційним документом у сфері регулювання зовнішньоторговельних договорів, які посідають центральне місце серед зовнішньоекономічних контрактів. Усуненню різних підходів врегулювання договорів міжнародної купівлі-продажу покликані положення комен-

тованої Конвенції. Водночас деякі правові положення Конвенції можуть відрізнятися від приписів національного законодавства та правозастосувальної практики. Тому удосконалення механізму регулювання укладання та виконання міжнародних договорів купівлі-продажу є важливою передумовою усунення суперечностей у правозастосувальній практиці та становлення уніфікаційних засад у національних правових системах.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів* від 11 квітня 1980 р. // Офіційний вісник України. — 2006. — № 15.
2. *Розенберг М. Г.* Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию в практике разрешения споров. — М., 2006. — 832 с.
3. *Про зовнішньоекономічну діяльність* : Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 29. — Ст. 377.
4. *Про міжнародне приватне право* : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.
5. *Цивільний кодекс України* від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
6. *Господарський кодекс України* від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.
7. *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение. — М., 2001. — 490 с.
8. *Prawo prywatne międzynarodowe* : Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. // Kancelaria Sejmu. — 18 s.
9. *Про цінні папери та фондовий ринок* : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 31. — Ст. 268.
10. *Про акціонерні товариства* : Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50–51. — Ст. 384.
11. *Міжнародне приватне право*. Загальна частина / за ред. А. С. Довгєрта, В. І. Кисіля. — К., 2012. — 376 с.
12. *Про міжнародний комерційний арбітраж* : Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4002-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 138.

Коссає В. М. Проблеми застосування Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу 1980 р.

Анотація. У статті розглядаються проблемні питання, пов'язані із застосуванням Віденської конвенції 1980 р. Аналізується порядок укладання міжнародного договору купівлі-продажу. Конкретизуються істотні умови такого договору, вимоги до оферти та акцепту. Досліджуються права та обов'язки сторін договору. Встановлюється момент укладання договору міжнародної купівлі-продажу. Визначається сфера дії вказаної Конвенції, співвідношення її положень з матеріальними нормами національного законодавства. Висвітлюються правові наслідки ненаалежного виконання сторонами своїх обов'язків.

Ключові слова: міжнародний договір купівлі-продажу, оферта, акцепт, форма договору.

Коссає В. М. Проблемы применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи 1980 г.

Аннотация. В статье рассматриваются проблемные вопросы, связанные с применением Венской конвенции 1980 г. Анализируется порядок заключения международного договора купли-продажи. Конкретизируются существенные условия такого договора, требования к оферте и акцепту. Исследуются права и обязанности сторон договора. Устанавливается момент заключения договора международной купли-продажи. Определяется сфера действия указанной Конвенции, соотношение ее положений с материальными нормами национального

законодательства. Освещаются правовые последствия ненадлежащего исполнения сторонами своих обязанностей.

Ключевые слова: международный договор купли-продажи, оферта, акцепт, форма договора.

Kossak V. Issues of Appliанce of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980

Annotation. Issues of appliance of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 are covered in the article. Procedure of concluding the contract for the international sale of goods is analyzed. Substantial terms of contract for the international sale of goods are detailed. Requirements for an offer and an accept are concretized. Contract parties' rights and obligations are researched. Moment of concluding contract for the international sale of goods is find out. Sphere of the Convention's effect as well as the correlation of its provisions with the substantive norms of the national legislation is determined. Legal consequences of inappropriate fulfillment of their obligations by the contract parties are highlighted.

Key words: contract for the international sale of goods, offer, accept, form of contract.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ТЛУМАЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ ДОГОВОРІВ



І. ДІКОВСЬКА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Безперечним є те, що належне виконання міжнародних комерційних договорів прямо залежить від розуміння сторонами договору його умов. Так само, як і у разі виникнення спору із договірних відносин, його вирішення значною мірою пов'язано з усвідомленням договірних умов правозастосовчим органом. Відтак тлумачення умов міжнародних комерційних договорів має особливу значущість і заслуговує на спеціальне вивчення.

В Україні на рівні дисертаційних досліджень деякі питання тлумачення міжнародних комерційних договорів досліджували А. Смітюх [1, 57–58] та О. Мережко [2, 249–260], однак спеціального дослідження, присвяченого цій проблематиці, донині немає.

Слід зазначити, що тлумачення умов міжнародних комерційних договорів може здійснюватися за принципами як міжнародних, так і національних правових систем. Метою статті є з'ясування підходів до тлумачення

умов міжнародних комерційних договорів Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі — Конвенція 1980 р.), Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 р. (далі — Принципи УНІДРУА), Принципах європейського договірної права (*Principles of European Contract Law* (далі — *PECL*)) та Проекті спільних підходів (*Draft Common Frame of Reference* (далі — *DCFR*)).

Тлумачення договорів за Конвенцією 1980 р.

Необхідно звернути увагу на те, що Конвенція 1980 р. не містить статті, присвяченої саме тлумаченню «умов договору». Однак її ст. 8¹, що регулює тлумачення заяв, поведінки, намірів сторони, розуміється, зокрема, як така, що призначена для тлумачення договору [3, 18]. Така позиція пояснюється тим, що у Конвенції 1980 р. укладення договору, зміна його умов розглядаються як обмін заявами, що вира-

¹ «1. Для мети цієї Конвенції заяви чи інша поведінка сторони тлумачаться згідно з її наміром, якщо інша сторона знала або не могла не знати, який був цей намір. 2. Якщо попередній пункт незастосовний, то заява чи інша поведінка сторони тлумачаться згідно з тим розумінням, яке мала б розумна особа, котра виступає в тій самій якості, що й інша сторона за аналогічних обставин. 3. При визначенні наміру сторони чи розуміння, яке мала б розумна особа, необхідно враховувати всі відповідні обставини, включаючи переговори, будь-яку практику, яку сторони встановили у своїх відносинах, звичаї і будь-яку наступну поведінку сторін» [3].

жають намір, а також як прояв певної поведінки (див., наприклад, статті 14, 18, 21, 29 Конвенції 1980 р.).

Стаття 8 Конвенції 1980 р. закріплює використання двох критеріїв для тлумачення договору: 1) суб'єктивного (ст. 8 (1)); 2) об'єктивного (ст. 8 (2)).

Використання суб'єктивного критерію полягає у тлумаченні заяв та поведінки сторони (умов договору) «відповідно до наміру сторони, якщо інша сторона знала або не могла не знати, яким був цей намір» [3].

При цьому, як зазначається в одному із судових рішень, «метою ст. 8 (1) Конвенції 1980 р. є встановлення справжнього наміру договірної сторони, але без психологічного дослідження. Це означає, що якщо умови договору були зрозумілими, необхідно дотримуватися їх буквального значення, не надаючи жодній зі сторін права стверджувати, що її невисловлені бажання повинні превалювати» [4].

Вважається, що обов'язок доказування того, що інша сторона знала чи не могла не знати про намір першої сторони, покладається на сторону, яка заявляє відповідне твердження [5].

Застосування ст. 8 (1) Конвенції 1980 р. вимагає, щоб сторони встановили у своїх взаємних відносинах практику і добре знали одна одну, або щоб заяви були дуже чіткими [6].

Крім того, суб'єктивний намір сторони повинен бути виражений нею так, щоб інша сторона могла про нього знати [7, 55].

Так, у одній зі справ, яку розглядав Вищий земельний суд Мюнхена, вирішувалося питання про те, чи включає договір міжнародної купівлі-продажу «Загальні умови» продавця. Відповідаючи на нього, суд зазначив, що для того, щоб такі умови стали частиною контракту, відповідно до ст. 8

Конвенції 1980 р., сторона, яка вимагає їх застосування, повинна надіслати «Загальні умови» іншій стороні або забезпечити їх доступність для неї іншим чином, щоб для іншої сторони було розумно знати про намір першої сторони включити «Загальні умови» до контракту. На думку суду, у справі, що розглядалася, ця вимога була задоволена, оскільки під час переговорів продавець проінформував покупця про намір підпорядкувати договір своїм «Загальним умовам». Крім того, у підтвердженнях замовлень містилися витяги із «Загальних умов», і покупець, підписуючи їх, не висловлював жодних заперечень. При цьому те, що «Загальні умови» продавця були викладені англійською мовою (яка є іноземною для покупця), за твердженням суду не має значення для встановлення те, що «інша сторона знала і не могла не знати про намір першої сторони» [8].

Стаття 8 (1) не може застосовуватися, якщо сторона, яка зробила заяву або вчинила певну дію, не мала наміру щодо певного питання, або якщо інша сторона не знала і немає підстав вважати, що вона повинна була знати про існування наміру першої сторони [3, 18].

У такому випадку застосовується ст. 8 (2) Конвенції 1980 р., яка передбачає, що тлумачення повинно здійснюватися «згідно з тим розумінням, яке мала б розумна особа, котра виступає в тій самій якості, що й інша сторона за аналогічних обставин», тобто використовується об'єктивний критерій.

Для визначення того, яка особа діє «у тій самій якості», до уваги беруться такі фактори: вид діяльності, яким займається підприємство сторони; країна, в якій сторона має вирішальне місце ведення бізнесу («*decisive place of business*»); стандартні форми дого-

ворів, прийняті у цій країні, а також знання та досвід попередніх відносин між тими ж сторонами [9, 65].

«Аналогічними обставинами» можуть бути певні ситуації на ринку, а також певні форми ведення бізнесу (наприклад, укладення та виконання договору купівлі-продажу у межах агентського договору) [9, 65].

Розробники Конвенції 1980 р. зазначають, що, встановлюючи намір сторони або «розумної особи, яка виступає у тій самій якості», перш за все необхідно звертати увагу на фактично використані слова або вчинені дії. Однак аналіз не повинен обмежуватися лише цим, навіть якщо слова або дії видаються такими, що дають чітку відповідь на питання, яке необхідно вирішити. Це пояснюється тим, що призначення ст. 8 Конвенції 1980 р. — встановити справжній зміст договору, водночас як слова, використані у ньому, можуть приховувати такий зміст, наприклад, внаслідок помилки, допущеної стороною (сторонами). Розробники Конвенції 1980 р. у зв'язку з цим наводять приклад, коли оферент пропонує адресату оферти придбати певну кількість товару за ціною 50 000 швейцарських франків. Проте очевидним є те, що оферент мав на увазі 500 000 швейцарських франків, і адресат оферти знав і не міг не знати, що умова щодо ціни має тлумачитися як «500 000 швейцарських франків».

Стаття 8 (3) Конвенції 1980 р. призначена для того, щоб під час тлумачення вийти за межі очевидного значення слів чи поведінки. Саме тому вона встановлює, що «необхідно враховувати всі відповідні обставини», і перелічує їх: переговори, будь-яка практика, яку сторони встановили у

своїх відносинах, звичаї і будь-яка наступна поведінка сторін. При цьому розробники Конвенції 1980 р. підкреслюють, що цей перелік не є вичерпним [3, 18].

Така точка зору підтримується й судовою практикою. Так, наприклад, Комерційний суд Цюріха в одній зі справ зазначив, що ст. 8 Конвенції 1980 р. вимагає, щоб під час тлумачення заяв та поведінки сторони дотримувалася принцип добросовісності [10].

Звичаям та практиці, якою пов'язані сторони, присвячена ст. 9 Конвенції 1980 р.¹ З урахуванням положень цієї статті при тлумаченні договору можуть враховуватися: 1) звичаї, про які сторони домовилися та практика, яку вони встановили у своїх відносинах (ст. 9 (1)); 2) звичаї, про застосування яких сторони прямо не домовлялися (ст. 9 (2)).

Варто зауважити, що Конвенція 1980 р. не висуває жодних вимог до звичаїв, про які сторони домовилися (на відміну від звичаїв, які підлягають застосуванню в силу ст. 9 (2)). Тому вважається, що сторони договору міжнародної купівлі-продажу можуть домовитися про застосування національного звичаю до своїх відносин. У такому випадку і тлумачення договору може здійснюватися на підставі національного звичаю.

Конвенція 1980 р. визначає характеристики звичаїв, які підлягають застосуванню, на підставі ст. 9 (2). Зокрема, такі звичаї повинні бути широко відомими у міжнародній торгівлі та постійно дотримуватися сторонами у договорах такого роду й відповідній галузі торгівлі.

Критерій відомості у міжнародній торгівлі вважається найбільш значу-

¹ «1. Сторони пов'язані будь-яким звичаєм та практикою, яку вони встановили у своїх взаємних відносинах. 2. За відсутності домовленості про інше вважається, що сторони мали на увазі застосування до їх договору чи його укладення звичая, про який вони знали чи повинні були знати і який у міжнародній торгівлі широко відомий і постійно дотримується сторонами в договорах такого роду й відповідній галузі торгівлі» [3].

щим. Звичаї відповідають такій ознаці, якщо вони є відомими у відповідних бізнес-колах більшості країн, що належать до різних груп (наприклад, розвинені і такі, що розвиваються). У деяких випадках, однак, може бути достатнім, щоб звичаї були відомі серед ділових кіл держав, де сторони мають свої комерційні підприємства. Але вони повинні бути відомі там як правила, що регулюють міжнародну торгівлю, а не тільки внутрішні відносини. При цьому звичаї не обов'язково повинні застосовуватися до всіх договорів. Достатньо, щоб вони стосувалися договору купівлі-продажу певного виду [11].

Важливою умовою застосування звичаїв ст. 9 (2) Конвенції 1980 р. є те, що сторони знали або повинні були знати про існування такого звичаю.

Тлумачення договорів згідно з Принципами УНІДРУА

Правила тлумачення договорів містяться у статтях 4.1–4.8 Принципів УНІДРУА. При цьому статті 4.1–4.7 застосовуються для тлумачення у строгому сенсі цього поняття, тобто з'ясування значення договірної умови, яка є незрозумілою; ст. 4.8 — для заповнення прогалин у договорі [12, 146].

На відміну від Конвенції 1980 р. Принципи УНІДРУА розрізняють тлумачення договору (ст. 4.1), заяв та іншої поведінки сторін (ст. 4.2).

Стаття 4.1 встановлює два правила тлумачення договорів: 1) із використанням суб'єктивного тесту, тобто відповідно до спільного наміру сторони (ст. 4.1 (1)); 2) застосовуючи тест розумності, тобто відповідно до значення, яке аналогічні сторонам розумні особи надавали б договору в таких самих обставинах (ст. 4.1 (2)). Друге правило використовується тоді, коли перше не може бути застосовано.

Як зазначається у коментарі до Принципів УНІДРУА, використання першого правила ст. 4.1 може призвести до того, що умові договору може надаватися значення, яке відрізняється як від її значення у буквальному розумінні, так і від значення, яке б надавалося умові розумною особою. Разом із тим практичну значущість цього правила не слід переоцінювати, оскільки сторони договору навряд чи будуть використовувати терміни у значенні, що суттєво відрізняється від того, яке їм зазвичай надається. Крім того, у випадку виникнення спору буде складно довести, що значення, яке надається договірній умові однією із сторін, відповідало спільному наміру сторін у момент укладення договору [12, 137].

Для встановлення того, чи мали сторони спільний намір щодо надання договірній умові певного значення, а також для з'ясування значення, яке аналогічні сторонам розумні особи надавали б договору у таких самих обставинах, Принципи УНІДРУА рекомендують брати до уваги всі істотні для справи обставини, орієнтовний перелік яких наведений у ст. 4.3 Принципів УНІДРУА. Згідно з цією нормою під час тлумачення договору, а також заяв та інших дій сторін, до уваги повинні братися всі обставини, а саме: 1) попередні переговори між сторонами; 2) практика, яку сторони встановили у своїх взаємовідносинах; 3) поведінка сторін після укладення договору; 4) характер та мета договору; 5) загальноприйняті у відповідній галузі підприємницької діяльності значення умов та висловів; 6) звичаї.

Хоча усі перелічені обставини можуть бути істотними для справи, перші три з них мають більше значення для застосування суб'єктивного тесту, водночас як останні дві є важ-

ливішими для використання тесту розумності [12, 140–141].

Різниця між «загальноприйнятим у відповідній галузі підприємницької діяльності значенням умов та висловів» і «звичаями» полягає в тому, що останні застосовуються лише тоді, коли вони відповідають вимогам ст. 1.9 Принципів УНІДРУА¹, водночас як «загальноприйняті... значення умов та висловів»² можуть бути використані, навіть якщо вони вживаються у торговому секторі, до якого належить лише одна сторона або до якого не належить жодна зі сторін, за умови, що такі умова або термін є типовими у певному торговому секторі [12, 141].

Разом із тим в окремих випадках, наприклад, при використанні стандартних умов, суб'єктивний тест і тест розумності не завжди можна застосувати до тлумачення умов договору. Для таких випадків коментар до Принципів УНІДРУА пропонує тлумачити стандартні умови відповідно до розумних очікувань середнього користувача незалежно від значення, яке надається відповідній договірній умові тією чи іншою стороною договору або розумними особами, які діють у тій самій ролі, що й сторони [12, 138].

Міжнародні комерційні контракти можуть містити так зване застереження про поглинання («*merger clauses*»). Згідно з п. 2.1.17 Принципів УНІДРУА вони визначаються як договірні положення, відповідно до яких договір повністю охоплює умови, узгоджені сторонами у ньому, та не може бути оспорений чи доповнений способом

представлення попередніх заяв чи домовленостей. Незважаючи на існування застережень про поглинання, попередні заяви та домовленості можуть бути використані для тлумачення письмового договору (ст. 2.1.17 Принципів УНІДРУА).

Заяви та інші дії сторони тлумачаться: 1) згідно з намірами цієї сторони, якщо інша сторона знала або не могла не знати про ці наміри (ст. 4.2 (1) Принципів УНІДРУА); 2) згідно зі значенням, яке розумна особа, котра діє у тій же ролі, що й інша сторона, надала б їм у таких самих обставинах.

Очевидно, що норми ст. 4.2 Принципів УНІДРУА повністю відповідають ст. 8 Конвенції 1980 р. Стаття 4.2 Принципів УНІДРУА призначена для тлумачення односторонніх заяв чи дій сторін під час укладення договору, а також після нього, наприклад, повідомлень про недоліки товарів, припинення договору тощо [12, 139].

Стаття 4.4 Принципів УНІДРУА встановлює правило про те, що умови і вислови повинні тлумачитися з урахуванням усього договору чи заяви, де вони використовуються. По суті, це означає, що вислів, вжитий у договорі чи заяві, не повинен розумітися ізольовано від інших частин відповідного документа, а як його складова частина.

У коментарі до цієї статті особлива увага приділяється ієрархії договірних умов. За загальним правилом, значення певної договірної умови для тлумачення решти договору не залежить від місця її розташування у тексті. Однак це правило має певні винятки. По-пер-

¹ «(1) Сторони пов'язані будь-яким звичаєм, стосовно якого вони домовилися, та практикою, яку вони встановили у своїх взаємовідносинах. (2) Сторони пов'язані звичаєм, який є широко відомим і постійно дотримується у міжнародній торгівлі, крім випадків, коли застосування такого звичаю було б нерозумним» [12].

² Як приклад використання «загальноприйнятих... значень умов та висловів» коментар наводить такий: «Судновласник А. укладає договір чартеру для перевезення зерна із В. Договір включає стандартну умову “*whether in berth or not*” (“біля причалу або ні”) стосовно початку перебігу сталійного часу після його прибуття до порту призначення. У випадку виникнення розбіжностей у розумінні цього терміна сторонами за відсутності спеціальних чинників, які можуть свідчити про інше, цьому терміну буде надаватися значення, яке він звичайно має у торговому мореплавстві, оскільки він є типовим для цього виду діяльності» [12, 141].

ше, заяви про наміри сторін, які містяться у преамбулі договору, можуть мати або не мати значення для тлумачення основної частини договору. По-друге, спеціальні положення підлягають переважному застосуванню порівняно із загальними. По-третє, договірна умова може мати пріоритетне значення щодо інших положень, якщо сторони договору домовилися про це [12, 143].

Наступне правило тлумачення, встановлене Принципами УНІДРУА, полягає у тому, що умови договору повинні тлумачитися таким чином, щоб їм усім надати сили та не позбавляти сили (сенсу) деякі з них (ст. 4.5).

Це правило може бути застосоване лише у тому випадку, якщо застосування загальних правил, встановлених статтями 4.1–4.3 Принципів УНІДРУА, залишає незрозумілою певну умову [12, 143].

Якщо умови договору, висунуті однією стороною, не є чіткими, перевага надається тлумаченню, яке протилежне інтересам цієї сторони (ст. 4.6 Принципів УНІДРУА). При цьому чим менше обговорювалася відповідна умова під час переговорів, тим більшою є вірогідність її тлумачення проти сторони, яка запропонувала внести її до тексту договору [12, 144].

Принцип, встановлений ст. 4.7 Принципів УНІДРУА, є особливо важливим для міжнародних комерційних договорів, оскільки, як правило, вони укладаються декількома мовами. В результаті значення окремих договірних умов може не збігатися у текстах договору різними мовами. Звичайно, деякі договори визначають, який із текстів підлягає переважному застосуванню у разі виникнення розбіжностей. Разом із тим сторони не завжди можуть домовитися про такий спосіб тлумачення умов договору.

Відтак поширеним є формулювання про те, що кожен із текстів договору має однакову юридичну силу. У такому випадку Принципи УНІДРУА пропонують здійснювати тлумачення договору згідно з тим варіантом тексту, який був складений першим.

Разом із тим, якщо лінгвістичні розбіжності виявляються під час тлумачення договору, укладеного на основі міжнародного та добре відомого документа (наприклад, ІНКОТЕРМС або Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів), доцільним є використання тієї версії відповідного документа, яка є найбільш зрозумілою, навіть якщо вона не є мовою договору. Коментар до Принципів УНІДРУА наводить приклад договору, укладеного між компанією із країни Х та компанією з країни У, складеного трьома мовами: країни Х, країни У та англійською, при цьому усі три тексти є аутентичними. Договір містить посилання на ІНКОТЕРМС 2000. Однак якщо французька версія ІНКОТЕРМС є зрозумілішою для вирішення спірного питання, можна звернутися до неї [12, 146].

Як зазначалося, правило заповнення прогалин договору встановлено ст. 4.8 Принципів УНІДРУА. Воно полягає у тому, що договір доповнюється умовою, яка є відповідною за конкретних обставин. Стаття 4.8 (2) Принципів УНІДРУА визначає невичерпний перелік факторів, що можуть бути взяті до уваги при встановленні умови, яка є відповідною. Ними, зокрема, є наміри сторін, характер та мета договору, добросовісність та чесна ділова практика, розумність.

Разом із тим ст. 4.8 Принципів УНІДРУА не використовується, якщо прогалина у договорі може бути заповнена шляхом використання правил, встановлених Принципами УНІДРУА

(наприклад, якщо не зазначено місце виконання зобов'язання, можна скористатися ст. 6.1.6 Принципів УНІДРУА, строк виконання зобов'язання — ст. 6.1.1 Принципів УНІДРУА тощо), за винятком випадків, коли їх загальний характер не дозволяє вирішити спірного питання з урахуванням очікувань сторін та особливої природи договору [12, 147].

Тлумачення договорів відповідно до *PECL* та *DCFR*

Правила тлумачення договорів встановлені статтями 5:101–5:107 *PECL*.

Критеріями тлумачення договору згідно із *PECL* можуть бути: 1) спільний намір сторін (ст. 5:101 (1)); 2) намір однієї зі сторін (ст. 5:101 (2)); 3) значення, яке б надали договору схожі зі сторонами розумні особи за аналогічних обставин (ст. 5:101 (3)).

Встановлюючи спільний намір сторін, суд повинен брати до уваги обставини, викладені у ст. 5:102 *PECL*¹. Як зазначається у коментарі до *PECL*, спільний намір сторін може існувати також і в договорах приєднання за умови, що сторона, яка не формулювала умови договору, мала достатні знання щодо них та приєдналася до договору.

Разом із тим пошук спільного наміру має відбуватися з урахуванням

ст. 2:105 *PECL*². Стаття 5:101 (1) *PECL* містить важливе правило про те, що спільний намір сторін має пріоритет над буквральним значенням слів. Водночас коментар до *PECL* застерігає про те, що суддя не повинен під виглядом тлумачення змінювати зрозумілі та чіткі положення договору [13, 288].

Якщо сторона договору використала неправильні слова для вираження свого наміру і в результаті договірною умова не точно його відображає, інша сторона може розраховувати на розумне значення слів, використаних першою стороною. Однак якщо буде встановлено, що одна сторона мала намір надати договору певне значення і в момент укладення договору інша сторона не могла не знати про такий намір, згідно зі ст. 5:101 (2) *PECL* критерієм для тлумачення договору буде намір першої сторони, а не розумне значення слів³ [13, 289].

Якщо суддя не може встановити спільного наміру сторін щодо тлумачення договору або якщо для цієї мети не може бути використаний намір однієї зі сторін, застосовується правило ст. 5:101 (3) *PECL*, «тобто значення, яке б надали договору схожі зі сторонами розумні особи за аналогічних обставин».

¹ Тобто обставини, за яких договір укладався, включаючи попередні переговори; поведінку сторін, зокрема й після укладення договору; природу та ціль договору; тлумачення, яке вже було дано сторонами щодо аналогічних положень, а також практику, що склалася між ними; значення, яке зазвичай надається умовам та формулюванням у цій сфері діяльності, а також тлумачення аналогічних положень, яке, можливо, вже мало місце раніше; звичай; вимоги добросовісності та чесної ділової практики.

² «(1) Якщо письмовий договір містить спеціально узгоджене застереження про те, що виражені в письмовій формі умови становлять усі умови договору (застереження про поглинання), будь-які попередні заяви, зобов'язання чи угоди, не виражені у письмовій формі, не є частиною договору.

(2) Якщо спеціальне застереження окремо не узгоджується, то встановлюється лише презумпція того, що сторони не мали наміру вважати свої попередні заяви, зобов'язання та угоди частиною договору. Ця норма не може бути виключена або обмежена.

(3) Попередні заяви сторін можуть використовуватися при тлумаченні договору. Ця норма не може бути виключена або обмежена, якщо тільки це спеціально не погоджено сторонами.

(4) Заяви або поведінка сторони можуть позбавити її можливості претендувати на застосування спеціального застереження тією мірою, якою інша сторона розумно покладалася на такі заяви або поведінку» [13].

³ Коментар до *PECL* ілюструє цю думку таким прикладом: «А., торговець хутром, пропонує продати В., іншому торговцю хутром, шкірку зайця за ціною 1.00 за кілограм. Така умова є опечаткою, оскільки А. мав на увазі 1.00 за штуку. У торгівлі хутром ціна, як правило, визначається поштучно. В одному кілограмі приблизно шість штук шкірок зайця. Таким чином, надрукована у договорі ціна є абсурдно низькою і ціна договору становить 1.00 за штуку. Тобто договірною умовою щодо ціни тлумачиться згідно із наміром А.» [13, 289].

Так само, як і ст. 4.6 Принципів УНІДРУА, *PECL* закріплюють правило *contra proferentem*. Зокрема, відповідно до ст. 5:103 *PECL* у випадку сумнівів щодо значення спеціально не узгодженої умови договору, перевага надається тлумаченню, яке протилежне інтересам сторони, яка його запропонувала.

Стаття 5:104 *PECL* встановлює пріоритет узгоджених умов, тобто правило про те, що спільно узгоджені умови мають переважну силу над умовами, які спеціально не узгоджені. Як зазначає коментар до *PECL*, ця стаття підлягає застосуванню, якщо сторони договору, для укладення якого використовувалася стандартна форма як виняток, спеціально домовилися про якусь умову. Наприклад, якщо у стандартну форму договору були внесені зміни вручну чи будь-яким іншим способом, можна припустити, що такі зміни були узгоджені і їм буде надана перевага у випадку конфлікту з іншими положеннями договору. Однак ця презумпція може бути спростована [13, 295].

Згідно зі ст. 5:105 *PECL* умови договору повинні тлумачитися у контексті всього договору. Це правило, зокрема, означає, що один і той самий термін не повинен мати різне значення у різних частинах договору. Тобто в результаті договір повинен бути розтлумачений так, щоб його частини не суперечили одна одній. Коментар до *PECL* зазначає, що незважаючи на те, що у договорі, як правило, немає ієрархії між його частинами, особлива увага повинна приділятися визначенням термінів та преамбулі, якщо вони містяться у договорі [13, 296].

Стаття 5:106 *PECL* закріплює важливий принцип тлумачення договору, відповідно до якого перевага надається тлумаченню, згідно з яким

умови договору є правомірними або дійсними, а не навпаки. Отже, якщо певне неоднозначне договірне положення може бути розтлумачено таким чином, який робить його недійсним, і таким чином, що робить його дійсним, перевагу слід віддати останньому. Ця ж стаття використовується для випадків, коли одне з двох можливих тлумачень може призводити до абсурдного результату [13, 297].

Стаття 5:107 *PECL* присвячена мовним розбіжностям у договорах, складених двома і більше мовами, і цілком відповідає ст. 4.7 Принципів УНІДРУА. Тобто у такому разі перевагу слід надавати тлумаченню згідно з першопочатковою версією договору.

Правила тлумачення договорів, встановлені *PECL*, були перенесені до *DCFR*. Так, ст. 5:101 *PECL* відповідає ст. II-8:101 *DCFR*; ст. 5:102 *PECL* — ст. II-8:102 (1) *DCFR*; ст. 5:103 *PECL* — ст. II-8:103 (1) *DCFR*; ст. 5:104 *PECL* — ст. II-8:104 *DCFR*; ст. 5:105 *PECL* — ст. II-8:105 *DCFR*; ст. 5:106 *PECL* — ст. II-8:106 *DCFR*; ст. 5:107 *PECL* — ст. II-8:107 *DCFR* [14].

Водночас *DCFR* містить деякі правила, що не відобразились у *PECL*. Наприклад, стаття II-8:102 (2) *DCFR*, присвячена обставинам, які варто враховувати під час тлумачення договору, спеціально розглядає ситуацію, коли потреба у тлумаченні виникає в особи, яка не є стороною договору або правонаступника і яка (який) розумно й добросовісно розраховувала (розраховував) на очевидне значення договору. У такій ситуації обставини, за яких договір укладався, включаючи попередні переговори, поведінка сторін договору, тлумачення, яке вже було дано сторонами стосовно аналогічних положень, а також практика, що склалася між ними, можуть братися до уваги тією мірою, якою вони були відомі

такій особі або «від неї розумно було очікувати, що вони були їй відомі».

Крім того, порівняно із *PECL*, *DCFR* ширше визначає правило *contra proferentem*. Так, якщо відповідно до ст. 5:103 *PECL* воно застосовується лише щодо умов, які спеціально не були узгоджені, то згідно зі ст. II-8:103 (2) *DCFR* таке правило може бути застосоване й до інших умов, що були встановлені під домінуючим впливом однієї зі сторін.

У підсумку необхідно зауважити, що окремі документи міжнародного характеру встановлюють принципи тлумачення міжнародних комерційних договорів. Проведений аналіз дозволяє зробити висновок про те, що для тлумачення договору пропонується використання двох підходів: суб'єк-

тивного та об'єктивного. Використання суб'єктивного критерію полягає у встановленні спільного наміру сторін. В окремих випадках допускається тлумачення договірних умов на підставі наміру однієї зі сторін. Досліджені документи пропонують орієнтовний перелік обставин, які слід враховувати під час використання суб'єктивного критерію. Якщо встановлення спільного наміру сторін (наміру однієї сторони) є неможливим, тлумачення міжнародного комерційного договору відбувається з використанням об'єктивного критерію. Слід також констатувати розвиток принципів тлумачення міжнародних комерційних договорів, який, зокрема, виявляється у появі нових принципів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Смітюх А. В.* Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та Lex Mercatoria в контексті міжнародного приватного права : дис. ... канд. юрид. наук. — О., 2003. — 216 с.
2. *Мережко А. А.* Транснациональное торговое право (lex mercatoria). — К., 2001. — 464 с.
3. *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods.* — Vienna. — 10 March — 11 April 1980, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committee. — 1981. — 487 p.
4. *Spain* 27 December 2007 Appellate Court Navarra [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071227s4.html>.
5. *Switzerland* 3 July 1997 District Court St. Gallen (Fabrics case) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970703s1.html>.
6. *Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce* (Arbitral award № 8324), 1995 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>.
7. *Schlechtriem P., Butler P.* UN law on international sales: the UN Convention on the International Sale of Goods, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009. — 351 p.
8. *14.01.2009 Germany* 20 U 3863/08 Oberlandesgericht München [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1496>.
9. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods Commentary by Prof. Dr. jur. Dr. sc. oec. Fritz Enderlein Prof. Dr. jur. Dr. sc. oec. Dietrich Maskow* Oceana Publications, 1992. — 454 p.
10. *30.11.1998 Switzerland* HG 930634 Handelsgericht Zürich [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=409>.
11. *Enderlein F., Maskow D.* Article 9 [Usages and established practices] [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein-art09.html#art099a>.
12. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2010. — 454 p.
13. *Principles of European Contract Law: Parts I & II.* The Commission On European Contract Law, Ole Lando, Hugh Beale. Kluwer Law International, 2000. — 561 p.
14. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR).* Outline Edition. Prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

Діковська І. А. Окремі аспекти тлумачення міжнародних комерційних договорів

Анотація. У статті аналізуються способи тлумачення умов міжнародних комерційних договорів, запропоновані Конвенцією Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної

купівлі-продажу товарів 1980 р., Принципами міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 р., Принципами європейського договірної права та Проектом спільних підходів. Зроблено висновок про те, що усі ці документи використовують суб'єктивний та об'єктивний підходи до тлумачення умов міжнародних комерційних договорів. Використання суб'єктивного підходу полягає у з'ясуванні спільного наміру сторін або наміру однієї сторони за умови, що в момент укладення договору інша сторона не могла не знати про такий намір.

Під час з'ясування спільного наміру сторін до уваги слід брати певні обставини: попередні переговори; поведінку сторін (зокрема й після укладення договору); природу та ціль договору; вимоги добросовісності та чесної ділової практики тощо.

Об'єктивний підхід полягає у з'ясуванні значення, яке б надали договору схожі зі сторонами розумні особи за аналогічних обставин. Як правило, об'єктивний підхід використовується тоді, коли суб'єктивний підхід неможливо використати.

Ключові слова: міжнародні комерційні договори, тлумачення, Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, Принципи УНІДРУА, PECL, DCFR.

Диковская И. А. Отдельные аспекты толкования международных коммерческих договоров

Аннотация. В статье анализируются способы толкования условий международных коммерческих договоров, предложенные Конвенцией Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Принципами международных коммерческих договоров УНДРУА 2010 г., Принципами европейского договорного права и Проектом общих подходов. Сделан вывод о том, что все эти документы используют субъективный и объективный подходы к толкованию условий международных коммерческих договоров. Использование субъективного подхода заключается в выяснении общего намерения сторон или намерения одной стороны при условии, что в момент заключения договора другая сторона не могла не знать о таком намерении.

Устанавливая общее намерение сторон, во внимание следует принимать определенные обстоятельства: предварительные переговоры, поведение сторон (в том числе и после заключения договора); природу и цель договора, требования добросовестности и честной деловой практики и др.

Объективный подход заключается в выяснении значения, которое бы придали договору схожие со сторонами разумные лица при аналогичных обстоятельствах. Как правило, объективный подход используется тогда, когда субъективный подход невозможно использовать.

Ключевые слова: международные коммерческие договора, толкование, Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, Принципы УНДРУА, PECL, DCFR.

Dikovska I. Some Issues of Interpretation of International Commercial Contracts

Annotation. The article analyzes the methods of the interpretation of international commercial contracts terms proposed by the UN Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Principles of international commercial contracts UNIDROIT 2010, Principles of European Contract Law and Draft Common Frame of Reference. It has been concluded that all these documents use subjective and objective approaches to the interpretation of international commercial contracts terms. Using a subjective approach stands for establishing the common intention of the parties or a party, provided that at the time of conclusion of the contract the other party could not have been aware of that intention.

Certain factors should be taken into account, while establishing the parties' common intention: preliminary negotiations, parties' conduct (including the conduct subsequent to the conclusion of the contract), the nature and purpose of the contract, the requirements of good faith and fair dealing).

An objective approach means an interpretation of the contract according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances. Usually an objective approach can be applied when a subjective approach cannot be used.

Key words: international commercial contracts, interpretation, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UNIDROIT Principles, PECL, DCFR.

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПОВІТРЯНЕ ПРАВО



Г. ЦІРАТ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правознавства
(Університет сучасних знань)*

1. Сучасні проблеми

З розвитком української економіки зростає як кількість використовуваних у міжнародних перевезеннях літаків іноземного виробництва, так і кількість українських громадян, які обрали повітряне перевезення, здійснюване українським чи іноземним експлуатантом для поїздки за кордон у відрядження чи на відпочинок. Іноземні громадяни використовують повітряний транспорт для поїздок в Україну. Так, якщо в 2001 р. вітчизняними авіакомпаніями було перевезено 1,4 млн пасажирів, то вже в 2006 р. кількість перевезених пасажирів сягнула 4,2 млн чоловік, а в 2009 — 5,1 млн. За період з січня по жовтень 2010 р. перевезено 5,2 млн пасажирів [1]. Здійснення перевезень як за кордон, так і по Україні стало можливим переважно літаками іноземного виробництва, які відповідають встановленим вимогам щодо безпеки та шумності. Найбільш реальним шляхом оновлення парку повітряних суден для українських авіакомпаній стало отримання літаків на умовах лізингу або придбання уживаних літаків та двигунів з використанням іноземного кредитування. Тобто дедалі більше

правовідносин з наявним іноземним елементом виникає у сфері використання повітряного простору.

2. Здійснені дослідження

Дослідження окремих питань таких правовідносин в Україні проводили Е. Вакулович (договір лізингу транспортних засобів), І. Діковська (договір повітряного чартеру; правове регулювання повітряних перевезень за участю фактичного перевізника), І. Безлюдько (договір перевезення вантажу повітряним транспортом) та Я. Добідовська (лібералізація міжнародних повітряних перевезень).

Деякі українські науковці (В. Костицький, В. Цимбалюк, Е. Шереметьєва, О. Шереметьєва, Ю. Задорожний, Ю. Корнєєв та інші) приділяють увагу питанням визначення предмета та методів правового регулювання національного повітряного права, зосереджуючись загалом на питаннях публічного, а не приватного права.

У Росії такі правовідносини вивчають В. Бордунов (не схильний розділяти публічно-правові та приватно-правові питання використання повітряного простору), М. Остроумов (науково-практичний коментар до чинних міжнародних договорів Вар-

шавської системи та Монреальської конвенції 1999 р.) та А. Щурова (цивільно-правові аспекти відповідальності авіаперевізника за нанесення шкоди життю або здоров'ю пасажирів під час міжнародних перевезень).

3. Цілі дослідження

З 80-х років ХХ ст. на теренах ЄСРП (останнє дослідження за редакцією А. Мовчана та О. Садікова), а потім незалежних країн, що утворилися на пострадянському просторі, не здійснювалося комплексного дослідження приватноправових питань, що можуть бути предметом правовідносин, пов'язаних з використанням повітряного простору. У зв'язку з цим основною метою цієї статті є визначення загальних питань міжнародного приватного повітряного права (далі — МППП) — предмета, джерел та колізійних прив'язок, що надають можливість визначити право, застосовне до правовідносин у МППП.

3.1. Предмет

МППП має своїм предметом відокремлену та специфічну групу суспільних відносин, пов'язаних із використанням повітряного простору, де іноземний елемент може бути присутнім:

а) в суб'єктному складі — один з учасників правовідносин є іноземною особою або його місцезнаходження — в іноземній державі (лізингодавець, лізингоодержувач, кредитор, гарант, експлуатант, пасажир, третя особа);

б) об'єкт правовідносин (авіаційне обладнання) перебуває у власності іноземної особи або заставлений у її інтересах як забезпечення належного виконання зобов'язань. При цьому цей об'єкт постійно змінює своє місцезнаходження у разі його використання у міжнародному повітряному сполученні;

в) в основі правовідносин може бути юридичний факт, що мав місце за кордоном (укладення договору перевезення, лізингу, кредитування, настання події та нанесення шкоди третім особам іноземцям на території іноземної держави тощо).

Правовідносини у сфері МППП часто характеризуються наявністю більш ніж одного іноземного елемента.

Хоча МППП є частиною цілого — міжнародного приватного права, можна говорити про формування окремої науки МППП, оскільки суспільні відносини з іноземним елементом у повітряному просторі останнім часом зумовлюють інтерес до них з боку багатьох осіб, суспільства, держави, міжнародної спільноти. Зазначене викликає потребу нормативно-правового (юридичного) узгодження інтересів учасників суспільних відносин у повітряному просторі. Інтерес до формування правовідносин у повітряному просторі як системи знань, умінь і навичок стосовно правил поведінки їх учасників виникає і в дослідників.

До вивчення окремих інститутів науки МППП може бути застосована система, коли загальна частина порядку із традиційними для юридичних дисциплін главами, що стосуються предмета, системи та джерел, відображає специфіку, що стосується уніфікованих норм, колізійних норм та встановлення змісту іноземного закону. Особлива ж частина стосується суб'єктів, об'єктів (повітряних суден, двигунів та запасних частин до них тощо), права власності та інших прав, основних видів зобов'язань та міжнародного процесу.

Таким чином, МППП можна розглядати у трьох змістах:

- як сферу суспільних відносин, які виражаються у нормах права щодо

використання повітряного простору (діяльності в цьому просторі) особами приватного права, та наслідки такого використання як для осіб, що брали в ній участь (перевізники, пасажирів, лізингодавці, власники тощо), так і для осіб, що не брали участі в діяльності з використання цього простору (треті особи на поверхні). Зазначені норми права містяться в міжнародних та національних правових актах. При цьому, як правило, національні норми формуються під впливом міжнародних як напрям наукових досліджень і як навчальна дисципліна.

До специфічних ознак МППП сучасного періоду можна віднести наявність джерел, які характеризуються високим ступенем універсальності, та необхідність для українських суб'єктів виконувати вимоги іноземного законодавства.

Оскільки МППП є частиною міжнародного приватного права, яке в свою чергу є частиною приватного або цивільного права, йому притаманні прийоми та способи впливу на учасників правовідносин, характерні для методу цивільно-правового регулювання, а саме:

- 1) юридична рівність сторін;
- 2) ініціатива сторін при встановленні правовідносин;
- 3) диспозитивність правового регулювання.

Зазначені риси цивільно-правового методу правового регулювання відображаються і в принципах, і функціях, що аналогічні принципам та функціям цивільного права.

3.2. Джерела

3.2.1. Внутрішнє законодавство

До джерел МППП в Україні, перш за все, належать Закон України «Про міжнародне приватне право» як основний акт, що вирішує питання, важ-

ливі для міжнародного приватного права загалом. До норм, які можуть застосовуватися до правовідносин у сфері МППП, належать норми щодо визначення права, які підлягають застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, форми договорів, загальні положення про право, що застосовуються до права власності та інших речових прав, виникнення та припинення права власності та інших речових прав, право власності та інші речові права, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів, положення про право, що застосовується до договору за відсутності згоди сторін про вибір права, колізійні норми щодо договорів зобов'язань.

Повітряний кодекс України (далі — ПК України) являє собою акт, що містить переважно норми публічного повітряного права. Дуже загально окреслені загальні норми щодо договору повітряного перевезення; обов'язків та відповідальності авіаційного перевізника; прав пасажирів на компенсацію у разі відмови у перевезенні, скасуванні чи тривалого затримання авіарейсів; авіаційного страхування.

Оскільки ПК України не містить специфічних вимог приватного права до повітряних перевезень, застосуванню підлягає Цивільний кодекс України (далі — ЦК України), який серед загальних норм щодо осіб та об'єктів містить також положення щодо договорів перевезення (вантажів, пасажирів та багажу), найму транспортного засобу, лізингу, договорів купівлі-продажу, вимоги щодо відшкодування шкоди.

Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу [2] містять вимоги до квитка, скасування та затримання рейсів, прав пасажирів, що вирушають з/до аеропортів Європейського Союзу

та інших пасажирів, у разі відмови в перевезенні, скасуванні або затримання рейсу, повернення пасажиру сплачених коштів, чартерних та послідовних перевезень тощо. Хоча в цих правилах зазначається, що вони розроблені з урахуванням положень міжнародних документів, однак мають суттєві недоліки [3].

Правила повітряних перевезень вантажів [4] містить вимоги до авіавантажних накладних, прийняття товарів до транспортування, трансферу вантажу, права сторін договору перевезення розпоряджатися вантажем, вимоги до повітряних перевезень, що здійснюються послідовним або фактичним перевізником, до змішаних та чартерних перевезень тощо.

Порядок і правила проведення обов'язкового авіаційного страхування цивільної авіації [5] встановлюють норми щодо страхування відповідальності повітряного перевізника за шкоду, заподіяну пасажиром, багажу, пошті, вантажу, страхування відповідальності експлуатанта повітряного судна за шкоду, заподіяну третім особам, страхування членів екіпажу повітряного судна та іншого авіаційного персоналу, страхування повітряних суден та норми щодо процедури отримання страхового відшкодування.

Питання співвідношення основних джерел (внутрішньодержавного права та міжнародного договору) вирішено в Конституції України, законах «Про міжнародні договори України» та «Міжнародне приватне право», ЦК України, ПК України (ст. 3), Цивільному (ст. 8) та Господарському (ст. 4) процесуальних кодексах.

3.2.2. Міжнародні багатосторонні договори

У 1929 р. делегати Варшавської конференції домовилися встановити ліміти компенсації, що сплачувалася

пасажиром за втрачений багаж та шкоду, завдану авіакомпанією пасажиру. Ці ліміти були встановлені в Варшавській конвенції для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень. Згодом Варшавська конвенція була доповнена Гаазьким протоколом 1955 р. та Гвадалахарською конвенцією 1964 р., що утворили разом Варшавську систему відповідальності перевізника, яка мала численні зауваження як через невизначеність термінів, так і через низькі межі відповідальності. Бажання підняти ці ліміти та внести уточнення термінів мало наслідком «ржавіння» [6, 56] уніфікації та встановлення 44 режимів [7, 3] відповідальності перевізника за Варшавською системою.

Роздробленість режиму відповідальності, а також технічні вдосконалення вимагали внесення подальших змін до Варшавської конвенції. Оскільки внесок Варшавської конвенції та інших пов'язаних із нею документів у справу гармонізації норм міжнародного приватного повітряного права був значним, Монреальська конвенція [8] являє собою удосконалений і консолідований текст Варшавської конвенції та пов'язаних з нею документів, що дозволило відновити правову одназначність та прозорість [9, 2].

Однак цілі Монреальської конвенції є відмінними від проголошених Варшавською конвенцією. З охорони перевізників від величезних позовів та сплати обтяжливих страхових премій [7, 10; 10, 11] акцент змістився на захист інтересів споживачів під час міжнародних повітряних перевезень і необхідність справедливої компенсації відповідно до принципу найбільш повного відшкодування.

Монреальська конвенція інкорпорувала двохрівневий режим відпові-

дальності, розроблений Угодою IATA між перевізниками щодо відповідальності перед пасажирями 1995 р. При цьому відповідальність другого рівня повинна відповідати фактичній шкоді, тобто при будь-якому позові штрафи, штрафні санкції чи будь-які інші виплати, що не стосуються компенсації фактичної шкоди, не підлягають стягненню (ст. 29).

На відміну від Варшавської, Монреальська конвенція розподілила режим відповідальності щодо багажу та вантажу. Перевізник несе відповідальність за шкоду, заподіяну у випадку знищення, втрати або пошкодження зареєстрованого багажу. Стосовно незареєстрованого багажу, зокрема особистих речей пасажиря, перевізник несе відповідальність, якщо шкода заподіяна з його вини або з вини його службовців чи агентів.

Розробники Конвенції та деякі правники вважають, що режим відповідальності за Монреальською конвенцією подолав усі проблеми Варшавської системи [9, 2; 7, 12]. Проте не всі є такими оптимістами, оскільки концепції «події» [11], «тілесного ушкодження» та інші ключові для відповідальності перевізника поняття навіть не обговорювалися і залишилися такими самими, як і у Варшавській конвенції.

Монреальська конвенція 1999 р. є важливим джерелом міжнародного приватного повітряного права, оскільки і сама Конвенція (ст. 29), і судова практика щодо неї встановлюють, що під час перевезення пасажирів, багажу та вантажу будь-який позов стосовно заподіяної шкоди чи то на підставі цієї Конвенції, чи договору перевезення, чи у зв'язку з правопорушенням або на будь-якій іншій підставі може бути поданий лише відповідно до умов і меж відповідальності, які передбачені

цією Конвенцією (доктрина виключності).

У 1988 р. в Оттаві було прийнято Конвенцію УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг, основною метою якої було усунення юридичних перешкод для міжнародного фінансового лізингу обладнання та утримання при цьому справедливої рівноваги інтересів між різними сторонами операції.

Конвенція підлягає застосуванню у тому випадку, коли місця здійснення підприємницької діяльності лізингодавця й лізингоодержувача — в різних державах, і ці держави й держава, в якій розташовується місце здійснення підприємницької діяльності постачальника, є договірними державами; або якщо як договір поставки, так і договір лізингу регулюються законодавством договірної держави.

Конвенція не ратифікована США та іншими розвинутими країнами, оскільки вона не враховує всіх нюансів [12, 31] фінансового лізингу залежно від його предмету і є занадто загальною. Тому вона не відіграла своєї ролі у придбанні авіаційного обладнання.

Захист прав кредиторів при фінансуванні ними придбання дорогого рухомого обладнання та проблеми, що виникають при цьому, завжди турбували міжнародну спільноту. Першою спробою встановлення однакового (уніфікованого) міжнародного режиму була Женевська конвенція про міжнародне визнання прав на повітряні судна 1948 р., проте вона закріпила лише визнання прав власності та інших речових прав на авіаційне обладнання і не створила уніфікованих норм щодо підстав їх виникнення, та була ефективною тільки у випадку, якщо літак був у реєстрі договірної країни та подальше виконання щодо літака (при-

мусовий продаж) здійснювалося в іншій договірній країні. Зазначені питання було врегульовано Конвенцією про міжнародні гарантії щодо рухомого обладнання 2001 р. [13] та Протоколу до неї, що були розроблені для встановлення ефективного механізму фінансування пересувного обладнання, міжнародних правил щодо виникнення, існування та припинення забезпечувальних прав, де предметом забезпечення є авіаційне обладнання. Запропоноване Конвенцією та Протоколом регулювання є радикально новим, оскільки більшість країн не мають законодавства, необхідного для підтримання принципів фінансування, базованого на активі (*asset based financing*). Конвенція та Протокол являють собою унікальний документ, яким створюється законодавством для кожної договірної країни, що врегульовує найбільш важливі аспекти купівлі, продажу, лізингу та фінансування літаків та двигунів, зокрема питання невиконання, використання засобів захисту, неспроможності, пріоритету, титулу, дереєстрації літаків та реєстрації обтяжень літаків та двигунів.

Питання відповідальності авіакомпанії (експлуатанта) перед третіми особами за шкоду, нанесену на поверхні, регулюються такими міжнародними договорами:

- Конвенція № 3007 про шкоду, завдану іноземними повітряними суднами третім особам на поверхні 1952 р. [14] та Протокол про її зміну, підписаний у вересні 1978 р. [15];
- Конвенція про загальні ризики 2009 р. [16];
- Конвенція про незаконне втручання 2009 р. [17].

Україна не є учасницею жодного з зазначених вище міжнародних договорів щодо відповідальності експлуатанта перед третіми особами.

3.2.3. Міжнародні двосторонні договори

Двосторонні договори з питань повітряного сполучення, які ми можемо визначити як міжнародні двосторонні договори спеціального характеру, містять норми про надання двох комерційних свобод, ємність регулярних повітряних сполучень, оподаткування та інші питання, важливі для міжнародного повітряного права. Україна підписала понад 60 таких угод. Основною метою зазначених угод, які побудовані за стандартною формою, розробленою в ІКАО, та яка фактично відображає типову форму Бермудської угоди I, є домовленість про призначення певної кількості (одного чи більше) авіапідприємств для експлуатації договірних ліній за маршрутами, встановленими державами, що дозволяє контролювати доступ іноземних авіакомпаній на національний ринок. Укладені Україною в 90-х роках договори характеризуються як дуже обмежувальні [18] порівняно з договорами з відкритого неба, про що і зазначено у преамбулі двосторонньої угоди між Україною та Європейським Співтовариством про певні аспекти повітряного сполучення [19]. Це обмеження базується серед іншого на вимозі щодо фактичного володіння авіакомпанією, що була вперше розроблена в Аеронавігаційній конвенції 1919 р. та критикується нині [20; 21].

Для МППП мають значення міжнародні двосторонні договори загального характеру (двосторонні або багатосторонні договори про правову допомогу та правові відносини у цивільних справах), які мають спеціальні норми щодо деліктних правовідносин, застосування яких можливе у випадку нанесення шкоди третім особам на поверхні. Застосовними в МППП є ті договори, що мають відповідні поло-

ження про юрисдикцію та застосовне право до деліктних зобов'язань.

3.2.4. Іноземне законодавство

Постанова ЄС № 785/2004 про вимоги до страхування авіаперевізників і операторів повітряних суден [22] застосовується до комерційних перевізників та експлуатантів, що здійснюють некомерційні рейси. Хоча вона не відміняє та не замінює правил відповідальності, встановлених міжнародними конвенціями, учасниками яких є країни ЄС, вона встановлює значно вищі ліміти відповідальності та стосується як міжнародних, так і внутрішніх рейсів. Постанова передбачає право країни — члена ЄС заборонити повітряному перевізникові будь-якої іншої країни здійснювати посадку в своєму аеропорту у випадку відсутності страхування відповідно до встановлених лімітів. Зазначене право мало наслідком необхідність для українських авіакомпаній, що здійснюють перевезення у країни ЄС, виконувати вимоги щодо здійснення страхового покриття у розмірі 250 000 СПЗ на кожного пасажирів. Щодо пасажирів, багажу та вантажу страхування повинно включати покриття за смерть та особисту шкоду, нанесену подією, та за збитки або втрату чи шкоду, нанесену багажу або вантажу. Щодо третіх осіб страхування повинно включати покриття за смерть, особисту шкоду та шкоду, завдану подією майну. Застраховані ризики повинні враховувати акти війни, тероризм, викрадення, саботаж, незаконне захоплення літака та громадські заворушення.

Постанова встановлює обов'язок повітряних перевізників та експлуатантів забезпечити наявність страхового покриття щодо будь-якого польоту незалежно від того, здійснюється експлуатація літака ними як власниками чи згідно з будь-яким договором

лізингу, спільного або франчайзингового використання, за договорами код-шерингу або будь-якими іншими договорами схожої природи.

3.2.5. Судова практика

Перевага правил міжнародного договору встановлена чинним законодавством України. У преамбулі Монреальської конвенції зазначається про бажання договірних держав упорядковано розвивати міжнародні повітряні перевезення в дусі колективних дій держав щодо подальшої гармонізації й кодифікації деяких правил, які регулюють міжнародні повітряні перевезення. Така гармонізація охоплює і уніфіковане вирішення спорів з повітряного перевезення, оскільки Монреальська конвенція є єдиною підставою позову до перевізника. Оскільки серед тестових понять, сукупність наявності яких має наслідком настання відповідальності перевізника у встановленому конвенціями розмірі, зазначені конвенції визначають лише «міжнародне перевезення», судова практика країн — учасниць Монреальської конвенції є важливою при тлумаченні таких понять, як «подія», «посадка», «висадка», «затримка», «види шкоди», що підлягають відшкодуванню, розумні або необхідні дії перевізника. Розробники Монреальської конвенції свідомо відмовилися від надання визначень, оскільки вже тоді існувала вагома судова практика, що була сформована документами Варшавської системи [23, 83].

3.2.6. Звичай

Порядок і правила проведення обов'язкового авіаційного страхування цивільної авіації встановлюють, що страхова сума, встановлена за договором обов'язкового страхування щодо страхування відповідальності експлуатанта повітряного судна за шкоду, заподіяну третім особам, та щодо стра-

хування відповідальності повітряного перевізника за шкоду, заподіяну пасажиром, багажу, пошті, вантажу, для міжнародних польотів не повинна бути меншою, ніж у межах, передбачених відповідно до уніфікованих умов об'єднання лондонських страховиків або інших умов, що застосовуються у міжнародній практиці. Група застережень авіаційного страхування (*Aviation Insurance Clauses Group* («AICG»)), основним завданням якої є розроблення модельних застережень та полісів з авіаційного страхування, розробляє та пропонує модельні застереження, які мають рекомендаційний, а не зобов'язальний характер. Застереження саме цієї групи використовують українські страхові компанії при укладенні договорів страхування з українськими авіакомпаніями у разі необхідності подальшого перестрахування ризиків на західному ринку.

3.2.7. Акти міжнародних організацій, зокрема ІКАО, IATA та OECD

Державіаслужба України до спільного використання кодів відносить усі форми співробітництва, які передбачені документами ІКАО, зокрема циркуляром ІКАО № 269-АТ/110 [24]. Оскільки чинне законодавство України не містить чітких положень щодо договорів про спільне використання кодів, українським експлуатантам доцільно дотримуватися рекомендацій зазначеного циркуляру, в іншому разі укладений українськими експлуатантами договір про спільне використання кодів може бути не затверджений Державіаслужбою.

Іншими документами, важливими для українських перевізників при здійсненні міжнародних рейсів, є тарифи, що розробляються IATA, одним із видів регуляторної діяльності якої є визначення тарифних зон та встановлення тарифів між усіма парами

пунктів авіаційних перевезень всередині кожної зони.

IATA для спрощення діяльності авіакомпаній на ринку пропонує форми типових договорів (купівлі-продажу, фінансового та оперативного лізингу, новації), які надалі можуть використовуватися сторонами як база для подальших переговорів. Часто сторони приєднуються до цих типових договорів, зазначаючи про зміни певних положень саме в договорі приєднання.

Організація з економічного співробітництва та розвитку (OECD) впливає на діяльність суб'єктів МППП, які мають намір придбати нове повітряне судно з залученням фінансування експортного агентства країни виробництва літака. У межах цієї організації уряди Австралії, Бразилії, Канади, ЄС, Японії, Кореї, Нової Зеландії, Норвегії, Швейцарії та США підписали Угоду про офіційно підтримувані експортні агентства [25], основною метою якої є запровадження уніфікованих вимог під час надання фінансування експортними агентствами країни виробника обладнання.

4. Колізійні норми

У договірному праві принцип автономії сторін при виборі права набув свого поширення в усьому світі як колізійний природно-правовий принцип та позитивно-правова колізійна норма з прив'язкою *lex voluntatis*.

Цей принцип та норма відобразились і в Законі України «Про міжнародне приватне право» (ст. 5). Відповідно, сторони зобов'язальних правовідносин МППП (договору купівлі-продажу, лізингу, застави повітряних суден та іншого авіаційного обладнання, перевезення тощо) вправі узгоджувати застосовне до їхніх правовідносин право.

Проте за цим Законом свобода сторін у виборі права та подальше

впровадження цього вибору може бути обмежена дією імперативних норм України (п. 1 ст. 14) або іншої держави, з якою правовідносини мають тісний зв'язок (п. 2 ст. 14). У разі узгодження сторонами договору (лізингового, перевезення тощо) права його застосування може обмежуватися імперативними та надімперативними нормами як права країни кожної сторони договору, і права суду, так і права іноземної країни у разі виявлення судом тісного зв'язку між правом такої іноземної країни та спірними правовідносинами.

У разі відсутності згоди сторін договору про вибір права ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлює загальні та спеціальні колізійні прив'язки, за допомогою яких суд, що розглядає спір, визначається із застосовним правом.

У разі виникнення спору щодо повітряного судна із договору купівлі-продажу застосуванню підлягає право країни продавця. Застосування права країни продавця передбачається також Гаазькою конвенцією про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу товарів 1955 р. [26], що може застосовуватись до договорів купівлі-продажу нових повітряних суден, тобто тих, що ще не зареєстровані в жодному національному реєстрі цивільних літаків.

Закон України «Про міжнародне приватне право» не визначає такого виду зобов'язальних правовідносин, як договір лізингу, а тільки встановлює правило виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору оренди.

ЦК України розглядає договори лізингу як підвид договору найму (оренди). Оскільки ЦК України передбачає, що до відносин, пов'язаних з лізингом, застосовуються загальні по-

ложення про купівлю-продаж та положення про договір поставки, якщо інше не встановлено законом, можна погодитися з Д. Січко в тому, що під лізингом у визначенні ЦК України потрібно розуміти лише фінансовий лізинг [27, 6]. Оскільки за законом до договору купівлі-продажу застосовується право продавця, а до договору найму — право наймодавця, можна дійти висновку, що до договорів фінансового лізингу буде застосовуватися право лізингодавця. Така сама прив'язка застосовуватиметься і щодо договору оперативного лізингу авіаційного обладнання.

У разі виникнення спору з договором перевезення застосуванню підлягатимуть міжнародні конвенції, що мають переважну силу перед національним законодавством.

Окрему уваги варто приділити договору застави повітряних суден. У разі застави повітряного судна в країнах — учасницях Женевської конвенції застосовується колізійна прив'язка місця реєстрації судна. Очевидно, розробники Закону України «Про міжнародне приватне право» також планували застосування цієї колізійної прив'язки як спеціальної прив'язки щодо договорів майна, на яке поширено режим нерухомої речі. Закон було прийнято 25 червня 2005 р., а вже через півроку законодавець відмовився від поширення режиму нерухомого майна на повітряні судна. Таким чином, у разі укладення договору застави повітряного судна в Україні, як і будь-якого іншого авіаційного обладнання, застосуванню підлягатиме право країни заставодавця. Повітряні судна, що перебувають в українському реєстрі цивільних суден, є переважно власністю іноземних осіб, тож у випадку виникнення спору з договору застави такого літака застосуванню

підлягатиме право власника літака як заставодавця.

Під час здійснення застави повітряних суден різними країнами при визначенні закону, що підлягає застосуванню при заставі повітряних суден, використовуються три колізійні прив'язки:

- 1) місце перебування судна;
- 2) місце реєстрації судна;
- 3) місце реєстрації боржника (країни Північної Америки).

Юридична визначеність стосовно застосування колізійної норми щодо здійснення застави повітряного судна за вимогами законодавства місця його реєстрації була поставлена під сумнів 2010 р. в справі *Blue Sky One Limited and others v Blue Sky Airway LLC and others*. Сторони домовилися, що договір застави судна повинен регулюватися нормами права Англії — місця реєстрації судна. В момент укладення договору застави літак перебував у Нідерландах. Оскільки застава здійснювалася в Англії, форма договору та реєстрація застави здійснювалася за вимогами англійського законодавства. Спір, що виник між сторонами, розглядався узгодженим сторонами англійським судом, який дійшов висновку про недійсність договору застави, оскільки він не відповідав вимогам датського законодавства щодо форми та змісту. Було постановлено, що застосовним правом повинно бути право *lex situs* судна на момент укладення договору застави, а не право місця реєстрації літака. При цьому суд не застосував колізійних норм права *lex situs*, які відсилали до *lex registrii* [28; 29]. Ця справа останніми роками розглядається як ілюстрація примарності укладених договорів застави повітряних суден за відсутності чинного міжнародного договору, який регулюватиме як вимоги до форми та змісту

такого договору, так і подальші вимоги до його виконання у разі прострочення або невиконання боржника.

Колізія законів може виникнути у разі укладення договорів перестрахування ризиків, застрахованих українськими страховиками. Хоча загалом сторони договорів перестрахування узгоджують застосовне право шляхом посилання на застереження *AVN 1*, за яким застосуванню підлягає право Англії, трапляються випадки, коли таке застереження не здійснене. За Законом України «Про міжнародне приватне право» у разі відсутності узгодженого права застосуванню підлягатиме право країни перестраховика.

За законодавством Англії країною, де зареєстровані перестраховики, що працюють на Ллойдовському ринку, належним правом (*proper law*) договору страхування є правова система, на яку є посилання в договорі, або правова система, що має найтісніший зв'язок з транзакцією (*its closest and most real connection*). Проте у разі укладення договору перестрахування з пулом перестраховиків, що походять з різних країн, можливі різні варіанти визначення належного права [30, 310].

Закон України «Про міжнародне приватне право» встановив сферу дії права, що застосовується до договору. Зокрема, це право застосовується до дійсності договору. Розділяють матеріальну та формальну дійсність договору. У разі визначення матеріальної дійсності договору сторона, що заперечує таку дійсність, може додатково посилатися на *lex domicili*, якщо її поведінка щодо погодження умов договору не може бути оцінена застосовним правом. Зазначене правило, введене Римською конвенцією, залишилося незмінним у Регламенті Рим I.

Питання виконання договору за українським правом тлумачаться згідно

з застосовним правом, і лише у разі неможливості його застосування при визначенні способів та порядку виконання договору субсидіарно може застосовуватися право місця виконання договору. Український закон розділяє питання загального виконання (умови договору, що впливають з нього або з вимог застосовного права, старанність виконання, місце та час виконання, можливість виконання обов'язку третьою особою замість зобов'язаної, режим відповідальності, наслідки повного або часткового невиконання, зокрема питання щодо сплати збитків тощо) та питання способів та порядку виконання (йдеться про неналежне виконання). Концепція способів та порядку виконання не є однаково визначеною в законодавстві різних країн. Відповідно при її застосуванні суд, що розглядає справу, буде виходити з *lex fori* [31].

Щодо повітряних перевезень пасажирів та вантажу належний спосіб та порядок виконання частини питань передбачений Варшавською та Монреальською конвенціями, які передбачають наслідки неналежного виконання договору перевезення перевізником. Питання, не врегульовані конвенціями (відмова від договору, неналежне виконання договору), вирішуються з застосуванням норм права *lex fori*.

Незважаючи на той факт, що Монреальська конвенція являє собою модернізований варіант документів Варшавської системи, а не новий міжнародний інструмент, прямі відсилання в Конвенції до закону суду зведені до мінімуму. За правилами *lex fori* визначаються лише строки позовної давності (ст. 35) та розмір відшкодування судових та пов'язаних із судовим розглядом витрат, понесених позивачем (п. 6 ст. 22). В усіх інших випадках, що

за Варшавською конвенцією вирішувалися за нормами закону суду, суд повинен застосовувати або норми Монреальської конвенції, або право, що застосовується до спору загалом.

Можливість застосування національного законодавства перевізника передбачена п. 5 ст. 22 Монреальської конвенції в частині доказу того, що шкода є результатом дії чи бездіяльності перевізника, його службовців або агентів, учиненої з наміром завдати шкоди або через злочинну недбалість і з усвідомленням того, що в результаті таких дій може буде завдано шкоди.

Ні Варшавська, ні Монреальська конвенції не визначають кола осіб, що мають право на позов, та їхніх відповідних прав. Американські суди в таких випадках застосовують право, визначене згідно з колізійними нормами *lex fori* [32, 277–278]. Суди інших країн можуть застосовувати як право перевізника [33, 178–179], так і право місця укладення договору, національності судна, закону місця призначення, що має найтісніший зв'язок з договором перевезення.

Використання літаків у міжнародній цивільній авіації (перевезення вантажів, пошти та пасажирів), можливість нанесення шкоди такими літаками на поверхні третім особам у випадку настання події, правові наслідки авіаційних інцидентів, у яких можуть бути задіяні особи з різних юрисдикцій (експлуатант, власник, виробник літака, двигунів до нього або інших складових частин літака, персонал експлуатанта літака, особи, які здійснили технічне обслуговування літака, особи, яким завдано шкоди, особи, які давали команди щодо здійснення навігації літака, страхові організації), порушує питання про необхідність регулювання питань відшко-

дування шкоди, завданої третім особам на поверхні у випадку аварії на літаку, або падіння з літака предметів чи людей, або падіння самого літака.

Під час розгляду деліктних спорів колізійна проблема може виникнути при:

- визначенні підстав виникнення шкоди;
- кваліфікації дії як делікту;
- встановлення деліктоздатності суб'єктів;
- визначення розміру та порядку відшкодування шкоди.

Традиційно в законодавстві різних країн закріплювалася основна колізійна прив'язка — право держави місця нанесення шкоди (*lex loci delicti commissi*). Застосування цієї прив'язки мало як переваги (легкість у застосуванні, передбачуваність результатів застосування, симетричність застосування щодо різних потенційних сторін конфлікту у великих катастрофах, якими зазвичай є катастрофи з падінням літаків на поверхню), так і недоліки (позивачам іноді дуже незручно використовувати юрисдикцію місця події, яка має випадковий характер щодо позивача [34, 91; 35, 217], фактори, що стосуються справи, знаходяться в різних країнах [36, 41]).

Проте з розвитком правового регулювання деліктних правовідносин почали запроваджуватися й інші колізійні принципи як альтернативні або додаткові до основної колізійної прив'язки:

- закон місця проживання, (*lex domicili*) або особистий закон (*lex personalis*), або місце звичайного перебування потерпілого [35, 218–219];
- закон місця настання прямих несприятливих наслідків, спричинених у результаті делікту (*lex loci damni*);

- закон держави, з якою пов'язані обидві сторони деліктних правовідносин, якщо сторони мають місце проживання або розташування в одній державі (*lex personalis*);

- закон суду (*lex fori*);
- закон країни, яка має найтісніший зв'язок з деліктом.

Країни ЄС включили до сфери деліктних зобов'язань принцип «автономії волі», в результаті чого сторони деліктного зобов'язання мають право обрати ту правову систему, яка бере до уваги інтереси обох сторін [36].

Закон України «Про міжнародне приватне право» встановив прив'язку, за якою права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди, визначаються правом держави, у якій мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди, тобто використана колізійна прив'язка *lex loci delicti commissi*.

У разі нанесення шкоди авіаційним обладнанням або його складовою частиною вибір права може бути здійсненим за колізійними нормами, встановленими Гаазькою конвенцією 1973 р. про право, застосовне до відповідальності за продукт (далі — Конвенція 1973 р.) [37]. Ця Конвенція, як і низка інших Гаазьких конвенцій, в ролі сфери застосування не встановлює правила перебування учасників делікту в договірних країнах. Вона застосовується щодо відповідальності виробників та постачальників кінцевого продукту або компоненту такого продукту [38], а також інших осіб, зокрема тих, що здійснюють технічне обслуговування та ремонт обладнання і зберігають його, тобто всіх тих осіб, що перебувають у ланцюзі збуту цього продукту. Згідно зі встановленими нею колізійними прив'язками застосовуванню підляга-

тиме відповідне право незалежно від того, чи є країна цього права підписантом Конвенції.

Конвенція 1973 р. встановлює низку пов'язуючих факторів щодо визначення застосовного до деліктних правовідносин права. Так, право місця нанесення шкоди буде застосовуватися, якщо особа, що зазнала шкоди, має загальне місцезнаходження в цій же країні, або основне місцезнаходження відповідальної особи — в цій же країні, або в цій країні було придбано товар, що наніс шкоду потерпілому (ст. 4).

У разі перебування відповідальної особи в країні розташування потерпілого або придбання потерпілим товару в країні його місцезнаходження застосуванню підлягатиме право країни розташування потерпілого.

Таким чином, Конвенцією 1973 р. передбачається наявність декількох пов'язуючих факторів для вибору застосовного права.

У разі ж неможливості застосування пов'язуючих факторів, зазначених вище, потерпілий має право застосувати або право країни розташування відповідальної особи, або право країни місця нанесення шкоди (ст. 6). У разі ж нанесення шкоди в міжнародних водах застосуванню підлягатиме тільки право країни розташування відповідальної особи (як правило, виробника продукту).

Вимоги потерпілого можуть стосуватися шкоди, завданої продуктом самому потерпілому (розробники використовують поняття «*personal injury*», що охоплює як матеріальну, так і ментальну шкоду) або його майну, зокрема шкода, отримана внаслідок неадекватного опису продукту або відсутності адекватного попередження щодо характеристик товару, якості та методів застосування та вимоги щодо економічних втрат.

Хоча Конвенція 1973 р. являє собою зручний інструмент щодо застосування американського права проти американського виробника, навіть у тому випадку, коли справа розглядається іноземним судом, вона не часто застосовується [39].

При виникненні деліктного зобов'язання можуть також застосовуватися й міжнародні конвенції або договори загального характеру, які мають спеціальні норми, що регулюють деліктні правовідносини. Йдеться про двосторонні або багатосторонні договори (конвенції) про правову допомогу та правові відносини у цивільних справах. Україна підписала понад 10 таких двосторонніх договорів та Конвенцію про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р.

Щодо деліктних зобов'язань зазначені договори загалом передбачають застосування класичного колізійного принципу — законодавства Договірної Сторони, на території якої мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги відшкодування шкоди.

Деякі з зазначених двосторонніх договорів загального характеру передбачають можливість для сторін вибору альтернативних колізійних принципів:

1) якщо заподіювач шкоди і потерпілий є громадянами однієї Договірної Сторони, може застосовуватися законодавство цієї Договірної Сторони (договори з В'єтнамом, Грузією, Молдовою, Польщею, Румунією, Узбекистаном, Чеською республікою, зазначена Конвенція 1993 р.);

2) якщо заподіювач шкоди і потерпілий є громадянами однієї Договірної Сторони, може застосовуватися законодавство Договірної Сторони, до суду якої подано позовну заяву (дого-

вори з Естонією, КНДР, Латвією, Литвою).

5. Висновки

Нам видається, що специфічні питання правовідносин, пов'язаних з використанням повітряного простору

авіаційним обладнанням, «занадто» обтяжених іноземними елементами, доцільно вивчати в межах окремої галузі науки права. Оскільки саме таке їх вивчення надасть можливість здійснювати якісні дослідження.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Гордієнко І. В.* Сучасний стан авіаційного транспорту як важливої складової транспортного комплексу України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.nbu.gov.ua/e-journals/PSPE/2010_4/Gordienko_410.html.
2. *Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу* : наказ Міністерства транспорту та зв'язку України від 23 квітня 2010 р. № 216 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 63. — Ст. 2190.
3. *Цірат Г. В.* Регулювання затримки рейсу за Монреальською конвенцією 1999 року та Правилами перевезення пасажирів і багажу // Держава і право : зб. наук. пр. : Юридичні і політичні науки. — Вип. 56. — К., 2012. — С. 462–467.
4. *Правила повітряних перевезень вантажів, затверджені наказом Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації* від 14 березня 2006 р. № 186 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 25. — Ст. 1840.
5. *Про затвердження порядку і правил проведення обов'язкового авіаційного страхування цивільної авіації* : постановка Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 2002 р. № 1535 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 42. — Ст. 1943.
6. *Minutes. Intern. Conf. on Air Law. (Convention for Unification of Certain Rules for International Carriage by Air).* — Montreal. — 1999. — 10–28 May. — Vol. 1. — 265 p.
7. *Larsen Irene.* Regime of Liability in Private International Air Law with Focus on the Warsaw System and the Montreal Convention of 28 May 1999 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://law.au.dk/fileadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2002/speciale-20020002.pdf.
8. *Конвенція про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень* // Офіційний вісник України. — 2009. — № 33. — Ст. 1163.
9. *LC/30-WP/4. Agenda Item 4: The modernization of the «Warsaw System» and review of the question of the ratification of international air law instruments». Introductory note (Presented by the Secretariat). Legal Committee.* — 30th Session. — Montreal, 1997. — 28 April — 9 May. — 45 p.
10. *Manuel Harry.* The Montreal Convention in the European Context: a passenger's paradise? // IFTTA Europe Workshop. — Budapest. — 2008. — 3–5 April. — 14 p.
11. *Цірат Г. В.* Поняття «подія» за Варшавською та Монреальською конвенціями // Судова апеляція. — 2012. — № 3 (28). — С. 154–160.
12. *Ghonaim Mahmoud.* The Legal Aspects Of Aviation Finance In Developing Countries. A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial fulfillment of the requirements of the degree of Master of Laws. — Montreal, 1991. — March. — 269 p.
13. *Конвенція про міжнародні майнові права на рухоме обладнання та Протокол до Конвенції про міжнародні майнові права на рухоме обладнання з питань авіаційного обладнання, вчинені 16 листопада 2001 р.* // Офіційний вісник України. — 2012. — № 50. — Ст. 1953.
14. *Конвенція № 3007 об ушкодженні, причиненому іноземними судами третім лицам на поверхності* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU52K03U.html.
15. *Протокол об изменении Конвенции об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности, подписанной в Риме 7 октября 1952 г.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/954_001.
16. *DCCD Doc № 4. 7/11/08. Проект конвенции о возмещении ущерба третьим лицам, причиненного воздушными судами третьим лицам* : мат. междунар. конф. по воздушному праву (Монреаль, 20 апреля — 2 мая 2009 г.). — 8 с.
17. *DCCD Doc № 3 7/11/08. Проект конвенции о возмещении ущерба третьим лицам, причиненного в результате актов незаконного вмешательства с участием воздушных судов* : мат. междунар. конф. по воздушному праву (Монреаль, 20 апреля — 2 мая 2009 г.). — 19 с.
18. *Britton R.* Airline Alliances: Why They Form, How They Work [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.mcgill.ca/files/iasl/ASPL614-Airline-Alliances-Nov11.pdf>.
19. *Угода між Україною та Європейським Співтовариством про певні аспекти повітряного сполучення* від 1 грудня 2005 р., затверджена Указом Президента України від 21 листопада 2006 р. № 774/2006 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 39. — Ст. 2619.

20. *Racie Milan A.* The Evolution of Global Airlines: The Role of Airline Mergers, Franchises and Alliances in the Re-Development of International Air Transport Regulation. A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial fulfillment of the requirements of the degree of Master of Laws. — Montreal, 1996. — 156 p.
21. *Humele Peter Francis.* The withering of foreign ownership restrictions and the rise of competition in the north American Airline Industry. A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial fulfillment of the requirements of the degree of Master of Laws. — Montreal, 1996. — March. — 153 p.
22. *Regulation (EC) № 785/2004* Of the European Parliament And Of The Council of 21 April 2004 on insurance requirements for air carriers and aircraft operators // Official Journal of the European Union. — 2004. — P. 138/1–138/6.
23. *Doc. 9775-DC/2.* International Conference On Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air). — Montreal, 1999. — 10–28 May. — Vol. I : Minutes. — 1999. — 531 p.
24. *Последствия совместного использования кодов авиакомпаний.* ИКАО. Циркуляр 269-АТ/110. — Монреаль, 1997. — 102 с.
25. *Arrangement* on officially supported export credits dated 1 September 2011. TAD/PG(2011)13 — 143 p. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=tad/pg\(2011\)13&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=tad/pg(2011)13&doclanguage=en).
26. *Convention of 15 June 1955* on the law applicable to international sales of goods 1955 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31.
27. *Січко Д. С.* Правова природа лізингу в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 2006. — 19 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2006/06dsplu.zip>.
28. *Gomez Lincoln D.* Blue Sky Case: English Law Aircraft Mortgages vs Aruba Law Aircraft Mortgages/LincolnDGomez [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://aviationarubalawyers.wordpress.com/2011/01/13/blue-sky-case-english-law-aircraft-mortgages-vs-aruba-law-aircraft-mortgages>.
29. *Honnebier B. P.* The English Blue Sky case — Topical International Aviation Finance Law Issues. — The Netherlands, 2011. — 16 p. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.airandspacebooks.info/wordpress/wpcontent/uploads/2011/10/HONFIN23nov112.pdf>.
30. *Margo Rod D.* Conflict of Laws in Aviation Insurance // The Use of airspace and outer space for all mankind in XXI century under ed. Chia-Jui — Cheng. — The Hague, 1995. — P. 309–318.
31. *Giuliano M., Lagarde P.* Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations // Official Journal C 282. — 1980. — P. 0001–0050 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML).
32. *Tompkins George N., Jr.* Liability Rules Applicable to International Air Transportation as Developed by the Courts in the United States. From Warsaw 1929 to Montreal 1999. WoltersKluwer. Law & Business. — Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2010. — 433 p.
33. *Садиков О. Н.* Правовое регулирование международных перевозок. — М., 1981. — 288 с.
34. *Lagerberg Eric M.* Conflicts of Laws in Private International Air Law. A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial fulfillment of the requirements of the degree of Master of Laws. Institute of Air and Space Law McGill University. — Montreal, 1991. — 143 p.
35. *Міжнародне приватне право.* Науково-практичний коментар Закону / за ред. А. Довгєрта. — Х., 2008. — 352 с.
36. *Regulation (EC) № 864/2008* of the European Parliament and of the Council of 1 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) // Official Journal of the European Union. — 2007. — P. 40–49.
37. *Convention of 2 October 1973* on the Law Applicable to Products Liability 1973 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=84.
38. *Explanatory Report* on the 1973 Hague Products Liability — P. 14. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.hcch.net/upload/expl22.pd>.
39. *Eriksson S.* The 1973 Convention on Law Applicable to Products Liability, some minor comments // Conference on International Aviation Liability & Insurance (October 30–31, 2009, Montreal). — 6 p. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://monmexique.com/Eriksson-Conv-Products-Liability091019.pdf>.

Цірат Г. В. Міжнародне приватне повітряне право

Анотація. Автор пропонує виокремити окрему галузь науки права — міжнародне приватне повітряне право (МППП), та вивчати її в окремому курсі. До вивчення окремих інститутів науки МППП може бути застосована система, коли загальна частина поряд із традиційними для юридичних дисциплін главами, що стосуються предмета, системи та джерел, відображає специфіку, що стосується уніфікованих норм, колізійних норм та встановлення змісту іноземного закону. Особлива ж частина стосується суб'єктів, об'єктів (повітряних суден, двигунів та запасних частин до них тощо), права власності та інших прав, основних видів зобов'язань та міжнародного

процесу. МППП має своїм предметом відокремлену та специфічну групу суспільних відносин, пов'язаних із використанням повітряного простору, що часто характеризуються наявністю більш ніж одного іноземного елементу. Автор визначає основні джерела МППП та наголошує на наявності специфічних джерел, що є особливістю МППП, а саме іноземному законодавстві (особливо законодавство ЄС) та судовій практиці іноземних судів. Визначені колізійні прив'язки, що можуть застосовуватися в МППП, а саме *lex voluntatis*, *lex situs*, *lex registrii*, *lex domicilii*, *lex fori*, *lex loci delicti commissi*, *lex loci damni*, *lex personalis*.

Ключові слова: авіаційне обладнання, Кейптаунська конвенція, колізійні прив'язки, курс, судова практика, міжнародний договір, міжнародне приватне повітряне право, Монреальська конвенція.

Цірат А. В. Международное частное воздушное право

Аннотация. Автор предлагает выделить отдельную отрасль науки права — международное частное воздушное право (МЧВП), и изучать ее в отдельном курсе. К изучению отдельных институтов науки МЧВП может быть применена система, когда общая часть наряду с традиционными для юридических дисциплин главами, касающимися предмета, системы и источников, отражает специфику, касающуюся унифицированных, коллизионных норм и определения содержания иностранного закона. Особенная же часть касается субъектов, объектов (воздушных судов, двигателей и запасных частей к ним и т. п.), права собственности и иных прав, основных видов обязательств и международного процесса. МЧВП имеет в качестве предмета отдельную и специфическую группу общественных правоотношений, связанных с использованием воздушного пространства, которые часто характеризуются наличием двух и более иностранных элементов. Автор определяет основные источники МЧВП и делает акцент на наличии специфических источников, представляющих собой особенность МЧВП, а именно иностранное законодательство (особенно законодательство ЕС) и судебная практика иностранных судов. Определены коллизионные привязки, которые используются в МЧВП, а именно: *lex voluntatis*, *lex situs*, *lex registrii*, *lex domicilii*, *lex fori*, *lex loci delicti commissi*, *lex loci damni*, *lex personalis*.

Ключевые слова: авиационное оборудование, Кейптаунская конвенция, коллизионные привязки, курс, судебная практика, международный договор, международное частное воздушное право, Монреальская конвенция.

Tsirat H. Private International Air Law

Annotation. The author proposes to distinguish separate branch of legal science — private international air law (PIAL) and to study it in a separate course. In order to study some institutes of PIAL science the author suggests to apply a system where general part together with traditional for legal disciplines chapters concerning subject, system and sources reflects some specific features connected with unified and conflict-of-law rules, and a definition of a content of a foreign law. Particular part should be devoted to subjects, objects (aircraft, engines and spare parts to them, etc.), ownership and other rights, main kinds of liabilities and international process. PIAL as a subject has a separate and specific group of social relationship connected with usage of air space which often involves two and more foreign elements. The author defines the main sources of PIAL and focuses the attention to foreign laws and court practice of the foreign courts which are specific sources and perform as peculiar features of PIAL. The author studies the conflict of legal rules used in PIAL, namely *lex voluntatis*, *lex situs*, *lex registrii*, *lex domicilii*, *lex fori*, *lex loci delicti commissi*, *lex loci damni*, *lex personalis*.

Key words: aviation equipment, Cape-Town Convention, conflict of law rules, court practice, international private air law, course, international treaty, Montreal Convention.

МІЖНАРОДНІ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЦИВІЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗАБРУДНЕННЯ ІЗ СУДЕН У МІЖНАРОДНОМУ МЕХАНІЗМІ ОХОРОНИ МОРСЬКОГО СЕРЕДОВИЩА



Т. КОРОТКИЙ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного права
і міжнародних відносин
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*

Останніми десятиліттями збільшилася кількість міжнародних угод, що містять уніфіковані матеріальні норми про цивільну відповідальність заподіювача шкоди: угоди про міжнародний транспорт, про цивільну відповідальність за забруднення моря, за ядерну шкоду. На цю тенденцію вказував Л. Лунц [1, 644].

До цієї групи належать приватно-правові за суттю конвенції: Римська конвенція про відшкодування шкоди, заподіяної іноземними повітряними суднами третім особам на поверхні 1952 р., Паризька конвенція про відповідальність перед третьою стороною в галузі ядерної енергії 1960 р., Брюссельська конвенція про відповідальність операторів ядерних суден 1962 р., Брюссельська конвенція про цивільну відповідальність у галузі морських перевезень ядерних матеріалів 1971 р., Конвенція про цивільну відповідальність за шкоду, заподіяну при перевезенні небезпечних вантажів

автомобільним, залізничним і внутрішнім водним транспортом 1989 р. (далі — Конвенція 1989 р.), Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1992 р. (Міжнародну конвенцію про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р., змінену Протоколом 1992 р., прийнято називати «Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1992 р.» (кодова назва — *CLC-92*)) (далі — Конвенція 1992 р.), Міжнародна конвенція про відповідальність і компенсацію шкоди у зв'язку з перевезенням морем небезпечних і шкідливих речовин 1996 р. (далі — Конвенція 1996 р.), Віденська конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1997 р., Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення бункерним паливом 2001 р. (далі — Конвенція 2001 р.). У таких сферах, як цивільна відповідальність за забруднення із суден,

ядерну шкоду, вони охоплюють значну кількість учасників і відтак можуть вважатися універсальними.

За цими конвенціями цивільна відповідальність за заподіяну шкоду покладається на приватноправові суб'єкти (а оскільки йдеться про наявність іноземного елемента — на суб'єктів міжнародного приватного права) — перевізника (ст. 5 Конвенції 1989 р.), власника судна (ст. III Конвенції 1992 р.), оператора ядерної установки (ст. II Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1997 р.). Ці конвенції спрямовані на встановлення одноманітних правил, що забезпечують відповідне і швидке відшкодування шкоди (преамбула Конвенції 1989 р.), всесвітнього режиму відповідальності, який дозволить доповнити й підсилити ці заходи з метою збільшення суми відшкодування за ядерну шкоду (преамбула Конвенції про додаткове відшкодування за ядерну шкоду 1997 р.), забезпечення надання достатньої, своєчасної та ефективної компенсації особам, які зазнали шкоди, заподіяної інцидентами, що пов'язані з перевезенням морем небезпечних і шкідливих речовин, та створення одноманітних міжнародних правил і процедур для вирішення питань відповідальності й компенсації у зв'язку з такою шкодою (преамбула Конвенції 1996 р.) [2, 328–330]. Як правило, усі вони передбачають систему обмеження відповідальності, створення фонду забезпечення відповідальності, систему обов'язкового страхування відповідальності та низку інших заходів, які повинні вжити держави-учасниці на національному рівні.

У цих конвенціях уніфіковані перш за все матеріальні норми. Значно меншою мірою вони передбачають уніфіковані колізійні норми, згідно з якими

обирається закон для вирішення окремих питань відшкодування шкоди.

До додаткових заходів, що спрямовані на максимальне відшкодування шкоди в тих сферах, де вона може бути значною і може перевищувати межі відповідальності, належать спеціальні механізми, передбачені Міжнародною конвенцією про створення Міжнародного фонду з компенсації шкоди від забруднення нафтою 1992 р. (Міжнародну конвенцію про створення Міжнародного фонду з компенсації шкоди від забруднення нафтою 1971 р., змінену Протоколом 1992 р., прийнято називати «Міжнародна конвенція про створення Міжнародного фонду для компенсації шкоди від забруднення нафтою 1992 р.» (кодова назва *FC-92*)) (далі — Конвенція про Фонд 1992 р.), Конвенцією про додаткове відшкодування за ядерну шкоду 1997 р. Ці конвенції, безсумнівно, належать до галузі міжнародного приватного права, хоч і передбачають діяльність, а в низці випадків і певні зобов'язання держав. Механізми, передбачені цими конвенціями, є допоміжними щодо основних конвенцій — Паризької конвенції про відповідальність перед третьою стороною в галузі ядерної енергії 1960 р., Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1997 р., Конвенції 1992 р.

Транспортні та ядерні конвенції поняття «шкода» визначають як шкоду, завдану навколишньому середовищу, а саме: втрати або збитки внаслідок забруднення навколишнього середовища, що його спричинили небезпечні вантажі, за умови, що відшкодування за шкоду, завдану навколишньому середовищу, за винятком втрати прибутку у зв'язку з такою шкодою, обмежуються витратами на розумні заходи для відновлення, яких було або буде вжито; витрати на запобіжні засоби й

подальші збитки або шкоду, які викликані запобіжними засобами (ст. 1 п. 10 с; d Конвенції 1989 р.); витрати на заходи для відновлення навколишнього середовища, стан якого погіршився, за винятком незначного погіршення, якщо такі заходи фактично були вжиті або повинні бути вжитими; втрати доходів, що отримуються від економічного інтересу при будь-якому застосуванні або використанні навколишнього середовища, у результаті значного погіршення стану цього середовища; витрати на превентивні заходи та вартість подальших втрат або збитків, заподіяних такими заходами (ст. I iv, v, vi Конвенції про додаткове відшкодування за ядерну шкоду 1997 р.).

Таким чином, ці конвенції відіграють важливу роль у механізмі охорони навколишнього середовища, а саме інституті цивільно-правової відповідальності за екологічну шкоду. Додамо, що шкода, яка виникає у зв'язку з ядерним інцидентом та забрудненням із суден, як правило, опосередковується забрудненням навколишнього середовища, у зв'язку з чим виникають шкода та збитки. Таким чином, компенсація як прямої, так і опосередкованої шкоди, а також шкоди навколишньому середовищу безпосередньо, яка включає, зокрема, і затрати на відновлення, є предметом регулювання цих конвенцій. Але в ядерних конвенціях та конвенціях з цивільної відповідальності за забруднення із суден, як правило, шкода навколишньому середовищу є первинною та тягне подальші збитки і шкоду. Тому ці конвенції відіграють особливу роль у механізмі охорони навколишнього середовища.

Міжнародні конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення із суден (Конвенція 1992 р., Конвенція про Фонд 1992 р., Кон-

венція 1996 р., Конвенція 2001 р.) становлять достатньо розгалужену, цілісну й дієву відособлену систему, яка створює міжгалузевий інститут цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден у межах міжнародного приватного морського права [3, 61–69; 4, 528–533] та міжнародного права охорони морського середовища [5, 384–389; 6, 534–542], комплексне дослідження якого дозволить як дати відповіді на теоретичні питання стосовно системи міжнародних конвенцій про цивільну відповідальність за заподіяння позадоговірної шкоди, визначення їхньої юридичної природи й місця в системі права, особливостей уніфікації норм, що їх складають, так і визначити місце цих конвенцій у механізмі охорони морського середовища від забруднення із суден.

Прикладний аспект цього дослідження пов'язаний, по-перше, зі змінами, які відбулися в договірній системі міжнародної цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден: у 1992 р. були прийняті Протокол про зміну Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р., Протокол про зміну Міжнародної конвенції про створення Міжнародного фонду з компенсації шкоди від забруднення нафтою 1971 р. і поправки до Протоколів 1992 р. у 2000 р.; Протокол 2003 р. до Міжнародної конвенції про створення Міжнародного фонду з компенсації шкоди від забруднення нафтою 1992 р.; прийняті нові Конвенція 1996 р. і Конвенція 2001 р.

По-друге, приєднання України в 2002 р. до Конвенції 1992 р. зумовлює необхідність створити механізми ефективної імплементації прийнятих зобов'язань за зазначеною конвенцією. Ця імплементація припускає зміни в чинному законодавстві і, перш

за все, — Кодексі торговельного мореплавства України (далі — КТМ України). Однак слід зазначити значну недосконалість і невідповідність КТМ України законодавству і міжнародним договорам України, зокрема в галузі цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден. Доцільне також вивчення участі України в решті конвенцій, що становлять приватноправовий механізм охорони морського середовища від забруднення із суден: Конвенції про Фонд 1992 р., Конвенції 1996 р., Конвенції 2001 р.; можливостей та способів імплементації їхніх норм у законодавство України. Важливим є аналіз практики застосування відповідних положень міжнародних конвенцій і національного законодавства як щодо обмеження відповідальності за забруднення із суден, так і своєчасної і повної компенсації за шкоду від забруднення із суден, зокрема й використання механізмів Міжнародного фонду для компенсації шкоди від забруднення нафтою [7, 269–276]. Тому міжнародне приватноправове регулювання охорони морського середовища від забруднення із суден є одним із найактуальніших напрямів досліджень у галузі міжнародного приватного морського права та інституту деліктної відповідальності.

Серед авторів, які досліджують питання деліктної відповідальності в міжнародному приватному праві, слід назвати А. Банковського, А. Довгерта, В. Звекова, Є. Кабатова, Т. Ківалову, В. Кисіля, Л. Лунца, А. Недбай, Г. Фединак та ін.

Безпосередньо питання міжнародної уніфікації норм про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення із суден досліджували С. Гурєєв [8], Г. Іванов [9], В. Кисельов [10], В. Кириленко і В. Сидорченко [11], О. Кулістікова [12], А. Маковський [13; 14],

В. Медніков [15], В. Мусін [16; 17; 18]. Низку праць за зазначеною проблемою підготовлено автором [5; 19; 20; 21; 22]. Однак сучасні тенденції розвитку інституту цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден та практика реалізації його норм обумовлюють необхідність дослідження цього інституту міжнародного приватного морського права.

При цьому необхідний комплексний підхід до дослідження міжнародного механізму охорони морського середовища, який охоплює як публічно-правову, так і приватноправову складові, що є методологічним підходом до дослідження інституту, що розглядається. Важливим є комплексний аналіз приватноправових — як за охопленням питань (відповідальність, рятування, арешт, страхування), так і за рівнем регулювання (міжнародне, внутрішньодержавне) — проблем охорони морського середовища від забруднення із суден як складової частини міжнародного механізму охорони морського середовища.

Метою статті є з'ясування поняття та сутності міжнародного приватноправового компонента механізму охорони морського середовища від забруднення із суден, визначення поняття, правової природи, особливостей цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден у міжнародному приватному морському праві.

Для досягнення поставленої мети визначено такі завдання:

- дослідити взаємодію публічно-правових та приватноправових норм у міжнародному механізмі охорони морського середовища від забруднення із суден;
- проаналізувати особливості конвенційного регулювання цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден та виявити особливості

уніфікації цих норм у міжнародному приватному морському праві;

- здійснити комплексний аналіз міжнародних норм про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення із суден, визначити їхнє місце в системі міжнародного приватного морського права.

Об'єктом дослідження є норми міжнародного приватного морського права та цивільного законодавства України, які регулюють відносини цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден, та система правовідносин, що виникає у сфері приватноправової охорони морського середовища від забруднення із суден.

Предметом дослідження є теоретичні та практичні питання приватноправового механізму охорони морського середовища від забруднення із суден та проблеми імплементації норм міжнародного приватного морського права, які стосуються цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден, у правову систему України.

Розгляд системи міжнародних конвенцій про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення із суден як міжгалузевого інституту цивільної відповідальності за шкоду від забруднення необхідно розпочати з відбиття його ролі в механізмі охорони морського середовища від забруднення із суден.

Розглядаючи категорію «механізм» стосовно сфери охорони морського середовища від забруднення із суден, слід уточнити цю категорію. На нашу думку, використання поняття «механізм» пов'язано більшою мірою не з єдністю норм права стосовно віднесення до певної системи (міжнародної або внутрішньодержавної) або галузі (міжнародного приватного права, цивільного права, екологічного права), а з можливістю реалізації виключ-

но в комплексі з нормами інших правових систем, галузей та інститутів: йдеться не про статичне утворення, яке з певним допущенням може характеризуватися, або іншу спільність правових норм, а про динамічне утворення, що виникає й існує у процесі реалізації цих норм, що спрямована на досягнення певного результату. Саме тому запропоновано термін «правовий механізм охорони морського середовища від забруднення із суден» як родове поняття, що складається з приватноправового та публічноправового механізмів охорони морського середовища від забруднення із суден як комплексних категорій. До того ж ця комплексність є тривірневою: вона виявляється в комплексному підході щодо природи норм (приватноправові та публічно-правові); в належності до різних правових систем, різного рівня регулювання — внутрішньодержавної та міжнародної; у комплексному підході до регулювання, що припускає повне охоплення різних аспектів усіх відносин у цій сфері: цивільно-правова відповідальність, страхування відповідальності, фінансове забезпечення, арешт суден, рятування від забруднення [23, 38].

Слід зазначити, що Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 р. (далі — Конвенція 1982 р.), яка, безумовно, є джерелом міжнародного публічного права та основою співробітництва держав у сфері захисту та збереження морського середовища, містить норми про питання цивільної відповідальності за забруднення морського середовища. Частина друга ст. 235 Конвенції 1982 р. містить вказівку на необхідність забезпечити можливість звернення за одержанням належного відшкодування або іншої компенсації шкоди у короткий термін, яка заподіяна забрудненням

морського середовища фізичними або юридичними особами, що перебувають під юрисдикцією держави.

Оскільки в цій статті зазначається належність до певної юрисдикції заподіювача шкоди — потенційного відповідача, а про потерпілу сторону нічого не сказано, то остання може перебувати як під юрисдикцією цієї держави, так і поза нею. Таким чином, ця норма містить загальні вимоги щодо цивільного чи міжнародного приватного права держави, її процесуальних норм.

Що ж до ч. 3 ст. 235 Конвенції 1982 р., то вона має визначальне значення в контексті проблематики нашої статті. Прочитуємо її повністю: «З метою забезпечити швидке й адекватне відшкодування шкоди, заподіяної забрудненням морського середовища, держави співпрацюють у здійсненні чинного міжнародного права і в подальшому розвитку міжнародного права, що стосується відповідальності для оцінювання і відшкодування шкоди або врегулювання пов'язаних з цим суперечок, а також, принагідно, у розробленні критеріїв і процедур виплати належного відшкодування, таких як обов'язкове страхування чи компенсаційні фонди».

Отже, зміст ч. 3 ст. 235 Конвенції 1982 р. вказує на необхідність комплексного підходу як до співробітництва держав у сфері охорони морського середовища від забруднення, включаючи приватноправові питання такого співробітництва, а саме цивільної відповідальності за забруднення морського середовища, так і до вивчення міжнародно-правових аспектів цивільної відповідальності за забруднення морського середовища в контексті «чинного міжнародного права».

Аналізована стаття закликає до співробітництва у реалізації між-

народно-правових норм (а за змістом — приватноправових), так і в нормотворчості у галузі міжнародного права, що стосується відповідальності — фактично уніфікації міжнародного приватного права. Предметною галуззю такого співробітництва визнаються: оцінка шкоди; відшкодування шкоди; врегулювання суперечок, пов'язаних з оцінюванням та/чи відшкодуванням шкоди; критерії та процедури виплат належного відшкодування (обов'язкове страхування або компенсаційні фонди).

Виходячи з викладеного вище, ми вважаємо, що питання цивільної відповідальності за забруднення із суден необхідно розглядати водночас як складову частину єдиного механізму міжнародно-правової охорони морського середовища від забруднення із суден, виявляючи при цьому їх приватноправову сутність і належність до системи міжнародного приватного морського права.

Таким чином, у міжнародно-правовому механізмі охорони морського середовища від забруднення із суден можна виділити два відокремлені компоненти — публічно-правовий і приватноправовий. Приватноправовий компонент механізму міжнародно-правового регулювання охорони морського середовища від забруднення із суден охоплює декілька взаємопов'язаних правових інститутів: цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден, страхування відповідальності за забруднення морського середовища, рятування від забруднення, затримання й арешту морських суден за морськими вимогами [23, 41].

Інститут цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден базується, як правило, на принципі обмеження відповідальності власників морських суден з тен-

денцією до посилення відповідальності, що виражається у збільшенні її загальної межі [8, 97]. Іншою тенденцією є встановлення в низці випадків об'єктивної відповідальності власників морських суден, що настає незалежно від провини заподіювача шкоди, яка отримала закріплення в Конвенції 1992 р. Третьою особливістю є наявність суворих правил покриття відповідальності, зокрема, Положення про обов'язкове страхування відповідальності. Обов'язковим елементом є багатоступеневий характер відшкодування шкоди, що полягає у створенні міжнародного компенсаційного фонду [24, 102–116].

Нині утворилася єдина система міжнародно-правових норм, які регламентують цивільну відповідальність та компенсацію за шкоду від забруднення із суден. До того ж ці норми пов'язані між собою не тільки об'єктом регулювання, а і юридично [12, 271].

У цій системі з урахуванням виду забруднювача можна виокремити дві підсистеми — норми, які регламентують цивільну відповідальність та компенсацію за шкоду від забруднення моря нафтою та норми, які регламентують цивільну відповідальність та компенсацію за шкоду від забруднення моря небезпечними і шкідливими речовинами. Але базова конвенція другої підсистеми — Конвенція 1996 р. Вона регламентує питання відповідальності за позадоговірну шкоду, заподіяну у зв'язку з морським перевезенням небезпечних і шкідливих речовин. Конвенція 1996 р. переважно базується на тих самих принципах, що і Конвенція 1992 р. та Конвенція про Фонд 1992 р.: вводиться суворі відповідальність судновласника при обов'язковому страхуванні на суму межі, що встановлює Конвенція 1996 р. Зі сфери застосування здебіль-

шого виключені ядерні матеріали, а також речовини, що не становлять серйозного ризику під час перевезення морем, зокрема і вугілля. Конвенція 1996 р., яка передбачає відповідальність власника судна за шкоду, заподіяну будь-якими небезпечними і шкідливими речовинами у зв'язку з їх перевезенням морем на борту судна — чинності поки що не набрала [25], тим більш, що глави I і II Конвенції 1996 р. є аналогом положень Конвенції 1992 р. (з урахуванням специфіки забруднювача), а глави III і IV (також з урахуванням особливостей) — Конвенції про Фонд 1992 р. Тому ми зосередимося на характеристиці першої підсистеми.

Безпосередньо до створення міжнародно-правових норм, які регламентують цивільну відповідальність за шкоду від забруднення моря нафтою, призвели катастрофічні наслідки аварії ліберійського танкера «Торрі Каньйон» у 1967 р. Аварія танкера викликала низку нових правових питань, серед яких — чи повинна виникати абсолютна відповідальність за шкоду в результаті забруднення нафтою, якими повинні бути її межі; хто повинен нести відповідальність за шкоду від забруднення: судновласник, оператор судна чи власник вантажу? [26, 198].

Ці питання були вирішені прийняттям Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р. (далі — Конвенція 1969 р.). Конвенція 1969 р. підвищила відповідальність судновласників за шкоду від забруднення, що сталося в результаті розливу нафти, перевезеної як вантаж, у порівнянні з положеннями Міжнародної конвенції щодо обмеження відповідальності власників морських суден 1957 р.

Логічним продовженням розвитку системи регламентації відповідальності за шкоду від забруднення нафтою стало ухвалення Міжнародної конвенції про створення Міжнародного фонду з компенсації шкоди від забруднення нафтою 1971 р. (далі — Конвенція 1971 р.) Конвенція 1971 р. заснувала міжнародну організацію — Міжнародний фонд для відшкодування шкоди від забруднення нафтою для управління системою компенсації, створеною Конвенцією 1971 р.

Сучасна підсистема цивільної відповідальності та компенсації за шкоду від забруднення моря нафтою базується на конвенціях, прийнятих під егідою ІМО: Міжнародній конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р. (набрала чинності 19 червня 1975 р., і станом на 3 червня 2013 р. її учасниками залишаються 36 держав, валовий тоннаж суден яких становить 2,59 млн т) із Протоколом 1976 р. (набрала чинності 8 квітня 1981 р., і станом на 3 червня 2013 р. його учасниками є 53 держави, валовий тоннаж суден яких становить 56,41 млн т), Протоколом 1992 р. до Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р. (з поправками 2000 р.), Протоколом 1992 р. до Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р. (набрала чинності 30 травня 1996 р., і станом на 3 червня 2013 р. його учасниками є 130 держав, валовий тоннаж суден яких становить 97,19 млн т), Конвенції про Фонд 1992 р. (з поправками 2000 р.) (Протокол 1992 р. до Конвенції 1971 р. набрав чинності 30 травня 1996 р., і станом на 3 червня 2013 р. його учасниками є 111 держав, валовий тоннаж суден яких становить 91,22 млн т) з протоколами 2000 р.

(набрав чинності 27 червня 2001 р.) та 2003 р. (набрав чинності 3 березня 2005 р., і станом на 3 червня 2013 р. його учасниками є 29 держав, валовий тоннаж суден яких становить 18,91 млн т), Конвенції 2001 р. (Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення бункерним паливом 2001 р. набрала чинності 21 листопада 1996 р., і станом на 3 червня 2013 р. її учасниками є 70 держав, валовий тоннаж суден яких становить 90,04 млн т) [25]. Слід зазначити, що Конвенція 1996 р. також належить до цієї підсистеми, тому що нафта та нафтопродукти можуть у деяких випадках підпадати під дію цієї Конвенції. Додатково до цієї системи належать Угода про компенсацію за забруднення нафтою малими танкерами та Угода про компенсацію за забруднення нафтою танкерами.

Ці конвенції застосовуються до різних типів суден або характеру нафти, яка перевозиться або використовується на судні, та створюють різні режими відповідальності та компенсації. Конвенція 1969 р., Конвенція 1992 р. і Конвенція про Фонд 1992 р. діють у випадках відшкодування шкоди від забруднення нафтою, що виникло внаслідок події із суднами, які фактично перевозять нафту наливом як вантаж. До небезпечних і шкідливих речовин у Конвенції 1996 р. (п. 5 ст. 1) належить також нафта, що перевозиться наливом, перерахована в доповненні I до Додатку I до МАРПОЛ 73/78. Під «бункерною нафтою» у Конвенції 2001 р. розуміється будь-яка вуглеводнева мінеральна нафта, що використовується чи призначена для використання як паливо на судні, і залишки такої нафти. Оскільки одночасно діють Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р. із

Протоколом 1976 р. та Конвенція 1992 р., можна говорити про наявність двох режимів відповідальності.

Конвенція 1992 р. і Конвенція про Фонд 1992 р. передбачають специфічний правовий механізм відшкодування шкоди від забруднення нафтою із суден.

Конвенція 1992 р. передбачає відповідальність судновласників за будь-яку шкоду від забруднення, що є результатом витоку чи зливу нафти із судна, і застосовується виключно до шкоди від забруднення, що заподіяна на території держави — учасниці Конвенції 1969 р., з урахуванням її територіальних вод, та у виключній економічній зоні держави — учасниці Конвенції 1969 р. і до попереджувальних заходів, які вжиті для запобігання або зменшення такої шкоди, де б вони не вживалися (ст. II Конвенції 1969 р.).

Об'єктом відшкодування відповідно до Конвенції 1992 р. визнається шкода від забруднення, тобто «а) збитки або шкоду, завдану поза судном забрудненням, що виникло внаслідок витоку або зливу нафти із судна, де б такий витік або злив не стався, за умови, що відшкодування завданої довікілью шкоди, окрім втраченої внаслідок такої шкоди вигоди, обмежується витратами на вжиття розумних заходів з відтворення, які були фактично вжиті або мають бути вжиті; б) витрати на попереджувальні заходи і подальші збитки або шкоду, заподіяні попереджувальними заходами» (п. 6 ст. I Конвенції 1992 р.). Шкода, обумовлена не забрудненням, а іншими шкідливими властивостями нафти, під дію Конвенції 1992 р. не підпадає. Крім того, під шкодою в Конвенції 1992 р. мається на увазі не взагалі будь-яка шкода, а лише шкода, заподіяна майну. Тому шкода, заподіяна

особистості, не входить до поняття шкоди за Конвенцією 1992 р.

У зв'язку зі складнощами тлумачення понять «шкода від забруднення», «запобіжні заходи» і особливо при стягненні шкоди, Міжнародний морський комітет на 35-й конференції (Сідней) у 1994 р. схвалив Керівництво Комітету відносно шкоди від забруднення нафтою. Міжнародний фонд для компенсації шкоди від забруднення нафтою 1992 р. у 2002 р. також схвалив Інструкцію щодо вимог про компенсацію для допомоги позивачам з надання загального огляду зобов'язання Фонду 1992 р. сплачувати компенсацію.

Відповідно до Конвенції 1992 р. відповідальність покладається на власника судна (п. 1 ст. III), до того ж під останнім слід розуміти особу чи осіб, зареєстрованих як власники судна, а в разі відсутності реєстрації — особу чи осіб, власністю яких є судно.

Власник судна з моменту чи інциденту, якщо інцидент складається з ряду подій, з моменту першої події несе відповідальність за будь-яку шкоду від забруднення, заподіяну судном у результаті інциденту (ст. III Конвенції 1992 р.). Відповідальність власника судна за Конвенцією 1992 р. виникає незалежно від його провини, але водночас не має абсолютного характеру. Звільнення від відповідальності передбачено у випадках, якщо власник судна доведе, що шкода від забруднення: стала результатом воєнних дій, громадянської війни, повстання чи стихійного лиха, виключного за своїм характером, неминучого і нездоланного; була викликана дією чи бездіяльністю третіх осіб з наміром завдати шкоди або недбалістю чи іншою неправомірною дією уряду чи іншого органу влади, що відповідає за утримання в порядку вогнів й інших

навігаційних засобів, при виконанні цієї функції; сталася цілком або частково в результаті поведінки потерпілої особи, що діяла чи не діяла з наміром завдати шкоди, або грубої недбалості цієї особи, він може бути цілком чи частково звільнений від відповідальності перед такою особою (пункти 2 і 3 ст. III Конвенції 1992 р.). Таким чином, Конвенція 1992 р. установила об'єктивну (чи сувору) відповідальність власника судна за шкоду, заподіяну забрудненням, тобто власник несе відповідальність, якщо не доведе, що шкода заподіяна у результаті обставин, що вичерпує перелік, який наведений у пунктах 2 і 3 ст. III Конвенції 1992 р.

Відповідальність власника судна є обмеженою. Сума обмеження відповідальності встановлена в розрахункових одиницях (розрахункова одиниця, відповідно до конвенцій, є одиницею «спеціального права запозичення», як вона визначена Міжнародним валютним фондом) і обчислюється в такий спосіб: 3 млн розрахункових одиниць — для судна місткістю не більше 5 000 одиниць (йдеться про валову місткість судна, що визначається відповідно до правил обмірювання суден, які містяться в Додатку 1 до Міжнародної конвенції з обмірювання суден 1969 р.); для суден місткістю понад 5 000 одиниць — до суми, зазначеної вище, додається 420 розрахункових одиниць за кожну одиницю місткості за умови, що загальна сума не повинна перевищувати 59,7 млн розрахункових одиниць (п. 1 ст. V Конвенції 1992 р.). Власник судна не має права обмежити свою відповідальність, якщо доведено, що шкода від забруднення є результатом його власної дії або бездіяльності, вчиненої або з наміром заподіяти таку шкоду, або із самовпевненості і з розумінням

ймовірності виникнення такої шкоди (п. 2 ст. V Конвенції 1992 р.).

Конвенція 1992 р. передбачає створення власником судна фонду обмеження відповідальності на загальну суму, рівну межі його відповідальності, з метою обмеження відповідальності за шкоду від забруднення. Фонд створюється в суді чи будь-якому іншому компетентному органі однієї з держав — учасниць Конвенції 1992 р., у якій на підставі ст. IX Конвенції поданий позов чи, якщо позов не поданий, у будь-якому суді чи іншому компетентному органі однієї з держав, у якій може бути подано позов. Після створення фонду суд держави, в якій він створений, має виключну компетенцію вирішувати всі питання розмірного розподілу фонду (фонд розподіляється між позивачами пропорційно сумам їхніх обґрунтованих вимог).

Таким чином, створення фонду завжди здійснює власник судна, однак він може зробити це за своєю ініціативою, звернувшись у відповідний компетентний суд. Після того, як фонд буде створений, тільки суд, де це відбулося, має виключну компетенцію визначати всі питання, що належать до розподілу фонду (п. 3 ст. IX Конвенції 1992 р.). Тому власник найчастіше прагне швидко створити фонд не тільки для обмеження відповідальності, а й для розгляду спору в зручній для себе юрисдикції.

Конвенція 1992 р. передбачає, що відповідальність власника судна, що перевозить понад 2 000 т нафти як вантаж, повинна бути в обов'язковому порядку застрахована чи гарантована іншим способом для покриття відповідальності за шкоду від забруднення на підставі п. 1 ст. VII Конвенції 1992 р. Держава, встановлюючи в цьому разі обов'язкове страхування

відповідальності, бере на себе обов'язок перевіряти наявність такого страхування. Наявність страхування чи іншої гарантії підтверджується спеціальним свідоцтвом, що видає влада держави прапора. Ці суми можуть бути використані тільки на компенсацію вимог про відшкодування шкоди від забруднення нафтою.

Відповідно до Конвенції про Фонд 1992 р. у 1996 р. створений Міжнародний фонд для компенсації шкоди від забруднення нафтою 1992 р. — міжурядова організація, що компенсує шкоду від забруднення нафтою в результаті її розливу з танкерів (крім режиму Фонду 1992 р., паралельно існує режим Фонду 1971 р., створений відповідно до Міжнародної конвенції про створення Міжнародного фонду з компенсації шкоди від забруднення нафтою 1971 р. Однак у зв'язку з низкою денонсацій (Конвенція 1971 р. втратила чинність 24 травня 2002 р.), Фонд 1971 р. більше не має держав-учасників, хоч і продовжує розглядати інциденти, які сталися до 24 травня 2002 р.).

Основна мета Конвенції про Фонд 1992 р. (п. I ст. 2) полягає в тому, щоб, по-перше, найбільш повно забезпечити відшкодування шкоди потерпілим від забруднення і, по-друге, перенести частину витрат з відшкодування шкоди від судновласника на Фонд, а далі — на одержувачів перевезеної морем нафти.

Фонд створюється з внесків одержувачів перевезеної морем нафти, а держави — учасниці Конвенції про Фонд 1992 р. у своєму законодавстві передбачають відповідні гарантії для виконання зобов'язань зі сплати внесків у Фонд. Фонд повинен визнаватися в кожній договірній державі як юридична особа, яка здатна за законодавством цієї держави брати на себе

права й обов'язки і бути стороною в судах цієї держави. Учасниками Конвенції про Фонд 1992 р. можуть бути тільки держави, що стали учасниками Конвенції 1992 р. Таким чином забезпечується єдність підсистеми цивільної відповідальності та компенсації за шкоду від забруднення моря нафтою.

Внески у Фонд сплачує особа, що упродовж календарного року одержала понад 150 000 т нафти, перевезеної морем у порт чи на термінал, розташований на території держави — учасниці Конвенції про Фонд 1992 р., та перевезеної морем і вивантаженої в порту чи терміналі в державі, що не є учасницею договору, а потім отримала на будь-якому терміналі, розташованому на території цієї Договірної держави. Одержувачі нафти сплачують і первісний внесок, що стягується за кожен тону нафти. Суму цього внеску визначає Асамблея Фонду.

Фонд зобов'язаний виплатити компенсацію будь-якій особі, що зазнала шкоду від забруднення, якщо вона не може одержати повного і достатнього відшкодування шкоди на підставі Конвенції про Фонд 1992 р. унаслідок того, що: а) Конвенція про Фонд 1992 р. не передбачає жодної відповідальності за шкоду; б) власник судна неспроможний у фінансовому відношенні й не може виконати цілком своїх зобов'язань, а фінансове забезпечення не покриває такої шкоди чи покриває недостатньо; в) шкода перевищує межу відповідальності власника судна (п. I ст. 4 Конвенції про Фонд 1992 р.). Важливим є і положення, відповідно до якого розумні витрати і пожертвування, що зробив власник судна добровільно з метою запобігти чи зменшити шкоду від забруднення, визнаються шкодою від забруднення і підлягають компенсації Фондом.

Поряд з компенсаційними функціями Фонд зобов'язаний допомагати державам-учасникам, котрі постраждали від забруднення, що може виражатися в забезпеченні персоналом, матеріалами і послугами для вживання заходів із запобігання чи зменшення шкоди від забруднення чи в запобіганні кредиту для вжиття таких заходів. Загальна межа компенсації, що може бути отримана з Фонду, відповідно до Конвенції про Фонд 1992 р. становить приблизно 203 млн розрахункових одиниць за кожен інцидент, включаючи суму, що виплачує власник судна відповідно до Конвенції про Фонд 1992 р. Якщо шкода заподіяна в результаті забруднення, викликаного стихійним лихом, виключним за своїм характером, неминучим і нездоланим, загальна сума компенсації (без урахування компенсації відповідно до Конвенції 1992 р.) не повинна перевищувати 203 млн розрахункових одиниць (ст. 4 (4)).

Оскільки компенсація з Фонду обмежена, додаткова компенсація може бути надана з Додаткового фонду, створеного в 2005 р., якщо держава, в якій стався збиток і яка є членом Фонду, також є членом Додаткового фонду.

Таким чином, Конвенція 1992 р. та Конвенція про Фонд 1992 р. утворюють три ступені компенсації. Перший ступінь — відповідно до режиму Конвенції 1992 р. Другий ступінь — якщо не покривається вся шкода від забруднення, що є результатом витоку чи зливу нафти, можлива додаткова компенсація з Фонду, якщо збиток стався в державі — учасниці Конвенції про Фонд 1992 р. Третій ступінь — додаткова компенсація може бути надана з Додаткового фонду. Максимальний розмір відповідальності, передбачений за всіма трьома ступенями компенсації за кожен інцидент, стано-

вить 750 розрахункових одиниць (139,8 млн дол. США). До третього ступеня компенсації також належать норми Угоди про компенсацію за забруднення нафтою танкерами.

Конвенція 2001 р. базується на тих самих принципах, що і Конвенція 1992 р. Такі визначення, як «власник судна», «шкода від забруднення», «запобіжні заходи», «інцидент», аналогічні визначенням Конвенції 1992 р.

Поняття «судно» визначається в Конвенції 2001 р. як будь-яке морське судно будь-якого типу. Під «бункерною нафтою» розуміється будь-яка вуглеводнева мінеральна нафта, що використовується чи призначена для використання як паливо на судні, і залишки такої нафти.

Географічна сфера застосування Конвенції 2001 р.: стосовно шкоди від забруднення — територія держави, включаючи територіальне море, і виключна економічна зона; стосовно запобіжних заходів — без обмеження зазначеними просторами.

Згідно зі ст. 3 Конвенції 2001 р. судновласник з моменту чи інциденту, якщо інцидент складається з ряду подій того самого походження, з моменту першої події несе відповідальність за шкоду від забруднення, заподіяну бункером на борту чи вихідну від судна.

Таким чином, відповідальність покладається не тільки на власника, а й на фрахтувальника за бербоут-чартером й оператора судна. Якщо відповідальними є дві чи більше особи, їхня відповідальність є солідарною. Це правило не поширюється на випадок заподіяння шкоди від забруднення в результаті інциденту із залученням двох чи більше суден: судновласники нести муть солідарну відповідальність за всю шкоду від забруднення, що не може бути розумно розділена між ними (ст. 5 Конвенції 2001 р.).

Якщо власник судна доведе, що шкода від забруднення трапилася цілком чи частково в результаті поведінки потерпілої особи, що діяла чи не діяла з наміром завдати шкоди, або грубої недбалості цієї особи, він може бути цілком чи частково звільнений від відповідальності перед такою особою.

Згідно зі ст. 6 Конвенції 2001 р. судовласник має право обмежити свою відповідальність відповідно до застосовного національного чи міжнародного режиму, наприклад Конвенцією про обмеження відповідальності стосовно морських вимог 1976 р. Отже, на відміну від Конвенції 1992 р. і Конвенції 1996 р., що встановлюють уніфіковані межі відповідальності, межа відповідальності при забрудненні бункером, яке вчинило іноземне судно, наприклад на території України, буде визначатися законом держави прапора судна, що зовсім не завжди забезпечуватиме справедливу компенсацію шкоди. Розуміючи сформоване положення, міжнародна конференція, на якій приймалася Конвенція 2001 р., схвалила резолюцію, що закликає держави терміново стати учасниками Протоколу 1996 р. до Конвенції про обмеження відповідальності стосовно морських вимог 1976 р., а також денонсувати ще чинні Конвенції з обмеження відповідальності 1924 р. і 1957 р.

Конвенція 2001 р. (п. 1 ст. 7) передбачає здійснення обов'язкового страхування відповідальності за шкоду від забруднення чи іншого фінансового забезпечення на суму, рівну межі відповідальності відповідно до застосовного національного чи міжнародного режиму обмеження відповідальності, однак не більше суми, розрахованої відповідно до Конвенції про обмеження відповідальності стосовно

морських вимог 1976 р. (з урахуванням Протоколу 1996 р.). Страхування повинен здійснювати власник судна валовою місткістю понад 1 000 т. Держава може вирішити не застосовувати це правило до суден, що оперують виключно на її території, включаючи територіальне море.

Україна є учасницею Конвенції 1992 р., але не бере участі в Конвенції про Фонд 1992 р.

На нашу думку, участь України в Конвенції про Фонд 1992 р. необхідна у зв'язку зі значними об'ємами нафти, що транспортуються через внутрішні води, територіальне море і виключну (морську) економічну зону України. Усі забруднення у водах України, що трапилися в минулому, не були пов'язані зі значним (понад 1 000 т) розливом нафти. Однак аварія середнього танкера в Чорному морі може стати катастрофічною для будь-якої Причорноморської держави, шкода від якої, можливо, значно перевищить межі обмеження відповідальності. Тому, на нашу думку, необхідна ратифікація Україною Конвенції про Фонд 1992 р.

Ці ж фактори обумовлюють необхідність приєднання України до Конвенції 1996 р. По-перше, це дозволить посилити можливості компенсацій за шкоду під час забруднення моря небезпечними і шкідливими речовинами. По-друге, важливо, щоб максимальна кількість держав, у порти яких заходять судна під українським прапором, приєдналися до Конвенції 1996 р. Таким чином судовласники зможуть обмежити свою відповідальність, упорядкувати подання вимог і відшкодування шкоди. Тому, крім можливості й необхідності приєднання до Конвенції 1996 р., вважаємо за необхідне приведення чинного законодавства у відповідність до

положень Конвенції за допомогою виокремлення в чинному КТМ України самостійної глави, присвяченої відповідальності за шкоду у зв'язку з морським перевезенням небезпечних і шкідливих речовин. Так, Російська Федерація імплементувала положення Конвенції 1996 р. ще до приєднання до Конвенції за допомогою прийняття внутрішньодержавного акта — Кодексу торгового мореплавства Російської Федерації, що містить окрему главу XIX «Відповідальність за шкоду у зв'язку з морським перевезенням небезпечних і шкідливих речовин», яка загалом відтворює положення розділів I і II Конвенції 1996 р.

З урахуванням значимості питань, врегульованих у Конвенції 1996 р., Російська Федерація приєдналася до неї в 2000 р.

Видається, подібний механізм імплементації необхідно розпочати й в Україні. У разі внесення змін у КТМ України до приєднання до Конвенції 1996 р., необхідно імплементувати її положення за допомогою прийняття внутрішньодержавного акта (закону про зміни і доповнення до КТМ України чи КТМ України в новій редакції) з виокремленням самостійної глави про відповідальність за шкоду у зв'язку з морським перевезенням небезпечних і шкідливих речовин.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Луц Л. А. Курс международного частного права : в 3 т. — М., 2002.
2. Ківалова Т. С. Уніфікація норм про відшкодування позадоговірної шкоди в міжнародному приватному праві // Правове життя сучасної України : тези доп. 10-ї ювіл. звіт. наук. конф. проф.-викл. і аспірант. складу / відп. ред. Ю. М. Оборотов. — О., 2007.
3. Короткий Т. Р. Институт гражданской ответственности за ущерб от загрязнения морской среды в системе международного частного права и проблемы его имплементации в Украине // Причорноморський екологічний бюлетень. — 2006. — № 1 (19).
4. Короткий Т. Р., Ладыненко А. П. О принадлежности международного частного морского права // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О., 2008. — Вип. 33.
5. Короткий Т. Р. Международно-правовое регулирование предотвращения загрязнения морской среды с судов: соотношение публично-правового и частноправового подходов // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. / гол. ред. С. В. Ківалов ; відп. за вип. Л. І. Кормич. — О., 2005. — Вип. 25.
6. Короткий Т. Р. Міжнародне право охорони морського середовища як підгалузь міжнародного права навколишнього середовища // Держава і право : зб. наук. пр. — К., 2011. — Вип. 54 : Юридичні і політичні науки.
7. Короткий Т. Р. Еколого-правові наслідки розливу нафти у Керченський протоці: питання відшкодування шкоди від забруднення морського середовища // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2008. — Вип. 39.
8. Гуреев С. А. Проблемы ответственности юридических и физических лиц — участников международного торгового мореплавания на современном этапе // Международно-правовые проблемы Мирового океана на современном этапе. — М., 1976. — С. 96—105.
9. Иванов Г. Г., Маковский А. Л. Международное частное морское право. — Ленинград, 1984. — 280 с.
10. Киселев В. А. Международные соглашения по предотвращению загрязнения морской среды с судов. — М., 1986. — 230 с.
11. Кириленко В. П., Сидорченко В. Ф. Мореплавание и предотвращение загрязнения Мирового океана (международно-правовые аспекты). — М., 1985. — 176 с.
12. Кулистикова О. В. Международно-правовая система норм об ответственности и компенсации за ущерб от загрязнения моря нефтью // Ежегодник морского права 2008. Юбилейное издание к 40-летию Ассоциации международного морского права / отв. ред. А. Л. Колодкин. — М., 2009. — С. 271—280.
13. Маковский А. Л. Проблемы ответственности за загрязнение побережья нефтью в международном морском праве // Проблемы морского права. — М., 1971. — Вып. 31 (37). — С. 130—133.
14. Маковский А. Л. Ответственность в международном частном морском праве (некоторые черты и тенденции) // Советский ежегодник морского права. — М., 1983. — С. 61—77.
15. Медников А. В. Глава XVIII и XIX // Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации / под ред. Г. Г. Иванова. — М., 2000. — С. 523—558.

16. Мусин В. А. Гражданско-правовая ответственность за убытки от загрязнения нефтью в современном международном морском праве // ЦНИИМФ. — 1981. — Вып. 263. — С. 17–22.
17. Мусин В. А. Понятие инцидента, объем и обеспечение гражданской ответственности в нормах «ядерных» и «нефтяных» конвенций // Правовые вопросы эксплуатации морского флота : сб. науч. тр. — Ленинград, 1987. — С. 19–32.
18. Мусин В. А. Гражданско-правовая ответственность за ущерб от загрязнения нефтью в коммерческой практике международного торгового мореплавания // Морское право и коммерческая практика. — 1981. — № 80. — С. 1–9.
19. Короткий Т. Р. Гражданская ответственность за ущерб от загрязнения морской среды // Экономіко-правові аспекти розвитку транспортних систем : зб. наук. пр. / гол. ред. Л. В. Багрий-Шахматов. — О., 2002. — Вип. 2. — С. 102–116.
20. Короткий Т. Р. Международно-правовой механизм гражданской ответственности за ущерб от загрязнения морской среды // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2003. — Вип. 18. — С. 493–502.
21. Короткий Т. Р. Імплементация міжнародно-правових норм про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення із суден у національне законодавство України // Правове життя сучасної України. — О., 2006. — С. 328–330.
22. Короткий Т. Р. Реалізація міжнародно-правових норм про цивільну відповідальність за забруднення із суден // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2008. — Вип. 37. — С. 189–195.
23. Короткий Т. Р. Приватноправовий механізм охорони морського середовища від забруднення із суден : дис. ... канд. юрид. наук. — О., 2006.
24. Короткий Т. Р. Международно-правовая охрана морской среды от загрязнения с судов : моногр. — Одесса, 2002. — С. 102–116.
25. Status of Conventions / International Maritime Organization [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>.
26. Иванов Г. Г. Международная морская организация. — Одесса, 1999.

Короткий Т. Р. Міжнародні конвенції про цивільну відповідальність за забруднення із суден у міжнародному механізмі охорони морського середовища

Анотація. Стаття присвячена аналізу міжнародних угод, що містять уніфіковані матеріальні норми про цивільну відповідальність заподіювача шкоди: угоди про міжнародний транспорт, про цивільну відповідальність за забруднення моря, за ядерну шкоду. Запропоновано термін «правовий механізм охорони морського середовища від забруднення із суден» як родове поняття, що складається з приватноправового та публічно-правового механізмів охорони морського середовища від забруднення із суден як комплексних категорій. Розглянуто поняття та сутність міжнародного приватноправового компонента механізму охорони морського середовища від забруднення із суден, правова природа та особливості цивільної відповідальності та компенсації за шкоду від забруднення із суден у міжнародному приватному морському праві, імплементації норм міжнародних конвенцій, які стосуються цивільної відповідальності за шкоду від забруднення із суден у правову систему України.

Ключові слова: цивільна відповідальність, компенсація шкоди від забруднення з суден, механізм охорони морського середовища, міжнародне приватне морське право.

Короткий Т. Р. Международные конвенции о гражданской ответственности за загрязнение с судов в международном механизме охраны морской среды

Аннотация. Статья посвящена анализу международных соглашений, которые содержат унифицированные материальные нормы о гражданской ответственности причинителя вреда: соглашения о международном транспорте, о гражданской ответственности за загрязнение моря, за ядерный ущерб. Предложен термин «правовой механизм охраны морской среды от загрязнения с судов» как родовое понятие, состоящее из частноправового и публично-правового механизмов охраны морской среды от загрязнения с судов как комплексных категорий. Рассмотрены понятие и сущность международного частноправового компонента механизма охраны морской среды от загрязнения с судов, правовая природа и особенности гражданской ответственности и компенсации за ущерб от загрязнения с судов в международном частном морском праве, имплементации норм международных конвенций по гражданской ответственности за ущерб от загрязнения с судов в правовой системе Украины.

Ключевые слова: гражданская ответственность, компенсация ущерба от загрязнения с судов, механизм охраны морской среды, международное частное морское право.

Korotkyi T. International Convention on Civil Liability for Pollution from Ships in International Mechanisms for the Protection of the Marine Environment

Annotation. Article analyzes the international agreements that contain unified material norms on civil liability of the tortfeasor: agreement of international transport, civil liability for pollution of the

sea, for nuclear damage. The term «legal mechanism for the protection of the marine environment against pollution from ships» as generic concept, which consists of private law and public law mechanisms for the protection of the marine environment against pollution by ships as complex categories is proposed. The concept and essence of the international private component of protection mechanism of a marine environment against pollution from ships; the legal nature and characteristics of civic responsibility and compensation for pollution damage from ships in the private international law of the sea; the implementation of the norms of international conventions on civil liability for pollution damage from ships in the legal system of Ukraine are discussed.

Key words: civil responsibility, compensation for pollution damage from ships, the mechanism of protection of the marine environment, private international law of the sea.

ПРОБЛЕМИ КОЛІЗІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ СІМ'Ї ТА ШЛЮБУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ



В. КАЛАКУРА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Важливими явищами, що характеризують розвиток сучасного світу, є динамічні міграційні та інтеграційні процеси, які приводять до суттєвого збільшення обсягу приватних відносин, ускладнених іноземним елементом у всіх сферах суспільного життя. Все це повною мірою стосується і сімейних відносин. Останнім часом значно зростає кількість шлюбів, укладених з іноземцями, дедалі актуальнішими стають проблеми регулювання особистих немайнових та майнових відносин подружжя, батьків та дітей, членів сім'ї, в яких наявний іноземний елемент. Саме зараз у центрі суспільної уваги перебуває і проблема міждержавного усиновлення (особлива гострота дискусій характерна для усиновлення іноземцями дітей — громадян України). Це свідчить про важливість та актуальність питань, присвячених теоретичним засадам правового регулювання міжнародних сімейних відносин (ускладнених іноземним елементом). Відносини

такого виду можуть регулюватися матеріально-правовими нормами (перш за все — уніфікованими на міжнародно-правовому рівні) та за допомогою колізійних норм, які визначають, право якої країни буде застосовуватися до регулювання цих відносин. Саме роль і місце колізійних норм у системі регулювання сімейних відносин у міжнародному приватному праві будуть предметом дослідження цієї статті.

У законодавстві окремих країн існують значні розбіжності щодо матеріального регулювання сімейних відносин [1, 84–89]. Аналізуючи та досліджуючи особливості регулювання сімейних відносин у законодавстві різних країн, можна дійти висновку, що в цій сфері уніфікація матеріальних норм є досить проблематичною, що і зумовлює необхідність регулювання сімейних відносин за допомогою колізійних норм.

Теоретичні проблеми колізійного регулювання приватних відносин загального характеру досліджували

А. Довгерт і О. Мережко [2], В. Кисіль [3]. Окремі аспекти колізійного регулювання сімейних відносин отримали відображення в працях О. Бурлай [4], О. Грабовської [5], В. Калакури [6; 7]. Слід зазначити, що у вітчизняній літературі не мають належного теоретичного обґрунтування та опрацювання особливості застосування колізійних норм і колізійних принципів при регулюванні сімейних відносин у міжнародному приватному праві.

З метою комплексного дослідження цієї проблеми видається необхідним почати розгляд з аналізу колізійних принципів, оскільки саме вони значною мірою впливають на формування системи колізійних норм, тих чи інших видів колізійних прив'язок (формул прикріплення), за допомогою яких буде визначатися право країни, що буде застосовуватися до регулювання конкретних сімейних відносин, ускладнених іноземним елементом по суті [7, 134–151].

Розгляд проблем, які виникають при здійсненні колізійного регулювання сімейних відносин у сфері міжнародного приватного права, варто почати з принципу найбільш тісного зв'язку. На думку автора, принцип найбільш тісного зв'язку відображає саму суть міжнародного приватного права. Важливим є розуміння того, на основі яких чинників слід встановлювати формулу прикріплення, за допомогою якої визначатиметься застосовуване право. У міжнародному приватному праві йдеться про можливість застосування до регулювання певних відносин іноземного права. Оскільки ми допускаємо таку можливість, то це повинно бути те право, яке дійсно притаманне для конкретних відносин, ускладнених іноземним елементом. Інакше кажучи — те право, що має найбільш тісний зв'язок з цими відно-

синами. Значним кроком вперед є відображення цього принципу у Законі України «Про міжнародне приватне право» (далі — Закон про МПрП) [8]. Однак, на нашу думку, відповідні положення цього Закону повинні бути вдосконалені шляхом посилення принципу найбільш тісного зв'язку — приватні відносини (зокрема і сімейні), ускладнені іноземним елементом, повинні регулюватися правом країни, що має найбільш тісний зв'язок з цими конкретними відносинами. Надалі законодавець повинен вибудовувати систему колізійних норм, що регулюють окремі види приватних відносин, на основі саме цього принципу. А тільки потім можуть іти норми, що вже містяться у ст. 4 Закону про МПрП, які передбачають, що коли неможливо визначити право, яке підлягає застосуванню, то застосовується право, яке має більш тісний зв'язок із приватноправовими відносинами. Особливо велике значення має норма, яка зазначає, що визначене для застосування право як виняток не застосовується, якщо за всіма обставинами правовідносини мають незначний зв'язок з визначеним правом і мають більш тісний зв'язок з іншим правом. Проте це положення не застосовується, якщо сторони (сторона) здійснили вибір застосовуваного права (*lex voluntatis*).

Аналізуючи особливості колізійного регулювання міжнародних сімейних відносин, можна констатувати, що до правопорядків, які мають тісний зв'язок з цими відносинами, слід віднести: право країни місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*); право країни, що є особистим законом суб'єктів сімейних відносин (*lex personalis* у найрізноманітніших конфігураціях); право країни місцезнаходження майна (*lex rei sitae*); право країни,

яке обрали самі сторони для регулювання своїх відносин (*lex voluntatis*).

Колізійна прив'язка «закон місця укладення шлюбу» (*lex loci celebrationis*) має важливе значення в регулюванні сімейних відносин у міжнародному приватному праві. Тривалий час колізійне правило застосування права країни місця укладення шлюбу було визначальним щодо регулювання цих відносин. Лише згодом прийшло розуміння того, що це право може взагалі не мати, по суті, жодного зв'язку з конкретними сімейними відносинами. Наприклад, у випадках, коли шлюб укладається іноземцями в третій країні; коли після укладення шлюбу з іноземною особою подружжя змінює місце проживання; коли має місце ситуація з «трансформацією» шлюбу — один з подружжя змінює громадянство або місце проживання під час шлюбу. А коли йтиметься про регулювання відносин батьків та дітей, інших членів сім'ї, то місце укладення шлюбу взагалі не буде актуальним. У сучасних умовах ця формула застосовується, як правило, в поєднанні з іншими колізійними прив'язками (*lex personalis* — особистий закон) щодо укладення шлюбу та дійсності шлюбу. Аналізуючи правове регулювання укладення шлюбу, слід розрізняти матеріальні й формальні умови укладення шлюбу. Що стосується матеріальних умов, то ст. 55 Закону про МПрП передбачає, що право на шлюб визначається особистим законом кожної з осіб, які подали заяву про укладення шлюбу. Якщо укладення шлюбу відбувається в Україні, то застосовуються вимоги Сімейного кодексу України (далі — СК України) щодо підстав недійсності шлюбу (застосовуються положення «закону місця укладення шлюбу»). Що стосується форми і порядку укладення шлюбу в Україні, то

ст. 56 цього Закону встановлює, що форма і порядок укладення шлюбу в Україні між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, а також між іноземцями або особами без громадянства визначаються правом України. Таким чином, формальні умови укладення шлюбу регулюються правом країни місця укладення шлюбу.

Закон про МПрП окремо зазначає, що шлюб між громадянами України, якщо хоча б один із них проживає за межами України, може укладатися в консульській установі або дипломатичному представництві України згідно з законодавством України. Укладення шлюбу між іноземцями в консульській установі або дипломатичному представництві відповідних держав в Україні регулюється правом акредитуючої держави (ст. 57 Закону).

Формула прикріплення місця укладення шлюбу в поєднанні з колізійним правилом *lex personalis* закріплена в Конвенції про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р., у багатьох двосторонніх міжнародних договорах України про правову допомогу.

Lex loci celebrationis відображена і в низці Гаазьких конвенцій, що присвячені питанням міжнародного сімейного права (наприклад, Гаазька конвенція про укладення шлюбу та визнання дійсності шлюбів від 14 березня 1978 р.).

Важливою і складною проблемою міжнародного сімейного права є визнання дійсності шлюбів, укладених за межами України. Саме цій проблемі присвячена ст. 58 Закону про МПрП. Перша частина цієї статті передбачає, що шлюб між громадянами України, шлюб між громадянином України та іноземцем, шлюб між громадянином

України та особою без громадянства, укладений за межами України відповідно до права іноземної держави, є дійсним в Україні за умови додержання щодо громадянина України вимог СК України щодо підстав недійсності шлюбу. Підстави недійсності шлюбу згідно з українським законодавством — це порушення вимог статей 22, 24–46 СК України. Стаття 22 встановлює шлюбний вік для жінки і для чоловіка — у 18 років (згідно зі змінами, внесеними до СК України). Особи, які бажають зареєструвати шлюб, мають досягти шлюбного віку на день реєстрації шлюбу. У статті 24 СК України закріплено принцип добровільності шлюбу — шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки та чоловіка. Примушування жінки та чоловіка до шлюбу не допускається. Реєстрація шлюбу з особою, яка визнана недієздатною, а також з особою, яка з інших причин не усвідомлювала значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, має наслідки, встановлені статтями 38–40 СК України щодо недійсності шлюбу. Стаття 25 закріплює принципі одношлюбності. Жінка та чоловік можуть одночасно перебувати лише в одному шлюбі. Жінка та чоловік мають право на повторний шлюб лише після припинення попереднього шлюбу. А в статті 26 зазначено особи, які не можуть перебувати у шлюбі між собою. Так, у шлюбі між собою не можуть перебувати особи, які є родичами прямої лінії споріднення. Також у шлюбі між собою не можуть перебувати рідні (повнорідні, неповнорідні) брат і сестра. Повнорідними є брати і сестри, які мають спільних батьків. Неповнорідними є брати і сестри, які мають спільну матір або спільного батька. У шлюбі між собою не можуть перебувати двоюрідні брат та сестра, рідні тітка, дядько та племінник, племінни-

ця. За рішенням суду може бути надане право на шлюб між рідною дитиною усиновлювача та усиновленою ним дитиною, а також між дітьми, які були усиновлені ним. У шлюбі між собою не можуть бути усиновлювач та усиновлена ним дитина. Шлюб між усиновлювачем та усиновленою ним дитиною може бути зареєстровано лише в разі скасування усиновлення. Саме недотримання цих вимог щодо громадянина України при укладенні ним шлюбу за кордоном може бути підставою недійсності цього шлюбу.

Регулювання шлюбів, укладених без участі громадян України, які були укладені за кордоном, міститься у ч. 2 ст. 58 Закону про МПрП. Передбачається, що шлюб між іноземцями, шлюб між іноземцем та особою без громадянства, шлюб між особами без громадянства, що укладені відповідно до права іноземної держави, є дійсними в Україні.

Що стосується проблеми дійсності шлюбів, то вона регулюється і міжнародно-правовими актами. Наприклад, Гаазька конвенція про укладення шлюбу та визнання дійсності шлюбів від 14 березня 1978 р. передбачає, що країна-учасниця може відмовити у визнанні дійсним шлюбу, якщо під час укладення за правом цієї країни один з подружжя: 1) перебував у іншому шлюбі (крім випадків, коли на момент розгляду справи цей шлюб був припинений); 2) ще не досяг мінімального віку (або не отримав спеціального дозволу компетентного органу на укладення шлюбу); 3) за своїми розумовими здібностями не міг давати згоду на укладення шлюбу; 4) згода на укладення шлюбу не була вільною; 5) подружжя є родичами прямої лінії споріднення, є братом та сестрою або між ним встановлений правовий зв'язок у результаті усиновлення. Якщо про-

аналізувати законодавство України щодо недійсності шлюбу, то незважаючи на те, що Україна не є учасницею цієї Конвенції, її положення повною мірою реалізовані в українському сімейному законодавстві.

Визначальне місце в колізійному регулюванні сімейних відносин з іноземним елементом займають положення щодо правових наслідків шлюбу (ст. 60 Закону про МПрП). Слід враховувати, що ст. 36 СК України «Правові наслідки шлюбу» передбачає, що шлюб є підставою для виникнення прав та обов'язків подружжя. Тому саме права та обов'язки подружжя слід розуміти як правові наслідки шлюбу, колізійному регулюванню яких присвячена ст. 60 Закону про МПрП.

Правові наслідки шлюбу визначаються спільним особистим законом подружжя, а за його відсутності — правом держави, у якій подружжя мало останнє спільне місце проживання, за умови, що хоча б один з подружжя все ще має місце проживання у цій державі, а за відсутності такого — правом, з яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином.

У другій частині цієї статті містяться положення, які поширюють на регулювання правових наслідків шлюбу принцип автономії волі — *lex voluntatis*, що передбачено ст. 5 Закону про МПрП, згідно з якою сторони відносин у випадках, передбачених законом, можуть здійснити вибір права, яке буде застосовуватися до регулювання їхніх відносин. Однак при цьому подружжя повинно відповідати певним вимогам. Вибір застосовуваного права може здійснювати подружжя, яке не має спільного особистого закону, якщо подружжя не має спільного місця проживання, або якщо особистий закон жодного з них не

збігається з правом держави їхнього спільного місця проживання.

Частина третя ст. 60 Закону про МПрП встановлює обмеження щодо кола правопорядків, серед яких може бути здійснено вибір права згідно з ч. 2 цієї статті. Такий вибір обмежений лише правом особистого закону одного з подружжя без застосування ч. 2 ст. 16 Закону, згідно з якою у випадках, коли фізична особа є громадянином двох або більше держав, її законом вважається право тієї з держав, з якою особа має найбільш тісний зв'язок (має місце проживання або займається основною діяльністю). Угода про вибір права припиняється, якщо особистий закон подружжя стає спільним.

Здійснюючи колізійне регулювання правових наслідків шлюбу за Законом про МПрП, слід враховувати, що закріплені в ст. 60 колізійні правила мають відмінності від колізійного регулювання цих відносин існуючими міжнародними договорами України. Так, у ст. 27 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах передбачено, що особисті і майнові правовідносини подружжя визначаються за законодавством Договірної Сторони, на території якої вони мають спільне місце проживання. Якщо один із подружжя проживає на території однієї Договірної Сторони, а другий — на території іншої Договірної Сторони, і при цьому обидва з подружжя мають те саме громадянство, їхні особисті та майнові правовідносини визначаються за законодавством тієї Договірної Сторони, громадянами якої вони є.

Якщо один з подружжя є громадянином однієї Договірної Сторони, а другий — іншої Договірної Сторони, й один з них проживає на території

однієї, а другий — на території іншої Договірної Сторони, то їхні особисті й майнові правовідносини визначаються за законодавством Договірної Сторони, на території якої вони мали своє останнє спільне місце проживання. Якщо особи, зазначені в п. 3 цієї статті, не мали спільного проживання на територіях Договірних Сторін, застосовується законодавство Договірної Сторони, установа якої розглядає справу. Правовідносини подружжя, що стосується їхнього нерухомого майна, визначаються за законодавством Договірної Сторони, на території якої розташоване це майно. Подібні норми з певними особливостями існують і у двосторонніх договорах України про правову допомогу з окремими країнами.

Повернемося до можливості сторін самим визначати застосовуване право — до принципу «автономії волі», згідно з яким сторони (сторона) можуть здійснити вибір права, яке буде застосовуватися до регулювання конкретних відносин (ст. 5 Закону про МПРП). Вибір права згідно з ч. 1 цієї статті має бути чітко вираженим або прямо впливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, якщо інше не передбачено законом. Вибір права може бути здійснений щодо правочину загалом або його окремої частини. Вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути чітко вираженим. Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема під час вчинення правочину, на різних стадіях його виконання тощо. Вибір права або зміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотню дію і є дійсними з моменту вчинення правочину, але не можуть:

1) бути підставою для визнання правочину недійсним у зв'язку з недодержанням його форми; 2) обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права.

Колізійний принцип автономії волі дедалі більшою мірою поширюється на колізійне регулювання сімейних відносин. Це стосується правових наслідків шлюбу, шлюбного договору, регулювання майнових відносин подружжя тощо. Так, наприклад, подружжя має можливість здійснити вибір права, яке буде застосовуватися до шлюбного договору. Однак коли йдеться про вибір права, виникає питання про коло правопорядків, серед яких сторони можуть здійснювати цей вибір. Стаття п'ята цього Закону передбачає, що сторони можуть здійснювати вибір застосовуваного права з необмеженого кола правопорядків, якщо інше не передбачено законом. Свого часу, коли тривала робота над проектом нового Цивільного кодексу (а цей проект містив, зокрема, Книгу шосту «Сімейне право» та Книгу восьму «Міжнародне приватне право»), в одній із перших редакцій пропонувалося надати можливість здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до шлюбного договору з необмеженого кола правопорядків [8]. Однак, на нашу думку, особливість реалізації принципу «автономії волі» в міжнародних сімейних відносинах повинна містити певні обмеження. Подібний підхід відображено і в Гаазькій конвенції про право, що підлягає застосуванню до правових режимів майна подружжя [9]. Згодом розробники проекту Цивільного кодексу запропонували правову конструкцію, яка передбачала реалізацію свободи вибору права з правопорядків, що мають тісний зв'язок із цими відносинами.

Саме вона згодом була сприйнята в Законі про МПрП. Стосовно шлюбного договору Закон якраз і передбачає перелік правопорядків, серед яких можна здійснювати вибір права. Це може бути: 1) право країни, що є особистим законом одного з подружжя; 2) право країни, у якій один із них має звичайне місце перебування; 3) право країни, де розташоване майно, що є предметом регулювання (щодо нерухомого майна). Маючи на увазі, що ст. 61 передбачає регулювання майнових відносин, можна зробити висновки щодо предмета регулювання шлюбного договору — це майнові відносини подружжя.

Слід зазначити, що в регулюванні сімейних відносин з іноземним елементом застосовується ще один колізійний принцип міжнародного приватного права, який останнім часом набуває дедалі більшого визнання як у національних кодифікаціях, так і на міжнародно-правовому рівні, а саме принцип застосування найбільш сприятливого права для слабкої сторони відносин. Йдеться про те, що у приватному праві, незважаючи на юридичну рівність учасників відносин, законодавець намагається захистити інтереси сторони, яка по суті цих відносин є слабшою. Так, у міжнародному приватному праві загалом і в міжнародному сімейному праві зокрема необхідно забезпечити можливість застосування права країни, яке буде більш вигідним для слабкої сторони (малолітні та неповнолітні діти, непрацездатні батьки, той із подружжя, хто потребує утримання тощо). Поява цього принципу в українському законодавстві свідчить про позитивні тенденції в розвитку колізійного регулювання. Разом з тим необхідно в Законі про МПрП передбачити певні механізми, які б надавали можливість реалізувати цей принцип.

Видається доцільним визначити перспективи подальшого розвитку колізійного регулювання сімейних відносин, зокрема шлюбного договору, в контексті принципу «автономії волі». Доцільним, на думку автора, є розгляд можливості встановлення ще одного способу обмеження свободи вибору: з урахуванням принципу застосування більш сприятливого права. Справа в тому, що особи, які укладають шлюбний договір, незважаючи на те, що з правової точки зору є юридично рівними учасниками відповідних відносин, по суті цих відносин можуть перебувати в нерівних умовах (це може стосуватися майнового стану, особливостей особистих відносин тощо). А це, в свою чергу, може створити ситуацію, коли вибір застосовуваного права здійснюватиметься під впливом однієї зі сторін, або навіть нав'язуватиметься цією стороною. Частина 4 ст. 93 СК України передбачає, що шлюбний договір не може зменшувати обсягу прав дитини, які встановлені цим Кодексом, а також ставити одного з подружжя у надзвичайно невідгідне матеріальне становище (до речі, сама ця формула є досить дискусійною і потребує певного вдосконалення). Повертаючись до питання шлюбного договору за участю іноземного елементу, видається необхідним передбачити відповідне колізійне правило, згідно з яким обране сторонами право не повинне значно погіршувати стан дитини чи одного з подружжя порівняно з тим правом, яке застосовувалося б за відсутності здійсненого вибору. У цьому випадку колізійне регулювання щодо шлюбного договору набуває такої послідовності. Загальне положення: сторонам шлюбного договору надається можливість здійснити вибір застосовуваного права щодо шлюбного договору. Але зако-

ном визначається коло правопорядків, серед яких можна здійснювати вибір на основі принципу тісного зв'язку. А далі встановлюється застереження про те, що обране сторонами право не повинно значно погіршувати стан дитини чи одного з подружжя порівняно з тим правом, яке застосовувалося б за відсутності здійсненого вибору. Лише після цього розміщуються колізійні правила щодо шлюбного договору (які вже існують у Законі про МПрП).

Здійснюючи регулювання сімейних відносин з іноземним елементом з використанням колізійного методу регулювання, слід враховувати особливості його застосування в контексті загальних проблем дії колізійних норм. Потребують свого уточнення положення щодо застосування колізійних норм: проблема «правової кваліфікації», «зворотнього відсилання», «обходу закону» («штучної прив'язки»), «застереження про публічний порядок», «застосування імпера-

тивних норм», «застосування права країни з множинністю правових систем» тощо. Це забезпечить ефективніше колізійне регулювання сімейних відносин з іноземним елементом.

Під час удосконалення українського законодавства у сфері правового регулювання сімейних відносин з іноземним елементом у міжнародному приватному праві необхідно враховувати, що після набуття Україною членства в Гаазькій конференції з міжнародного приватного права відбувається процес приєднання нашої держави до конвенцій, укладених у межах цієї міжнародної організації. Це вимагає того, щоб колізійні норми нашого законодавства відповідали сучасним новітнім тенденціям, які відображуються в міжнародно-правових актах. У цьому значною мірою полягає заправка належного правового регулювання сімейних відносин, ускладнених іноземним елементом.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. Основные институты.* — М., 2005.
2. *Довгерт А. С., Мережко О. О.* Методологія міжнародного приватного права // Методологія приватного права : зб. наук. пр. (за матеріалами наук.-теорет. конф., 30 травня 2003 р.) / редкол. : О. Д. Крупчан (голова) та ін. — К., 2003. — С. 354–363.
3. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право. Питання кодифікації. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К., 2005. — 480 с.
4. *Бурлай О. Є.* Правовідносини подружжя в міжнародному приватному праві : дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2007. — 182 с.
5. *Грбовська О. О.* Особливості судочинства в справах про усиновлення (удочеріння) іноземними громадянами дітей, які проживають на території України : дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — 204 с.
6. *Калакура В. Я.* Механізми взаємодії колізійних принципів правового регулювання в міжнародному сімейному праві // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. — 2011. — № 5 (8). — С. 98–104.
7. *Калакура В. Я.* Основні засади міжнародного приватного права // Міжнародне приватне право. Загальна частина : підруч. / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. — К., 2012.
8. *Конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов от 14 октября 1978 г.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
9. *Міжнародне приватне право. Загальна частина : підруч. / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля.* — К., 2012. — 376 с.

Калакура В. Я. Проблеми колізійного регулювання сім'ї та шлюбу в міжнародному приватному праві

Анотація. Стаття присвячена дослідженню та аналізу проблем колізійного регулювання сім'ї та шлюбу в міжнародному приватному праві. На основі вивчення досвіду матеріально-правового регулювання сімейних відносин у законодавстві різних країн автор визначає

основні колізійні питання у цій сфері. Досліджуються колізійні проблеми укладення шлюбу, правового регулювання правових наслідків шлюбу. Розглядаються особливості застосування колізійних формул прикріплення *lex personalis* та *lex loci celebrationis*. Автор аналізує колізійні принципи регулювання сімейних відносин, їх взаємодію. Розглядаються окремі проблеми застосування колізійних норм у регулюванні міжнародних сімейних відносин. У центрі уваги — аналіз норм Закону України «Про міжнародне приватне право», іноземного законодавства та міжнародних актів. Визначаються шляхи подальшого вдосконалення колізійного регулювання сімейних відносин.

Ключові слова: колізійні норми, колізійне регулювання, сім'я, сімейні відносини, шлюб, міжнародне приватне право.

Калакура В. Я. Проблемы коллизионного регулирования семьи и брака в международном частном праве

Аннотация. Статья посвящена исследованию и анализу проблем коллизионного регулирования семейных отношений в международном частном праве. На основе изучения опыта материально-правового регулирования семейных отношений в законодательстве разных стран автор определяет основные существующие коллизионные проблемы в этой сфере. Исследуются коллизионные проблемы заключения брака, правового регулирования правовых последствий брака. Рассматриваются особенности применения коллизионных формул прикрепления *lex personalis* и *lex loci celebrationis*. Автор анализирует коллизионные принципы регулирования семейных отношений, их взаимодействие. Рассматриваются отдельные проблемы применения коллизионных норм в регулировании международных семейных отношений. В центре внимания — анализ норм Закона Украины «О международном частном праве», иностранного законодательства и международных договоров. Определяются пути дальнейшего усовершенствования коллизионного регулирования семейных отношений.

Ключевые слова: коллизионные нормы, коллизионное регулирование, семья, семейные отношения, брак, международное частное право.

Kalakura V. The Problems of Conflict Regulation of Family and Marriage in the Private International Law

Annotation. This article is devoted to the study and analysis of the problems of conflict regulation of family relations in private international law. On the basis of the study of material-legal regulation of family relations in legislation of different countries, the author defines the principal existing conflict-of-laws issues in this area. The article explores the conflict of law problems of legal regulation of marriage, the legal consequences of marriage. The features of the application of conflict formulas and attach *lex personalis* and *lex loci celebrationis*. The author analyzes the conflict-of-laws principles regulating family relations, their interaction. The author is concerning certain problems of application of the conflict rules in the regulation of international family relations. In the focus of the author's analysis is the Law of Ukraine «On international private law», foreign laws and international treaties. The author identifies ways for further improvements of conflict regulation of family relations.

Key words: conflict rules, conflict regulation, family, family relations, marriage, private international law.

СПАДКОВІ ВІДНОСИНИ В СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ



В. КИСІЛЬ

*доктор юридичних наук,
професор кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Питання спадкування у законодавстві різних держав та підстави виникнення колізій

Сфера спадкування тісно пов'язана із традиціями та звичаями, що формувалися протягом століть і склалися історично. Законодавчі положення у цій галузі відтворюють відповідні норми звичаєвого права. З огляду на істотні розбіжності у звичаях та традиціях різних народів, законодавства різних правових систем щодо питань спадкування завжди мали суттєві відмінності; така ситуація зберігається і сьогодні. Законодавства суверенних держав характеризуються неоднаковим підходом до забезпечення прав та інтересів власних громадян та іноземців щодо спадкування як за законом, так і за заповітом. За таких обставин виникнення колізій у міжнародних спадкових правовідносинах є неминучим.

Наявність іноземного елемента у міжнародних спадкових правовідносинах може бути зумовлена багатьма обставинами, передусім:

а) іноземним громадянством спадкодавця, який постійно проживав на території даної держави;

б) перебуванням спадкового майна (нерухомість, транспортні засоби, банківські вклади тощо) на території іншої держави;

в) тим фактом, що спадкодавець останнім часом постійно проживав на території іншої держави.

Ці та інші обставини ставлять перед спадкоємцями, органами нотаріату та судами безліч питань, вирішення яких ускладнюється через розбіжності у матеріально-правовому регулюванні спадкових відносин у різних юрисдикціях.

Так, стосовно права на здійснення заповідальних розпоряджень законодавство різних країн встановлює різний віковий ценз. У Франції неповнолітні у віці від 16 до 18 років мають право здійснювати такі розпорядження лише щодо половини того майна, яким вони могли б розпоряджатися після досягнення повноліття. Однак, якщо такий неповнолітній бере участь у військових діях, він має право заповідати власне майно у повному обсязі. У Німеччині неповнолітні мають право на складання заповіту при досягненні 16 років – без будь-яких

умов. Право Швейцарії допускає часткову спадкову дієздатність із 18, а повну – з 20 років. В Англії здатність до складання заповіту визнається з 21 року (за винятком осіб, що перебувають у лавах збройних сил – вони отримують таке право раніше). В Україні право на заповіт має фізична особа із повною цивільною дієздатністю (18 років).

Інститут спільного заповіту подружжя відомий праву країн *common law*, Німеччини, України та деяких інших країн. Водночас у Польщі та Італії заповіт – це односторонній та односторонній акт, тому дві чи більше осіб не можуть висловити свою волю у спільному документі. Цивільний кодекс Франції прямо забороняє спільні та взаємні заповіти.

Неоднаковий підхід має місце щодо змісту заповідальних розпоряджень. Так, у Болгарії та Угорщині заповіт може стосуватися лише питань розпорядження майном та призначення спадкоємців. У Франції допускається включати у зміст заповіту розпорядження щодо визнання позашлюбних дітей, призначення опіки тощо.

Одним з важливіших питань спадкового права є форма заповіту. В Україні загальними вимогами до форми заповіту є:

- а) письмова форма;
- б) особистий підпис заповідача;
- в) посвідчення заповіту нотаріусом або компетентними посадовими особами;
- г) державна реєстрація заповітів, посвідчених посадовими особами (ст. 1247 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України).

При цьому допускається складення тексту заповіту як власноручно, так і за допомогою технічних засобів (ст. 1248 ЦК). У країнах континентальної Європи (Німеччина, Швейцарія та ін.) *власноручний* (олографічний) *заповіт* та-

кож є поширеною формою, однак при цьому дійсним визнається тільки заповіт, складений заповідачем самотійно.

Публічний заповіт (заповіт у формі публічного акта) передбачає участь у процесі складення інших осіб – нотаріусів та/або свідків. У Франції такий заповіт складається зі слів заповідача двома нотаріусами або одним нотаріусом у присутності двох свідків та підписується заповідачем. У Німеччині достатньою є участь одного нотаріуса. У Швейцарії подібні документи мають містити підписи заповідача, нотаріуса (або іншої посадової особи), а також двох свідків.

Заповіти, посвідчені свідками, є поширеними у країнах сім'ї *common law*. Така форма є особливо характерною для Англії та сприйнята законодавством США (за винятком штату Луїзіана, який сприйняв підходи французького законодавця). Також не є рідкістю форма *усного заповіту* (Швейцарія, Німеччина, Франція), який здебільшого допускається у надзвичайних обставинах і має бути вчинений у присутності свідків.

Оскільки існує заповіт, неодмінно постає питання про забезпечення інтересів осіб, які мають право на обов'язкову частку у спадщині за законом. Зазвичай це один із подружжя, неповнолітні діти або непрацездатні родичі спадкодавця. Розмір такої обов'язкової частки визначається у різних державах неоднаково. Загалом, для того з подружжя, хто пережив, розмір обов'язкової частки у спадщині може бути прив'язаний як до розміру всієї спадкової маси, так і до розміру частки у спадковій масі, на яку такий спадкоємець мав би право за законом.

Наприклад, громадянин Греції помер і за заповітом залишив усе своє майно (100 %) благодійному фонду. За законами

Греції вдова померлого мала б право на 1/4 (25 %) спадкового майна (частка у спадщині). Однак, за наявності заповіту права вдови обмежені 1/2 частки у спадщині (а не усієї спадкової маси). Оскільки частка у спадщині за законом становить 25 % спадкової маси, то вдова може претендувати лише на 1/8 (12,5 %) від усієї спадщини.

Якщо аналогічна ситуація матиме місце у Туреччині, де законом встановлено право того з подружжя, хто пережив, на обов'язкову частку у спадщині у розмірі 1/4 від усієї спадкової маси, вдова має право пред'являти претензії щодо 25 % всього спадкового майна.

Прив'язка обов'язкової частки у спадщині до 100 % розміру спадкового майна прийнята у Данії (1/6 частина), Польщі та Румунії (1/8), Туреччині, Франції та Швейцарії (1/4 частина всього спадкового майна).

Прив'язка розміру обов'язкової частки у спадщині до розміру частки у спадковому майні встановлена законодавством Австрії, Бельгії, Німеччини, Греції (1/2 частина), Португалії (2/3 частини від частки у спадщині).

Законодавство деяких країн (Англія, Люксембург, Нідерланди, Норвегія, Фінляндія та ін.) взагалі не передбачає права того з подружжя, хто пережив, на обов'язкову частку у спадщині. Наприклад, відповідно до англійського права той з подружжя, хто пережив, незалежно від заповіту, має право на отримання фіксованої грошової суми, яка визначається лордом-канцлером, а також узуфрукт на половину від спадку, що залишився, або капіталізацію відповідної грошової суми.

Немає єдності у різних правових системах щодо способів визначення кола осіб, які мають право на спадщину за законом. В цілому, в усьому світі визнаються підходи, що ґрунтуються на ступені близькості потенційних

спадкоємців до спадкодавця за спорідненістю. При цьому, однак, існують різні підходи до визначення ступеня такої близькості. Так, законодавством Франції сприйнята романська система спадкування за ступенями, що заснована на кількості народжень, які віддаляють спадкоємця від спадкодавця. У Німеччині діє система парантел, яка враховує лінії (*parentela*) від спадкодавця до спадкоємця залежно від їх спільного предка. Така сама система сприйнята у Швейцарії із певними особливостями щодо обсягу прав спадкоємців. В Англії та США законодавство у принципі сприйняло романську систему, але при цьому встановлені певні особливості (що стосуються, зокрема, привілейованого становища того з подружжя, хто пережив). Законодавство України передбачає систему черг, встановлену главою 86 ЦК.

Особливо багато питань виникає з приводу переходу прав на спадкове майно. Це передусім порядок відкриття спадщини, підстави прийняття спадщини та відмови від неї, спадкування зобов'язань (пасив спадщини), особливості ведення спадкової справи тощо. Наприклад, стосовно прийняття спадкового майна у Франції необхідним є явне висловлення волі спадкоємця (при цьому можуть бути висловлені певні умови щодо прийняття спадку). У Німеччині та Швейцарії перехід спадщини за законом не обумовлений будь-якими обмеженнями. У країнах сім'ї *common law* взагалі існує особлива система управління спадковою масою із проведенням спеціальних судових слухань та призначенням адміністратора спадкового майна (або виконавця заповіту). У різних правових системах встановлено різні процедури відмови від спадщини та різні строки для такої відмови (наприклад, в Англії такий строк ста-

новить 6 місяців, а у Німеччині – 6 тижнів).

За відсутності спадкоємців виникає питання переходу спадкового майна (так званого виморочного, або, за термінологією ЦК України, «відумерлого» майна) до держави. На це питання у різних правових системах теж дивляться по-різному. Згідно з однією позицією, право держави на набуття виморочного майна є правом окупації, яка здійснюється в силу державного суверенітету. Такий підхід застосовується переважно у країнах сім'ї *common law*. Відповідно до іншого погляду, держава належить до певної черги спадкоємців і успадковує таке майно за умов відсутності інших спадкоємців чи неможливості закликати їх до спадкування. На такому підході ґрунтуються переважно законодавства країн континентальної Європи, включаючи й Україну. З різних поглядів на цю проблему випливає, зокрема, питання про те, куди перейде виморочне майно: у власність держави, на території якої воно знаходиться, чи держави, громадянином якої був спадкодавець.

Нескладно побачити, що у різних правових системах можуть існувати як різні домінуючі концепції інституту спадкового права, так і різні підходи до розуміння правового змісту таких інститутів [1, 42–53; 2, 568–608]. В силу об'єктивних історичних та соціально-культурних обставин, матеріально-правові та процесуальні розбіжності з питань спадкування у різних країнах складно піддаються уніфікованому регулюванню, а у більшості випадків уніфікація взагалі є неможливою. За умови ж наявності у спадкових правовідносинах іноземного елемента, виникають питання визначення права, що застосовується, сфери застосування такого права, прав та обов'язків учасників спадкового процесу, здійс-

нення процесу транскордонного спадкування тощо. Основним методом регулювання таких питань історично був і залишається колізійний метод, оскільки саме від правильного вибору права, що застосовується до відповідних спадкових правовідносин з іноземним елементом, залежить коректне вирішення тієї чи іншої спадкової справи.

Міжнародне спадкування і загальні питання МПрП

Колізійне регулювання міжнародних спадкових правовідносин значною мірою залежить від загальних матеріально-правових категорій МПрП, що регламентують застосування та дію колізійних норм. Це твердження є справедливим для будь-якої підгалузі МПрП. Однак у сфері міжнародного спадкування загальні положення МПрП мають свою специфіку, яка зумовлена, передусім, особливостями основних інститутів спадкового права.

Особливе значення для здійснення колізійного регулювання у міжнародних спадкових правовідносинах мають два інститути МПрП: а) правова кваліфікація; б) публічний порядок.

Міжнародне спадкування і правова кваліфікація. Для визначення права, що підлягає застосуванню до спадкування певного майна, має значення правова кваліфікація понять та інститутів, на яких ґрунтується як обсяг, так і прив'язка відповідної колізійної норми. Розглянемо два випадки:

А. Громадянин України П. придбав квартиру у Лондоні. Права на квартиру були оформлені як внесок до статутного капіталу товариства, заснованого у Великій Британії. Останні роки свого життя П. провів у м. Києві, де й помер, не залишивши заповіту. У спадок він залишив права на частку у статутному капіталі товариства, внесену у вигляді квартири. Пе-

ред українським нотаріусом постало питання про визначення права, що регулює спадкові правовідносини.

Відповідно до ст. 70 Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон), спадкові відносини регулюються правом держави, де спадкодавець мав останнє місце проживання (загальне правило). Далі ст. 71 Закону визначає, що спадкування нерухомого майна регулюється правом держави, на території якої знаходиться таке майно. Застосовуване право можна буде правильно визначити тільки тоді, коли буде зрозуміло, чи є спадкове майно рухомим, чи нерухомістю. У першому випадку до спадкових правовідносин слід застосувати право України; у другому – англійське право.

За загальним правилом, український нотаріус у цілому керується колізійними нормами українського права. Згідно з ч. 2 ст. 38 Закону, належність майна до рухомих або нерухомих речей визначається за правом держави, де таке майно знаходиться. За англійським правом, корпоративні права на частку у статутному капіталі товариства, внесену у вигляді об'єкта нерухомості, слід розглядати саме як нерухоме майно. Отже, згідно зі ст. 70 Закону, до спадкових правовідносин слід застосувати право країни місцезнаходження нерухомого майна, тобто Великої Британії.

Слід зазначити, що українське законодавство розглядає корпоративні права виключно як рухоме майно. Отже, якби кваліфікація спадкової маси здійснювалась за українським правом, слід було б застосувати колізійну прив'язку до права країни останнього місця проживання спадкодавця, тобто України.

Б. Громадянин України Н., зареєстрований у м. Львів, протягом року працював за контрактом у м. Варшаві (Польща). Перебуваючи у Польщі, він склав заповіт (щодо майна на території України) на користь своєї дитини від першого шлюбу і невдовзі помер. Вдова Н. та його діти від

другого шлюбу оскаржили заповіт як недійсний з точки зору форми (як такої, що не відповідає законодавству України) та здатності Н. на складання заповіту. Постало питання про визначення права, що підлягає застосуванню.

Відповідно до ст. 72 Закону, форма заповіту та здатність спадкодавця на його складання визначаються правом держави, у якій спадкодавець мав постійне місце проживання на момент складання заповіту. Однак питання про те, чи слід вважати Польщу «постійним місцем проживання» Н., є спірним. Якщо вдатися до кваліфікації цього терміна за законодавством України, «постійним місцем проживання» вважатиметься перебування особи на території держави протягом не менше 1 року, але за умови, що таке перебування не пов'язано із виконанням службових обов'язків або зобов'язань за договором (контрактом). Отже, у даному випадку для обговорення питання про форму заповіту та дієздатність спадкодавця слід застосувати матеріальне право України.

У першому випадку йдеться про так зване «розщеплення спадкового статуту», коли визначення належної колізійної прив'язки залежить від того, до якого типу (рухомого чи нерухомого) належить те чи інше спадкове майно. У другому випадку ми маємо справу із кваліфікацією найважливішого прив'язного критерію – місце проживання (перебування) спадкодавця. Існування цих двох питань робить правову кваліфікацію одним з важливих етапів колізійного регулювання у міжнародному спадковому праві.

Підхід, згідно з яким вибір колізійної прив'язки варіюється залежно від статусу спадкового майна, притаманний законодавству країн сім'ї *common law*, а також був сприйнятий законодавством країн СНД, включаючи й Україну. За загальним правилом,

віднесення спадкового майна до рухомого або до нерухомого здійснюється відповідно до права країни, на території якої таке майно знаходиться.

Визначення останнього місця проживання спадкодавця викликає певні складнощі у практиці судів та органів нотаріату, що займаються спадковими справами. Загальне цивільне законодавство України не містить визначення поняття «місце проживання». Цей термін визначено Законом України від 11 грудня 2003 р. «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні». Згідно зі ст. 3 цього Закону, «місце проживання» – це адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік. Оскільки Закон виходить із принципу свободи пересування, очевидно, що тут ідеться про фактичне місце проживання, яке може не збігатися із місцем реєстрації. На фактичне проживання у конкретній справі можуть вказувати очевидні обставини (ділові та соціальні зв'язки особи (центр життєвих інтересів), наявність посвідки на проживання, намір залишатися у даній країні протягом певного терміну тощо). Однак ці критерії не завжди є очевидними та безспірними.

Для українських нотаріусів та судів актуальними є три терміни, що вживаються у статтях 70 та 72 Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: «*місце проживання*» (для цілей визначення права, що підлягає застосуванню до спадкових правовідносин), «*постійне місце проживання*» (для цілей визначення права, що застосовується до здатності осіб на складання і скасування заповіту, форми заповіту та акта його скасування) та «*місце перебування*» (для цілей збереження дієвості заповіту або акта його скасування).

Термін «постійне місце проживання» визначається Законом України від 16 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність» (ст. 1) як «місце проживання на території якої-небудь держави не менше одного року фізичної особи, яка не має постійного місця проживання на території інших держав і має намір проживати на території цієї держави протягом необмеженого строку, не обмежуючи таке проживання певною метою, і за умови, що таке проживання не є наслідком виконання цією особою службових обов'язків або зобов'язань за договором (контрактом)». Аналогічне визначення містить Митний кодекс України у редакції від 13 березня 2012 р. (ст. 4).

«Місце перебування» визначається Законом України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» (ст. 1) як адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше шести місяців на рік.

На практиці можуть виникати непорозуміння щодо визначення останнього місця проживання працівників дипломатичних установ та міжнародних організацій. Враховуючи статус дипломатичних місій, видається логічним, що їх працівники постійно проживають у тій державі, яку вони репрезентують. Більш складним є питання із працівниками міжнародних організацій. З огляду на відсутність єдності в облаштуванні та засадах діяльності міжнародних організацій, відповідь на питання щодо місця проживання їх працівників пропонується шукати в кожному конкретному випадку, виходячи з фактичних обставин: тривалість перебування, характер посади, що обіймається, ступінь зв'язку із правопорядком країни знаходження тощо [3, 62].

Оскільки допускається свобода пересування, потенційно існує проблема навмисної зміни місця проживання (перебування) особи із метою досягнення певних правових наслідків, у тому числі з метою зміни умов розподілу спадщини. Примітною у цьому відношенні є справа *Pottinger vs. Wightman*, в якій англійський суд дійшов висновку, що коли особа залишає місце свого перебування із «шахрайською метою» успадкувати майно, така особа не має дійсного наміру змінити свій доміцилій [4, 342].

Міжнародне спадкування і категорія публічного порядку. Норма права іноземної держави не може бути застосована, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. Це загальне правило МПрП має особливе значення у сфері спадкових правовідносин, де йдеться переважно про захист майнових інтересів фізичних осіб під дією законів різноманітних та несхожих правових систем. Під захистом публічного порядку у міжнародних спадкових правовідносинах розуміють передусім недопущення надання законної сили привілеям, що встановлені законодавством іншої держави за статевими, віковими, релігійними та іншими подібними ознаками (якщо законодавство країни відкриття спадщини таких привілеїв не визнає).

Несумісним з українським публічним порядком є застосування іноземного закону або виконання заповіту, якщо наслідком такого застосування чи виконання буде визнання в Україні обмежень, що ґрунтуються на ознаках статі (наприклад, застосування під час видачі свідоцтва про право на спадщину іноземного закону, який встановлює нерівні частки у спадщині для спадкоємців однієї черги чоловічої та жіно-

чої статі), політичних чи релігійних переконань тощо. Разом із цим, цілком сумісним з основами правопорядку України буде визнання встановлених іноземним правом обмежень у праві на спадкування, якщо підстави таких обмежень є аналогічними до тих, що прийняті в Україні (наприклад, здійснення спадкоємцем карного злочину або невиконання ним зобов'язань щодо спадкодавця). Слід також допускати застосування норм іноземного спадкового права та виконання іноземних заповітів на засадах взаємності та на підставі міжнародних договорів України.

Неприпустимим є надання законної сили заповіту, що регулюється іноземним правом, якщо такий заповіт обмежує право на обов'язкову долю у спадщині осіб, які мають таке право відповідно до законодавства України (таке право встановлено ст. 1241 ЦК України). Однак слід мати на увазі, що, з урахуванням особливих обставин справи (відносини між спадкодавцем та спадкоємцями, інші істотні обставини) розмір обов'язкової частки у спадщині може бути зменшений судом.

Необхідно враховувати, що сама по собі відмінність норми іноземного спадкового права від норм права України ще не є підставою для відмови у застосуванні іноземного права чи виконанні заповіту, що ґрунтується на такому іноземному праві. Слід пам'ятати, що для органів суду та нотаріату держави, у якій заявляються права на спадщину, питання про інститут шлюбу (або про інший союз, невідомий праву даної держави) є у принципі преюдиційним. Навіть якщо у даній державі не визнаються спадкові права певних категорій осіб, це не обов'язково має бути підставою для відмови у визнанні прав таких осіб, що виникли під дією іноземного закону.

Звичайно, умовою такого визнання є абсолютна легальність вимог спадкоємців з погляду застосовуваного права, а також відсутність протиріч між наслідками задоволення вимог спадкоємців та основами місцевого правопорядку. У цьому контексті мова йде передусім про полігамні та одностатеві союзи (не визнаються правом України як такі), а також співжиття без реєстрації шлюбу (встановлені істотні обмеження щодо спадкових прав того з подружжя, хто пережив). Той факт, що подібні союзи не визнані легітимними в Україні, а учасники таких союзів, згідно з правом України, обмежені у спадкових правах, зовсім не означає, що у визнанні відповідних спадкових прав має бути відмовлено в Україні. Якщо союз офіційно визнаний і зареєстрований відповідно до права своєї держави, якщо право такої держави передбачає здатність партнера до спадкування, якщо є підстави для здійснення права на спадщину (і при цьому не порушуються основні права і свободи громадян, сприйняті демократичним суспільством), немає підстав для відмови у спадкуванні. Наразі права на спадкування або на отримання аліментів установлені для незареєстрованих союзів: законодавством Бразилії, Гватемали, Ізраїлю, Мексики, Словаччини, Хорватії, Швеції, деяких країн СНД та ін.; для одностатевих союзів та/або шлюбів: законодавством Аргентини, Бельгії, Данії, Ісландії, Іспанії, Канади, Колумбії, Нідерландів, Норвегії, ПАР, Португалії, Уругваю, Франції, Швеції тощо.

Проблеми колізійного регулювання у міжнародному спадковому праві

Право, що застосовується до спадкових відносин. Режими спадкування рухомого та нерухомого майна. У більшості країн світу колізійні питання *спадкової правоздатності та*

дієздатності є загальною цивілістичною категорією та підпорядковані особистому статусу. В цілому, тут склалися два основних підходи до визначення права, що застосовується: прив'язка до права країни, громадянином якої був спадкодавець (*lex patriae*) та прив'язка до права країни, у якій спадкодавець мав останнє [постійне] місце проживання (*lex domicilii*).

Як відомо, сучасні законодавства країн світу в колізійних питаннях особистого статусу віддають перевагу критерію місця проживання. Принцип громадянства сприйнятий переважно більш давніми нормативними актами країн континентального права. Відповідність цього колізійного критерію сучасним умовам міжнародного спілкування є дискусійною. Зокрема зазначається, що громадянство як таке не призводить до зв'язку спадкодавця із системою власності певної держави, не є тим фактором іноземного елемента, який веде до взаємодії правових систем, отже, правило постійного місця проживання спадкодавця є більш обґрунтованим [5, 54]. Втім у питаннях спадкування багатьма країнами (див. нижче) історично сприйнятий саме критерій громадянства, що зумовлено прагненням захистити інтереси власних громадян.

Дія застосовуваного іноземного права у державі спадкового провадження може бути обмежена в силу необхідності застосування місцевих імперативних норм або в силу міркувань публічного порядку (наприклад це стосується обмежень щодо права бути спадкоємцем для особи, винної у вчиненні кримінального злочину).

Що стосується *визначення права, яке підлягає застосуванню до спадкових відносин з іноземним елементом*, тут склалися декілька особливих режимів колізійного регулювання. Исто-

рично галузь спадкового права була тісно пов'язана із сімейно-зобов'язальними правовідносинами. Але не менш вагомим є зв'язок цієї галузі із речовим правом. Отже, 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.

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 критерій громадянства (*patriae*), критерій місця проживання (*domicilii*) або критерій місцезнаходження майна, як рухомого, так і нерухомого (*rei sitae*).

Згідно із § 36 (1) Закону про міжнародне приватне право Угорщини 1979 р., спадкові правовідносини визначаються за особистим законом спадкодавця на момент його смерті. Відповідно до § 11 цього ж Закону, особистим законом людини є право держави, громадянином якої вона є (прив'язка *patriae*. – В. К.). При цьому зміна громадянства не впливає на попередній особистий статус та права і обов'язки, що виникли під його дією. Закон не встановлює окремих режимів колізійного регулювання для рухомого та нерухомого майна.

За ст. 10 Вступного закону до Цивільного кодексу Бразилії, спадкування з причини смерті або оголошення фізичної особи померлою підпорядковується закону країни, у якій мала місце проживання померла або оголошена померлою особа

(прив'язка *domicilii*. – В. К.), незалежно від того, якою є природа та розташування майна.

Статтею 2400 Цивільного кодексу Уругваю встановлено: «Закон місця знаходження спадкового майна (прив'язка *rei sitae*. – В. К.) на момент смерті особи, про спадкування за якою йде мова, визначає усе, що стосується спадкування за законом і за заповітом».

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. У обох групах країн право, що регулює спадкування нерухомості, визначається як право країни, де таке нерухоме майно знаходиться.

До країн *універсального режиму*, які при регулюванні спадкових правовідносин з іноземним елементом керуються принципом застосування права держави *громадянства* спадкодавця, належать Австрія, Албанія, Алжир, Андорра, Болгарія, Буркіна-Фасо, Греція, Єгипет, Йорданія, Іран, Іспанія, Італія, Куба, Ліхтенштейн, Марокко, Німеччина, Польща, Португалія, Сирія, Словаччина, Туреччина, Угорщина, Фінляндія, Чехія, Швеція та ін.

Серед країн, колізійне право яких, незалежно від природи спадкового майна, встановлює прив'язку до права місця проживання спадкодавця, – Аргентина, Бразилія, Данія, Ісландія, Колумбія, Норвегія, Парагвай, Чилі, Швейцарія, Еквадор тощо.

Прив'язка до права країни місцезнаходження спадкового майна, незалежно від природи такого майна та

особистого статуту спадкодавця, сприйнята законодавством Уругваю, Панами та деяких інших держав. В цілому, такий підхід не є типовим.

Країни, у яких прийнято *роздільний режим* колізійного регулювання (застосування закону громадянства спадкодавця до спадкування рухомих речей та закону місцезнаходження речі до спадкування нерухомості) – це Бенін, Камерун, Молдова, Румунія, Таїланд та ін. Принцип застосування закону місця проживання спадкодавця до спадкування рухомих речей та закону місцезнаходження речі до спадкування нерухомості сприйнятий законодавством Австралії, Бельгії, Великої Британії, Габону, Ізраїлю, Канади, Кенії, Кіпру, Кот-д'Івуару, Люксембургу, Мадагаскару, Нової Зеландії, Росії, більшості штатів США, Франції та ін. Такий підхід притаманний законодавству багатьох країн СНД, в тому числі й України.

Законодавство багатьох країн допускає вибір права, що застосовуватиметься до відносин спадкування, самим спадкодавцем під час здійснення ним заповідальних розпоряджень (*lex voluntatis*). Як правило, можливість такого вибору обмежується правом країни громадянства спадкодавця (Україна, країни СНД). У Німеччині існує можливість вибору спадкодавцем німецького права як такого, що регулюватиме спадкування нерухомого майна, яке знаходиться на території Німеччини. Подібні правила діють в Албанії, Коста-Риці та деяких інших країнах, які належать до правових систем універсального режиму.

Також вибір спадкодавцем права держави його громадянства може втрачати чинність, якщо громадянство спадкодавця згодом змінюється.

Можливість вибору у заповіті права держави громадянства спадкодавця

як такого, що буде застосовано до спадкових відносин, передбачена зокрема законами країн СНД: Вірменії (без застережень), Білорусі (за винятком спадкування нерухомості, що визначається за *lex rei sitae*), Казахстану, Киргизстану, Узбекистану (за винятком спадкування нерухомості) та ін.

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 шахрайського обходу закону та маніпулювання розподілом спадщини.

Як правило, сфера дії права, що застосовується до спадкових правовідносин в цілому, не охоплює колізійні питання здатності до складання заповіту, форми заповіту та акта його скасування, для яких передбачаються спеціальні колізійні норми (Білорусь, Казахстан, Узбекистан та ін.).

Україна належить до країн роздільного режиму, які в цілому виходять з колізійного критерію місця проживання. При цьому дозволяється обмежена автономія щодо вибору застосовуваного права спадкодавцем під час складання заповіту. Статтею 70 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено: «З урахуванням положень статей 71, 72 цього Закону спадкові відносини регулюються правом держави, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання, якщо спадкодавцем не обрано в заповіті право держави, громадянином якої він був. Вибір права спадкодавцем буде недійсним, якщо після складання заповіту його громадянство змінилося». Далі, ст. 71 Закону вста-

новлює: «Спадкування нерухомого майна регулюється правом держави, на території якої знаходиться це майно, а майна, яке підлягає державній реєстрації в Україні, – правом України».

Стаття 72 Закону містить окремі колізійні приписи щодо здатності осіб на складання та скасування заповіту, форми заповіту і акта його скасування.

Під час застосування колізійних норм спадкового права України слід мати на увазі, що, паралельно із рухомим та нерухомим майном, виокремлюється також підкатегорія «майна, що підлягає державній реєстрації в Україні». Сюди належить майно, яке фактично є рухомим (автомобілі, судна, об'єкти права промислової власності тощо), але за спеціальним режимом регулювання прирівняне до нерухомості. До відносин спадкування такого майна підлягає застосуванню право України.

Законодавство низки країн (наприклад, Закон про міжнародне приватне право Грузії 1998 р.) містить приписи на випадок, коли неможливо встановити останнє звичайне місцезнаходження особи без громадянства; у таких випадках застосуванню підлягає місцеве право країни, де здійснюється спадкове провадження.

Спадкування за законом. Незважаючи на те, що інститут спадкування за законом є субсидіарним стосовно спадкування за заповітом, цей вид спадкування за своїм обсягом залишається для судової практики основним і найбільш поширеним [6, 162]. Проблематика цієї сфери має переважно матеріальний характер і регулюється переважно відповідними нормами матеріального спадкового права. Втім, у цій царині виникають певні колізійні питання. Колізії потенційно можуть виникнути передусім щодо за-

гальної здатності особи до спадкування; черговості спадкування; розміру частки у спадщині.

Сучасне колізійне право України не містить спеціальних приписів щодо визначення права, яке регулює *здатність особи бути спадкоємцем*. Слід мати на увазі, що за цивільним правом України (ст. 1222 ЦК) спадкоємцем може бути як фізична особа (за заповітом і за законом), так і юридична особа (за заповітом). Оскільки юридична особа потенційно може спадкувати тільки за заповітом, вдається, що основним практичним питанням спадкування на території України іноземною юридичною особою буде встановлення факту належного існування такої юридичної особи відповідно до права держави її реєстрації (ст. 25 Закону).

Щодо здатності іноземної фізичної особи бути спадкоємцем, це питання, в принципі, регулюється правом, якому підпорядковані спадкові правовідносини в цілому. Так, наприклад, згідно зі ст. 3530 ЦК американського штату Луїзіана (в редакції Закону 1999 р.), «правоздатність або недостойність спадкоємця... визначається згідно із правом штату, у якому померлий мав доміцилій на момент смерті» (тобто спадкова правоздатність підпорядкована спадковому статуту). Аналогічний припис містить ст. 22 Закону Туреччини про міжнародне приватне право і міжнародний цивільний процес 1982 р.: «Здатність розпоряджатися майном на випадок смерті регулюється правом країни громадянства заповідача на момент здійснення заповідального розпорядження». В Україні практика з цього питання ще має скластися. При цьому слід враховувати обмеження та підстави усунення від спадщини, передбачені відповідним іноземним законодавством, та їх су-

місність із публічним порядком України.

Питання про *черговість спадкування за законом*, так само як і решта процедурних питань спадкування, за загальним правилом, регулюються правом, якому підпорядковані спадкові відносини. Цей підхід сприйнятий провідними законодавчими актами про МПрП (Швейцарія, Італія тощо), а також практикою, що склалася. У світлі законодавства України, яке передбачає право спадкоємців змінювати черговість спадкування нотаріально посвідченим договором (ст. 1259 ЦК), важливо пам'ятати, що закон не допускає зміни права, яке застосовується до спадкування, на підставі будь-яких угод заінтересованих сторін. Те саме стосується й питання про *розмір частки у спадщині*.

Спадкування за заповітом. Основними питаннями спадкування за заповітом, що потребують як матеріально-правового, так і колізійного регулювання, є: здатність на складання і скасування заповіту; форма та дійсність заповіту; обов'язкова частка у спадщині.

В Україні *здатність особи на складання і скасування заповіту* визначається правом держави, у якій спадкодавець мав постійне місце проживання у момент складання акта або в момент смерті (ст. 72 Закону). Цілком логічно, що у цьому питанні не дозволяється вибір заповідачем права, що застосовується. Втім, не виключений конфлікт між прив'язками до «постійного місця проживання» спадкодавця «в момент складання акта» та «в момент смерті», оскільки ці два місця можуть не збігатися. Наразі в Україні немає судової чи нотаріальної практики з подібних питань. Однак очевидно, що існування такої подвійної прив'язки не є бажаним. Законодавства дер-

жав, які обирають схожі з Україною правові конструкції у сфері міжнародного приватного спадкового права, в цілому виходять із застосування у цьому питанні права держави постійного проживання спадкодавця в момент складання акта (ст. 1224 ЦК Росії, ст. 1135 ЦК Білорусі, ст. 1122 ЦК Казахстану та ін.).

Згідно зі ст. 72 Закону України «Про міжнародне приватне право», *форма заповіту і акта його скасування* визначаються правом держави, у якій спадкодавець мав постійне місце проживання в момент складання акта або в момент смерті. Ця ж стаття містить застереження про те, що заповіт або акт його скасування не можуть бути визнані недійсними внаслідок недотримання форми, якщо остання відповідає вимогам права місця складання заповіту або права громадянства, або права звичайного місця перебування спадкодавця у момент складання акта чи в момент смерті, а також права держави, у якій знаходиться нерухоме майно.

Правила щодо збереження дійсності заповіту на випадок, якщо заповіт за формою не відповідає вимогам права, що застосовується до спадкування та/або вимогам країни спадкового провадження, містяться у багатьох сучасних законодавствах (Угорщина, Німеччина, Італія, Швейцарія, країни СНД, включаючи й Україну, тощо). У цьому контексті прагнення законодавця встановити для визначення права, що регулює форму заповіту, якомога більше прив'язних критеріїв є позитивним моментом і зменшує ризик визнання заповіту недійсним з точки зору форми. Цьому також сприяють міжнародні договори, зокрема Гаазька конвенція про колізії законів щодо форми заповідальних розпоряджень від 5 жовтня 1961 р., а також Ва-

шингтонська конвенція від 26 жовтня 1973 р., що містить Типовий закон про форму міжнародного заповіту. Гаазька конвенція мінімізує ризик визнання заповіту недійсним, встановлюючи прив'язні критерії майже на всі випадки, що можуть статися у практиці міжнародного спадкування. У свою чергу, Вашингтонська конвенція має на меті запровадження уніфікованої міжнародної форми заповіту, яка враховує різні види заповітів, що трапляються у світовій практиці.

Право на обов'язкову частку у спадщині є, у принципі, питанням матеріального права. Цей субінститут спадкового права не має спеціального колізійного регулювання і, за загальним правилом, підпорядковується спадковому статуту. Оскільки українське законодавство дотримується роздільного підходу до колізійного регулювання спадкування рухомого і нерухомого майна, обов'язкову частку у спадщині слід розраховувати окремо для кожної відповідної групи майна, що входить до спадкової маси. Слід також мати на увазі, що право на обов'язкову частку у спадщині (якщо особа не відмовилась від спадщини і не усунена від неї) є важливим засобом захисту, зокрема, неповнолітніх та непрацездатних нащадків спадкодавця. Застосування норм про право на обов'язкову частку у спадщині не можна обійти за рахунок застосування до спадкових правовідносин іноземного закону (наприклад британського), який такого права не передбачає.

Питання набуття прав на спадкове майно. До головних питань набуття прав на спадкове майно, що регулюються матеріальним цивільним правом та МПрП, належать: питання здатності щодо прийняття спадщини або відмови від неї; форма прийняття спадщини або відмови від неї; пере-

дання активу (майно і майнові права) та пасиву (зобов'язання) спадщини; управління спадковою масою.

За відсутності спеціальних колізійних приписів у сучасних законодавствах з питань МПрП, *право спадкоємця прийняти спадщину або відмовитись від неї*, так само як і *форма такого прийняття або відмови*, регулюються, за загальним правилом, правом, що застосовується до спадкових відносин. У цьому стосунку на практиці можуть виникати питання щодо:

а) здатності спадкоємця прийняти певну частину спадкового майна і відмовитись від іншої;

б) ставлення нотаріусу або суду, який веде спадкову справу, до прийняття іноземцем спадщини або відмови від неї, якщо таке прийняття або відмова здійснені у формі, не передбаченій правом країни спадкового провадження.

Отже, право часткового прийняття і часткової відмови від спадщини є можливими, оскільки законодавство розрізняє правовий режим рухомого та нерухомого майна. Що стосується конфлікту процедур спадкування, встановлених різними законодавствами, це питання по суті не є колізійним і вирішується на рівні нотаріальної (судової) практики або міжнародних договорів.

Питання *порядку прийняття спадщини і управління спадковою масою* є однією з центральних проблем міжнародного приватного спадкового права. Історично склалися два основні підходи до цього питання. У країнах сім'ї континентального права (до яких належить і Україна) існує класичний інститут спадкування. Майно померлого безпосередньо переходить до належних спадкоємців, які самостійно розпоряджаються отриманими активами і відповідають за зобов'язаннями

померлого. У країнах сім'ї *common law* відносини спадкування розуміють як систему норм, що регулюють відносини, пов'язані із виконанням адміністратором (чи виконавцем заповіту) функцій «розподільвача» спадкового майна [7, 270]. У цих правових системах, замість прямого правонаступництва, здійснюється перехід спадкової маси до адміністратора, який керує погашенням боргів спадкодавця та розподіляє актив, що залишився, між спадкоємцями.

Спроба запобігти можливим колізіям двох систем управління спадковою масою була зроблена у Гаазькій конвенції від 2 жовтня 1973 р. стосовно міжнародного управління майном померлих осіб, якою мають бути запроваджені універсальні інститути адміністрування спадщини у міжнародних правовідносинах [8, 207–209]. Україна не приєдналася до цієї Конвенції, отже, відповідні міжнародні правила та інститути в нашій державі не діють.

Слід зазначити, що можливі колізійні питання управління спадщиною в Україні мають вирішуватися на основі загальних колізійних правил, встановлених розділом X Закону України «Про міжнародне приватне право». Оскільки в Україні прийнятий роздільний режим колізійного регулювання спадкових відносин, можна стверджувати, що процедура та матеріальні питання спадкування нерухомого майна на території України, а також майна, внесеного до державних реєстрів України, повинні регулюватися українським законодавством. Враховуючи можливість виникнення колізій щодо порядку та умов управління спадкуванням рухомих речей, видається логічним спільне (кумулятивне) застосування правил, передбачених іноземним правом, що за-

стосовується, та правом країни, у якій здійснюється спадкове провадження.

Міжнародно-правове регулювання спадкових правовідносин

Кількість багатосторонніх міжнародних договорів у сфері спадкування є порівняно невеликою. Через істотні розбіжності у спадкових законодавствах країн світу численні спроби масштабної уніфікації правил з питань спадкування були не досить вдалими; ще менш успішною стала імплементація норм відповідних міжнародно-правових актів у державах, що їх підписали. Втім, на сьогоднішній день існує кілька важливих багатосторонніх документів у цій сфері, що стосуються, головним чином, колізійних та матеріально-правових питань спадкування за заповітом.

Більший успіх мали зусилля щодо уніфікації норм про спадкування на регіональному рівні (Європейські співтовариства, країни Латинської Америки, країни СНД). Однак чи не найбільш дієвим механізмом міжнародно-правового регулювання спадкових відносин сьогодні виступають двосторонні міжнародні договори.

Багатосторонні конвенції у сфері транскордонного спадкування. Конвенція про право, що застосовується до спадкування майна померлих осіб, була вчинена у Гаазі 1 серпня 1989 р. [9]. На сьогодні Конвенція підписана Нідерландами, Швейцарією, Австрією та Люксембургом, а ратифікована тільки Нідерландами. Конвенція не набула чинності, але є цікавим прикладом спроб міжнародної уніфікації колізійного регулювання спадкового права і загальних тенденцій у цій сфері.

Метою Конвенції 1989 р. є визначення компетентного правопорядку, який регулював би питання встановлення кола спадкоємців, усунення від

спадщини, права щодо частки у спадщині, якою можна розпоряджатися, та обмеження щодо такого розпорядження, чинність заповідальних розпоряджень.

Конвенція виходить із загального колізійного критерію, згідно з яким до спадкування майна застосовується право країни, де спадкодавець мав звичайне місце проживання на момент смерті, за умови, що спадкодавець був громадянином цієї держави. Однак може бути застосовано право країни звичайного проживання спадкодавця, незалежно від його громадянства, за умови, що спадкодавець проживав у даній країні протягом не менш ніж п'яти років на момент смерті. У решті випадків застосовуватиметься право країни громадянства спадкодавця, якщо не встановлено, що він мав більш тісні зв'язки з іншою країною.

Конвенція допускає автономію щодо вибору спадкодавцем права, яке застосовуватиметься до спадкування його майна. Такий вибір буде чинним лише за умови, що на момент вибору або смерті спадкодавець був громадянином такої держави або мав у ній звичайне місце проживання. Право, обране таким чином, буде застосовуватись до усієї спадкової маси, незалежно від того, чи існує заповіт та чи зроблені заповідальні розпорядження щодо усього майна померлого або щодо його частини.

Гаазьку конвенцію про міжнародне управління спадковим майном від 2 жовтня 1973 р. [10] підписали Чеська Республіка, Італія, Люксембург, Нідерланди, Португалія, Словаччина, Туреччина та Велика Британія. Конвенція набула чинності у відносинах між Чехією, Словаччиною та Португалією. Метою Конвенції є спрощення порядку міжнародного адміністрування рухомого спадкового майна – пи-

тання, яке є особливо актуальним в умовах співіснування різних матеріальних систем управління спадщиною.

Конвенцією передбачено, що держави-учасниці запроваджують спеціальне «міжнародне посвідчення адміністратора спадщини» (сертифікат), яким підтверджуються повноваження компетентної особи щодо управління рухомим майном, яке входить до складу спадкової маси. Конвенція встановлює форму таких посвідчень, а порядок їх видачі має регулюватися внутрішнім законодавством країни звичайного місця проживання спадкодавця. Також передбачені умови визнання посвідчень у державі їх пред'явлення та підстави для відмови у визнанні.

Важливим багатостороннім документом у сфері міжнародного спадкування є *Гаазька конвенція про колізії законів стосовно форми заповідальних розпоряджень* від 5 жовтня 1961 р. [11]. Учасниками конвенції є 44 держави, у тому числі 10 держав, що не беруть участі у Гаазьких конференціях. Лише для трьох учасників Конвенція ще не набула чинності. Україна приєдналася до неї у грудні 2009 р.; Конвенція набула чинності для України з 14 травня 2011 р. Конвенція підлягає застосуванню в усіх випадках, коли заповідач помирає після набрання нею чинності. Конвенція також застосовується до форми заповітів, складених двома та більше особами у єдиному документі.

Згідно з положеннями цієї Конвенції, заповіт є дійсним стосовно форми, якщо його форма відповідає внутрішньому законодавству:

- а) місця, де заповідач його склав;
- б) громадянства заповідача на момент складення заповіту чи на момент його смерті;

в) постійного місця проживання заповідача на момент складення заповіту чи на момент його смерті;

г) звичайного місця проживання заповідача на момент складення заповіту чи на момент його смерті;

г) якщо це стосується нерухомості – її місцезнаходження.

Для цілей Конвенції, якщо національне законодавство є неуніфікованою системою, закон, який повинен застосовуватись, визначається чинними правилами цієї системи, а за відсутності таких правил – найреальнішим зв'язком, який заповідач мав з будь-яким одним законодавством, яке входить до складу цієї системи.

Україна приєдналася до Конвенції із трьома застереженнями. Так, відповідно до Конвенції, визначення того, чи мав заповідач постійне місце проживання в певному місці, регулюється правом цього місця. При цьому Україна зробила застереження, згідно з яким залишила за собою право визначати місце постійного проживання заповідача відповідно до закону суду (*lex fori*). Крім цього, Україна залишила за собою право не визнавати заповіти, вчинені громадянами України в усній формі, окрім виняткових обставин, та не застосовувати Конвенцію до будь-яких положень заповітів, які згідно із законодавством України не стосуються спадкування.

Вашингтонська конвенція, що передбачає Типовий закон про форму міжнародного заповіту, була розроблена в рамках УНІДРУА та вчинена 26 жовтня 1973 р. Конвенція набула чинності 1978 р. і наразі є чинною для Бельгії, Боснії і Герцеговини, Канади (Манітоба і Ньюфаундленд), Кіпру, Еквадору, Франції, Італії, Лівії, Нігеру, Португалії, Словенії та деяких інших країн [12]. Радянський Союз підписав конвенцію 1974 р. (із застереженням

про те, що положення Конвенції суперечать актам ООН про незалежність колоніальних народів), але не ратифікував її.

Конвенція містить зобов'язання держав-учасниць включити у їх внутрішні законодавства положення, що стосуються типової форми міжнародного заповіту. Заповіт, складений у такій формі, вважається дійсним з точки зору форми незалежно, зокрема, від місця його складення, місця знаходження майна, громадянства, постійного чи тимчасового місця проживання спадкодавця. При цьому наголошується, що недійсність заповіту як міжнародного не торкається його дійсності з точки зору форми як заповіту іншого виду.

Фактично, «міжнародний заповіт» є формою, розробленою із врахуванням світових законодавств та практики у сфері спадкування. Такий заповіт повинен мати письмову форму, причому не обов'язково, щоб він був написаний самим заповідачем – допускається використання технічних засобів. Якщо особа не здатна скласти заповіт самотійно, це може бути зроблено з її слів іншою особою. Заповідач у присутності двох свідків і особи, яка має посвідчити заповіт, проголошує, що даний документ є його заповітом, і зміст такого заповіту йому відомий. Ознайомлення свідків та уповноваженої особи зі змістом заповіту не є обов'язковим. Типовий закон встановлює лояльні вимоги до здатності бути свідком, встановлюються вимоги щодо посвідчення заповітів тощо.

Регіональна уніфікація у сфері спадкування. Гармонізація європейського законодавства. До порівняно недавнього часу акти комунітарного права загалом оминали увагою колізійні та матеріально-правові питання міжнародного спадкування. Ситуація

змінилася 27 липня 2012 р., коли в Офіційному Журналі Європейського Союзу (далі — ЄС) був опублікований прийнятий Європейським Парламентом і Радою *Регламент № 650/2012 від 4 липня 2012 р. про компетенцію, застосовуване право, визнання і виконання рішень, прийняття і виконання нотаріальних актів з питань спадкування, а також про створення європейського свідоцтва про спадкування* (так званий Регламент «Рим IV»). Регламент набув чинності на двадцятий день від дати його офіційного опублікування і буде застосовуватись до процедури спадкування осіб, померлих після 17 серпня 2015 р. Разом із цим, якщо спадкодавець обрав закон, який застосовується до процедури спадкування до вказаної дати, такий вибір є чинним за умови, що він відповідає правилам Регламенту або є дійсним відповідно до норм МПрП, що діяли на момент такого вибору у державі звичайного місця проживання спадкодавця або у державі його громадянства. Відповідно до права ЄС, регламент за своїм статусом є актом прямої дії, що підлягає обов'язковому застосуванню у державах-учасниках разом із нормами внутрішнього законодавства.

Відповідно до п. 9 преамбули Регламенту, сфера його дії повинна поширюватися на всі цивільно-правові аспекти спадкування з причини смерті, а саме на будь-який спосіб передання майна, прав і обов'язків унаслідок смерті, як щодо добровільної передачі на підставі розпорядження на випадок смерті, так і щодо передачі у рамках спадкування без заповіту — *ab intestat*. Отже, дія Регламенту не поширюється ні на питання оподаткування, ні на адміністративні питання, що стосуються сфери публічного права, ані на питання цивільного права, що не

пов'язані зі спадкуванням. Регламент також не застосовується до режиму майнових відносин подружжя, включаючи шлюбний договір, а також до майнового режиму союзів, юридичні наслідки яких можуть бути порівняні із режимом шлюбу. Зі сфери дії Регламенту виключені питання, що пов'язані зі створенням, функціонуванням та припиненням трастів, а також права і майно, що виникають і передаються на підставах інших, ніж спадкування (дарування, міна тощо).

Новий Регламент є важливим засобом впорядкування колізійних правил у сфері спадкування, у тому числі правил щодо погашення боргів спадкодавця. Відповідно до Регламенту, між державами ЄС, незалежно від того, у якій країні знаходиться спадкове майно, вибір компетентної юрисдикції і права, що застосовується до спадкування, буде визначатися майже виключно місцем постійного проживання спадкодавця. Разом із цим, громадяни ЄС мають можливість обрати у заповіті право країни свого громадянства як таке, що буде застосовуватись до процедур спадкування.

Суттєвим моментом є встановлення колізійного критерію тісного зв'язку (п. 25 Регламенту). Так, наприклад, якщо спадкодавець переїхав до держави свого звичайного місця проживання безпосередньо перед смертю, і за всіма обставинами очевидно, що він мав більш тісний зв'язок з іншою державою, спадкування повинно регулюватися правом такої іншої держави.

Нововведенням Регламенту є єдине європейське свідоцтво про спадкування (*European Certificate of Succession*), що запроваджується відповідно до п. 67 Регламенту. Метою видачі такого свідоцтва є спрощення на території ЄС формальностей, що пов'язані із встановленням статусу спадкоємця

або повноважень адміністратора спадкової маси. На підставі такого документу будь-який громадянин країни ЄС зможе без додаткових формальностей підтвердити свій статус спадкоємця в іншій державі-учасниці.

Свідоцтво може бути використано для підтвердження таких обставин, як:

а) статус та/або права кожного зі спадкоємців за законом або за заповітом, які згадані у свідоцтві, та розмір належних їм часток у спадщині;

б) виділ певного майна, що входить до спадкової маси, на користь спадкоємця (спадкоємців) за законом або за заповітом;

в) повноваження виконавця за заповітом або адміністратора спадкової маси.

Видача єдиного свідоцтва не є обов'язковою. Спадкоємці та адміністратор спадкової маси вправі використовувати інші документи, передбачені відповідними законодавчими актами. Втім, вимагати надання таких додаткових документів від пред'явника єдиного свідоцтва забороняється.

Конвенція Ради Європи (Базельська конвенція) про запровадження системи реєстрації заповітів від 16 травня 1972 р. має на меті встановлення універсального режиму реєстрації заповітів і ефективного обміну інформацією про здійснені заповідальні розпорядження. Наразі Конвенція є чинною для Бельгії, Кіпру, Естонії, Франції, Латвії, Литви, Люксембургу, Нідерландів, Португалії, Іспанії, Туреччини. Україна приєдналася до цієї Конвенції у липні 2010 р.; Конвенція набрала чинності для України з 31 грудня 2010 р.

Конвенцією передбачено створення у кожній державі-учасниці системи, що дозволяє заповідачеві зареєструвати свій заповіт і уникнути ситуації, коли про існування заповіту не буде

відомо в іншій державі. Реєстрації в договірних державах підлягають:

а) посвідчені заповіти, пред'явлені нотаріусу, державному органу чи будь-якій особі, які за законом даної держави мають право реєструвати їх, а також інші заповіти, передані на зберігання органу чи особі, які вповноважені законом приймати такі заповіти на зберігання, коли при цьому складається офіційний документ про прийняття заповіту на зберігання;

б) власноручно складені заповіти, передані на зберігання нотаріусу, державному органу чи будь-якій особі, які за законом даної держави мають право приймати їх на зберігання, при цьому офіційний документ про прийняття заповіту на зберігання не складається, якщо закон дозволяє таку передачу. Заповідач має право відмовитися від реєстрації заповіту, якщо зазначений закон не забороняє такої відмови.

Відкликання, скасування та інші зміни до заповітів, зареєстрованих відповідно до конвенції, також підлягають реєстрації, якщо їх складено за формою, яка потребує обов'язкової реєстрації.

Протягом життя заповідача факт реєстрації заповіту розголошенню не підлягає. Після смерті заповідача будь-яка особа може отримати відомості щодо заповіту за пред'явлення витягу зі свідоцтва про смерть чи будь-якого іншого прийнятного документа, що підтверджує факт смерті заповідача.

Відповідно до умов Конвенції, у кожній з договірних держав призначається орган, уповноважений передавати іншим державам інформацію щодо записів у реєстрі заповітів, а також приймати й передавати запити від органів, призначених у інших державах (в Україні ці функції покладено на

Міністерство юстиції). Таким чином встановлюється достатньо ефективна система обміну інформацією про заповіти, що спрощує процедури міжнародного регулювання у цій сфері.

Серед інших актів міжнародного та комунітарного права, які стосуються питань спадкування та управління спадковим майном, слід назвати Конвенцію Бенілюкса стосовно одночасно померлих (*commorientes*) від 29 грудня 1972 р. та Гаазьку конвенцію про право, що застосовується до трасту (довірчого управління майном) та його визнання від 1 липня 1985 р.

Країни Латинської Америки. Прикладом уніфікації положень щодо міжнародного спадкування у країнах Латинської Америки є *Кодекс міжнародного приватного права*, прийнятий 20 лютого 1928 р. на VI Міжнародній американській конференції у Гавані, який набув чинності з листопада 1928 р. (Кодекс Бустаманте). Конвенцію, якою вводиться в дію Кодекс, ратифікували або підписали близько 20 країн Панамериканського союзу, включаючи Болівію, Бразилію, Венесуелу, Гаїті, Гватемалу, Гондурас, Домініканську Республіку, Коста-Рику, Кубу, Панаму, Перу та ін.

Колізійні норми щодо спадкування увійшли до розділу III Кодексу, який загалом стосується різних способів набуття власності. Основним колізійним принципом Кодексу у питаннях міжнародного спадкування є особистий закон (спадкодавця або спадкоємця), незалежно від того, яким є характер спадкового майна та місце його знаходження. Згідно зі ст. 7 Кодексу, кожна договірна держава застосовує у якості особистого закону закон доміцилію або закон громадянства, відповідно до вимог свого внутрішнього законодавства.

Особистому закону спадкодавця Кодекс підпорядковує загальні питан-

ня спадкування за законом і за заповітом, включаючи порядок заклик до спадкування, розмір спадкового мита, а також матеріальну дійсність заповідальних розпоряджень (ст. 144). Також особистим законом заповідача регулюється здатність заповідати (ст. 146), процедура, умови і наслідки відкликання заповіту (ст. 151), призначення спадкоємця (ст. 154), а також питання виплати боргів спадщини (ст. 163).

Оскільки у країнах Латинської Америки в цілому сприйнята англо-американська модель управління спадщиною (із залученням адміністратора спадкової маси), важливе значення мають положення Кодексу, що стосуються колізійних питань такого управління. Так, за загальними правилами, особистим законом спадкодавця регулюються призначення і повноваження виконавця духовниці, які мають визнаватися відповідно до такого закону у кожній з договірних держав (ст. 156), а також питання призначення і повноваження ліквідатора чи експерта – розподілювача спадщини (ст. 162).

Кодексом врегульовано колізійні питання отримання спадщини державою. Стаття 157 Кодексу враховує два основних підходи до отримання державою прав на виморочне та безхазяйне майно: особистий закон спадкодавця застосовується у випадках, коли державу кличуть до спадщини як спадкоємця за відсутності інших спадкоємців; щодо питань, коли держава виступає набувачем безхазяйного майна (на праві «окупації»), застосуванню підлягає місцеве право такої держави.

Відповідно до Кодексу, *особистим законом спадкоємця* або легатарія (одержувача заповідального відказу) регулюються питання здатності бути

спадкоємцем за заповітом або за законом (ст. 152), а також здатність вимагати та здійснювати розподіл спадкового майна (ст. 161).

Кодексом передбачено винятки із загальних правил, коли відповідні правовідносини визнаються такими, що підпорядковані міжнародному публічному порядку (що фактично означає обов'язковість регулювання таких прав та обов'язків правом держави, на території якої вони мають бути реалізовані). Питання щодо міжнародного публічного порядку включають: правило, згідно з яким права на спадщину після будь-якої особи переходять з моменту її смерті (ст. 145), норми, які не визнають взаємні, усні та ологографічні заповіти (ст. 148), правила про форму заповітів та їх недійсність (статті 149, 150), випадки нездатності (недостойності) бути спадкоємцем (ст. 153), а також правило щодо безумовного зберігання спадщини до явки усіх спадкоємців (ст. 160).

Кодекс містить цікаві положення щодо збереження дійсності заповітів душевнохворих осіб (встановлено, що кожна держава, відповідно до свого територіального закону, буде констатувати, чи знаходився душевнохворий заповідач у «світлому проміжку»), а також щодо особливостей стану вагітної вдови спадкодавця (у випадку, коли вдова залишається вагітною, заходи щодо охорони спадщини підпорядковуються законодавству місця її перебування).

Уніфікація норм спадкування у країнах СНД. Головним багатостороннім міжнародним договором країн СНД, що регулює колізійні, процесуальні та матеріальні питання міжнародного спадкування, є Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, підписана у Мінську

22 січня 1993 р. Більш пізня Конвенція з аналогічних питань від 7 жовтня 2002 р. (Кишинівська конвенція) не набула чинності для України і є чинною лише для кількох підписантів, отже, в Україні продовжують застосовуватись положення Мінської конвенції. Сторонами Мінської конвенції є Азербайджан, Вірменія, Білорусь, Грузія, Казахстан, Киргизстан, Молдова, Росія, Таджикистан, Туркменистан та Україна.

Питанням спадкування присвячено розділ V Конвенції, яким передусім встановлюється право громадян кожної договірної держави спадкувати майно на територіях інших договірних держав, як за законом, так і за заповітом, нарівні із місцевими громадянами.

Конвенція встановлює роздільний режим колізійного регулювання спадкових правовідносин залежно від типу спадкового майна. Так, право спадкування майна визначається за законодавством договірної сторони, на території якої спадкодавець мав останнє постійне місце проживання (ч. 1 ст. 45); разом із цим, право спадкування нерухомого майна визначається за законодавством договірної сторони, на території якої знаходиться це майно (ч. 2 ст. 45).

Слід зазначити, що Конвенція не допускає вибору спадкодавцем права країни свого громадянства як такого, що регулюватиме спадкові відносини (як це, наприклад, передбачено законодавством України про МПРП). Отже, оскільки норми міжнародного договору мають в Україні пріоритет перед нормами Закону «Про міжнародне приватне право», у відносинах із сторонами Мінської конвенції вибір українським спадкодавцем застосовуваного права не матиме чинності.

Відповідно до ст. 47 Конвенції, здатність особи до складання і скасування заповіту, а також форма заповіту і його скасування визначаються за правом тієї країни, де заповідач мав місце проживання в момент складання акта. Однак заповіт або його скасування не можуть бути визнані недійсними внаслідок недотримання форми, якщо остання відповідає вимогам права місця його складання.

Статтею 46 Конвенції врегульовано питання владнання проблемних ситуацій із переходом права на спадщину до держави, що можуть бути викликані неоднаковими підходами до режиму виморочного майна. Якщо за законодавством договірної сторони, що підлягає застосуванню при спадкуванні, спадкоємцем є держава, то рухоме спадкове майно переходить до договірній стороні, громадянином якої є спадкодавець у момент смерті, а нерухоме спадкове майно переходить до договірній стороні, на території якої воно знаходиться.

Конвенція містить положення про компетенцію щодо ведення спадкових справ та розгляду спорів, що виникають зі спадкових правовідносин, залежно від типу спадкового майна. Відповідно до ст. 48 Конвенції, провадження у справах про спадкування рухомого майна компетентні вести установи договірної сторони, на території якої мав місце проживання спадкодавець у момент своєї смерті. У свою чергу, провадження у справах про спадкування нерухомого майна компетентні вести установи договірної сторони, на території якої знаходиться майно. Аналогічні положення застосовуються також при розгляді спорів, що виникають у зв'язку з провадженням у справах про спадщину.

Крім цього, Конвенцією врегульовано питання щодо компетенції дип-

ломатичних представництв та консульських установ у справах про спадщину, а також щодо заходів, яких мають вживати установи договірних держав для забезпечення охорони спадщини або управління нею.

Двосторонні міжнародні договори щодо відносин у спадкових справах. Важливим джерелом регулювання міжнародних спадкових правовідносин є двосторонні договори про правову допомогу, які містять колізійні та матеріально-правові приписи із відповідних питань [13, 117–135]. Так, п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» передбачено, що при вирішенні спору щодо спадкування прав на майно, яке знаходиться за кордоном, або за участю іноземця, необхідно з'ясувати, чи існує договір про правову допомогу з цією країною і чи в цьому договорі не передбачені інші правила щодо спадкування, ніж в українському законодавстві. У разі розбіжностей застосовуються норми міжнародного договору.

На сьогодні Україна має чинні двосторонні договори про правову допомогу і правові відносини у цивільних та сімейних справах (які зокрема регулюють питання спадкування) із близько 20 країнами. Чинними для України залишаються договори, укладені між Радянським Союзом та відповідно Албанією (1958), Болгарією (1975), В'єтнамом (1981), Іраком (1973), КНДР (1957), Республікою Куба (1957), Монголією (1958), Польщею (1958), Грецією (1981), Кіпріом (1984), Сирійською Арабською Республікою (1984) та ін. З 1992 р. ведеться робота з оформлення правонаступництва України стосовно цих та інших міжнародних договорів колишнього СРСР. Наразі переоформлено

або перебуває у стадії переоформлення правонаступництво України стосовно договорів про правову допомогу із Австрією, Бельгією, Данією, Нідерландами, Словаччиною, США, Туреччиною, Угорщиною, Чехією, ФРН, Швейцарією, Японією та ін.

За часів незалежності Україна уклала двосторонні договори про правову допомогу у цивільних та сімейних справах із Грузією (1995), Естонією (1996), Кіпром (2005), Китайською Народною Республікою (1992), Литвою (1993), Латвією (1995), Молдовою (1995), Македонією (2000), Польщею (1993), Румунією (2002) та ін.

До кола питань спадкування, що регулюються міжнародними договорами України, як правило, входять питання встановлення рівних прав щодо спадкування для громадян відповідних держав, визначення права, що застосовується до спадкування як рухомого, так і нерухомого майна, питання форми заповіту та збереження його дійсності, питання переходу спадщини до держави, компетенція щодо розгляду спадкових справ, заходи щодо охорони спадщини.

Нескладно помітити, що у багатьох випадках для України є чинними два договори з аналогічних питань, укладені з тією самою країною (договір незалежної України і договір колишнього СРСР). Для врегулювання можливих колізій між договорами СРСР і договорами України можливі декілька підходів:

- застосування двостороннього договору СРСР, за умови, що двосторонній договір України про правову допомогу у цивільних справах не містить положень щодо спадкування. Наприклад, такі положення відсутні у договорі 2004 р. між Україною та Болгарією, отже, застосовуються норми договору СРСР з Болгарією 1975 р.;

- застосування двостороннього договору СРСР та положень внутрішнього законодавства України за наявності прогалин у міжнародному договорі. Так, договір між Україною та Грецією 2002 р. не містить колізійних норм спадкування; договір між СРСР та Грецією 1981 р. містить колізійні норми тільки щодо форми заповіту. Отже, у загальних питаннях колізійного регулювання спадкових справ застосовуються норми Закону України «Про міжнародне приватне право»;

- застосування двостороннього договору України та двостороннього договору СРСР, які доповнюють один одного. Наприклад, у відносинах з Кіпром питання збереження форми заповіту можуть регулюватися ст. 22 договору СРСР 1984 р., а загальні колізійні питання спадкування – ст. 18 договору України 2005 р., оскільки договір СРСР відповідних положень не містить;

- застосування двостороннього договору України як такого, що укладений пізніше (*lex posterior derogat lege priori*). Прикладом є договори СРСР (1958) та України (2002) з Румунією. Положення ст. 39 договору СРСР та ст. 36 договору України щодо права, яке застосовується до форми заповіту та його скасування, мають різний зміст. У цьому випадку доцільним є застосування положень договору 2002 р., враховуючи те, що він є більш пізнім, містить більш повне регулювання і сприяє збереженню чинності заповіту.

Роз'яснення щодо чинності та порядку застосування на території України відповідних міжнародних договорів надає Міністерство закордонних справ України.

Слід мати на увазі, що колізійні критерії визначення права, що застосовується до спадкування, встанов-

лені двосторонніми договорами України, не завжди збігаються із вимогами національного колізійного законодавства. Передусім це стосується спадкування рухомого майна (оскільки більшість міжнародних договорів України встановлюють роздільний режим колізійного регулювання спадщини залежно від типу спадкового майна). Щодо спадкування нерухомості, міжнародні договори в цілому передбачають застосування права держави, на території якої таке майно знаходиться. Разом із цим, у питаннях спадкування рухомого майна у багатьох випадках двосторонні міжнародні договори України виходять з принципу застосування права держави, громадянином якої був спадкодавець на момент смерті (*lex patriae*). Цей критерій встановлений договорами України з Македонією (ст. 34), Молдовою (ст. 37), Румунією (ст. 34), договорами СРСР із В'єтнамом (ст. 35), Болгарією (ст. 32) та ін. Натомість договори між Україною та Кіпром (ст. 18), Естонією (ст. 34), Латвією (ст. 36) тощо передбачають застосування до спадкування рухомого майна права країни, де спадкодавець мав останнє постійне місце проживання (*lex domicilii*), що в цілому збігається із положеннями Закону України «Про міжнародне приватне право».

Виморочне (відумерле) майно. Питання набуття державою прав на спадкове майно

Виморочним майном визнається майно спадкодавця, який не залишив

спадкоємців ні за заповітом, ні за законом. За загальним правилом, таке майно переходить у власність держави або відповідної територіальної громади з метою запобігання визнанню такого майна безхазяйним, його пошкодження, загибелі, неможливості задоволення вимог кредиторів спадкодавця тощо.

У статті 1277 ЦК України вживається термін «відумерлість спадщини»¹, який стосується випадків відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, їх усунення від спадщини, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття. У таких випадках, після спливу одного року від дати відкриття спадщини, орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини повинен подати до компетентного суду заяву про визнання спадщини відумерлою. Спадщина, визнана судом відумерлою, переходить до власності територіальної громади за місцем відкриття спадщини; при цьому територіальна громада несе обов'язок розрахуватись із кредиторами спадкодавця, вимоги яких заявлені відповідно до закону.

Інститут виморочного майна відомий праву більшості сучасних держав. При цьому розуміння підстав виникнення прав держави на таке майно у різних країнах є неоднаковим. Наприклад, у країнах сім'ї *common law*, а також у Франції сприйнята концепція первинного переходу власності до держави за правом «окупації», тобто держава набуває права на виморочне майно (як рухоме, так і

¹ Термін «відумерлий» вживається у ЦК України 2003 р. для позначення інституту, аналогічного інституту «виморочного имущества» у російському праві. При цьому слово «відумерлий» не є точним перекладом слова «виморочный». Фактично це неологізм, який ми не знаходимо в українських словниках. Здається більш логічним та правильним застосування в українській юридичній термінології саме терміна «виморочне майно» (від *mors* (лат.), *mort* (фр.) – смерть, вмирання) як такого, що передає правову природу цього інституту (див., напр.: Російсько-український словник : в 3 т. – К., 1968. – Т. 1. – С. 206). Новий тлумачний словник у трьох томах (К., 2006) термін «відумерщина» визначає як застарілий (т. 1 с. 332), а «виморочний» тлумачить як сучасне розуміння того, що «залишилося після померлого власника, який не мав спадкоємців, або якщо спадкоємці не прийняли спадщину чи позбавлені права спадкування» (т. 1 с. 224).

нерухоме), що знаходиться на її території в силу територіального суверенітету. Водночас багато країн континентальної Європи та СНД сприйняли концепцію переходу прав держави на виморочне майно на правах спадкування так, якби держава брала участь у спадкових відносинах як приватна особа.

Звичайно, різні підходи до підстав набуття державою прав на спадщину мають різні юридичні наслідки. Якщо допустити, що держава набуває права на спадкове майно у якості спадкоємця, це означає, що держава може претендувати на усе майно, що входить до спадкової маси, незалежно від того, де таке майно знаходиться. Крім цього, набуття майна на правах спадкоємця фактично тягне обов'язок такого спадкоємця розрахуватися за боргами спадкодавця із кредиторами останнього. Якщо ж припустити, що держава отримує спадкове майно на правах суверена, зрозуміло, що до держави відійде тільки те майно, яке знаходиться на її території; при цьому права на виморочне майно, як правило, вважаються вільними від будь-яких боргів та обтяжень.

Концепція набуття державою прав на виморочне майно на праві спадкування знайшла втілення у законодавстві Бельгії, Туреччини (ст. 22 Закону про МПрП та міжнародний цивільний процес), Тунісу (ст. 54 Кодексу МПрП) та ін.

Підходу набуття прав на спадщину за принципом «окупації» дотримуються законодавства Австрії, Венесуели (ст. 36 Закону про МПрП), Італії (ст. 49 Закону про МПрП) тощо.

Неоднозначний підхід до проблеми виморочного майна існує в Англії. Незважаючи на те, що доктрина загалом виходить з принципу набуття виморочного майна на праві «окупації», у

судовій практиці країни сприйнятий спадковий статут. До рухомого виморочного майна, яке знаходиться у Англії, застосовується закон доміцилію спадкодавця. Якщо померлий був доміцильований у Англії, доля його рухомого майна буде вирішуватись за англійським правом, а якщо за кордоном – застосуванню підлягатиме право, до якого колізійна норма держави доміцилію відсилає вирішення питання про долю виморочного майна [4, 358].

Питання виморочного майна має особливу актуальність для рухомих речей, спадкування яких, як правило, регулюється особистим законом спадкодавця, а не законом їх місцезнаходження. Важливим також є визначення порядку набуття державою прав на виморочне нерухоме майно. У цьому сенсі вагому роль відіграють багатосторонні та двосторонні міжнародні договори про правову допомогу, у яких зазвичай чітко формулюються такі загальні колізійні принципи: набуття прав на виморочне нерухоме майно регулюється правом країни місцезнаходження такого майна; набуття прав на виморочне рухоме майно – правом країни громадянства або останнього місця проживання спадкодавця.

Зокрема, питання щодо долі виморочного майна, яке належало іноземцям, врегульовано ст. 46 Мінської конвенції СНД, яка встановлює роздільний режим регулювання переходу прав на виморочне рухоме майно (відходить до договірної сторони, громадянином якої був спадкодавець на момент смерті) та нерухоме майно (відходить до договірної сторони, на території якої воно знаходиться). Аналогічні правила встановлені ст. 35 договору України з Естонією, ст. 36 договору СРСР з В'єтнамом, ст. 33 догово-

ру СРСР з Болгарією, ст. 38 договору України з Польщею тощо. Важливо зазначити, що практично всі міжнародні договори України містять приписи щодо відходу рухомого виморочного майна до держави, громадянство якої мав спадкодавець. У цьому сенсі правило місця проживання «не працює», оскільки саме громадянство є критерієм сталого зв'язку спадкодавця із відповідною державою. Прикладом більш гнучкого регулювання є Кодекс Бустаманте, який у питаннях закликую держави до спадкування виморочного майна відсилає до «особистого закону» спадкодавця (такий особистий закон може бути визначений як закон громадянства або як закон доміцилію, згідно з внутрішнім правом відповідної держави – сторони Гаванської конвенції 1928 р.).

Радянська доктрина МПрП в цілому виходила з того, що держава отримує виморочне майно на правах спадкування [14, 72–84]. У цьому контексті ст. 555 ЦК Української РСР 1963 р. містила чітке положення, згідно з яким спадкове майно у визначених випадках переходило до держави за правом спадкоємства. Подібні норми закріплені у сучасних законодавствах Російської Федерації (ст. 1151 ЦК), а також більшості країн СНД.

Сучасні положення ЦК України щодо відумерлої спадщини (ст. 1277 ЦК) не містять чіткої вказівки на те, що виморочне майно переходить до відповідної територіальної громади у порядку спадкування. Втім, за усіма ознаками, в Україні сприйнята саме така концепція. По-перше, успадкування такого майна здійснюється в силу факту смерті спадкодавця. По-друге, набуття прав на таке майно регламентовано низкою формальностей, зокрема зверненням територіальної громади до суду для визнання спадко-

вого майна відумерлим. По-третє, законом закріплений обов'язок територіальної громади, що набула прав на відумерле майно, розрахуватися із кредиторами спадкодавця. Нарешті, закон встановлює зобов'язання щодо охорони спадщини до визнання її відумерлою.

За законодавством України, правонаступництво стосовно виморочного майна має універсальний характер (не залежить від типу спадкового майна), якщо інше не передбачено міжнародними договорами України.

Спадкові права громадян України за кордоном та іноземців в Україні.

Роль органів нотаріату та консульських установ

Питання обсягу прав іноземців щодо володіння і розпорядження майном взагалі і зокрема щодо спадкування є однією з центральних проблем міжнародного спадкового права. В принципі, кожна суверенна держава є вільною щодо встановлення режиму здійснення майнових прав іноземців або осіб без громадянства порівняно із власними громадянами, а також стосовно майна, яке знаходиться на території даної держави. Відповідно можуть бути запроваджені певні обмеження для іноземців чи преференції для власних громадян або навпаки – власні громадяни та іноземці урівнюються у спадкових правах на підставі внутрішнього законодавства, міжнародного договору чи на умовах взаємності.

Прикладом диференційованого підходу є інститут права відрахування (*droit de prélèvement*), встановлений французьким законодавством. У ситуаціях, коли спадкове майно знаходиться частково на території Франції, а частково – на території іншої держави, і за умови, що застосовуванню підлягає іноземне право, яке не визнає спадкоємцями французьких громадян, які

могли б бути визнані спадкоємцями у разі застосування французького права, такі французькі громадяни мають право на отримання зі спадкової маси, розташованої на території Франції частку, на яку вони могли б претендувати у разі, якби спадкування регулювалось французьким правом [15, 525].

Втім, тенденцією сучасного внутрішнього та міжнародно-правового регулювання у сфері спадкових відносин є надання іноземним громадянам національного режиму, тобто зрівняння їх у правах із власними громадянами. При цьому у деяких державах (Мексика, США – штати Каліфорнія, Невада) умовою встановлення національного режиму для здійснення іноземцями спадкових прав є взаємність щодо надання аналогічних прав громадянам цих держав у відповідній іноземній юрисдикції.

Законодавство України в цілому виходить з принципу надання іноземним громадянам та особам без громадянства цивільної правоздатності нарівні з громадянами України, окрім випадків, передбачених законами або міжнародними договорами України (ч. 2 ст. 17 Закону України «Про міжнародне приватне право»). При цьому ЦК не встановлює для іноземців будь-яких винятків щодо права на заповіт (ст. 1234 ЦК) та права бути спадкоємцем (статті 1222, 1223 ЦК).

Права українських громадян за кордоном та іноземців на території України щодо спадкування врегульовано міжнародними договорами України про правову допомогу у цивільних та сімейних справах, зокрема Мінською конвенцією 1993 р. (ст. 44), а також низкою двосторонніх договорів.

Так, наприклад, відповідно до ст. 33 (4) Договору між Україною та Республікою Куба про правові відносини і правову допомогу у цивільних та криміна-

льних справах (1993), «громадяни однієї Договірної Сторони, які проживають на території другої Договірної Сторони, прирівнюються у правах до громадян другої Договірної Сторони відносно здатності укладення або скасування заповіту на майно, що знаходиться на території другої Договірної Сторони, або на права, які повинні бути там здійснені, а також відносно здатності набуття у спадщину майна або прав. Майно або права переходять до них на тих самих умовах, що й установлені для громадян другої Договірної Сторони».

Аналогічні або подібні положення містяться у договорах України з Латвією (ст. 35), Литвою (ст. 34), Молдовою (ст. 36), Польщею (ст. 36) тощо.

До кола питань спадкової правоздатності, що регулюються законом і міжнародними договорами, зазвичай включаються питання:

а) заповідальних розпоряджень щодо майна, яке знаходиться на території держави, іншої, ніж держава громадянства чи місця проживання спадкодавця;

б) здатності щодо набуття майна або прав у порядку спадкування;

в) умов та порядку переходу прав на спадщину;

г) у певних випадках – підстав відкриття спадщини (наприклад, ст. 36 договору між Україною та Польщею передбачає виникнення спадкових прав у випадку смерті, тобто не визнає інших підстав для відкриття спадщини, як-от позбавлення чи обмеження цивільної правоздатності особи та ін.).

Незважаючи на те, що регулювання питань спадкової правоздатності іноземців у світі стає дедалі більш лояльним, особам, які мають майно за кордоном чи перебувають у шлюбі з іноземцем, варто бути обізнаними із тим, яким чином колізійні норми держави їх місця проживання чи держави

знаходження їх майна можуть вплинути на права та інтереси їх спадкоємців та виконуваність заповідальних розпоряджень.

Важливу роль у захисті та здійсненні прав міжнародного спадкування відіграє *нотаріат*. Фактично нотаріус – центральна фігура у процесі ведення спадкової справи і оформлення прав на спадщину (за умови, якщо таку справу не передано на розгляд суду, наприклад, за наявності спірних питань).

Нотаріат в Україні – це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені чинним законодавством, з метою надання їм юридичної вірогідності.

Відповідно до умов Закону України від 2 вересня 1993 р. «Про нотаріат», вчинення нотаріальних дій в Україні покладається на нотаріусів, які працюють в державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси). Документи, оформлені державними і приватними нотаріусами, мають однакову юридичну силу.

У населених пунктах, де немає нотаріусів, нотаріальні дії (наприклад, вжиття заходів щодо охорони спадщини, посвідчення заповітів (крім секретних) тощо) вчиняються уповноваженими на це посадовими особами органів місцевого самоврядування.

У міжнародних спадкових справах нотаріуси відповідно до законодавства України і міжнародних договорів наділяються повноваженнями щодо застосування норм іноземного права. Нотаріуси приймають документи, складені відповідно до вимог інозем-

ного права, а також вчиняють посвідчувальні написи за формою, передбаченою іноземним законодавством, якщо це не суперечить законодавству України.

При цьому, згідно зі ст. 100 Закону України «Про нотаріат», документи, які складено за кордоном з участю іноземних властей або які від них виходять, приймаються нотаріусами за умови їх легалізації органами Міністерства закордонних справ України. Без легалізації такі документи приймаються нотаріусами у тих випадках, коли це передбачено законодавством України, міжнародними договорами, в яких бере участь Україна.

Чинним законодавством України передбачено застосування українського права щодо дій, пов'язаних з охороною майна, що залишилося після смерті іноземного громадянина на території України, або майна, яке належить одержати іноземному громадянину після смерті громадянина України, а також з видачею свідоцтва про право на спадщину щодо такого майна здійснюються відповідно до законодавства України. Також цивільним процесуальним законодавством України регулюються дії нотаріусів щодо забезпечення доказів, необхідних для ведення справ у органах іноземних держав (відповідно до статей 99, 102 Закону України «Про нотаріат»).

Сприяння у веденні міжнародних спадкових справ, а також (за умов, визначених відповідними міжнародними договорами) надання організаційної і правової допомоги та вчинення певних нотаріальних дій може здійснюватись *консулами*. Зазвичай підставою для залучення консула у веденні спадкової справи є факт наявності громадянства держави, яку представляє консул, у спадкодавця чи у спадкоємця (або в обох з них).

За загальним правилом, що встановлено ст. 5 (g) Віденської конвенції про консульські зносини (набула чинності для України з 1989 р.), до консульських функцій входить охорона інтересів громадян (фізичних та юридичних осіб) держави, яку консул представляє, у випадку правонаступництва в силу смерті (*mortis causa*) на території держави перебування відповідно до законів і правил держави перебування.

Конкретні повноваження консулів щодо участі у спадкових справах встановлюються двосторонніми договорами про консульські зносини. Як правило, такі повноваження є обмеженими щодо змісту і можуть виконуватись тільки на території відведеного приймаючою державою консульського округу (за відсутності згоди приймаючої держави на здійснення консульських функцій за межами такого округу). Слід також мати на увазі, що вчинення відповідних дій консульськими посадовими особами є їх правом, але не обов'язком щодо регулювання спадкових відносин своїх громадян.

Так, відповідно до ст. 11 (g) Консульської конвенції між Україною та Республікою Білорусь 2009 р., консулам надано право складати, засвідчувати та приймати на зберігання заповіти громадян акредитуючої держави. Стосовно спадкового майна (ст. 16 Конвенції) консул має право бути присутнім під час опису спадщини та вживати заходів щодо її охорони; приймати спадкове майно, що нале-

жить громадянину держави, що представляється, для передачі майна спадкоємцю; приймати на зберігання документи, гроші та інше майно померлого для передачі спадкоємцям тощо. При цьому консул не має прав щодо управління спадщиною та оформлення прав на спадщину.

Подібний перелік консульських функцій встановлений іншими консульськими конвенціями України (або чинними для України консульськими конвенціями колишнього СРСР), укладеними із В'єтнамом, Грецією, Грузією, Італією, Казахстаном та ін.

Як згадувалося вище, повноваження консулів щодо участі у міжнародних спадкових справах обмежуються умовами відповідних двосторонніх консульських конвенцій. У певних випадках такі конвенції допускають здійснення консулом представницьких функцій без довіреності (наприклад, відповідно до ст. 39 (3) (c) Консульської конвенції між Україною та Соціалістичною Республікою В'єтнам 1994 р., консулам надано право забезпечувати представництво громадянина акредитуючої держави, який є відсутнім і не має представника у державі перебування, щодо його законних інтересів у зв'язку зі спадщиною. Такі положення є не у всіх консульських конвенціях, що, однак, не перешкоджає консульським посадовим особам представляти інтереси спадкоємців на підставі належним чином оформленої довіреності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Фурса С. А., Фурса Є. І. Спадкове право: теорія та практика. — К., 2002. — 496 с.
2. Гражданское и торговое право зарубежных государств : учеб. : в 2 т. / от. ред. Е. А. Васильев, А. В. Комаров. — М., 2005. — Т. II. — 640 с.
3. Медведев И. Г. Международное наследование в нотариальной и судебной практике // Закон. — 2006. — № 10.
4. Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право. — М., 2011. — 511 с.
5. Степанюк А. А. Коллизии наследования в международном частном праве. — Харьков, 2004.
6. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підруч. — К., 2009. — 264 с.
7. Федосеева Г. Ю. Международное частное право : учеб. — М., 2007. — 432 с.

8. Кармаза О. О. Міжнародне спадкове право : наук.-практ. посіб. — К., 2007. — 328 с.
9. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=62.
10. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=83.
11. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=40.
12. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.unidroit.org/english/conventions/1973wills/1973wills-e.html>.
13. Галущенко Г. В. Питання міжнародного приватного права у міжнародних договорах України про правову допомогу. — К., 2005. — 472 с.
14. Сивоконь А. Я. Вопросы наследования в международном частном праве. — Киев, 1967. — 103 с.
15. Ануфриева Л. П. Международное частное право. Особенная часть. — М., 2000. — 656 с.

Кисіль В. І. Спадкові відносини в сучасному міжнародному приватному праві

Анотація. У статті досліджуються сучасні тенденції вирішення колізійних питань, що виникають у сфері міжнародних спадкових відносин. Ґрунтовно проаналізовані підстави виникнення колізій та особливості правового регулювання спадкування у законодавстві багатьох держав. Висвітлено актуальні проблеми колізійного регулювання у міжнародному спадковому праві. Показана сучасна судова та нотаріальна практика в цій сфері регулювання. Особлива увага приділена міжнародно-правовому регулюванню (багатосторонні конвенції у сфері транскордонного спадкування; регіональна уніфікація; двосторонні договори щодо відносин у спадкових справах). Аналізуються гостра проблема виморочного майна у правовідносинах, ускладнених іноземним елементом, та питання набуття державою прав на спадкове майно. На основі сучасного законодавства в сфері міжнародного приватного права досліджено особливості регулювання спадкових прав громадян України за кордоном та іноземців в Україні.

Ключові слова: спадкування у міжнародному приватному праві, колізія у спадкових відносинах, міжнародне спадкування, спадщина за кордоном, міжнародні договори в сфері спадкових відносин.

Кисиль В. И. Наследственные отношения в современном международном частном праве

Аннотация. В статье исследуются современные тенденции решения коллизионных вопросов, возникающих в сфере международных наследственных отношений. Проанализированы основания возникновения коллизий и особенности правового регулирования наследования в законодательстве многих государств. Освещены актуальные проблемы коллизионного регулирования в международном наследственном праве. Показана современная судебная и нотариальная практика в данной сфере регулирования. Особое внимание уделено международно-правовому регулированию (многосторонние конвенции в сфере трансграничного наследования; региональная унификация; двусторонние договоры об отношениях по наследственным делам). Анализируются острая проблема выморочного имущества в правоотношениях, осложненных иностранным элементом, и вопросы приобретения государством прав на наследственное имущество. На основе современного законодательства в сфере международного частного права исследованы особенности регулирования наследственных прав граждан Украины за рубежом и иностранцев в Украине.

Ключевые слова: наследование в международном частном праве, коллизия в наследственных отношениях, международное наследование, наследство за рубежом, международные договоры в сфере наследственных отношений.

Kysyl V. Inheritance Relations in Modern Private International Law

Annotation. The article reviews modern trends in dealing with conflicts arising in the field of international inheritance relations. The author has made a detailed analysis of causes giving rise to conflicts and has studied the aspects of legal regulation of inheritance in many jurisdictions. The work also highlights some topical issues of conflict regulation in the international inheritance law. The article describes the modern judicial and notarial practice in this area of regulation. A particular focus is made on international legal regulation (multilateral cross-border inheritance conventions; regional unification; bilateral agreements on relations in inheritance matters). The author addresses an acute problem of escheated property in legal relations complicated by a foreign element and describes the issues of the acquisition of rights to the inheritance by the State. The peculiarities of regulation of the rights of inheritance of Ukrainian citizens abroad and of foreign citizens in Ukraine are studied in the context of modern laws existing in the field of private international law.

Key words: inheritance in private international law, conflict in relations of inheritance, international inheritance, inheritance abroad, international agreements in the field of relations of inheritance.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ СПІВРОБІТНИЦТВО У СФЕРІ МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ



Г. ЦІРАТ

*кандидат юридичних наук,
докторант Інституту міжнародних відносин
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Міжнародно-правова уніфікація процедур вручення за кордоном судових документів у цивільних та комерційних справах

Актуальність питань міжнародно-правового співробітництва держав у сфері регулювання різних аспектів процедур вручення за кордоном судових документів та отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах залишається незмінною протягом останніх десятиріч як внаслідок постійного зростання кількості відповідних звернень, так і значної різноманітності у підходах в їх регулюванні різними міжнародними договорами, що вимагає продовження пошуків основ їх міжнародно-правової уніфікації.

*Передумови необхідності
міжнародно-правового
співробітництва при розгляді
цивільних справ з іноземним елементом*

При розгляді судом однієї держави цивільної справи за участю іноземного

елемента практично завжди виникає необхідність у здійсненні певних процесуальних дій за межами території держави вказаного суду. До таких процесуальних дій найчастіше належить вручення судових та позасудових документів та отримання доказів. Для здійснення вказаних процесуальних дій за межами території власної держави суд, що розглядає справу, потребує або сприяння (допомоги) з боку компетентних органів іншої держави, на території якої такі дії мають бути здійснені, або отримання дозволу цієї держави на здійснення вказаних процесуальних дій компетентними органами його власної держави або самим судом самостійно. Передумовами необхідності звернення за допомогою до органів влади інших держав або за отриманням відповідного дозволу від влади цих держав є «конфлікт» між територіально обмеженим характером цивільної юрисдикції судів, що розглядають справи, обтяжені іноземним елементом, та обумовленою наявністю

іноземного елемента як у спірних відносинах, так і у процесуальних елементах, необхідністю у здійсненні транскордонних за характером процесуальних дій.

Одним зі способів вирішення цього «конфлікту» є співробітництво між задіяними державами, яке виражається у встановленні певних способів допомоги, сприяння або наданні дозволу на здійснення необхідних процесуальних дій.

Необхідними передумовами такого співробітництва є, по-перше, надання суду, що потребує здійснення процесуальних дій за межами власної держави, власним національним законом право звертатися до компетентних органів інших держав з відповідним проханням про правову допомогу або з судовими дорученнями. По-друге, право інших держав передбачає можливість та умови виконання таких прохань або із судових доручень іноземних судів. Такі прохання та судові доручення прийнято іменувати «іноземними», тому що для держави — місця їх виконання такі прохання та судові доручення мають іноземне походження, а тому розглядаються як іноземні, а для держави, суд якої розглядає справу, такі прохання та судові доручення є іноземним в силу того, що вони мають виконуватися на території іноземної (іншої) держави. Всі процедури, що опосередковують звернення з відповідним проханням або судовим дорученням, їх виконання тощо, прийнято іменувати міжнародною правовою допомогою у цивільних справах або судовою кооперацією.

Як було вказано вище, відносини з приводу здійснення транскордонних процесуальних дій при розгляді цивільних справ, обтяжених іноземним елементом, регулюються нормами національного права задіяних у цьому

держав. Характер такого регулювання в кожній державі має свою специфіку та відрізняється від аналогічного регулювання в інших державах. Досягнення одноманітності шляхом уніфікації національного права, по-перше, процес досить довгий та не зовсім ефективний; по-друге, не всі питання можуть бути врегульовані на рівні національного права. В силу цього значну роль в цьому процесі відіграють двосторонні та багатосторонні міжнародні договори. Практика минулого сторіччя свідчить, що уніфікація правового регулювання за допомогою створення одноманітних міжнародно-правових правил та норм — це і є той шлях, який може задовольнити потреби уніфікації в цій сфері.

Що є предметом міжнародно-правового регулювання та уніфікації в процедурах транскордонного вручення судових документів та отримання доказів у цивільних та комерційних справах? На сьогодні можна констатувати, що склався консенсус стосовно розділення сфер регулювання вказаних питань між національним законом та міжнародним правом. Аналіз чинних міжнародних конвенцій, норми яких регулюють такі складові міжнародного цивільного процесу, як вручення документів та отримання за кордоном доказів, дає можливість дійти таких висновків. До сфери регулювання нормами національного права належать такі питання, як визначення судів, що мають право звертатися до іноземних компетентних органів, їх права і обов'язки; визначення судів, що мають право виконувати іноземні звернення з приводу вручення документів або отримання доказів (інституціональний аспект), їх права та обов'язки з виконання таких звернень (процесуальний аспект). Предметом міжнародно-правового регулювання є

вимоги до прохання про вручення судового доручення (форма, зміст, мова тощо), способи передачі від запитуючої держави до запитуваної, в тому числі встановлення органів, на які покладаються такі функції, підстави для відмови у виконанні, вимоги до форми та змісту звіту про виконання, певні аспекти способів виконання та деякі інші.

Міжнародно-правові джерела норм, що регулюють процедури вручення судових документів у цивільних справах за межами держави, суд якої розглядає справу

Норми, що регулюють процедури вручення судових документів, містяться як у багатосторонніх, так і двосторонніх міжнародних договорах. За критерієм складу держав-учасниць та характером регулювання багатосторонні договори можна поділити на універсальні та регіональні, а за предметом регулювання — на загальні та спеціальні.

До відомих універсальних багатосторонніх міжнародних договорів з питань вручення судових документів можна віднести перш за все конвенції, що укладені в рамках Гаазької конференції з міжнародного приватного права [1; 2]. До багатосторонніх міжнародних договорів регіонального характеру з вказаних питань треба віднести договори (конвенції), укладені в рамках таких регіональних міжнародних організацій та об'єднань, як Співдружність Незалежних Держав (СНД), Організація американських держав (ОАД), Європейський Союз (ЄС) та деяких інших.

У рамках СНД діють три багатосторонні міжнародні договори, які регулюють практично всі складові міжнародного цивільного процесу, в тому числі процедури надання міжнародної правової допомоги і, зокрема, вручен-

ня судових документів у цивільних справах [3; 4; 5]. В рамках ОАД укладена Міжамериканська конвенція про судові доручення 1975 р. [6]. та Додатковий протокол 1979 р. [7] до неї. Ці два міжнародні договори присвячені регулюванню питань вручення судових документів та отримання доказів у цивільних справах. У рамках Європейського Союзу було розроблено та прийнято ряд регламентів, що регулюють різні питання правової допомоги між країнами — членами ЄС [8; 9; 10]. До міжнародних договорів регіонального характеру з питань міжнародного цивільного процесу та правової допомоги, зокрема, також слід віднести Угоду про співробітництво у сфері правосуддя, яка укладена групою арабських країн 1983 р. [11].

Міжнародно-правове регулювання та уніфікація процедур вручення за кордоном судових документів у цивільних справах. Загальний огляд

Зміст вказаних вище міжнародних конвенцій та актів, що регулюють питання вручення за кордоном судових документів у цивільних та комерційних справах, вказує, що вони регулюють такі питання, як: а) способи (шляхи) передачі документів від запитуючого суду до компетентних органів запитуваної держави для їх подальшого вручення адресатові; б) деякі правила стосовно порядку виконання прохань про вручення; в) способи вручення судових документів адресатові.

Способи (шляхи) передачі документів від запитуючого суду до компетентних органів запитуваної держави

Чинні міжнародні договори передбачають декілька способів передачі судових документів для їх подальшого вручення на території іншої держави. До таких способів належать: 1) пере-

дача дипломатичними каналами — за посередництвом органів зовнішніх відносин задіяних держав, якими є міністерства закордонних справ та дипломатичні представництва [12]; 2) за посередництвом консулу запитуючої держави, акредитованого у запитуваній державі, який передає прохання та документи до компетентного органу запитуваної держави [1]; 3) за посередництвом центральних або інших (агенції) органів договірних держав [2; 4; 5; 7; 9]; 4) передачі безпосередньо від запитуючого суду до відповідного компетентного органу (судами) запитуваної держави [3]; 5) інші способи, наприклад, пересилка поштою, передача особисто виконавцем тощо.

Кожна міжнародна конвенція заводить один зі вказаних способів передачі в якості основного. Наприклад, Конвенція 1954 р. — за посередництвом консула запитуючої держави, Конвенція 1965 р. — за посередництвом центрального органу запитуваної держави, Угода 1992 р. — безпосередньо від суду до суду держав-учасниць. Всі інші способи передачі розглядаються як факультативні, їх застосування ставиться в залежність або від волі запитуваної держави, яка не заперечуватиме проти застосування певного способу, або від наявності міжнародного договору між зацікавленими державами-учасницями відповідної конвенції. Наприклад, ч. 2 ст. 6 Конвенції 1954 р. вказує, що «кожен з вказаних способів вручення може застосовуватися лише в тому випадку, якщо це допускається угодами, укладеними зацікавленими державами, а за відсутності угоди — якщо немає заперечень з боку держави, на території якої таке вручення здійснюється» [1]. Стаття 11 Конвенції 1965 р. «не забороняє двом або більше Договірним державам до-

мовлятися про встановлення з метою вручення судових документів інших шляхів передачі, ніж ті, які передбачені в попередніх статтях, зокрема, безпосередніх відносин між їх відповідними органами» [2].

Способи вручення судових документів

Під способами вручення судових документів адресатові, що перебуває на території іншої держави, ніж держава, суд якої розглядає справу, ми розуміємо способи виконання прохань іноземних судів щодо вручення судових документів. Всі способи вручення, які передбачають розглянуті нами міжнародні договори, можна поділити на основні та альтернативні. Перші передбачають вручення документів адресатові компетентними органами держави — місця його перебування із застосуванням всіх відповідних процедур та норм національного права цієї держави, а інші, альтернативні, передбачають можливість здійснення процесуальних дій з вручення документів на території держави, де перебуває адресат, органами іноземних держав або уповноваженими особами.

Основні способи вручення судових документів

Основним способом вручення всі чинні міжнародні конвенції передбачають вручення документів: а) «за посередництвом влади, компетентної за законом запитуваної держави» [1]; б) шляхом вручення документів особі, «якщо остання прийме їх добровільно» або в порядку, передбаченому законодавством запитуваної держави для аналогічних випадків або в особливому порядку, про який просить запитуючий суд, за умови, що цей порядок не суперечить праву запитуваної держави. Суттєві складові всіх основних способів вручення регулюються національним правом запитуваної

держави і, як правило, не є предметом міжнародно-правового регулювання. Процесуальні дії з вручення у такий спосіб іноземних судових документів і є формою та способом надання міжнародної правової допомоги органами влади однієї держави судовим органам цієї іноземної держави.

Альтернативні способи вручення судових документів

Альтернативними слід вважати такі способи вручення іноземних судових документів, які здійснюються органами запитуючої держави: закордонними, такими як дипломатичні та консульські службовці запитуючої держави, що акредитовані у запитуваній державі, запитуючими судами безпосередньо або особами, уповноваженими цими судами на здійснення певних дій.

Право застосовувати різні альтернативні способи вручення документів передбачено практично всіма чинними міжнародними договорами, крім Угоди СНД 1992 р., кожна з яких закріплює свій «набір» таких способів та умови їх застосування. Найбільшого розповсюдження набув спосіб вручення дипломатичними та консульськими службовцями громадянам запитуючої держави, які мешкають на території запитуваної держави за умови незастосування примусу при виконанні процесуальних дій з вручення документів [1; 2; 4; 5]. Частина конвенцій передбачають право дипломатичних та консульських службовців здійснювати вручення не тільки громадянам запитуючої держави, а й необмеженому колу осіб, які мешкають на території запитуваної держави, незалежно від їх правового статусу [2; 9]. Аналогічне право закріплюється і за комісіонерами [2].

Сам характер альтернативних способів вручення не передбачає участі в ньому органів влади запитуваної дер-

жави, а відповідно, не може розглядатися як форма надання правової допомоги, як це відбувається при застосуванні основних способів вручення. При застосуванні альтернативних способів ми можемо говорити про допуск (незаперечення, дозвіл), що надається однією державою посадовим особам іншої держави на здійснення останніми певних процесуальних дій на її території на прохання судових органів власної держави. Треба вказати, що застосування альтернативного способу вручення судових документів громадянам держави запитуючого суду, які мешкають на території іншої держави, ґрунтується на визнанні правового зв'язку між такими особами та державою їх громадянства, характеризується елементами екстериторіальності в діях влади держави їх громадянства, принаймні стосовно здійснення стосовно цих осіб певних процесуальних дій. Держава — місця перебування або постійного проживання цих осіб визнає цей зв'язок і таке визнання виражається у дозволі дипломатичним та консульським службовцям, що акредитовані в цій державі, здійснювати певні процесуальні дії стосовно вказаних осіб, але обмежує цей дозвіл умовою незастосування примусу [2], бо останнє є виключною прерогативою органів влади цієї держави. Частина держав — учасниць Конвенції 1965 р., таких як Канада, Сполучені Штати Америки, Нідерланди, Велика Британія, Ірландія, не заперечують проти застосування загального правила, а такі держави, як, наприклад, Російська Федерація, Бельгія, Чехія, Україна, Франція, Швейцарія, заявили проти застосування на їх території загального правила вручення.

В той же час відбувається розширення сфери застосування цього способу вручення та поширення його на

осіб, які не пов'язані з запитуючою державою відносинами громадянства. Це знайшло своє відображення у практиці Гаазької конференції та Європейського Союзу. Внаслідок прийняття Конвенції 1965 р. на території значної кількості її держав-учасниць вручення судових документів може здійснюватися дипломатичними та консульськими службовцями, що акредитовані в цих державах, всім особам, незалежно від їх громадянства та національної належності [2]. Таке положення діє і на території країн — членів Європейського Союзу на підставі положень Регламенту ЄС № 1393/2007 [9]. Ця тенденція є відображенням загального тренду сучасного етапу розвитку міжнародно-правового регулювання питань міжнародного цивільного процесу, який полягає у розширенні прав іноземних органів у здійсненні ними процесуальних дій на території інших держав без застосування процедур надання правової допомоги з боку органів цієї держави.

Водночас значна частина держав залишається на тих позиціях, що будь-які процесуальні дії на їх території в інтересах іноземних судових процесів можливі лише із застосуванням механізмів міжнародної правової допомоги та тільки власними компетентними органами за винятком тих альтернативних способів вручення, що можуть застосовуватися виключно до громадян запитуючої держави, що мешкають на території цих держав. Позиція України з вказаних питань залишається незмінною — вона заперечує будь-яке можливе застосування будь-яких альтернативних способів вручення, крім вручення громадянам України, що мешкають на території інших держав. Цей підхід відображений у Законі України про приєднання України до Конвенції 1965 р. [13], а також

закріплений у Конвенції СНД 1993 р. [4] та двосторонніх договорах про правову допомогу.

Всі розглянуті нами міжнародні конвенції не дають можливості безпосередньо судам, що розглядають справу за участю іноземного елемента, звертатися до іноземних органів влади з проханнями про вручення судових документів. Всіма цими конвенціями передбачені певні органи, за посередництвом яких прохання про вручення та самі судові документи, які потребують вручення, мають передаватися для їх подальшого вручення на території іншої держави.

*Інші складові інституту вручення
судових документів за кордоном,
що регулюються міжнародними
договорами*

Крім способів передачі судових документів для вручення та способів їх вручення адресатові на міжнародно-правовому рівні регулюються такі складові, як вимоги до форми, змісту, кількості та мови складання прохань про вручення, вимоги до мови, якою мають складатися чи перекладатися документи, що підлягають врученню, підстави для відмови у виконанні прохання тощо.

У формулюванні (визначенні) вимог до форми, змісту, кількості екземплярів та мови складання прохань про вручення спостерігається тенденція від закріплення певного переліку вимог до змісту прохань про вручення до закріплення типової форми (зразка) прохання про вручення. Вперше єдина форма прохання про вручення була встановлена Гаазькою конвенцією 1965 р. [2]. Такою формою став Формуляр, зразок якого є додатком до цієї Конвенції, який має складатися французькою або англійською мовою, а також факультативно — офіційною мовою запитуючої держа-

ви, при цьому він не потребує легалізації або виконання інших формальних вимог. Додатковим протоколом 1979 р. до панамериканської Конвенції про судові доручення 1975 р. була закріплена Форма А [7], якою встановлені єдині вимоги до форми судового доручення та вимоги до мови складання такого доручення. Формою В встановлені вимоги до інформації, яку має містити доручення для особи, якій мають бути вручені документи, та запроваджено Сертифікат щодо підтвердження виконання або невиконання судового доручення — Форма С. Регламент ЄС № 1393/2007 закріплює єдину стандартну форму (бланк), зразок якого міститься у Додатку до цього Регламенту, а також встановлює, що форма має бути складена мовою запитуваної держави або іншою мовою, яку ця держава вважає припустимою для таких справ [9]. На відміну від вказаних вище актів, Угода 1992 р. та конвенції СНД 1993 р. та 2002 р., двосторонні договори про правову допомогу за участю України не передбачають одноманітних типових форм, за якими мають складатися прохання про вручення, а традиційно містять лише перелік питань, які мають бути відображені у проханні.

Встановлення єдиної (уніфікованої) форми для прохання про вручення судових документів є важливим кроком в уніфікації норм, що встановлюють вимоги до форми, змісту та мови складання запитів про вручення, це значно спростило як процес складання, процес виконання прохань про вручення, так і зворотний зв'язок між запитуючими та запитуваними державами, а саме направлення запитуючому органу іноземної держави підтвердження про вручення (зворотна сторінка Формуляра).

Підстави для відмови у врученні документів

Всі досліджені нами міжнародні конвенції передбачають випадки, за наявності яких запитувані держави вправі відмовляти у виконанні прохань про вручення іноземних судових документів, але перелік цих підстав відрізняється. Гаазькі конвенції 1954 р. та 1965 р. в якості таких підстав передбачають випадки, коли таке вручення, на думку компетентної влади запитуваної держави, може завдати шкоди суверенітету або безпеці цієї держави. Цей перелік є виключним. Конвенція 1965 р. окремо вказує, що запитувана держава не може відмовити у врученні документа лише з тих підстав, що справа, щодо якої було направлено документ для вручення, належить до виключної компетенції судів запитуваної держави, або право запитуваної держави не дозволяє проведення судового процесу, у зв'язку з яким направлено прохання про вручення [2]. Конвенція СНД 1993 р. та двосторонні договори про правову допомогу розширили перелік підстав, порівняно з тими, що передбачені Гаазькими конвенціями, додавши до них таку підставу, як «надання такої допомоги (...) суперечить законодавству запитуваної Договірної Сторони» [4].

В якості підстав для відмови Міжамериканська конвенція про судові доручення 1975 р. вказує на те, що судові доручення не повинно «явно суперечити її публічному порядку» [6]. Угода 1992 р. та Регламент № 1393/2007 не містять норм щодо відмови у виконанні прохань про вручення документів. Але відсутність у вказаному Регламенті підстав для відмови у виконанні, які аналогічні тим, що передбачені іншими міжнародними договорами, не є свідченням наявності прогалини у регулюванні

або у неможливості відмови як такої. Просто упорядники Регламенту прибрали це питання з повноважень приймаючої агенції та передали його на вирішення особи, який документ має бути вручений. Регулювання цього питання Регламентом № 1393/2007 побудовано: а) на зобов'язанні приймаючої агенції повідомити особу, який документ має бути вручений, про її права на відмову у прийнятті документів з посиланням на певні обставини, що перелічені у Регламенті; б) на тому, що така відмова може бути здійснена або під час вручення, або шляхом повернення документа протягом тижня з дати вручення на підставі того, що документ складено не тією мовою, що розуміє адресат, або мовою іншою, ніж офіційна мова запитуваної держави, або документ не супроводжувався перекладом на одну з цих мов [9]. Ці правила Регламенту № 1393/2007 мають застосовуватися не лише в разі використання основного способу передачі документа, тобто за посередництвом агенції, а й у разі використання інших, альтернативних способів вручення судових документів, передбачених розділом II вказаного Регламенту.

Як бачимо, акти уніфікації, прийняті протягом останніх 50 років, мають багато спільного в регулюванні альтернативних способів передачі та вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних та комерційних справах, обтяжених іноземним елементом. Розширення прав органів іноземних держав у здійсненні ними процесуальних дій на території інших держав без застосування механізмів правової допомоги, незважаючи на те, що значна кількість держав дотримується консервативного підходу в цьому питанні, можна вважати тенденцією, загальним трендом у

міжнародно-правовому регулюванні та уніфікації такої складової міжнародного цивільного процесу, як вручення за кордоном судових документів.

Міжнародно-правова уніфікація процедур отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах

Роль та місце процедур з отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах у системі міжнародного цивільного процесу.
Загальні положення

Разом із процедурами вручення за кордоном судових та позасудових документів процедури отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах розглядається як один із видів міжнародної правової допомоги, але за складністю регулювання та правовими наслідками відіграє незрівнянно вагомішу роль для основного судового процесу. Як і вручення за кордоном судових документів процедури отримання за кордоном доказів є предметом уніфікації та регулювання на міжнародно-правовому рівні.

На відміну від національно-правового [14, 140–147], міжнародно-правове регулювання вказаних процедур відіграє вирішальну роль з таких причин: по-перше, створює більш сприятливі умови для застосування принципу взаємності, який є ключовим у створенні та функціонуванні всієї системи міждержавного співробітництва в цій сфері; по-друге, дозволяє створювати уніфіковані (одноманітні) процедури, які будуть застосовуватися державами-учасниками відповідного міжнародного договору, наслідком чого буде створення єдиного (одноманітного) правового поля, в якому діятимуть всі суб'єкти відповідних правовідносин.

На рівні універсальної міжнародної конвенції відносини з отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах регулюються нормами Гаазьких конвенцій з цивільного процесу 1954 р. [1; 15] та з отриманням за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах 1970 р. [16; 17]. Остання конвенція замінила відповідні норми, встановлені статтями 8–16 Конвенції 1954 р. Сьогодні Конвенція 1970 р. є одним із ключових міжнародно-правових договорів універсального характеру в сфері регулювання відносин з отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах.

На регіональному рівні процеси уніфікації норм, що регулюють питання отримання за кордоном доказів, відбуваються в рамках ОАД [6; 18; 19], в Європейському Союзі [20], у Співдружності Незалежних Держав [3; 4; 5], в арабських країнах [11].

На двосторонньому рівні питання отримання за кордоном доказів регулюються як окремими договорами, спеціально присвяченим регулюванню виключно вказаних питань або договорами з питань цивільного процесу, так і загальними договорами про правову допомогу у цивільних, сімейних та кримінальних справах, які укладаються переважно державами, що створилися внаслідок розпаду СРСР та державами Центральної та Східної Європи.

Об'єктом міжнародно-правового регулювання та уніфікації у сфері отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах з іноземним елементом є: а) форми взаємодії органів влади різних держав з приводу передачі судових доручень, які ми будемо називати способами передачі судових доручень; б) способи, за допомогою яких можуть здійснюватися

процесуальні дії з отримання доказів на території держави іншої, ніж та, суд якої розглядає справу по суті; в) процесуальні аспекти реалізації таких способів.

Способи передачі судових доручень в рамках застосування процедур отримання доказів за межами суду, що розглядає справу

Всі міжнародні договори, які регулюють процедури отримання доказів на прохання іноземного суду в цивільних та комерційних справах, встановлюють (закріплюють) способи передачі судових доручень від судів запитуючої держави до компетентних органів запитуваної держави. Узгодження способів взаємодії задіяних органів влади держав-учасниць з приводу надання міжнародної правової допомоги у виконанні цих процесуальних дій розглядається як одне з головних завдань цих договорів. Способи передачі можна поділити на основні та додаткові (альтернативні).

Основні способи передачі судових доручень можуть застосовуватися державами-учасницями відповідної конвенції без жодних застережень та умов, а додаткові чи альтернативні — або за окремою домовленістю між двома державами-учасницями, або внаслідок окремої заяви чи застереження держави-учасниці, на території якої іноземне судове доручення має бути виконане. Наявність в кожному з міжнародних договорів, що нами розглядаються, одного способу передачі як основного та декількох інших в якості альтернативних можна пояснити лише компромісом між намаганням уніфікувати способи передачі, закріпивши єдиний для всіх держав-учасниць спосіб передачі, та збереженням за державами-учасницями певних ступенів свободи обирати за власним бажанням ті способи, які є більш придат-

ними з точки зору їх законодавства, практики застосування та зручності. Основні способи передачі судових доручень від запитуючого до запитуваного суду майже такі самі, що і в процедурах вручення судових документів.

Кожен міжнародний договір з питань отримання доказів у цивільних та комерційних справах передбачає в якості основного один із способів, розглянутих вище. Більшість цих способів передбачає наявність органів, які виконують функції «посередників» між судовими органами задіяних держав-учасниць. В якості таких «посередників» можуть виступати дипломатичні представники та/або консульські агенти, що акредитовані у запитуваній державі, різні органи влади держав-учасниць, на які покладаються функції так званих «центральных органів». Інші способи дозволяють компетентним судам держав-учасниць взаємодіяти між собою безпосередньо. Наявність такого розмаїття способів передачі судових доручень свідчить про відсутність єдності щодо визнання одного з цих способів передачі в якості універсального для всіх регіонів та міжнародних конвенцій та встановлення (закріплення) єдиного уніфікованого підходу в регулюванні цієї складової інституту отримання доказів за кордоном у цивільних справах.

Способи отримання доказів на території іноземної держави та їх міжнародно-правове регулювання

Під способами отримання доказів ми розуміємо сукупність таких складових, як: а) органи, на які покладаються обов'язки виконання судового доручення та здійснення процесуальних дій з отримання доказів на території певної держави; б) процесуальні дії з виконання судового доручення, які мають здійснювати певні органи;

в) право, яке має застосовуватися при виконанні вказаних процесуальних дій. За критерієм належності органів, на які покладається основне навантаження зі збору (отримання) доказів на території певної держави та їх передачі «запитуючому суду», способи отримання доказів можна поділити на дві групи.

До першої групи належать способи, в яких вирішальну (іноді виключну) роль відведено компетентним органам держави, на території якої докази мають бути отримані. До другої групи належать способи, в яких основну роль відіграють певні органи чи особи, що належать до держави, суд якої розглядає справу по суті, і який виступає «замовником» отримання доказів за межами «власної» держави. По аналогії з процедурами вручення за кордоном судових документів способи, що належать до першої групи, можна також назвати «класичними», бо вони ґрунтуються на принципі «процесуального суверенітету» держав та являють собою різновид класичної «міжнародної правової допомоги», коли органи однієї держави на запит чи замовлення органів іншої держави надають останнім правову допомогу у формі здійснення певних процесуальних дій на території власної держави.

Способи, які ми відносимо до першої групи, характеризуються такими ознаками. По-перше, в їх основі лежить, внаслідок визнання за державами процесуального суверенітету і, виходячи з цього, запровадження принципу «неможливості здійснення процесуальних дій іноземними юрисдикційними органами», взаємодія судових органів різних держав, яка відбувається за посередництвом відповідних владних органів або безпосередньо між судами цих держав. По-друге, взаємодія відбувається із за-

стосуванням певних способів передачі судових доручень від запитуючих до запитуваних органів та повернення виконаного запитуючим органам. По-третє, наявність (встановлення) певних умов та особливостей виконання судових доручень, наприклад, участь сторін та/або представників запитуючого суду та застосування спеціальних процедур на прохання запитуючого суду.

До другої групи належать способи, в яких головну роль відіграють особи, що належать до запитуючої держави, наприклад, дипломатичні та консульські службовці, особи, що представляють суд, який виступає «замовником» в отриманні доказів, або особи, спеціально уповноважені судовим органом, що розглядає справу, на здійснення певних процесуальних дій з отримання доказів на території іншої держави. Тут маємо справу не з наданням міжнародної правової допомоги у класичному вигляді, а з допуском (наданням дозволу) осіб, що представляють або іноземну державу, або суд іноземної держави, до здійснення ними на території цієї держави процесуальних дій з отримання доказів в інтересах іноземного судового процесу. Характерними ознаками способів, що належать до цієї групи, є: а) незначна роль способів передачі самого судового доручення як процесуального документа від запитуючого суду до особи чи органу, який буде його виконувати; б) відсутність взаємодії між органами запитуючої та запитуваної держав з приводу передачі судового доручення; в) відсутність вимог до оформлення судового доручення та процедур повернення його виконання (підстави для відмови, строки виконання, підтвердження та передача виконання тощо); г) встановлення певних умов застосування кожного з таких способів

(наприклад, лише до громадян власної держави; без застосування примусу; за умови присутності представника влади держави — місця отримання доказів та адвоката тощо).

До альтернативних належать способи отримання доказів: а) дипломатичними або консульськими службовцями запитуючої держави від громадян цієї держави, що мешкають на території держави їх акредитації [1; 4; 16]; б) дипломатичними або консульськими службовцями запитуючої держави від будь-яких осіб, що мешкають на території держав їх акредитації [1; 16]; в) отримання доказів комісіонерами від невизначеного кола осіб на території будь-якої держави-учасниці [16]; г) отримання доказів судовими працівниками запитуючого суду або його уповноваженою особою [20].

Як бачимо, всі ці способи відрізняються суб'єктним складом: які органи чи особи вправі здійснювати вказані процесуальні дії та стосовно якого кола осіб такі способи можуть бути застосовані. Єдиною для всіх складовою є умова незастосування примусу при виконанні судового доручення.

Дипломатичні представники та консульські агенти іноземної держави, які акредитовані в іншій державі, є повноважними представниками певної держави; статус цих осіб визнано державою їх акредитації; вони, особливо консули, наділені правом виконувати певні функції в сфері міжнародного приватного права та цивільного процесу; їх статус, права та обов'язки, імунітети тощо визначені міжнародними договорами [21; 22], а також двосторонніми консульськими угодами та конвенціями. Наділення цих осіб правом здійснювати процесуальні дії з отримання доказів в інтересах судового процесу, що відбувається в «їх державі», особливо коли це право сто-

сується громадян держави, яку вони представляють, є, по-перше, цілком природнім і відповідає правовому статусу цих осіб та, по-друге, є загально-визнаною нормою міжнародного права. Згідно з п. j) ст. 5 Віденської конвенції з консульських зносин 1963 р. до функцій консулів входить, зокрема, «передача судових та позасудових документів або виконання судових доручень зі зняття показів для судів держави, яку вони представляють відповідно до чинних міжнародних угод або, за відсутності таких угод, у будь-якому іншому порядку, який не суперечить законам і правилам держави перебування» [22]. Таке право є на сьогодні загально-визнаним, що підтверджується тим, що аналогічні норми містяться практично в усіх інших міжнародних договорах, які регулюють питання отримання доказів за кордоном у цивільних справах.

Особливістю Конвенції 1970 р. порівняно із Конвенцією 1954 р. та іншими конвенціями, що регулюють відносини з отримання за кордоном доказів, є положення, згідно з якими право на отримання доказів на території держав-учасниць надається так званим спеціально уповноваженим особам — комісіонерам [16]. Факт наділення цих осіб правами з отримання доказів на території інших держав-учасниць та факт поширення повноважень цих осіб не тільки на громадян держави-суду, які мешкають на території іншої держави, а й на громадян цієї держави та громадян третіх країн, що мешкають на її території, потребують осмислення та критичного аналізу. Закріплення такого права у Конвенції 1970 р., з одного боку, можна вважати кроком вперед на шляху спрощення процедур отримання доказів за кордоном та зменшення витрат часу на це, оскільки надає такі пра-

ва особам, уповноваженим судом, що розглядає справу. З другого боку, воно надає особам, правовий статус яких не визначено, право на здійснення процесуальних дій на території держав-учасниць в інтересах іноземних судових процесів та, більше того, стосовно необмеженого кола осіб, у тому числі й власних громадян цих держав. Все це можна розглядати як «втручання» у «найсокровенніше» публічного порядку держав — їх виключного права на здійснення судочинства на власній території.

До факторів, які «ускладнюють» ставлення до цих новацій Конвенції 1970 р., слід віднести такі. Надавши права отримання доказів певним особам, Конвенція не надала визначення правового статусу цих осіб, їх національності, обсягу повноважень та порядку їх посвідчення чи легалізації, визнання такої особи з боку держави, на території якої така особа буде здійснювати процесуальні дії, процесуальні норми, які буде застосовувати ця уповноважена особа в процедурі отримання доказів, та багато інших питань, які виникають у зв'язку із застосуванням вказаних положень Конвенції.

Стосовно правових умов, в яких може діяти уповноважена особа, більшість авторів [24] вказують на такі три умови: (а) незастосування примусу; (б) докази можуть бути отримані з використанням тільки процедури держави, суд якої розглядає справу; (в) наявність дозволу компетентного органу держави — місця отримання доказів, спеціально призначеного для цього. З умовами пунктів (а) та (в) не можна не погодитися, бо вони прямо встановлені нормами ст. 17 Конвенції 1970 р., а стосовно процесуальних норм, які можуть застосовувати вказані особи, Конвенція 1970 р. прямо нічого

не вказує. Ця умова може витікати зі статусу самого органу, який призначає таку уповноважену особу. Відомий американський фахівець з питань міжнародного цивільного процесу Г. Борн вказує, що «уповноважена особа не може бути призначена ані приватною особою, ані виконавчою установою (наприклад, арбітражною інституцією або консулом), а тільки юрисдикційною установою запитуючої держави» [24, 969]. В силу цього ця особа є представником судової влади запитуючої держави і, відповідно, має діяти, дотримуючись норм процесуального права цієї держави.

Як вказує Ф. Амрам, «практика призначення «комісіонера» для отримання усних свідчень за кордоном є складовою англо-американського процесуального устрою. Теорія полягає у тому, що суд, який розглядає справу і потребує отримання доказів за кордоном, може призначити певну особу з офіційними повноваженнями здійснити дії з отримання свідчень в іноземній державі» [23, 68]. На включенні вказаних положень до Конвенції 1970 р. наполягали представники США, де ця процедура є загальновідомою та загальноновживаною, причому не тільки у цивільних справах. На користь цього способу отримання доказів, особливо стосовно громадян держави, суд якої розглядає справу, і які мешкають на території іншої країни, наводиться багато доводів практичного характеру.

Для з'ясування співвідношення різних способів отримання доказів, передбачених Конвенцією 1970 р., цікавою буде позиція Державного департаменту Сполучених Штатів, який на власній веб-сторінці в якості мети Конвенції 1970 р. вказує: Гаазька конвенція кодифікує питання отримання свідчень консулами та спеціально

уповноваженими особами, забезпечуючи мінімальні стандарти, яких повинні дотримуватися договірні держави. Найпершою метою Конвенції є примирення різних, дуже часто протилежних процедур отримання доказів у країнах цивільного та загального права. Конвенція також спрощує процедури отримання доказів із застосуванням примусу, використовуючи форму «судового доручення», яке може бути направлене безпосередньо судом США іноземному центральному органу, уникаючи, таким чином, громіздких «дипломатичних каналів».

У цьому контексті цікавим видається підхід, який покладено в основу регулювання альтернативних способів отримання за кордоном доказів у цивільних справах у рамках ЄС, Регламентом ЄС № 1206/2001. Особливість цього підходу полягає, по-перше, в тому, що він не передбачає права дипломатичних представників та консульських агентів запитуючих держав, акредитованих в державах-членах, здійснювати необхідні процесуальні дії на території цих держав з метою безпосереднього отримання доказів у осіб, що мешкають на території цих держав; по-друге, замість цього альтернативного способу Регламент передбачає право судів одних держав-членів безпосередньо отримувати докази на території інших держав — членів Союзу [20]. В основу цього способу покладено: а) право запитуючого суду отримувати докази на території іншої держави без застосування примусу; б) за наявності згоди на це з боку центрального органу запитованої держави в кожному конкретному випадку; в) проведення процесуальних дій з отримання доказів судовим працівником або іншою особою, призначеною за законом запитуючого суду, можливо за участю представників

суду запитуваної держави; г) таке право запитуючих судів на отримання доказів не обмежується лише громадянами держави запитуючого суду, а розповсюджується на всіх осіб запитуваної держави; г) встановлено вичерпний перелік підстав для відмови у застосуванні цього способу.

Порівняно з Конвенцією 1970 р., Регламент ЄС № 1206/2001 чітко закріпив таке право за судами держав-членів, встановивши «первинного» суб'єкта цього права, яке може реалізовуватися як судовим працівником безпосередньо, так і іншою особою. Встановлено також і право держави, за яким така особа може бути призначена.

Підводячи підсумки розглянутого, слід вказати таке. Як і в міжнародно-правовому регулюванні процедур вручення за кордоном судових документів, у регулюванні та уніфікації процедур отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах можна спостерігати такі тенденції. В рамках процедур надання правової допомоги відбувається поетапне переведення відносин з міждержавного (дипломатичні канали) рівня на рівень адміністративний (центральні органи) та згодом на рівень безпосередніх відносин між компетентними судами. В регулюванні процедур отримання доказів на

підставі дозволу органам іноземних держав на здійснення ними процесуальних дій спостерігається як тенденція розширення прав дипломатичних представників та консульських агентів діяти на території держав їх акредитації з метою отримання доказів на прохання судів їх держав. Це стосується перш за все розширення кола осіб, на яких таке право розповсюджується — від виключно власних громадян до необмеженого кола осіб. Разом з розширенням прав дипломатичних та консульських агентів відбувається аналогічна тенденція стосовно прав запитуючих судів та їх представників. Вказане загальне розширення прав органів іноземних держав відбувається зі збереженням різних правових механізмів (застережень, заяв тощо) з метою надання державам, які ще не «готові» до застосування стосовно себе вказаних процедур та способів отримання доказів органами іноземних держав, можливості обмежуватися лише традиційними способами в рамках процедур надання міжнародної правової допомоги. Поєднання цих тенденцій та підходів дозволило досягти певного балансу в міжнародно-правовому регулюванні отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Convention of 1 March 1954 on civil procedure* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=33.
2. *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=17.
3. *Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності* 20 березня 1992 р., ратифікована Законом України № 2889-ХІІ від 19 грудня 1992 р. // Офіційний вісник України. — 2005. — № 12. — Ст. 587.
4. *Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам* от 22 января 1993 г., ратифицированная Законом Украины № 240/94-ВР от 10 ноября 1994 г. // Офіційний вісник України. — 2005. — № 44. — Ст. 2824.
5. *Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам* от 7 октября 2002 г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/Laws/show/997_619.
6. *Міжамериканська конвенція про судові доручення* 1975 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-36.html>.

7. *Додатковий протокол 1979 р. до Конвенції про судові доручення 1975 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-46.html>.
8. *Council Regulation (EC) № 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters* // Official Journal of the European Communities. — 30.06.2000. — L 160. — P. 37–52.
9. *Council Regulation (EC) № 1393/2007 of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents) and repealing Council Regulation (EC) № 1348/2000* // Official Journal of the European Communities. — 10.12.2007. — L 324. — P. 79–86.
10. *Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on the service of judicial and extrajudicial documents in civil and commercial matters 2006 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/declaration_denmark_en.pdf.
11. *Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation 1983 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38d8.html>.
12. *Яблочков Т. М.* Труды по международному частному праву. — М., 2009. — С. 146–149.
13. *Про приєднання України до Конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах : Закон України від 19 жовтня 2000 р. № 2052-III* // Офіційний вісник України. — 2000. — № 46. — Ст. 1974.
14. *Цірат Г. А.* Міжнародний цивільний процес: сучасний стан та перспективи міжнародно-правової уніфікації : моногр. — Х., 2013.
15. *Цірат Г. А.* Гаазька конвенція з питань цивільного процесу 1954 року // Актуальні проблеми міжнародних відносин : зб. наук. пр. : у 2 ч. — К., 2008. — Вип. 73. — Ч. I. — С. 87–93.
16. *Конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах від 18 березня 1970 р.* // Офіційний вісник України. — 2005. — № 44. — Ст. 2821.
17. *Цірат Г. А.* Особливості міжнародно-правового регулювання надання правової допомоги в отриманні за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юрид. науки. — 2011. — № 87. — С. 22–24.
18. *Inter-American convention on the taking of evidence abroad 1975* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-37.html>.
19. *Additional Protocol to the Inter-American Convention on the taking of evidence abroad 1984* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-51.html>.
20. *Council Regulation (EC) № 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters* // Official Journal of the European Communities. — 27.06.2001. — L 174/1 — L 174/24.
21. *Конвенция о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/dip_rel.html.
22. *Конвенция о консульских сношениях от 24 апреля 1963 г.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/consular.pdf.
23. *Explanatory Report by Mr Ph. W. Amram* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.hcch.net/upload/expl20e.pdf>.
24. *International Civil Litigation in United States Courts* / ed. : G. B. Born, P. B. Rutledge. — 4th ed. — 2007. — P. 968–969.

Цірат Г. А. Міжнародно-правове співробітництво у сфері міжнародного цивільного процесу

Анотація. У статті розглянуто підходи, покладені в основу міжнародно-правового регулювання процедур вручення за кордоном судових документів та отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах. Подано визначення основним та альтернативним способам вручення судових документів та отримання доказів за кордоном. До основних способів належать ті, в яких вирішальну роль відведено компетентним органам держави, на території якої документи мають бути вручені, а докази мають бути отримані. Такі способи здійснюються із застосуванням процедур міжнародної правової допомоги. Альтернативні способи ґрунтуються на допуску органів іноземних держав та іноземних осіб до здійснення процесуальних дій на території інших держав-учасниць. Визначені тенденції у міжнародно-правовому регулюванні та уніфікації як основних, так і альтернативних способів, які знайшли відображення в різних багатосторонніх міжнародних договорах, універсальних, насамперед, Гаазьких та регіональних, таких як міжамериканські конвенції, конвенції СНД та відповідні регламенти ЄС.

Ключові слова: вручення документів, компетентні суди, компетентні органи, отримання доказів, правова допомога.

Цірат Г. А. Международно-правовое сотрудничество в сфере международного гражданского процесса

Аннотация. В статье рассмотрены подходы, которые положены в основу международно-правового регулирования процедур вручения за границей судебных документов и получения

за границей доказательств в гражданских и коммерческих делах. Дано определение основным и альтернативным способам вручения судебных документов и получения доказательств за границей. К основным способам относятся те, в которых решающая роль отведена компетентным органам государства, на территории которого документы должны быть вручены, а доказательства должны быть получены. Такие способы осуществляются с применением процедур международной правовой помощи. Альтернативные способы основываются на допуске органов иностранных государств и иностранных лиц к осуществлению процессуальных действий на территории других государств-участников. Определены тенденции в международно-правовом регулировании и унификации как основных, так и альтернативных способов, которые нашли отражение в различных многосторонних международных договорах, универсальных, в первую очередь, Гаагских и региональных, таких как межамериканские конвенции, конвенции СНГ и соответствующие регламенты ЕС.

Ключевые слова: вручение документов, компетентные суды, компетентные органы, получение доказательств, правовая помощь, иностранные органы.

Tsirat H. International and Legal Cooperation in the Sphere of International Civil Procedure

Annotation. Various approaches to the international legal regulation of the procedures of delivery of judicial documents abroad and obtaining of evidence abroad in civil and commercial matters are envisaged in this article. The author gave a definition to main and alternative means of judicial documents service and obtaining of evidence abroad. The main means include those where the decisive role is given to the competent bodies of a state on which territory the documents should be services and the evidence received. Such means are carried out with application of international legal assistance procedures. Alternative means are based on an access of a foreign state bodies and foreigners to perform procedural actions on the territory of other Contracting parties. The author defined tendencies in international regulation and unification for both main and alternative means that are reflected in different multiparty international treaties including universal ones like Hague and regional conventions that are inter-American ones, CIS countries conventions and EC Regulations.

Key words: delivery of documents, competent courts, competent bodies, obtaining of evidence, legal aid.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ



Ю. ПРИТИКА

*доктор юридичних наук,
професор кафедри правосуддя
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Сучасний розвиток міждержавної інтеграції, зокрема й у правовій сфері, відбувається досить динамічно, що відображає загальні тенденції розвитку світової спільноти. Нині Україна як рівноправний член міжнародного співтовариства є стороною низки міжнародних угод про взаємне визнання і виконання рішень судів.

У зв'язку зі значним прискоренням руху України на шляху до інтеграції у європейський та світовий правовий простір значно зросла кількість громадян та юридичних осіб України, які є суб'єктами цивільних та інших правовідносин, що виникають в інших країнах, або за участі громадян та юридичних осіб, які перебувають за межами України. Як наслідок, значна кількість резидентів України стає суб'єктами міжнародних юрисдикційних правовідносин – питання інтернаціональних шлюбів, спадкування, розподілу власності та укладання приватноправових угод та ін. Окрім того, у зв'язку з розпадом СРСР, колишня єдина судова система союзних республік наразі трансформувалася у судові системи суверенних і незалежних

держав, а тому виконання рішень судових органів країн СНД здійснюється у правовому режимі визнання їх, як рішень іноземного суду. Така практика стає все більш розповсюдженою, в зв'язку із чим питома вага таких справ істотно зростає та сприяє міжнародному співробітництву держав у сфері взаємної правової допомоги у різних сферах. Це зумовило виникнення та становлення цілого інституту міжнародного процесуального права, який опосередковує процесуальні відносини із визнання та виконання рішень іноземних судів, що значною мірою актуалізувало питання визначення понять визнання і виконання рішень іноземних судів в Україні.

Актуальність дослідження визначення понять «визнання та виконання іноземного судового рішення» обумовлена, крім зазначеного вище, необхідністю висвітлення його правової природи саме на етапі сучасного розвитку світового суспільства та права – з метою уникнення існуючої сьогодні значної кількості різночитань та колізійних ускладнень, що виникають як на етапі визнання, так і під час безпосереднього виконання рішень інозем-

© Ю. Притика, 2013

них судів. На нашу думку, визначення досліджуваного поняття на підставі наукових критеріїв та з урахуванням позитивного досвіду міжнародної і вітчизняної практики повинно стати передумовою для ефективного розвитку та застосування відповідних процесуальних положень на практиці, що є важливою умовою та невід'ємним елементом ефективного міжнародного судочинства.

Перед тим, як перейти до безпосередньої проблеми дослідження, слід визначити своє ставлення до місця міжнародного цивільного процесу (далі – МЦП) у системі права. Як відомо, існує чотири основні підходи з зазначеного приводу: перший розглядає МЦП як елемент національного процесуального права; другий виходить з того, що МЦП є новою галуззю національного права; третій включає МЦП до міжнародного приватного права; згідно з останнім МЦП належить виключно до міжнародного публічного права. На нашу думку, заслуговує на підтримку з певними застереженнями позиція про те, що у міжнародного приватного права і МЦП є багато спільного. Передусім це те, що питання МЦП тісно пов'язані з іншими питаннями регулювання цивільно-правових відносин, ускладнених іноземним елементом. Варто зазначити, що спільне полягає також у тому, що питання МЦП та міжнародного приватного права регулюють відносини, ускладнені іноземним елементом.

Разом з тим предмет правового регулювання, його методи та принципи, сучасний стан розвитку дає можливість говорити про те, що МЦП набуває певної автономності та рис міжгалузевого правового інституту.

Відправною точкою для будь-яких досліджень у зазначеному напрямі завжди є розуміння того, що дія рі-

шення суду певної країни обмежена її територією, а тому допустимість визнання та виконання іноземного судового рішення визначається законодавством конкретної країни і міжнародними угодами, в яких вона бере участь.

Багато уваги у працях, присвячених дослідженню визнання та виконання іноземних судових рішень, відведено саме визначенню змісту цих понять, що вбачається вкрай важливим для вирішення багатьох питань при реалізації актів іноземних судів, оскільки без чіткого визначення змісту та обсягу вказаних категорій, як справедливо зазначає Р. Зайцев, неможливо вирішити багато важливих завдань, серед яких вироблення єдиного підходу до об'єктів визнання і виконання [1, 40].

На нашу думку, слухним буде звернутися до змістовного аналізу понять «визнання і виконання рішень іноземних судів», який варто розпочати коротким оглядом основних теорій, які намагаються пояснити правову природу цих явищ.

Першою варто згадати теорію розповсюдження дії, яка базується на таких тезах: визнання судового рішення має своїм наслідком наділення його такою дією, яке воно має в тій державі, на території якої це судові рішення було ухвалено. Очевидні недоліки цієї теорії, оскільки в різних правових системах дія судових рішень відрізняється, тому наділення іноземного судового рішення тією ж дією, що і в країні, де воно було ухвалене, може мати непередбачувані наслідки. Критикуючи цю доктрину, російський вчений Р. Зайцев наводить приклад можливих негативних наслідків застосування цієї теорії на практиці: у Франції рішення, що ухвалене проти основного боржника, одночасно має

ефект і проти поручителя [1, 52], але навряд чи можна погодитися з можливістю допустити наділення французького рішення подібними властивостями в Україні.

Більш поширеною серед науковців є теорія асиміляції, згідно з якою поширення дії іноземного судового рішення можливе лише доти, доки діє таке саме судове рішення, ухвалене в межах держави, на території якої запитується визнання. Противники цієї теорії вважають, що вона не враховує той факт, що рішення, яке визнається, не може виходити за межі дії не лише судових рішень держави, на території якої запитується визнання, а й за ті, які воно має на території своєї держави.

Проблема визначення поняття «визнання рішення іноземного суду» була предметом чисельних наукових досліджень у різні часи, а тому варто звернутися до цих праць. Так, на думку М. Штефан, визнання – це надання юрисдикційному акту іноземної держави сили і значення рішення вітчизняного суду, яке не вимагає застосування примусових заходів на захист і поновлення порушеного права [2, 592]. У науково-практичному коментарі Цивільного процесуального кодексу України вказується, що під визнанням слід розуміти надання рішенням такої самої юридичної сили, яку має рішення постановлене судом України, після набрання ним законної сили [3, 59]. Дослідник П. Євсєєв дає таке визначення поняттю «визнання рішення іноземного суду», як визнання за іноземним судовим рішенням тих якостей, якими володіє рішення місцевого суду [4, 175]. Такий підхід викликає певні застереження з огляду на те, що подібне формулювання призводить до розширення юридичної сили рішення, порівняно з обсягом, передбаченим процесу-

альним законодавством країни його ухвалення.

Інші науковці характеризують зміст поняття «визнання іноземного судового рішення» крізь його юридичні ознаки. На їхню думку, ухвала суду про визнання рішення іноземного суду означає надання цьому рішення правового значення на території держави, де запитується визнання [5, 547]. Проте, з огляду на те, що категорія «правове значення» є досить широкою і не достатньо конкретизованою, таке визначення, як наслідок, призводить до правової невизначеності.

На думку В. Чубарева, визнання іноземного судового рішення означає, що відповідна держава розглядає це рішення як підтвердження певних цивільних прав і зобов'язань у тому самому розумінні, як рішення свого власного суду [6, 502]. Л. Фединак запропоновано такий підхід до цього поняття: визнання іноземних судових рішень означає закріплення за ними загальнообов'язкової юридичної сили на території держави, де вони визнаються [7, 499].

З дещо інших позицій до вирішення проблеми визначення поняття визнання рішення підходять науковці, які у своїх дослідженнях роблять акцент на наслідки такого визнання. Так, Д. Аверін зазначає, що визнання іноземного судового рішення є юридичним актом іншої держави, в силу якого законна сила судового рішення, як особлива форма дії правової норми, на підставі якої рішення ухвалено, поширюється на територію цієї країни, на всіх тих осіб, дії яких у певному відношенні обумовлені правами та обов'язками інших громадян або юридичних осіб, визнаними або встановленими судом іноземної держави. При цьому, на його думку, визнання рішен-

ня передує його виконанню [8, 148]. Н. Маришева пропонує таке визначення поняття: «Визнання рішень судів іноземної держави означає надання їм такої ж юридичної сили, яку мають рішення судів цієї держави, що набрали чинності: вони набувають ознак неспростовності, виключності, а рішення про присудження – також виконуваності» [9, 476]. Таким чином, наведені визначення, знову ж таки, передбачають можливість надання рішенням, що визнається, більшої юридичної сили, ніж воно має на території держави, де його було ухвалено.

М. Богуславський при визначенні поняття «визнання іноземних судових рішень» також оперує категорією юридичної сили, проте зазначає, що визнання рішення іноземного суду означає, що воно служить підтвердженням цивільних та інших прав і обов'язків у тій же мірі, що й рішення вітчизняного суду [10, 525].

Рішення іноземних судів після визнання набувають таких ознак: беззаперечність, виключність, загальнообов'язковість, виконуваність (щодо рішень про присудження) [11, 378].

Беззаперечним є той факт, що для формулювання науково обґрунтованого поняття «визнання рішення іноземного суду», необхідно враховувати, що в основі визнання лежить акт легітимації (від фр. *legitimation* – визнання правомірним, законним). Отже, визнання рішення іноземного суду – це легітимізація, тобто процедура визнання певного факту чи суб'єкта державою, її компетентними органами.

На нашу думку, акт легітимізації полягає у процедурі визнання за рішенням іноземного суду таких властивостей юридичної сили судового рішення, як: обов'язковість, виключність, неспростовність, преюдицій-

ність та кумулятивність. При цьому кумулятивність полягає в тому, що в разі визнання іноземного судового рішення його дія не може виходити за межі дії, яке воно має в країні походження.

Визнане рішення обов'язкове для дотримання усіма суб'єктами права, зокрема й посадовими особами та органами влади держави місця визнання. Воно породжує ті ж юридичні наслідки, що й рішення, постановлене у цій державі, але не перевищуючи межі дії такого рішення на території держави, де воно було ухвалене. Оскільки рішення національного суду є актом публічної влади і засвідчує права та обов'язки на офіційному рівні, то визнання іноземного судового рішення означає, що воно так само служить підтвердженням зазначених прав та обов'язків.

У яких же процесуальних формах або якими способами здійснюється визнання іноземного судового рішення? Аналіз поглядів на це питання, що висловлювалися у вітчизняній та іноземній літературі, дає змогу виокремити такі основні способи: звернення рішення до виконання, якому обов'язково має передувати визнання; визнання може застосовуватися само собою в негативному напрямі, коли іноземне рішення використовується як засіб захисту проти нового позову; визнання може діяти самостійно, в позитивному напрямі, наприклад, для того, щоб встановити право власності.

На думку Н. Маришевої, ще однією самостійною формою визнання іноземних рішень може виступати використання висновків, що містяться в іноземних рішеннях в інших судових процесах. Тобто визнання іноземного рішення може полягати у прийнятті його до уваги при вирішенні нових судових справ так само, якби воно було

ухвалено національним судом [12, 670]. На нашу думку, таку позицію можна вважати недостатньо аргументованою з огляду на те, що в цьому випадку не буде дотримано передбачену відповідним національним процесуальним законодавством процедуру звернення до виконання рішення іноземного суду, яке не потребує примусового виконання.

Важливим в аспекті досліджуваної проблеми є питання співвідношення визнання і виконання іноземного судового рішення.

З цього приводу передусім варто зазначити, що визнання іноземного судового рішення не завжди тягне за собою його примусове виконання. Наприклад, визнання рішення іноземного суду про розірвання шлюбу може ніколи не мати в іноземній державі своїм наслідком вчинення будь-яких виконавчих дій. Загальновизнаним також є те, що жодне судове рішення не може бути виконане до моменту його визнання, яке є необхідним першим кроком у напрямку до виконання судового рішення.

Окрім того, визнання рішення може відбуватися автоматично, в той час як виконання його завжди потребує додаткової згоди держави та проходження певної юридичної процедури.

При визнанні іноземного судового рішення держава виконує пасивну роль, погоджуючись при цьому на те, що іноземне судове рішення буде мати на її території певні правові наслідки, а при виконанні – здійснює активні дії. Дж. Хіл вказує, що визнання іноземного судового рішення є пасивним у тому сенсі, що не вимагає від суду країни, де запитується визнання, будь-яких активних дій. Натомість звернення до виконання вимагає від суду країни, де має відбуватися виконання, активних дій для надання дозволу на

виконання іноземного рішення проти активів боржника [13, 4].

Визнання іноземного судового рішення є умовою його наступного виконання і для рішень, що підлягають виконанню. Визнання буде служити стадією, що передує примусовому виконанню. Як зазначає Л. Жарко, для примусового виконання встановлені додаткові вимоги, крім тих, яким має відповідати іноземне судове рішення, що потребує лише визнання [14, 31].

Повертаючись до виконання іноземного судового рішення, слід зазначити, що для нього властиві ті ж юридичні ознаки, що притаманні інституту визнання судових актів іноземної держави, про які згадувалося вище. Специфічним наслідком є виконуваність, яка полягає у діяльності органів державної влади тієї країни, де запитується про виконання, що спрямована на спонукання боржника до виконання приписів, викладених в іноземному судовому рішенні.

На думку Л. Ануфрієвої, примусове виконання рішення «повинно вимагати від держави санкціонування ним приведення в дію державного механізму примусу органів, посадових осіб, національних суб'єктів права в цілому для реалізації обумовлених рішенням заходів» [11, 380].

Схожої позиції дотримується Л. Фединак, яка зазначає, що виконанням рішення іноземного суду є сукупність дій відповідних органів і посадових осіб, які полягають у застосуванні заходів примусового характеру, на підставах, у спосіб та в межах повноважень визначених законодавством [7, 499].

Проте, на думку автора, необхідно також звернути увагу на такий аспект виконання іноземного судового рішення, як поширення матеріальних

наслідків судового рішення на території держави, де запитується його виконання.

Досліджуючи дійсне визначення поняття «примусове виконання рішення», необхідно зазначити, що більшість науковців приділяють увагу тому, що воно завжди передбачає виникнення матеріальних наслідків для боржника (наприклад, сплату боргу на території іноземної держави). Водночас визнання, як правило, таких наслідків не тягне (за винятком рішень про встановлення юридичних фактів, що безпосередньо виступають підставою виникнення нових правовідносин вже в іншій державі), що не могло не вплинути на відмінність у формулюванні визначень цих понять з огляду на окреслення їхніх меж. Таким чином, у літературі сформульовано висновки про те, що на території іноземної держави навіть визнання судового рішення може спричинити ті ж наслідки, які мали б місце в результаті його виконання [14, 33–34].

Отже, під виконанням рішення іноземного суду необхідно розуміти юридичний акт, яким держава поширює дію іноземного судового рішення на власну територію разом із поширенням матеріальних наслідків, передбачених у цьому рішенні, та санкціонує застосування засобів примусового виконання рішення іноземного суду в порядку, визначеному законодавством держави, на території якої воно виконується.

Розглядаючи проблематику визнання та виконання не можна залишити поза увагою питання, пов'язане з визначенням систем або моделей, що використовуються у різних країнах для визнання та виконання судових рішень. У літературі з цього приводу були запропоновані такі класифікації. Так, М. Богуславський, аналізуючи процесуальне право багатьох країн,

виокремлює три системи визнання і виконання рішень іноземних судів:

1) для виконання рішення іноземного суду вимагається перевірка його правильності з формальної точки зору, а також встановлення того, що таке рішення не суперечить публічному порядку країни та низці інших обставин;

2) для виконання іноземного судового рішення необхідне проведення екзекватури;

3) для виконання іноземних судових рішень, що винесені у країнах, які виявляють взаємність у відносинах щодо виконання рішень, вимагається реєстрація в особливому реєстрі [10, 380–381].

Слід також виокремити дві системи:

- екзекватури, за якою здійснюється визнання і виконання іноземного судового рішення як такого;
- англо-американського загального права, за якою іноземне судове рішення є основою для нового судового розгляду, за результатами якого іноземне судове рішення створює презумпцію для ухвалення нового рішення.

Сучасна практика правового регулювання процедури визнання та виконання іноземних судових рішень за кордоном свідчить про певну трансформацію та уніфікацію систем визнання і видачі дозволу на виконання іноземного судового рішення з огляду на поглиблення конвенційного регулювання цього питання як на рівні двосторонніх угод про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах, так і на рівні багатосторонніх конвенцій. Наприклад, у країнах Західної Європи чинні дві багатосторонні конвенції: Брюссельська конвенція про юрисдикцію та приведення до виконання судових рішень з цивільних та комерційних

справ 1968 р., учасниками якої є країни ЄС (у 2000 р. у межах ЄС було прийнято Регламент Ради ЄС № 44/2001 від 22 грудня 2000 р. про юрисдикцію, визнання та приведення до виконання судових рішень з цивільних та торгових справ, покликаний замінити Брюссельську конвенцію 1968 р.), а також Луганська конвенція про юрисдикцію та приведення до виконання судових рішень з цивільних та комерційних справ 1988 р.

У багатьох країнах континентальної Європи визнання і виконання рішення іноземного суду здійснюється на підставі отримання екзекватури, тобто дозволу національного компетентного суду на виконання рішення іноземного суду. Наприклад, у Франції екзекватура здійснюється судом першої інстанції у справах, що впливають із цивільних та торговельних правовідносин (приватного, а не публічного). Для надання екзекватури не вимагається взаємності з боку іноземної держави щодо примусового виконання рішення французького суду, але необхідно, щоб іноземне рішення за правом держави, судом якої воно було ухвалене, підлягало примусовому виконанню [2, 605].

В Англії іноземні судові рішення можуть бути виконані як за загальним правом (*common law*), так і на підставі різних статутів, найбільш важливим із яких є Закон про юрисдикції та судові рішення 1982 р., який імплементував Брюссельську конвенцію 1968 р. у правову систему Англії. Виконання іноземних судових рішень за загальним правом (*common law*) буде здійснено англійським судом при дотриманні певних вимог, а саме, якщо:

а) іноземний суд має юрисдикцію щодо справи відповідно з англійськими нормами про підсудність;

б) іноземне судове рішення є остаточним, грошовим, тобто передбачає

сплату певної суми та не є вимогою про виконання рішення про сплату податків, штрафів чи інших покарань.

Варто зазначити, що згідно з загальним правом (*common law*) іноземне судове рішення не має безпосередньої дії в Англії. Проте позивач має право пред'явити позов до англійського суду, але основою для нього буде не первісна позовна вимога, а вже іноземне судове рішення. Особа, на користь якої винесено рішення іноземним судом, не може просити англійський суд примусово виконати іноземне судове рішення. Право кредитора, що впливає на підставі рішення іноземного суду, – це явище англійського права. По-перше, іноземний суд при розгляді справи повинен був мати юрисдикцію не в аспекті норм іноземного права, а юрисдикцію відповідно до англійських норм. По-друге, при розгляді справи про визнання рішення іноземного суду аргументи проти такого визнання будуються виключно на підставі англійського права. Таким чином, англійський суд примусово здійснює англійське право, а не право, створене іноземним судом [15, 645].

Натомість США не мають міжнародних договорів про виконання іноземних судових рішень (спроби укласти такі договори, зокрема з Канадою та Великою Британією, успіху не мали). Однак американські суди виконують іноземні судові рішення, хоча єдиного підходу в цьому питанні серед судів різних штатів немає. За загальним правом (*common law*) іноземне судове рішення слугує основою для самостійного позову і є серйозним доказом вимог позивача (стягувача). Що стосується статутного права, то на федеральному рівні був прийнятий Уніфікований акт про визнання іноземних судових рішень про присудження грошової виплати 1962 р. (*The Uniform*

Foreign Money-Judgements Recognition Act), який був рекомендований шта-там для введення у своє законодавство. Згідно з Актом іноземні судові рішення про стягнення грошової суми виконуються за певних умов:

1) рішення було винесено в країні, суди якою володіють об'єктивністю, а процес відповідає належним вимогам;

2) іноземний суд мав юрисдикцію щодо особи, а також предмета спору. Іноземне судове рішення не може бути виконане, якщо:

а) при його винесенні мав місце факт обману або шахрайства;

б) рішення порушує американський публічний порядок;

в) рішення суперечить іншому судовому рішення або арбітражній угоді [15, 647].

Отже, інститут визнання і виконання іноземних судових рішень істотно полегшує захист прав суб'єктів правовідносин з іноземним елементом. Звертає на себе увагу той факт, що в українській юридичній літературі та законодавстві склалася традиція іменувати досліджуваний нами інститут «визнанням та виконанням іноземних судових рішень». На нашу думку, така термінологія не є зовсім коректною, оскільки вітчизняний суд самостійно не виконує рішення, а лише надає дозвіл на його виконання, а отже, можна говорити про доцільність використання терміна «визнання та звернення до виконання рішень іноземних судів».

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Зайцев Р. В. Признание и приведение в исполнение в России иностранных судебных актов : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15. — М., 2006. — 219 с.
2. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України : академ. курс. — К., 2005. — 624 с.
3. Цивільний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. : у 2 т. / за заг. ред. С. Я. Фурси. — К., 2006. — Т. 2. — 800 с.
4. Евсеев П. Н. Сотрудничество органов юстиции по договорам о правовой помощи // Правовое сотрудничество между социалистическими государствами. — М., 1962. — 279 с.
5. Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс : учеб. курс : в 3 ч. — М., 2004. — 624 с.
6. Чубарєв В. Л. Міжнародне приватне право : навч. посіб. — К., 2006. — 608 с.
7. Фединяк Г. С., Фединяк Л. С. Міжнародне приватне право : підруч. — 5-те вид., переробл. і допов. — К., 2012. — 532 с.
8. Аверин Д. Д. Положение иностранцев в советском гражданском процессе. — М., 1966.
9. Международное частное право : учеб. для вузов / под ред. Н. И. Марышевой. — М., 2000. — 532 с.
10. Богуславский М. М. Международное частное право : учеб. — 5-е изд., перераб. и доп. — М., 2004. — 604 с.
11. Ануфриева Л. П. Международное частное право : в 3 т. : учеб. — М., 2001. — Т. 3 : Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. — 768 с.
12. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. М. С. Шакарян. — М., 2003. — 816 с.
13. Hill J. The Law relating to international commercial disputes. — London, 1994.
14. Жарко Л. А. Признание и исполнение иностранных судебных решений в Англии : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. — М., 2006. — 187 с.
15. Канашевский В. А. Международное частное право : учеб. — 2-е изд., доп. — М., 2009. — 752 с.

Притика Ю. Д. Актуальні питання визначення понять визнання та виконання рішень іноземних судів

Анотація. У статті висвітлені актуальні питання визначення понять визнання та виконання рішень іноземних судів з огляду на з'ясування їх сутності та правової природи. Досліджено основні тенденції здійснення сучасних теоретичних розробок у цьому напрямі, зокрема розвиток теорій асиміляції та розповсюдження. У статті розглянуто питання відповідності існуючих визначень досліджуваних понять вимогам розвитку правового інституту міжнародного цивільного процесуального права. Проаналізовано досвід законодавчого регулювання питань

визнання і виконання рішень іноземних судів в інших країнах. На підставі дослідження теоретичних здобутків вітчизняних і закордонних учених та з урахуванням практики визнання та виконання іноземних судових рішень запропоновано авторські визначення досліджуваних понять. Автором визначені проблемні питання сучасного законодавчого регулювання визнання та приведення до виконання іноземних судових рішень в Україні та сформульовано пропозиції щодо внесення змін до цивільного процесуального законодавства.

Ключові слова: визнання рішення іноземного суду, виконання рішення іноземного суду, теорія асиміляції, теорія розповсюдження, екзекватура, примусове виконання рішення іноземного суду, акт легітимізації.

Прытыка Ю. Д. Актуальные вопросы определения понятий признания и исполнения решений иностранных судов

Аннотация. В статье освещены актуальные вопросы определения понятий признания и исполнения решений иностранных судов с точки зрения выяснения их сущности и правовой природы. Исследованы основные тенденции осуществления современных теоретических разработок в этом направлении, в том числе, развитие теорий ассимиляции и распространения. В статье рассмотрен вопрос соответствия существующих определений исследуемых понятий требованиям развития правового института международного гражданского процессуального права. Проанализирован опыт законодательного регулирования вопросов признания и исполнения решений иностранных судов в других странах. На основании исследования теоретических достижений отечественных и зарубежных ученых и с учетом практики признания и исполнения иностранных судебных решений предложено авторские определения изучаемых понятий. Автором определены проблемные вопросы современного законодательного регулирования признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в Украине и сформулированы предложения по внесению изменений в гражданское процессуальное законодательство.

Ключевые слова: признание решения иностранного суда, исполнение решения иностранного суда, теория ассимиляции, теория распространения, экзекватура, принудительное исполнение решения иностранного суда, акт легитимизации.

Prytyka Yu. The Urgent Questions of Defining the Notions of Recognition and the Execution of the Foreign Judgments

Annotation. The topical issues of the definition of the recognition and the execution of the foreign judgments in terms of clarification of its legal entity and legal nature are suggested in this article. The basic tendencies of present theoretical developments in this area as well as development of the theory of assimilation and the theory of prevalence are researched. The questions of compliance of existing definitions of the researched concepts with the requirements of the development of legal institution of the international procedural law are considered. The experience of legislative control of matters of the recognition and the execution of the foreign judgments are analyzed. The author suggests the definitions of the terms studied on the grounds of research of theoretical achievements made by foreign scholars and researchers of author's own country taking into consideration the practice of the recognition and the execution of the foreign judgments. The most important problem issues of existing legislation regulation of the recognition and the execution of the foreign judgments in Ukraine are defined and the suggestions for amendments to the relevant civil procedural rules are proposed.

Key words: the recognition of foreign judgment, the execution of foreign judgment, the theory of assimilation, the theory of prevalence, the exequatur, the enforcement of a foreign judgment, the act of legitimation.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

В «Актуальній темі номера» вміщено праці з сучасної проблематики міжнародного приватного права (МПрП). Переважна більшість заявлених наукових проблем досліджувалася або досліджується останнім часом у рамках докторських дисертацій. На основі представлених у цьому номері журналу статей можна дійти певних висновків та рекомендацій стосовно розвитку науки МПрП, відповідної нормативної бази та ділової й судової практики застосування норм МПрП.

Розвиток науки МПрП у незалежній Україні

Характеризуючи дослідження з МПрП, не буде перебільшенням сказати, що їх важливим каталізатором та основним предметом стала кодифікація внутрішнього колізійного права України. До прийняття у 2005 р. Закону України «Про міжнародне приватне право» відбувалося наукове обговорення проекту кодифікації, який містився у книзі 8 проекту Цивільного кодексу України. Після 2005 р. багато наукових праць присвячено науковому аналізу результатів самої масштабної за всю історію країни реформи МПрП. Значний вплив на розвиток науки МПрП, крім проведеної кодифікації колізійного права, справили інші чинники, зокрема, приєднання України до важливих міжнародних договорів, вступ держави до міжнародних організацій тощо.

З 1992 р. в Україні створено спеціальні наукові підрозділи з вивчення і викладання широкого спектра проблем МПрП та з підготовки кадрів у цій сфері, що є навіть більш важливим з огляду на майбутнє. Прискорення формування інших, крім Київського національного університету імені Тараса Шевченка, наукових центрів з вивчен-

ня МПрП пов'язано з початком викладання курсу МПрП практично у всіх юридичних і в багатьох економічних вищих навчальних закладах країни.

Помітною ознакою розвитку науки МПрП в Україні в період з 1991 р. по теперішній час є значне тематичне і кількісне збільшення досліджень у цій сфері. Наприклад, протягом цього періоду захищено 111 кандидатських і докторських робіт з МПрП.

Доктрина МПрП в Україні ще має певні негативні нашарування радянського етапу (наприклад, у теоретичних питаннях МПрП). Проте останнім часом відбувається поступова зміна парадигми МПрП. У наукових працях 1991–2012 рр. намітилась еволюція уявлень щодо природи МПрП, його так званої «галузевості», складу його норм, предмета, методів, джерел МПрП та інших базових понять. Так, наприклад, все виразніше стає відхід від суто національно-правового трактування МПрП.

Завдяки значним науковим доробкам та потребам практики з науки МПрП знято покров «екзотичності», якою вона відзначалася у радянський час. З точки зору потреб практики наука МПрП стала на «один рівень», наприклад, з цивільним правом або міжнародним публічним правом.

Розвиток нормативної бази МПрП

Реальний суверенітет і незалежність дали сильний поштовх розвитку міжнародно-договірної бази України. У сфері МПрП нині діє декілька тисяч універсальних, регіональних й інших багатосторонніх, а також двосторонніх договорів України.

Однак, беручи до уваги те, що міжнародні конвенції стали основним джерелом МПрП у ряді областей

співробітництва, перед Україною усе ще стоїть завдання активізувати процес приєднання до численних багатосторонніх договорів. І насамперед, до конвенцій, які розроблені в рамках ЮНСІТРАЛ, Міжнародного інституту уніфікації приватного права (УНІДРУА), Європейської економічної комісії, Гаазької конференції з МПрП та інших важливих міжнародних організацій. Для цієї мети було б корисним мати в Україні план вивчення і пріоритетного поетапного приєднання України до найважливіших міжнародних інструментів.

Україною заявлена досить висока активність щодо вступу у міжнародні організації, що своєю діяльністю сприяють розвитку МПрП. Однак ефективність участі представників країни в цих організаціях залишає бажати кращого, насамперед, під кутом зору формування національного сегмента МПрП. Негативним моментом є неучасть України в таких найважливіших для МПрП організаціях, як УНІДРУА та Організація економічного співробітництва і розвитку. Було б корисним відповідним органам України підготувати план поетапного вступу України у міжнародні організації, а з питань участі в найбільш важливих з них підготувати спеціальні урядові постанови.

Незважаючи на природну «міжнародність» МПрП, значна частина колізійних норм створюється внутрішнім законодавцем на національному рівні. Не є винятком у цьому плані й Україна, яка на початку ХХІ ст. спромоглася кодифікувати внутрішнє колізійне право. Така масштабна реформа МПрП, коли основні колізійні приписи записані в одному документі, у країні відбувається вперше.

Внутрішні колізійні норми сучасної України формувалися значною мірою під впливом відповідних міжнародних конвенцій та колізійного права ЄС, зокрема, Римської конвенції про

право, що застосовується до договорних зобов'язань 1980 р. Її заміна на значно оновлений текст Регламенту ЄС «Рим I» та останні зміни в універсальному і регіональному колізійно-правовому регулюванні приватноправових відносин з іноземним елементом актуалізує дослідження новел у міжнародному колізійному праві з метою оцінки можливостей їх рецепції українським законодавцем.

Ділова, арбітражна та судова практика застосування норм МПрП

Нова практика міжнародного спілкування як для держави, так і для фізичних та юридичних осіб вимагає сьогодні постійного застосування правових механізмів МПрП.

Функціонування МПрП багато в чому залежить від здатності судів та інших органів застосовувати норми і складний інструментарій МПрП.

Важливим інституційним елементом у системі МПрП став створений у 1992 р. вперше в історії України Міжнародний комерційний арбітраж при Торгово-промисловій палаті України та інші третейські суди, що розглядають спори, ускладнені іноземним елементом.

Державні суди все частіше розглядають міжнародні цивільні справи. На жаль, у суддівського корпусу ще недостатньо знань і навичок у вирішенні таких спорів, де доводиться тлумачити і застосовувати складну правову матерію. Отже, актуальною проблемою сьогодні є навчання суддів з проблематики МПрП. Особливу увагу при цьому варто звернути не тільки на процесуальні моменти, а й на питання тлумачення і застосування колізійних правил, встановлення змісту норм іноземного права, а також норм міжнародних договорів і звичаїв.

**ЛЕКЦІЯ ПРОФЕСОРА Є. ХАРИТОНОВА:
ВСТУП ДО КУРСУ
«ОСНОВИ РИМСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА»**



Є. ХАРИТОНОВ

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри цивільного права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»),
заслужений діяч науки і техніки України*

ПЛАН ЛЕКЦІЇ

1. Римське право як предмет вивчення сучасними правознавцями.
2. Значення та мета вивчення римського права.
3. Джерела вивчення римського права. Література з римського права.
4. Традиція вивчення римського права в Україні.

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. *Бартошек М.* Римское право: понятия, термины, определения / пер. с чешск. — М., 1989. — 448 с.
2. *Боголюбов Н. П.* Учебник истории римского права / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М., 2004. — 568 с.
3. *Гай.* Институции / пер. с лат. Ф. Дадынского ; под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. — М., 1997. — 368 с.
4. *Гарсиа Гарридо М. Х.* Римское частное право: казусы, иски, институты / пер. с исп. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М., 2005. — 812 с.
5. *Гримм Д. Д.* Лекции по догме римского права / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М., 2003. — 496 с.
6. *Гриценко С. П.* Латинська мова й основи римського права : навч. посіб. — К., 2005. — 336 с.
7. *Дигесты Юстиниана* / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М., 2002–2005. — Т. I–VII.
8. *Підопригора О. А., Харитонов Є. О.* Римське право : підруч. — 2-ге вид. — К., 2009. — 528 с.
9. *Франчози Дж.* Институционный курс римского права / пер. с итал. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М., 2004. — 428 с.
10. *Харитонов Є. О.* Основи римського приватного права : конспект лекцій. — 4-те вид., переробл. і допов. — Х., 2008. — 312 с.

**1. Римське право
як предмет вивчення
сучасними правознавцями**

Сучасне правознавство сягає часів Стародавнього Риму. Звісно, правові системи існували і в давніших цивілізаціях. Проте саме римське право за-

знало потужного впливу давньогрецького, близькосхідного, іудейського тощо права. Але тільки у римській античній цивілізації право перетворилося на відносно самостійний феномен, набуло значення самостійного предмета, який заслуговує на те, щоб його

вивчати і зараз, абстрагувавшись від конкретно-історичних умов, культури, держави, у якій воно сформувалося.

За 500 років до н. е. були прийняті відомі Закони XII таблиць, у яких викладено правові засади організації громадянського суспільства. Упродовж тисячоліття ці засади розвивалися, набувши згодом вигляду досконалої системи римського права. Вершиною його розквіту було III ст. н. е. Римлянам вдалося досягти таких висот правової культури, які здатні слугувати людству і нині.

Отже, для того щоб ґрунтовно опанувати знання у галузі сучасного права, варто спочатку ознайомитися з його витокami — римським правом, його основними принципами, правовими ідеями, інститутами, лаконічними формулюваннями і глибоким змістом.

Сучасна методика викладання права переважно зводиться до тлумачення і коментування чинного законодавства. Підручники перенасичені поясненнями статей кодексів та інших нормативних актів настільки, що студент нерідко губиться у гушавині положень численних гіпотез, диспозицій і санкцій правових норм.

Проте вирішальне значення в оволодінні правовою культурою має не стільки правильне розуміння й тлумачення чинного законодавства, скільки опанування юридичним мисленням, правильним розумінням правових ідей, категорій, понять та їх подальшим вираженням у чинному законодавстві. Студентові не так важливо запам'ятати, наприклад, тривалість строків позовної давності за чинним законодавством, як глибоко усвідомити, що таке позовна давність, принципи обчислення її строків тощо. Те ж саме стосується й інших правових інститутів.

Отже, якщо дотримуватися зазначеної методики викладання права, то

ідеальною навчальною дисципліною в цьому плані є римське право. Воно (особливо римське приватне право) абстраговане від тих соціально-економічних умов, на ґрунті яких зародилося, і тому цілком позбавлене характеру тлумачення чи коментування чинного на той час законодавства. Як предмет вивчення студентами римське право є «чистою» юриспруденцією. Звісно, у галузі публічного права, яке регулює взаємини держави з її громадянами, встановлюючи основи правопорядку в державі, «прив'язка» до конкретних соціально-економічних умов, політичних інституцій тощо відчувається більше, ніж у праві приватному, котре за характером є «правом абстрактного індивіда». Проте і римське публічне право створило безліч категорій і понять, що мають «позачасовий характер» і якими юриспруденція користується упродовж тисячоліть. Достатньо згадати сентенції: «Немає покарання, якщо немає злочину, передбаченого законом», «Двічі за одне й те саме не відповідають» або такі поняття: «республіка», «імперія», «сенат», «вето» тощо.

Що стосується системи викладу матеріалу, то вона зумовлена концептуальними положеннями, розробленими римськими правознавцями, та метою, яка ставиться перед тими, хто вивчає зараз римське право.

Видатний римський юрист Ульпіан зазначав, що вивчення права поділяється на дві частини: публічне та приватне право. Він розрізняв приватне і публічне право в залежності від того, чиєї користі воно передусім стосується — суспільної (державної) чи приватної (окремих осіб): «Публічне право — це те, що стосується становища римської держави, приватне — це те, що стосується користі окремих осіб; існує корисне у суспільному відно-

шенні і корисне у приватному відношенні» (Дигести Юстиніана 1.1.2¹).

Отже, по-перше, предметом нашого вивчення має бути римське публічне і римське приватне право, взяті у їхній сукупності як складові частини (галузі) римського права. Хоча курс називається «Основи римського приватного права», однак вивчення лише приватного права без згадки про правопорядок, державні інституції, механізм захисту прав тощо є недоцільним і не виправданим. Тому приватне право має вивчатися у контексті застосування загальних засад римського права як цілісного феномену. У зв'язку з цим далі у вступній лекції йдеться і про римське право загалом, і про римське приватне право зокрема.

Римське право має свою внутрішню структуру, зумовлену логікою взаємозв'язку окремих його норм, інститутів тощо. Природно, що й вона має бути врахована при викладі матеріалу. При цьому виходимо з сентенції іншого римського правознавця — Гая: «Все право, яким ми користуємося, відноситься або до осіб, або до речей (об'єктів), або до правових дій» (Інституції Гая. 1.8²). Такий порядок розташування навчального матеріалу прийнято називати інституційною системою. Вважається, що інституційна система складається з трьох частин відповідно до категорій, згадуваних Гаєм. Однак слід мати на увазі, що Інституції Гая складаються не з трьох, а з чотирьох книг — четверта книга присвячена позовам та судочинству. Крім того, частина першої книги Інституцій присвячена питанням загальної теорії права та публічному праву (визначення права природного та

«цивільного», характеристика форм права, набуття громадянства тощо).

Отже, по-друге, предметом вивчення мають бути: 1) загальні положення римського права взагалі про сутність, значення та систему права; 2) основи правового статусу особи; 3) основи регулювання майнових та пов'язаних з ними відносин; 4) основи виникнення, зміни та припинення цивільних прав та обов'язків; 5) основи захисту цивільних прав.

У зв'язку з цим у вступній частині (лекції) доцільно розглянути такі питання, як: 1) феномен римського права; 2) значення та мета вивчення римського права; 3) джерела вивчення римського права; 4) традиції вивчення римського права в Україні.

2. Значення та мета вивчення римського права

На початку вивчення римського права насамперед необхідно розглянути чинники, що зумовлюють доцільність і необхідність цього.

Зокрема, слід наголосити на цивілізаційному, історичному та юридичному значенні римського права.

Цивілізаційне значення римського права полягає в тому, що воно, будучи важливою складовою загальноєвропейської цивілізації, фактично стало одним з наріжних каменів так званого «Європейського дому».

Багато сентенцій римських юристів з часом не тільки не втратили свого правового значення, а й стали крилатими, перетворилися в юридичні (і не тільки юридичні) презумпції (положення, що не потребують доведення). Наприклад, *pater est quem nuptiae demonstrant* — батько (дитини) той, на кого вказує шлюб (з матір'ю дитини),

¹ Далі посилання на Дигести Юстиніана у тексті робиться таким чином: Д — Дигести, перша цифра — книга, друга цифра — титул, третя — фрагмент, четверта — § (якщо він є). У посиланнях використано видання: *Digesta Iustiniani Augusti* (Mommsen Th.). — Vol. 1–2. — Berolini, 1866–1870.

² Далі посилання на Інституції Гая робиться таким чином: І — Інституції, перша цифра — книга, друга — фрагмент. У посиланнях використано видання: *Iulii. Институции* / пер. с лат. Ф. Дыдынского. — М., 1997.

dominus sentii periculum — ризик випадкової загибелі (речі) несе власник; *prior tempore — potior jure* — перший за часом — сильніший за правом. Ці та багато інших афоризмів видатних римських юристів увійшли до скарбниці світової правової культури і стали надбанням сучасної юриспруденції.

Історичне значення римського права для Європи, зокрема для України, зумовлене тим, що упродовж тривалого часу воно у класичному та греко-римському (візантійському) варіантах впливало на формування та розвиток усіх європейських правових систем.

Після падіння Римської імперії в 476 р. римське право продовжувало існувати і навіть розвиватися в його східній частині — Східній Римській імперії (Візантії). З її падінням для римського права настала епоха забуття. На тривалий час воно ніби зникло. Його перестають вивчати, губляться нечисленні записи. Здавалось, остаточна загибель і втрата неминучі. Проте римське право продовжувало жити у свідомості римського народу, підкореного варварами. Поступово його починають застосовувати у відносинах між римським населенням, а потім і вивчати. Так почався феномен рецепції (відродження) римського права.

Найширше було рецеповане римське приватне право. Такі правові категорії, як «контракт», «зобов'язання», «делікт», «корпорація» та багато інших запозичені з римського приватного права і розуміються (з незначними національними модифікаціями) в усіх європейських країнах однаково. Проте й чимало категорій публічного права також широко застосовуються у сучасному правовому обігу («магістрат», «фіск», «муніципальне самоврядування» тощо).

Європейська правова наука розвивалася на основі рецепованого римсь-

кого права. Римська юриспруденція відзначалася не лише теоретичною ґрунтовністю, а й практичною заґостреністю. Тільки на основі вирішення окремих казусів, конкретних практичних висновків було розроблено загальні правові теорії, дано наукові пояснення багатьом юридичним явищам (теорія відповідальності за делікти; компенсація збитків, що виникли внаслідок невиконання або неналежного виконання договорів; значення категорії «громадянство»; диференціація правоздатності; розподіл компетенції між органами влади тощо).

Таким чином, юриспруденція виявилася просякнута духом римського права, що відбилося на її подальшому розвитку. Рецеповане римське право було чинним тривалий час у багатьох країнах Європи як загальне, універсальне право. Воно залишило глибокий відбиток у правосвідомості громадян та в юриспруденції. Його покладено в основу сучасного законодавства багатьох країн, і знати його необхідно вже хоча б тому, що без цього важко досягнути сутності сучасних правових інститутів. Зокрема, вплинуло воно і продовжує впливати на формування концепції права України.

Юридичне значення римського права полягає в тому, що понятійний та категоріальний апарат, термінологія сучасного права ґрунтуються на ідеях, засадах та визначеннях, розроблених римською класичною юриспруденцією. До того ж римська юриспруденція характеризується високою технікою правотворчості, вмінням аналізувати конкретні правовідносини, добре аргументувати свої висновки. Формулювання правових ідей римськими юристами відзначаються чіткістю, лаконізмом, глибиною змісту, витонченістю форми. Ці ідеї є взірцем для сучасних юристів. Так само уваги заслуговують і преторські едикти.

Римська правова термінологія, особливо цивілістична, в багатьох випадках зберегла своє значення і в практичному, і в науковому обігу, вона є інтернаціональною. Терміни «конституція», «консенсус», «конвенція», «контракт», «мандат», «пакт», «журі», «реституція», «новела», «віндикація», «легат», «новація», «оферта», «акцепт» тощо давно стали загальновживаними у національному і міжнародному житті.

Вільне володіння загальновизнаними афоризмами, висловлюваннями, термінами не тільки свідчить про культуру правознавця, а й значно полегшує спілкування юристів різних країн. Це ще один з аргументів на користь вивчення римського права.

Внаслідок переходу України до ринкової економіки звернення до так званих «загальнолюдських цінностей» значення римського права, і зокрема приватного, зростає. Студенти юридичних вишів України вивчають римське право передусім з метою пізнавальною, для засвоєння загальної історії права, теорії права, історії політичних і правових вчень, цивільного, сімейного, комерційного права України, права європейських співтовариств, оволодіння методологією компаративістики тощо. До того ж, зараз вивчення цього предмета набуває додаткового практичного значення, пов'язаного з бурхливим розвитком торговельного, економічного, науково-технічного та інших видів міжнародного співробітництва, вимагає від наших юристів ґрунтовних знань у галузі правових систем зарубіжних країн.

Таким чином, вивчення римського права є необхідним елементом гуманітарної освіти загалом і важливою складовою професійної підготовки вищококласного правника.

3. Джерела вивчення римського права. Література з римського права

Поняття «джерела права» є полісемантичним. Ним позначають ті чинники, що формують право (зокрема, матеріальні умови життя певного суспільства, його традиції, культуру, суспільну свідомість тощо). «Джерелами права» також іноді називають різноманітні юридичні норми, що існують у державі, хоча частіше їх іменують як «форми правотворення» або ж «форми права». Стосовно навчальних правових дисциплін термін «джерела права» також вживається для позначення джерел інформації про норми права, характер регулювання суспільних відносин, правопорядок тощо. Можливі й інші підходи до визначення цього поняття, але найбільш поширеними є зазначені вище.

Оскільки джерела (чинники) формування римського права та форми правотворення є темою окремої лекції, то тут доцільно охарактеризувати лише джерела вивчення римського права. Останні можна поділити на дві групи.

До першої належать першоджерела: юридичні, історичні, літературні тощо пам'ятки (Закони XII таблиць, Інституції Гая, Дигести, Інституції, Кодекс Юстиніана, твори Павла, Ульпіана, Плутарха, Тацита, Тита Лівія, Цицерона та інших, що містять інформацію про норми римського права та правопорядок у Стародавньому Римі).

До другої групи належить різноманітна наукова, навчальна та допоміжна література, присвячена римському праву (підручники, посібники, монографії, статті з історії Риму та Візантії, догми та історії римського права, культурологічна, філософська література тощо).

Літературу з римського права для зручності викладу розділимо на окремі групи:

1. Романістична література російською мовою, видана до 1917 р.

2. Література радянського періоду.

3. Сучасна література:

а) українська література;

б) іноземна література;

в) історична література.

4. Першоджерела. Збірники латинських афоризмів та термінів.

5. Спеціальні словники та довідники.

1. До першої групи літератури з римського права належать праці, видані російською мовою до 1917 р. Слід зазначити, що школа романістів Російської імперії була сильною і авторитетною. Праці представників цієї романістичної школи не поступалися науково-теоретичним рівнем західним дослідженням, а інколи були вищими. Не було такого римського правового інституту, як приватного, так і публічного права, який би не досліджували романісти Російської імперії. Це твори високого науково-теоретичного рівня. Їхні автори — визнані романісти не тільки в Російській імперії, а й у Європі. З ними рахувалися, їх поважали, вони, здебільшого, отримали загальноєвропейське визнання.

2. Література радянського періоду такою багатою не була. Як уже зазначалося, дослідження проблем римського права у той час було майже припинено. Лише у 1950 р. В. Бек захистив кандидатську дисертацію у Львові на тему «Рецепція римського права в Західній Європі». У 1956 р. була видана монографія І. Перетерського «Дигести Юстиніана. Очерки по истории составления и общая характеристика» (Москва, 1956 р.). У 1962 р. кандидатську дисертацію захистив О. Підпригора.

Разом із тим з'являється низка підручників та посібників. Так, у 1948 р. видано фундаментальний під-

ручник «Римское частное право» за редакцією професорів І. Новицького та І. Перетерського. Попри подібність за структурою та деякими іншими ознаками до аналогічних підручників французьких авторів, його можна вважати першим радянським підручником з римського права. У цьому ж році І. Новицький видав навчальний посібник «Римское частное право» (Москва, 1948 р.). У 1956 р. він видає підручник «Основы римского гражданского права», який неодноразово перевидався. У 1961 р. Київський університет видає перший навчальний посібник українською мовою В. Дронікова «Римське приватне право». На початку 60-х років В. Рясенцев видає «Методические указания к изучению курса “Основы римского гражданского права”», а О. Іоффе та В. Мусін — навчально-методичний посібник для студентів заочної форми навчання «Основы римского гражданского права» (Ленінград, 1974 р.).

Це, практично, й уся навчально-методична література, видана за радянських часів. Слід зазначити, що попри «вічність» тематики і високу наукову кваліфікацію авторів підручників та посібників, видані у 40–70-х роках, значною мірою морально застаріли, оскільки написані з певних методологічних позицій і висвітлюють римське право під «ідеологічно витриманим» кутом зору.

У 80-х роках ХХ ст. наукова робота у цій галузі пожвавилася. Журнал «Советское государство и право» публікує низку наукових статей з проблем римського права радянських романістів: А. Косарева «Этапы рецепции римского права» (1983 р., № 7); В. Нерсисянца «Правопонимание римских юристов» (1980 р., № 12); Л. Рогачевського «Плиний Младший — юрист» (1986 р., № 9); В. Са-

вельєва «Право собственности в римской классической юриспруденции» (1987 р., № 12), низку праць З. Черніловського «Презумпция и фикция в истории права» (1984 р., № 1), «Ложь и приблизительность в жизни права» (1987 р., № 4); «В русле новых подходов» (1988 р., № 7) та ін.

Видаються посібники А. Косарева «Римское право» (Москва, 1986 р.) та В. Савельєва «История римского частного права» (Москва, 1986 р.). У 1984 р. видаються «Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И. С. Перетерского». У книзі дано переклад вибраних фрагментів із 26 книг Дигест зі вступною статтею професора Є. Скрипільова «Дигесты Юстиниана — основной источник познания римского права» і нарисом професора М. Богуславського «И. С. Перетерский».

3. Сучасна література з римського права істотно збагатилася як новими оригінальними виданнями, так і перекладами класичних, але невідомих або майже невідомих праць зарубіжних авторів.

а) У період переходу до ринкової економіки значно зростає інтерес до римського права, що зумовило розширення видання спеціальної літератури.

У 1990 р. вийшло перше видання підручника О. Підпригори російською мовою «Основы римского гражданского права» (Київ, 1990 р.), який витримав ще три видання (Хмельницький, 1993 р.; Київ, 1994 р.; Київ, 1995 р.). Українською мовою підручник був виданий у 1995 р., у 1997 р. і 2001 р. Низка праць видана Є. Харитоновим: «Приватне право у Стародавньому Римі» (Одеса, 1996 р.); «Рецепція римського частного права» (Одеса, 1996 р.); «Рецепція римського приватного права: теоретичні та історико-правові аспекти» (Одеса, 1997 р.);

«Основы римского частного права» (Харків, 1998 р.); «Історія приватного (цивільного) права Європи. Книга 1. Витоки» (Одеса, 1999 р.). На основі своєї кандидатської дисертації видає монографію В. Васильченко «Римське спадкове право на тлі права сучасного» (Запоріжжя, 1999). У 2000 р. у Києві видано цікавий курс лекцій «Основы римського приватного права», який підготували Є. Орач та Б. Тищик, посібник під такою ж назвою В. Макарчука, а в Донецьку видано курс лекцій з римського права В. Лещенко (перевидано у 2007 р.). Крім того, у тому ж таки 2000 р. видаються підготовлені кафедрою цивільного права Одеської національної юридичної академії посібники для студентів «Римське приватне право» та «Римське право», які об'єднують конспект лекцій, завдання для семінарів та різноманітні додаткові матеріали, необхідні при вивченні курсу. У цих посібниках вперше вміщено переклад українською мовою значної кількості фрагментів із Законів XII таблиць, Інституцій Гая та Дигест Юстиніана.

З початком ХХІ ст. дослідження і висвітлення положень римського права загалом і римського приватного права зокрема в Україні активізуються. Вперше у вітчизняній романистиці створюється «базовий підручник» з римського права, котрий міг би слугувати підґрунтям для подальших навчальних та навчально-методичних розробок у цій галузі (О. Підпригора, Є. Харитонов «Римське право»). З'являється також низка навчальних посібників, навчально-методичних та довідкових видань (Г. Трофанчук «Римське приватне право»; Є. Харитонов «Основы римського приватного права»; Г. Федущак-Паславська «Римське приватне право»; С. Гриценко

«Латинська мова й основи римського права»; Н. Крестовська, І. Канзафарова «Основи римського приватного права»; Є. Харитонов, К. Глиняна, В. Гончаренко «Основи римського приватного права» тощо).

б) Література з римського права, видана російською мовою, збагатила і фундаментальними дослідженнями, і навчально-методичною літературою. Слід згадати фундаментальну працю В. Дождєва «Римское частное право» (Москва, 1996, 2006 рр.). Це ґрунтовна праця, але в ролі підручника вона студентами навряд чи може бути використана через свій монографічний характер.

Відомий фахівець у галузі історії держави і права З. Черніловський у 1991 р. видає «Лекции по римскому частному праву» (Москва, 1991 р.). Уже після його смерті виходить друком елементарний курс «Римское частное право» (Москва, 1997, 2000 рр.). О. Омельченко видає посібник «Основы римского права» (Москва, 1994 р.) і підручник «Римское право» (Москва, 2000 р.), а М. Хутиз — курс лекцій «Римское частное право» (Москва, 1994 р.). Варто згадати також конспект лекцій «Основы римского права» Є. Скрипільова (Москва, 1998 р.), підручник А. Косарева «Римское частное право» (Москва, 1998 р.), посібники С. Судакова «Римское право» (Москва, 2001 р.); О. Кудинова «Римское право» (Москва, 2007 р.); В. Яковлева «Древнеримское и современное гражданское право России. Рецепция права» (Іжевськ, 2004 р.).

Крім того, у середині 90-х років перевидані підручники відомих романистів часів Російської імперії: Й. Покровського «История римского права» (Санкт-Петербург, 1998 р.); В. Хвостова «Система римского права» (Москва, 1996 р.) та ін. Практика

таких перевидань продовжується і в ХХІ ст. (Д. Грімм «Лекции по догме римского права»; М. Боголепов «Учебник истории римского права»; С. Муромцев «Избранные труды по римскому и гражданскому праву»; П. Виноградов «Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе» та ін.).

Традиційно багато навчальної та методичної літератури з римського права видається у країнах Західної Європи. Одним з перших підручників західноєвропейських авторів, перекладених російською мовою наприкінці ХХ ст., є «Курс римского частного права» відомого італійського романиста Ч. Санфіліппо (Москва, 2000 р.). Вже у ХХІ ст. російською мовою друкуються: перекладений з італійської «Институционный курс римского права» Дж. Франчози (Москва, 2004 р.); перекладене з іспанської «Римское частное право: казусы, иски, институты» М. Х. Гарсія Гаррідо (Москва, 2005 р.), перекладене з німецької «Римское право в России» М. Авенаріуса (Москва, 2008 р.) та ін.

Разом із тим, згадуючи підручники новітні, зокрема видані у Росії, перекладені російською з інших мов та видані іншими слов'янськими мовами, слід зазначити, що вони жодною мірою не можуть замінити при вивченні римського права підручники вітчизняні. Більш перспективними з методичного погляду є ті навчальні видання, де не просто характеризуються догма чи історія римського права, а в яких положення останнього висвітлюються з урахуванням правових концепцій відповідного суспільства. Тому якщо ми бажаємо мати не просто уявлення про римське право, а сформувати знання про нього на сучасному рівні, то мусимо йти саме таким шляхом — вивчаючи доробок

світової романістики, разом із тим орієнтуватися на власні підручники, котрі відображають досягнення національної школи римського права, vlastive саме їй бачення цього предмета.

в) Для ґрунтового вивчення римського права, безперечно, буде корисною історико-правова та культурологічна література (В. Дюрант «Цезарь и Христос», «Культура Древнего Рима» у двох томах; Б. Тищик «Держава і право Стародавнього Риму»; М. Сергієнко «Жизнь в Древнем Риме»; Г. Хоуелл «Древний Рим». Стане у нагоді також «Хрестоматия по истории Древнего Рима» за редакцією професора В. Кузіщина, у якій багато витягів з джерел римського права, та інші видання.

4. Останнім часом у Росії видано низку першоджерел у перекладі російською мовою: «Законы XII таблиц» (Москва, 1996 р.); «Памятники римского права. Институции Юстиниана» (Москва, 1996 р.); «Гай. Институции» в перекладі Ф. Дидинського (Москва, 1997 р.); «Памятники римского права. Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана» (Москва, 1997 р.); «Памятники римского права. Юлий Павел. Пять книг сентенций к сыну. Фрагменты Домипия Ульпиана» (Москва, 1998 р.).

Упродовж 2001–2005 рр. Центром вивчення римського права за участі науковців юридичного факультету Московського державного університету імені М. В. Ломоносова та інституту загальної історії Російської академії наук здійснено повний переклад та видано у 7 томах Дигести Юстиніана. Зараз група російських романістів із залученням українських фахівців працює над перекладом Кодексу Юстиніана.

Студентам-юристам стануть у нагоді збірники римських афоризмів і термінів («Латинская юридическая

фразеология» (Москва, 1979 р.); «Словарь латинских крылатых слов» за редакцією Я. Боровського (Москва, 1982 р.); Н. Корж, Ф. Луцька «Из скарбниці античної мудрості» (Київ, 1988 р.); І. Смірнова, В. Левинський «Крылатые фразы древних римлян» (Москва, 1999)) та ін.

5. Корисними при вивченні римського права можуть бути енциклопедичні словники/довідники з римського права, серед яких насамперед варто назвати словник М. Бартошека «Римское право: понятия, термины, определения» у перекладі російською з чеської (Москва, 1989 р.), а також виданий польською мовою «Енциклопедичний словник римського права» В. Літевського (Краків, 1998 р.). Є аналогічні видання й російською мовою, наприклад, словник-довідник Г. Тираспольського «Римские законы (предюстинианская эпоха)» (Москва, 2010 р.).

4. Традиція вивчення римського права в Україні

Виклад питань, які стосуються традиції вивчення римського права в Україні, пов'язаний з труднощами, зумовленими тією обставиною, що деякі її частини свого часу входили до складу інших держав: Австро-Угорщини, Польщі, Росії, Румунії та ін. У зв'язку з цим, а також із врахуванням тієї обставини, що сучасний підхід до вивчення цього предмету ґрунтується переважно на традиціях романістики Російської імперії, надалі обмежимося характеристикою традиції вивчення та викладання римського права у Києві та в Одесі, де у Київському та Новоросійському (м. Одеса) університетах ще у ХІХ ст. були створені відповідні кафедри.

Юридичний факультет Київського університету святого Володимира, заснований у 1835 р., розпочав свою діяльність саме зі створення кафедри

римського права. Завідувачем її був призначений О. Міцкевич (рідний брат видатного польського поета А. Міцкевича) — перший професор юридичного факультету. Кафедра у різні часи забезпечувала викладання низки навчальних дисциплін: історія римського права; вступ до римського права; джерела римського права; система римського права (загальна й особлива частини) та ін.

Поступово формується школа видатних юристів-романістів, яка не поступалася своїми науковими досягненнями західноєвропейським університетам. Її фундатором був К. Мітюков. Після захисту докторської дисертації в 1851 р. на тему «Про спадкування за римськими законами» він очолив кафедру римського права, був деканом юридичного факультету, проректором і ректором Київського університету. Але визнання К. Мітюкову принесли не його адміністративні й організаторські здібності, а передусім талант лектора. Випускники юридичного факультету одностайно стверджували, що глибокому розумінню цивільного права і навичкам до логічного аналізу юридичних явищ вони завдячують лекціям К. Мітюкова з римського права, які він читав упродовж 34 років. К. Мітюков написав курс римського права (1884 р.), який багато разів перевидавався уже після його смерті. Крім того, йому належить чимало досліджень з окремих інститутів римського права і низка критичних статей.

К. Мітюков виростив плеяду видатних романістів-цивілістів. Серед них: В. Синайський («Очерки по истории землевладения и права в древнем Риме в II–V в.» (Київ, 1913 р.); «История источников римского права» (Варшава, 1911 р.); ним же написаний ґрунтовний двотомний підручник з російського цивільного права), Л. Казанцев

(«Учение о представительстве в гражданском праве» (Київ, 1878 р.); «Об изучении римского гражданского процесса» (Київ, 1882 р.); «Свободное представительство в римском гражданском праве» (Київ, 1884 р.); «Курс истории римского права» (Київ, 1886 р.); «О разводе по римскому праву» (Київ, 1892 р.)), Й. Покровський («Право й факт в римском праве. Ч. 1» (Київ, 1898 р.); «Генезис преторского права. Ч. II» (Київ, 1902 р.); «История римского права» (Санкт-Петербург, 1913 р.)), М. Катков («Понятие права удержания в римском праве» (Київ, 1910 р.)), Д. Грім («Лекции по догме римского права» (Київ, 1919 р.)), А. Мітюков — син К. Мітюкова («Общность имущества в семье как историческая основа наследования» (Київ, 1890 р.); «*In dem addictio* как частный случай продажи с публичного торга» (Київ, 1904 р.); «Ответственность продавца за эвизию в историко-сравнительном освещении» (Київ, 1906 р.)), Ф. Дидинський («Залог по римскому праву» (Варшава, 1872 р.); «Император Андриан» (Санкт-Петербург, 1893 р.)) та ін.

Наказом по університету від 1 квітня 1919 р. викладання римського права на юридичному факультеті було скасовано, а 3 березня 1920 р. Інструкцією Народного комісаріату просвіти УРСР ліквідовано і сам факультет. Відновлено його було лише у 1937 р. Після організаційного періоду й евакуації у Києві заняття на юридичному факультеті відновилися у 1946 р. Відтоді до навчальних планів було внесено курс «Основи римського цивільного права». До початку 50-х років цей курс читав професор С. Ландкоф — високо ґрунтований науковець і чудовий лектор. Потім курс римського права викладав доцент В. Дроніков — глибокий знавець

римського права і латини. Його лекції відзначалися глибоким змістом, доступним викладом складних конструкцій. У 1961 р. він написав навчальний посібник «Римське приватне право», який був популярним, але тепер став бібліографічною рідкістю.

У 1957 р. на факультеті було оголошено прийом до аспірантури за спеціальністю «римське право». Цю вакансію зайняв О. Підпригора, який у 1962 р. захистив кандидатську дисертацію на тему «Речово-правові способи захисту рабовласницької власності в римському праві». Після багаторічної перерви це була перша дисертація з римського права у колишньому СРСР. Потім знову настала довга пауза. У роки командно-адміністративної системи господарювання значення і роль права були принижені й підмінялися плановими завданнями та адміністративними методами регулювання майнових відносин у тодішньому суспільстві. За таких умов досліджувати та вивчати витоки основних засад, принципів та положень римського права було і недоцільно, і просто неможливо. Навіть якби хтось за власною ініціативою надумав досліджувати проблеми римського права, то результати цих досліджень опублікувати було неможливо — жодне видавництво не бралося це зробити. Викладання римського права як загальноосвітньої дисципліни було виключено із навчальних планів майже усіх юридичних вузів колишнього СРСР. Проте у Київському університеті вивчення римського права на юридичному факультеті не припинялося в усі часи його діяльності.

Практично паралельно з цим процесом відбувається розвиток романістики півдня України. Зокрема, у ХІХ ст. активно ведуть наукові пошуки романісти Новоросійського універ-

ситету, на юридичному факультеті якого не лише існувала кафедра римського права (створена одна з перших, одночасно з фундацією самого факультету), а й працювало чимало видатних фахівців у цій галузі. Зокрема, слід згадати Д. Азаревича, Ю. Гамбарова, М. Дювернуа, К. Диновського, І. Табашникова, кожен з яких був не лише талановитим викладачем, а й видатним науковцем. У працях цих романістів (багато хто з них, як наприклад, Ю. Гамбаров, М. Дювернуа, були ще й прекрасними цивілістами), висвітлювалось широке коло питань — від загальних положень римського права до детального аналізу окремих інститутів, таких, наприклад, як опіка та піклування, прекарій та ін.

Видатним фахівцем у галузі римського та греко-римського (візантійського) права був Д. Азаревич. У 1872 р. він захистив магістерську дисертацію на тему «Об отличиях опеки и попечительства по римскому праву», а в 1877 р. — докторську дисертацію «Прекариум по римскому праву». Працюючи ординарним професором кафедри римського права Новоросійського університету, видав серед інших фундаментальну працю «Из лекций по римскому праву» (Одеса, 1885 р.).

Іншому відомому романісту Новоросійського університету — М. Дювернуа — належить невелика за обсягом, але добре відома фахівцям праця «Значение римского права для русских юристов», котра вийшла друком у Ярославлі у 1872 р.

У 1899 р. М. Пергамент видає ґрунтовне дослідження «Договорная неустойка и интерес в римском и современном гражданском праве», а в 1904 р. його ж зусиллями виходить переклад «Задач по римскому праву» Р. Штамлера, котрий певною мірою заповнив прогалини у практичних матеріалах.

Південна традиція вивчення римського права була перервана після подій жовтня 1917 р. Як предмет, непотрібний радянським правознавцям, римське право було вилучене з навчальних програм також і в Одеському державному університеті. Та й сам юридичний факультет на тривалий час припинив своє існування. Після поновлення юридичної освіти в Одесі у повоєнні роки було відновлено і викладання римського права. У ту добу в Одеському державному університеті підтримував вогник знань у цій галузі і прищеплював студентам любов до римського права І. Шерешевський — чудовий фахівець дореволюційного гатунку з римського і цивільного права. У 50-ті роки він видає одну із вкрай нечисленних тоді публікацій, присвячених римському праву — «Правовое регулирование «наемного труда» в Риме» (Вестник Древней истории. — 1955. — № 1.) На зміст і висновок цієї статті дещо вплинула ідеологізованість історико-правової науки того часу, що зумовило «надзавдання» довести хибність методологічного підґрунтя буржуазних правових досліджень цієї проблеми. Проте це не впливає на загальну оцінку публікації І. Шерешевського, що була на той час однією із кращих спеціальних праць радянських романистів.

Перехід до ринкової економіки, як уже згадувалося, зумовив зростання ролі та значення права, яке стає основним інструментом, правовою основою створення громадянського суспільства. У зв'язку з цим істотно зростає інтерес до римського права (як приватного, так і публічного) як основного джерела багатьох сучасних європейських систем. Збільшується кількість вищих навчальних закладів, які готують юристів. Постає проблема підготовки викладачів як різних галузей сучасного права, так і римського приватного та

публічного права, що зумовлює потребу дослідження його проблем.

Нині римське приватне право вивчається в усіх вищих навчальних закладах юридичного профілю. Хоча подекуди його викладання провадиться ще не на належному науково-теоретичному і навчально-методичному рівні, але відродження традиції уже почалося. У середині 90-х років ХХ ст. кандидатську дисертацію, присвячену інституту прекарію за римським правом, захистив викладач юридичного факультету Чернівецького університету імені Юрія Федьковича В. Онофрейчук. У цей час проблеми впливу римського спадкового права на сучасне спадкове право України досліджував викладач юридичного факультету Запорізького університету В. Васильченко, який захистив кандидатську дисертацію на зазначену тему в 1997 р.

Проблемам рецепції римського приватного права, зокрема в цивільному праві України, присвячена докторська дисертація Є. Харитонова на тему «Рецепція римського приватного права: теоретичні та історико-правові аспекти» (Одеса, 1997 р.).

У наступні десятиліття в Україні було виконано до двох десятків дисертацій, присвячених проблемам рецепції римського права в цивільному праві України (Р. Гонгало, В. Гончаренко, А. Гужва, В. Зубар, О. Кутателадзе, Г. Пучкова, Д. Прутян, С. Сеферова, П. Федосєєв та ін.).

Процеси, які відбуваються у суспільстві та правовій науці, дають підстави стверджувати, що традиція вивчення римського права в Україні продовжується й набуває нового імпульсу, що у свою чергу зумовлює доцільність достатньо глибокого вивчення його майбутніми правниками.

*Вибрана бібліографія
сучасних монографічних праць
з питань міжнародного приватного права*

1. *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. — М., 2012. — 640 с.
2. *Асосков А. В.* Основы коллизионного права. — М., 2012. — 352 с.
3. *Бірюков О. М.* Транскордонні банкрутства: теорія і практика : моногр. — К., 2008. — 318 с.
4. *Богатина Ю. Г.* Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. — М., 2010. — 408 с.
5. *Богуславский М. М.* Международное частное право : учеб. — 6-е изд., перераб. и доп. — М., 2009. — 704 с.
6. *Виговський О. І.* Інститут цінних паперів в міжнародному приватному праві : моногр. — Х., 2011. — 476 с.
7. *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право : учеб. — М., 2013. — 960 с.
8. *Довгерт А. С.* Наука міжнародного приватного права в Київському університеті. — К., 2010. — 32 с.
9. *Довгерт А. С.* Сучасні приватноправові реформи в Україні з огляду на формування всесвітньоцивільного права. — К., 2009. — 20 с.
10. *Довідник захищених дисертацій з міжнародного приватного права в Україні (1991–2012 рр.) : довід. / уклад., передм., вступ. ст. А. С. Довгерта, Т. В. Короткого, Н. В. Хендель.* — О., 2013. — 132 с.
11. *Задорожна С. М.* Автономія сторін у міжнародному приватному праві : моногр. — Чернівці, 2008. — 216 с.
12. *Звеков В. П.* Коллизии законов в международном частном праве. — М., 2007. — 406 с.
13. *Золотой фонд российской науки международного права.* — М., 2009. — 464 с.
14. *Канашевский В. А.* Внешнеэкономические сделки. Материально-правовое и коллизионное регулирование. — М., 2008. — 608 с.
15. *Лебедев С. Н.* Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / МГИМО (У) МИД России. Кафедра междунар. частн. и гражд. права ; сост. А. И. Муранов. — М., 2009. — 717 с.
16. *Мережко А. А.* Психологическая теория международного права. — Одесса, 2012. — 244 с.
17. *Мережко А.* Социология права Н. С. Тимашева : моногр. — Одесса, 2012. — 240 с.
18. *Мережко О. О.* Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. — К., 2010. — 320 с.
19. *Міжнародне приватне право в Київському університеті : антологія : у 2 т. / за ред. А. С. Довгерта.* — К., 2009. — Т. 1 : 1835–1991. — 495 с.

20. *Міжнародне приватне право в Київському університеті : антологія : у 2 т. / за ред. А. С. Довгерта. — К., 2009. — Т. 2 : 1992–2007. — 791 с.*
21. *Міжнародне приватне право. Загальна частина : підруч. / за ред. А. С. Довгерта, В. І. Кисіля. — К., 2012. — 376 с.*
22. *Новосельцев І. Транскордонна неспроможність у міжнародному приватному праві : моногр. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К., 2013. — 208 с.*
23. *Онищенко Г. В. Довірчі правовідносини з іноземним елементом : моногр. — К., 2012. — 268 с.*
24. *Очерки международного частного права / под ред. проф. А. Довгерта. — Харьков, 2007.*
25. *Проблеми регулювання приватноправових відносин в умовах регіональних та глобальних трансформацій : моногр. / за заг. ред. О. Д. Крупчана. — К., 2013. — 415 с.*
26. *Проблеми систематизації приватного права України та Європи : моногр. / за заг. ред. Ю. В. Білоусова. — К., 2009. — 204 с.*
27. *Руденко О. В. Уніфікація міжнародного права в ЄС : моногр. — Чернівці, 2009. — 248 с.*
28. *Современное международное право России и Евросоюза : моногр. / под ред. М. М. Богуславского, А. Г. Лисицина-Светланова, А. Трунка. — М., 2013. — Кн. 1. — 656 с.*
29. *Фединяк Г. С. Цивільно-правова природа транснаціональних корпорацій та їх договорів з приймаючою державою : моногр. — К., 2008. — 344 с.*
30. *Хоцанов Д. А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. — М., 2012. — 320 с.*
31. *Цірат Г. А. Міжнародний цивільний процес: сучасний стан та перспективи міжнародно-правової уніфікації : моногр. — Х., 2013. — 482 с.*
32. *Черняк Ю. В. Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн ЄС та України : моногр. — К., 2008. — 276 с.*
33. *Ahern J., Binchy W. The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligation. — Leiden ; Boston, 2009. — 400 p.*
34. *Albornoz M. Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems // Journal of Private International Law. — 2010. — Vol. 6. — № 1. — P. 23–58.*
35. *Application of Foreign Law / ed. by C. Mota, J. Buhigues, G. Moreno. — Munich, 2011. — 409 p.*
36. *Badykov M. The Russian Civil Code and the Rome Convention: Implied Choice of the Governing Law // Review of Central and East European Law. — 2008. — Vol. 33. — P. 181–203.*
37. *Belohlaàvek A. Rome Convention-Rome I Regulation. — N. Y., 2011. — 3086 p.*
38. *Brussels I Regulation / ed. by U. Magnus, P. Mancowski. — 2-nd Revised Edition. — Munich, 2011. — 972 p.*
39. *Brussels II bis Regulation / ed. by U. Magnus, P. Mancowski. — Munich, 2012. — 300 p.*
40. *Conflict of Laws in International Arbitration / ed. by F. Ferrari, S. Kroll. — Munich, 2010. — 466 p.*
41. *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law / ed by H. Snijders, S. Vogenauer. — Munich, 2009. — 222 p.*

42. *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition.* — Munich, 2012. — 300 p.
43. *International Civil Procedure* — 2-nd Edition / ed. by C. Campbell. — 2-nd Edition. — N. Y., 2011. — 574 p.
44. *Lando O., Nielson P.* The Rome I Regulation // *Common Market Law Review.* — 2008. — Vol. 45. — P. 1687–1725.
45. *Lookofsky J., Hertz K.* *European Union Private International Law.* — N. Y., 2009. — 200 p.
46. *Party Autonomy in International Property Law.* — Munich, 2011. — 276 p.
47. *Symeonides S.* Party Autonomy in Rome I and II: an outsider's perspective // *Nederlands Internationaal Privaatrecht.* — 2010. — № 2. — P. 191–205.
48. *Towards a European Contract Law* / ed. by R. Schulze, J. Stuyck. — Munich, 2011. — 279 p.
49. *Tradition and Innovation of Private International Law at the Beginning of the Third Millenium* / ed. by L. Castro, T. Treves and F. Seatzu. — N. Y., 2006. — 265 p.
50. *Yearbook of Private International Law. Vol. X (2008).* — 2009. — 743 p.
51. *Yearbook of Private International Law. Vol. XI (2009).* — 2010. — 634 p.
52. *Yearbook of Private International Law. Vol. XII (2010).* — 2011. — 680 p.
53. *Yearbook of Private International Law. Vol. XIII (2011).* — 2012. — 701 p.

ПРАВОВА ПРИРОДА АСОЦІАЦІЇ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ



Я. КОСТЮЧЕНКО

кандидат юридичних наук

Поняття «асоціація» в міжнародному праві є доволі різностороннім та багатозначним. Практика міжнародних організацій свідчить, що під цим терміном розуміється й особлива участь країни в діяльності інституційного механізму організації. Саме з цього випливає поняття асоційованого членства. Практика Європейського Союзу (Євросоюзу, ЄС) значно відрізняється від функціонування інших міжнародних організацій. Євросоюз не передбачає участі третіх країн із діяльності його інститутів. Найбільш поширеною економічною основою асоціації є зона вільної торгівлі, учасники якої зберігають власні митні збори і торговельні обмеження при імпорті товарів із третіх країн. Створення зони вільної торгівлі лежить в основі асоціації ЄС з країнами Середземномор'я, Центральної та Східної Європи і країнами Європейської асоціації вільної торгівлі (ЄАВТ). Відносини асоціації ЄС з

третіми країнами, що відбуваються на основі ст. 217 Договору про функціонування ЄС (ДФЄС), відображають рівень європейської інтеграції відповідної третьої країни.

Європейська інтеграція — передусім процес політичний. Але саме економічний чинник європейської інтеграції є мірою її ефективності й визначає долю політичних рішень. Її економічний зміст набагато складніший і конструктивніший, ніж політичне об'єднання «наднаціонального» характеру. Із заснуванням Європейського Економічного Співтовариства (ЄЕС) з'являється термін «європейська економічна інтеграція». Її метою було створення єдиного внутрішнього ринку, єдиної системи економічного законодавства та єдиної (або гармонізованої) економічної політики в рамках всього Європейського Співтовариства. Інтеграція означає максимальний розвиток вільної торгівлі всередині інтеграційного угруповання, але

й одночасне посилення протекціонізму у відносинах між її учасниками і рештою світу. Тому питання про раціональність чи ірраціональність регіональної інтеграції, врешті-решт, зводиться до зіставлення двох протилежних ефектів. З одного боку, якщо в результаті створення зони вільної торгівлі (ЗВТ) або митного союзу виникає заміна витратного внутрішнього виробництва більш дешевим імпортом, має місце «створення торгівлі» (*trade creation*). З другого боку, якщо результатом інтеграції є заміщення більш дешевого імпорту з третіх країн дорожчим із країни-партнера по зоні вільної торгівлі або митному союзу, виникає «розмежування торгівлі» (*trade diversion*). Уперше зазначену концепцію запропонували Дж. Вінер та М. Біє в 1950 р., тобто задовго до заснування митного союзу [1; 2].

Перший крок до осмислення економічних основ європейської інтеграції зробив Я. Тінберген [3], а згодом його ідеї розвинули західні вчені П. Кептейн та П. Верлорен [4]. Я. Тінберген вважав, що спільний ринок був створений шляхом «позитивної» та «негативної» інтеграції. Негативна інтеграція передбачає просте зникнення бар'єрів на шляху до транскордонного переміщення товарів, послуг і факторів виробництва, що їх у цілому можна охарактеризувати як ресурси, необхідні для виробництва товарів та послуг: потреба у трудових ресурсах втілювалася в необхідність створення свободи руху осіб; потреба в інвестиційних ресурсах — у свободу руху капіталів та платежів. Відповідно до економічних теорій розвитку негативна інтеграція призводить до посилення конкуренції, зниження цін і підвищення якості товарів, послуг та факторів виробництва і, відповідно, до зростання ефективності економіки.

Позитивна інтеграція — це прийняття законів та створення інститутів, які збільшують мобільність товарів, послуг, осіб і капіталів [3]. Позитивна інтеграція охоплює створення спільних зовнішньоекономічних зносин та спільної політики конкуренції. Таким чином, процес європейської економічної інтеграції історично проходив стадії як негативної, так і позитивної інтеграції. Європейське Співтовариство, а згодом і Європейський Союз, після набуття чинності Лісабонським договором 2007 р., маючи у своєму арсеналі спільну торговельну політику, антимонопольну політику Євросоюзу, перебувають на стадії завершеної позитивної інтеграції.

Для української доктрини європейського права проблема правової природи асоціації ЄС з третіми країнами в цілому та питання визначення передумов створення асоціації зокрема є новими і поки що недостатньо вивченими.

Відносини України з країнами ЄАВТ на основі угоди про вільну торгівлю є першим етапом на шляху до відносин асоціації з Європейським Союзом. Завершення переговорного процесу щодо укладання угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом влітку 2012 р. зумовлює необхідність ґрунтовного вивчення поняття асоціації для правопорядку України.

Виокремлюючи специфічні правові аспекти угод про асоціацію, що їх укладає ЄС, більшість вітчизняних учених, однак, утримується від їх комплексного аналізу і зазвичай розглядає їх у рамках вивчення правового регулювання зовнішніх зносин Євросоюзу. Поодинокі праці присвячені виключно питанням дослідження правового статусу асоціації у практиці ЄС, серед яких слід виокремити праці

М. Бірюкова [5], Ю. Щокіна [6], М. Микієвича [7], В. Муравйова [8].

З моменту відкриття переговорного процесу щодо укладання нової двосторонньої угоди між Україною та Європейським Союзом у 2008 р. виникло питання щодо її правової основи. Справа у тому, що підписані на той момент і вже набуті чинності у грудні 2009 р. Лісабонські договори про Євросоюз та його функціонування містили додатково ще одну статтю — ст. 8 Договору про Євросоюз — якою передбачалося укладання угод з країнами-сусідами. Передбачалося, що ця стаття стане основою для нового типу договорів для країн, на які поширюється Європейська політика сусідства. Однак запропонована політика Східного партнерства поставила крапку у всіх політичних та юридичних дебатах щодо правової основи угоди з Україною. Відповідно до Повідомлення Комісії ЄС 2009 р. чітко визначені правові основи нового договірного двостороннього механізму — угоди про асоціацію, що міститимуть основну мету — створення поглибленої зони вільної торгівлі.

Особливої актуальності тема визначення правового статусу асоціації набуває з огляду на завершення переговорів з Україною щодо укладання угоди про асоціацію. У зв'язку з майбутнім підписанням Угоди про асоціацію між Україною та Євросоюзом вбачається першочерговим визначитися з теоретичною базою правового статусу асоціації в практиці Євросоюзу.

Інститути Євросоюзу мають доволі довгу практику застосування інституту асоціації з третіми країнами як правової основи двосторонньої співпраці.

Відсутність чіткого правового регулювання відносин асоціації в установчих документах Євросоюзу, різноманітність та специфічність практики

їх створення зумовлює постійний інтерес європейських правознавців до формулювання концепції асоціації у праві Євросоюзу та визначення передумов укладання угод про асоціацію ЄС з третіми країнами.

У численних наукових працях представників європейської правової школи (М.-А. Годісар, Е. Коломбо, П. Пескатор, Ж. Ро, М. Фалон тощо) відображено різні підходи до визначення поняття асоціації з ЄС, класифікації угод про асоціацію, здійснення аналізу відповідних договірних положень. Найчастіше питання, пов'язані зі створенням асоціацій, розглядаються при дослідженні зовнішніх зносин ЄС, аналізі судової практики чи характеристик договорів, що їх може укладати ЄС.

Досить вдалим є визначення відносин асоціації у вітчизняній доктрині, яке дала у своєму дослідженні І. Березовська, яка вважає, що «асоціація ЄС з третіми країнами і міжнародними організаціями може бути визначена як встановлення між Об'єднанням і третьою країною чи міжнародною організацією привілейованих договірних взаємовідносин, що започатковуються для досягнення спільних цілей, реалізацію яких здійснюють паритетні органи, здатні приймати обов'язкові для сторін рішення, і в рамках яких забезпечується часткова участь асоційованого партнера у правопорядку Співтовариства» [9].

Як впливає зі ст. 217 ДФЄС, партнерами ЄС по асоціації можуть бути держави чи міжнародні організації. Стосовно держав слід зауважити, що, на відміну від угод про приєднання, ст. 217 не містить жодних обмежень щодо територіальної належності другої договірної сторони. Отже, асоціюватися з ЄС можуть не лише європейські країни. Загалом визначення

асоціації, що міститься у ст. 217 ДФЄС, є досить розпливчастим, а отже, може бути використане з найрізноманітнішими цілями: від запровадження співробітництва з деякими суб'єктами міжнародного права, які не можуть чи не хочуть бути прийнятими до Євросоюзу, до створення тісних асоційованих зв'язків як передумови для повного вступу до об'єднання.

Дуже широкою є договірна практика ЄС. Через міжнародні угоди, укладені з іншими країнами, здійснюється поширення дії права Євросоюзу на відносини з іншими суб'єктами міжнародного права, оскільки такі угоди можуть містити правові положення, запозичені з первинного та вторинного права Євросоюзу, або мати посилання на необхідність приведення внутрішнього права третіх країн у відповідність до положень окремих галузей права Євросоюзу.

Таким чином, положення ст. 217 ДФЄС не можна назвати вичерпними для визначення правової природи асоціації ЄС з третіми країнами та міжнародними організаціями. Для цього слід звернутися до доктрини європейського права, рішень Суду ЄС та договірної практики Співтовариства.

Нечіткість визначення асоціації в установчому договорі відзначає багато теоретиків європейського права [10]. Зокрема, французький правознавець М. Годісар зазначає, що, передбачивши можливість укладання угод про асоціацію, які характеризуються «взаємними правами та обов'язками, спільними діями та особливими процедурами», автори цього договору «по суті не виявили ані природи, ані інтенсивності зв'язків, що можуть бути створені в її рамках» [11]. Критерії, наведені у ст. 217, не дають змоги чітко визначити суть угод про асоціацію, оскільки (щодо цього слід погодитися

з Ж. Верховеном) більшість угод, укладених ЄС, справді відповідає критеріям, якими характеризують асоціацію [12].

Асоціація характеризується участю асоційованої країни в досягненні цілей ЄС, рівноправністю асоційованих зв'язків та своєрідним інституційним механізмом. По суті, асоційована країна певною мірою об'єднується з ЄС і поділяє деякі його цілі: угода про асоціацію чітко регулює відносини між сторонами, уточнюючи, які саме цілі ЄС поділяє асоційована країна. Проте асоціація залишається відносинами між різними сторонами, навіть якщо вони тісно пов'язані між собою: асоційована країна не є членом Союзу, хоча й підтримує з ним двосторонні відносини на рівній основі. Оскільки асоціація започатковує тривалі зв'язки, це зумовлює необхідність створення спільних інституцій, покликаних забезпечувати регулярне співробітництво між сторонами. Тому один із найвідоміших в європейській доктрині дослідників правової природи асоціації П. Пескатор визначив її як «тривалі, узагальнені й інституціолізовані відносини співробітництва, що передбачають участь третьої країни в цілях Співтовариства» [13].

Аналіз міжнародних угод про створення асоціацій, які ЄС укладає з третіми країнами, свідчить, що такий вид угоди застосовують лише тоді, коли між сторонами передбачається встановити спеціальні відносини. Однак асоціації можуть створюватися з різними цілями, що значною мірою і визначають їхню природу. Розрізняють асоціацію з метою подальшого вступу до ЄС та асоціацію як особливу форму співробітництва. З цього приводу П. Пескатор зазначив: «Юридичний характер асоціації значно відрізняється залежно від того, чи має вона

на меті лише організувати співробітництво між Співтовариством та асоційованим партнером, чи, крім цього, передбачає складніші економічні та юридичні зобов'язання» [13, 146].

Асоціація з перспективою приєднання є перехідним режимом, у рамках якого забезпечується поступове зближення асоційованої країни з Об'єднанням та відбувається її підготовка до майбутнього вступу до Євросоюзу. Асоціація другого виду є організаційно-правовою формою, що забезпечує найвищий рівень співробітництва між Євросоюзом і третіми країнами, з якими в ЄС існують особливі історичні, географічні чи політичні зв'язки, або слугує заміною вступу до Євросоюзу, якщо третя країна поки ще не готова чи не бажає ставати його членом, хоча хотіла б мати преференційні відносини з європейськими інтеграційними організаціями.

Однак слід підкреслити, що включення в угоду про асоціацію положень про майбутнє приєднання асоційованого партнера до ЄС має економічне, політичне, але не юридичне значення. По суті, зміст ст. 217 *a priori* не є обмеженим: не передбачивши жодних особливих положень, ця стаття не робить жодної різниці між асоціацією з метою приєднання та асоціацією як формою співробітництва.

Слід зазначити, що ст. 217 ДФЄС не встановлює якихось вимог до угод про асоціацію. У ній просто йдеться про те, що асоціація передбачає «взаємні права та обов'язки». Тим самим наголошується, що спільною метою будь-якої асоціації з ЄС є створення правових рамок для привілейованих відносин без визначення чітких правил щодо можливого змісту останніх. До певної міри цю прогалину було заповнено рішеннями Суду ЄС, який встановив мінімальні та макси-

мальні стандарти щодо змісту угод про асоціацію.

Практика Суду відіграє важливу роль у процесі становлення інституту асоціації. Різні види угод про асоціацію він розглядав, зокрема, у справах Бресціані, Хейгеман, Демірель, Пабст, Кус, Анастасійо та ін. Одним з основних питань, що їх розглядав Суд ЄС, є питання прямої дії норм угод про асоціацію.

У справі Пабст [14] Суд ЄС визнав, що угода про асоціацію Співтовариства і Греції здатна містити норми, які мають пряму дію. Суд підкреслив, що ця угода містить положення, які «мають на меті підготувати вступ Греції до Співтовариства». У цьому контексті Суд окремо виділив існування положень, спрямованих на створення митного союзу, гармонізацію сільськогосподарської політики, запровадження вільного руху працівників та інші заходи, адаптовані до вимог права Співтовариства. У справі Анастасійо йшлося про пряму дію деяких норм Протоколу 1977 р. до угоди про асоціацію, укладеної між Кіпром і Співтовариством. Основний спір стосувався імпорту до Великої Британії деяких сільськогосподарських продуктів, що походили з північної частини острова, контрольованого турецькою громадою. Аналізуючи цю угоду, Суд ЄС підкреслив, що вона «спрямована на поступову ліквідацію перешкод товарообігу між Співтовариством і Кіпром» [15] і містить систему преференційних тарифів при імпорті до ЄС. Оскільки, на думку Суду, «відповідні правила Протоколу 1977 р. щодо походження продуктів мають істотне значення для визначення продуктів, які можуть підпадати під дію угоди, а отже, й під преференційний режим... вони передбачають ясні, чіткі й безумовні зобов'язання сторін і підляга-

ють прямому застосуванню в національних судах».

Основоположне значення у формуванні правової природи асоціації має рішення Суду ЄС у справі Демірель від 30 вересня 1987 р. [16]. За висновком Генерального адвоката М. Дармона, який вів цю справу, вона є найбільш відомим провадженням Суду з приводу угод про асоціацію. Справа стосувалася Анкарської угоди про асоціацію між Співтовариством і Туреччиною, а саме — питання про можливість турецьких громадян користуватися правом вільного руху працівників. Безперечно, одним із найважливіших принципів, сформульованих Судом ЄС у згаданій справі, є визнання того, що угода про асоціацію створює спеціальні привілейовані відносини з країнами-членами, внаслідок чого останні повинні певною мірою брати участь у системі Співтовариства. Тобто тут не йдеться про участь в інститутах ЄС, проте передбачається, що сфера співробітництва останнього з асоційованими країнами визначається *acquis communautaire* (так званим «спільним доробком» Європейського Союзу). Цей термін використовують у праві Євросоюзу для визначення сукупності норм, судових рішень, доктринальних понять тощо, які виникли за час існування європейських інтеграційних організацій і мають сприйматися країнами-претендентами на вступ до Євросоюзу беззастережно, тобто як те, що не може бути предметом переговорів [17; 18].

Отже, угода про асоціацію має як мінімум розширювати територію застосування вторинного законодавства Євросоюзу. Проте з рішень Суду ЄС незрозуміло, як далеко може заходити поширення дії права Євросоюзу на треті країни або міжнародні організа-

ції та чи існують якісь межі щодо змісту таких угод. Як зазначив Суд ЄС, межі угоди про асоціацію можуть сягати «усіх сфер, охоплених Договором про заснування ЄС (нині ДФЄС. — Я. К.)» [19]. Вважається, що стосовно укладання угод про асоціацію на підставі ст. 217 ЄС має такі широкі повноваження, що всі галузі, на які поширюється компетенція ЄС у межах внутрішнього ринку, можуть стати об'єктом регулювання таких угод. Навіть рішення Суду ЄС можуть стати частиною угод про асоціацію, що призводить до поширення територіальної сфери дії таких рішень на треті країни, які є сторонами цих угод. Тобто єдиними рамками щодо змісту угод, укладених на базі ст. 217, є *acquis communautaire* [20]. Коли ж ЄС укладає угоду про асоціацію, положення якої виходять за межі *acquis communautaire*, сторонами такої угоди разом із ЄС мають ставати держави-члени. Тим самим угода про асоціацію стає змішаною угодою.

Таким чином, слід зазначити, що навіть часткове поширення дії *acquis communautaire* на правовідносини асоціації дає змогу забезпечити найтісніший зв'язок між Євросоюзом і його державами-членами, з одного боку, і третіми державами — з другого. Особливо важливе значення це має у разі використання асоціації як організаційно-правової форми, що дає можливість підготувати подальший вступ асоційованих країн до Об'єднання.

В уже згаданій справі Демірель Суд ЄС підкреслив, що угода про асоціацію створює особливі привілейовані відносини з третьою державою, яка має бодай частково брати участь у режимі ЄС. Особливість цих відносин виявляється і в більш широкій компетенції органів асоціації, і в більш загальному й систематизованому ха-

рактері договірних положень. Нерідко для набрання угодами про асоціацію чинності передбачено спеціальну процедуру, тоді як у випадку з торговельними угодами взаємовідносини сторін, як правило, регулюються загальним міжнародним правом, якщо тільки сторони не домовилися про інше.

Беручи до уваги велику кількість сфер, що їх може регулювати угода про асоціацію, французький професор права К. Блюман вважає, що така угода є своєрідним *lex generalis* порівняно з торговельною угодою, яка може бути порівняною з угодою про асоціацію лише в деяких сферах. Подібним чином угоду про асоціацію розглядає й інший правознавець В. Хальштейн, на думку якого вона має охоплювати весь простір, що існує між торговельною угодою і угодою про приєднання [11].

Маючи на меті врегулювати відносини в різних сферах, не обмежуючись виключно торговельною сферою, Євросоюз має тільки одну правову базу для укладання угоди про асоціацію — ст. 217 ДФЕС.

Варто зазначити, що ДФЕС передбачена особлива процедура, яка передувє підписанню та набранню чинності угодою про асоціацію. Перед початком переговорів щодо угоди про асоціацію Рада Міністрів ЄС, шляхом одностайного голосування (п. 8 ст. 218 ДФЕС), ухвалює формальний мандат Європейській Комісії на проведення переговорів. Після закінчення переговорів Рада ЄС на пропозицію Європейської Комісії і в разі отримання згоди Європейського Парламенту (п. 6 ст. 218 ДФЕС) уповноважує підписання угоди (п. 2 ст. 218). Згодом Рада ЄС підписує угоду від імені Союзу. Разом із підписанням Сторони можуть домовитися про «тимчасове застосування угоди перед набуттям чинності» (п. 5 ст. 218). У цьому контексті йдеться

про так звані Тимчасові угоди, що діють до формального закінчення процесу ратифікації національними парламентами держав — членів ЄС. Тимчасова угода набуває чинності після ратифікації парламентом країни, яка є стороною в угоді з ЄС, і покриває погоджені Сторонами сфери виключної компетенції. Водночас офіційне підписання угоди про асоціацію дає старт процесу ратифікації серед держав — членів ЄС. Цей етап вимагає від країни, з якою підписується угода про асоціацію, ґрунтовної роботи в рамках двосторонніх зв'язків з окремими країнами — членами ЄС та їх національними парламентами для забезпечення позитивних рішень. Процес може тривати 2–5 років, після чого, в разі завершення кола ратифікації, угода про асоціацію набуває чинності.

Варто зазначити, що нова посилена угода з Україною, основою якої є створення поглибленої зони вільної торгівлі, може стати угодою про асоціацію «четвертого покоління», що враховуватиме досвід ЄС у відносинах із країнами Центральної та Східної Європи, країнами Середземноморського регіону, Східними Балканськими країнами та країнами «неєвропейського регіону». Майбутня угода про асоціацію оновить спільний інституційний механізм співпраці, допоможе поглибити відносини нашої країни з Євросоюзом у всіх сферах та посилити подальшу економічну інтеграцію України, спираючись на взаємні права та обов'язки. Вона слугуватиме основою для подальшого наближення сторін у питаннях зовнішньої політики та питань безпеки, включаючи зміцнення поваги до принципів незалежності, суверенності, територіальної цілісності та непорушності кордонів. Заснування поглибленої зони вільної торгівлі із зобов'язаннями проведення широкомас-

штабного наближення стандартів України та Євросоюзу впливатиме на внутрішнього ринку Європейського Співтовариства. поетапне інтегрування України до

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Viner J.* The customs Union Issue. Carnegie Endowment for International Peace. — N. Y., 1950. — P. 47–55.
2. *Bye M.* Unions douanieres et donnees nationales // *Economie appliquee*. — 1950. — Vol. 4. — P. 24–79.
3. *Tinbergen J.* Economic Policy: Principles and Design. — P., 1956. — 38 p.
4. *Топорнин Б. Н.* Европейское право : учеб. — М., 2001. — 455 с.
5. *Бирюков М. М.* Международно-правовые аспекты ассоциированного членства в Европейском Экономическом Сообществе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1981. — 22 с.
6. *Шекин Ю. В.* Неполное членство в международных организациях : дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1999. — 161 с.
7. *Миківич М. М.* Міжнародно-правові аспекти співробітництва Європейського Союзу з третіми країнами : дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 1996. — 180 с.
8. *Муравйов В. І.* Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.11. — К., 2003. — 38 с.
9. *Березовська І. А.* Правове регулювання відносин Європейського Союзу з асоційованими країнами : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11. — К., 2005. — 18 с.
10. *Birkelbach W.* Rapport sur les aspect politiques et institutionnels de l'adhésion et de l'association à la Communauté. APE, Doc. séance, 1961–1962, № 122, 15-1-1962.
11. *Tchakaloff M.-F.* Christophe. Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté: Essai de clarification. Actes du colloque. — Bruxelles, 1999. — 389 p.
12. *Verhoeven J.* Droit de la Communauté Européenne. — Bruxelles, 2001. — 510 p.
13. *Pescatore P.* Les relations extérieures des Communautés européennes // *RCADI*. — 1961. — V. II. — P. 9–239.
14. *Case 17/81 Pabst & Richarz KG v Hauptzollamt Oldenburg* // *European Court Reports*. — 1982. — P. 01331.
15. *Case C-432/92 The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others (Anastassiou)* // *European Court reports*. — 1994. — P. I-03087.
16. *Case 12/86 Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* // *European Court Reports*. — 1987. — P. 03719.
17. *Gialdino C.* Some Reflection on the Acquis communautaire // *Common Market Law Review*. — 1995. — V. 32. — № 3. — P. 1089–1121.
18. *Муравйов В. І.* Спільний доробок (acquis communautaire) як основа правопорядку Євросоюзу // *Український правовий часопис*. — 2004. — Вип. 8. — С. 3–8.
19. *Cases 209–213/84, Ministere Public v. Asies* // *European Court Reports*. — 1986. — P. 1425.
20. *Муравйов В. І.* Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика). — К., 2002. — 426 с.

Костюченко Я. М. Правова природа асоціації у практиці Європейського Союзу

Анотація. Статтю присвячено висвітленню теоретичних та практичних питань правового статусу угод про асоціації у праві Європейського Союзу. Спеціальна увага приділена аналізу поняття угоди про асоціацію в теорії права ЄС. На основі судової практики встановлено характерні особливості угод про асоціації. У цьому світлі проаналізовані справи Суду ЄС (Шрьодер, Бресціані, Хейгеман, Демірель, Пабст, Кус, Анастасійо). Простежено процес укладання, підписання та набуття чинності угодами про асоціацію на основі норм установчих договорів та практики ЄС. Визначено, що питання правового статусу угод про асоціацію для України мають важливе значення з огляду на майбутнє підписання такої угоди з ЄС.

Ключові слова: Європейський Союз, асоціація, компетенції ЄС, пряма дія, Україна.

Костюченко Я. Н. Правовая природа ассоциации в практике Европейского Союза

Аннотация. Статья освещает теоретические и практические вопросы правового статуса соглашений об ассоциации в праве Европейского Союза. Специальное внимание уделено анализу понятия соглашения об ассоциации в теории права Евросоюза. На основе судебной практики установлены характерные особенности соглашений об ассоциации. В связи с этим проанализированы дела Суда ЕС (Шредер, Бресциани, Хейгеман, Демирель, Пабст, Кус, Анастасийо). Проанализирован процесс согласования, подписания и вступления в силу соглашений об ассоциации на основе норм учредительных договоров и практики ЕС. Определено, что вопросы правового статуса соглашений об ассоциации для Украины имеют важное значение в связи с предстоящим подписанием такого соглашения с ЕС.

Ключевые слова: Европейский Союз, ассоциация, компетенции ЕС, прямое действие, Украина.

Kostiuchenko Ya. Legal Nature of the Association in the Practice of the European Union

Annotation. The article is devoted to theoretical and practical issues of the legal status of the Association Agreement in the EU Law. Special attention is paid to the analysis of the concept of an association agreement EU in legal theory, based on the jurisprudence characteristics of the Association Agreement was established. In this light, the Court cases of the EU are analyzed (Schroeder, Brestsiani, Heyheman, Demirel, Pabst, Coos, Anastasiou). The process of co-ordination, signing and entry into force of the Agreement on the basis of the founding treaties and EU practices is analyzed. It was determined that the legal status of the association agreements for Ukraine is of great significance for the future of the signing the agreement with the EU.

Key words: European Union, Association, EU competence, direct action, Ukraine.

Пропонуються додатки до юридичного журналу «Право України»:

Європейський суд з прав людини. Судова практика / за заг. ред. В. Г. Буткевича. — К. : Ред. журн. «Право України», 2011. — Дод. до журн. «Право України».

Вип. 1, ч. 1–2 : Стаття 3 ЄКПЛ. Заборона катувань : у 3 ч. — 2011. — 936 с.

Вип. 1, ч. 3 : Стаття 3 ЄКПЛ. Заборона катувань : у 3 ч. — 2011. — 560 с.

У виданні публікуються переклади українською мовою рішень Європейського суду з прав людини, в основному зі ст. 3 Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини за 2010 рік і які стосуються України. Публікуються коментарі загального характеру щодо заборони катувань і у зв'язку з українськими справами, а також наукові дослідження з проблематики захисту прав людини; друкуються окремі рішення Верховного Суду України у сфері застосування ст. 3 ЄКПЛ, правові джерела і матеріали, бібліографія з питань заборони катувань.

Видання розраховане на суддів, представників правоохоронних та інших державних органів, адвокатів, практикуючих юристів, правозахисників, студентів, аспірантів, викладачів вищих юридичних навчальних закладів, учених, усіх, хто цікавиться питаннями захисту прав людини.

Вип. 2. Стаття 2 ЄКПЛ. «Право на життя» : у 3 кн. — 2011. — Кн. 1. — 1164 с.

Вип. 2. Стаття 2 ЄКПЛ. «Право на життя» : у 3 кн. — 2011. — Кн. 2. — 1108 с.

Вип. 2. Стаття 2 ЄКПЛ. «Право на життя» : у 3 кн. — 2011. — Кн. 3. — 616 с.

У виданні публікуються нові переклади українською мовою рішень Європейського суду з прав людини із застосування ст. 2 Європейської конвенції з прав людини, а також коментарі загального характеру щодо права на життя й у зв'язку з рішеннями цього Суду. Висвітлюються актуальні питання діяльності Суду. Публікуються наукові дослідження з проблематики прав людини загалом і її права на життя зокрема; друкуються акти Верховного Суду України за темою видання, матеріали стосовно скасування смертної кари в Україні, інші правові джерела, а також бібліографія з питання права на життя.

Видання призначене для суддів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, правозахисників, науковців, викладачів, аспірантів і студентів юридичних навчальних закладів і всіх, хто цікавиться питаннями захисту прав людини.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>



ДЕЯКІ СУЧАСНІ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВА В РОСІЇ ТА УКРАЇНІ (У СВІТЛІ ПОТРЕБОВОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ)¹



П. РАБІНОВИЧ

*доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
професор кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка),
заслужений діяч науки і техніки України*

Вступні зауваги. Мета пропонованого видання — представити в одному збірнику позиції сучасних, найбільш активних і яскравих представників нині нетрадиційних і для Росії, і для України концепцій права: Сергія Івановича Максимова, Юрія Євгеновича Пермякова, Андрія Васильовича Полякова, Олексія В'ячеславовича Стовби, Іллі Львовича Честнова і Володимира Олександровича Четверніна.

Задум цей сам по собі — вельми актуальний та привабливий. Публікація поглядів названих вчених у галузі філософсько-правової й загальнотеоретичної юриспруденції — поглядів, що помітно відрізняються від тих, які

довгий час майже неподільно панували в нашому правознавстві та, мабуть, і зараз посідають досить вагомі позиції, — безумовно, приверне увагу багатьох колег.

Відгукуючись на почесне запрошення ініціатора цього видання О. Стовби написати передмову до збірки, я вбачав своє завдання в тому, щоб спробувати відповісти головним чином на таке запитання: чи можна виявити риси, *загальні* для всіх (або ж для більшості) викладених у ньому концепцій, і якщо можливо, то які вони?

Дати досить ґрунтовну, розгорнуту відповідь на згадане запитання було б можливим на основі попереднього си-

¹ **Від редакції.** У минулому році харківський вчений О. Стовба спроектував оригінальну «анкету» філософсько-правового ґатунку і запропонував декільком відомим російським та українським фахівцям викласти їхні відповіді на неї, які згодом могли би бути опубліковані в окремій російськомовній збірці. Передмову до такого видання — на звернення ініціатора підготовки збірки — погодився написати професор кафедри теорії та філософії права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка П. Рабінович, опрацювавши рукописи згаданих відповідей. З огляду на те, що означена «Передмова», на думку редколегії нашого журналу, може мати й відносно самостійне наукове значення і викликати інтерес у вітчизняних читачів, пропонуємо їхній увазі її переклад з російської мови (виконаний магістром права О. Ковалишин).

Текст означеної «Передмови» для нашого журналу автором названо «Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння)». Публікація ж самої збірки очікується наприкінці 2013 р.

© П. Рабінович, 2013

стемного вивчення хоча б основних творів кожного зі співавторів збірки. Але оскільки воно вимагатиме чимало часу, то це доведеться відтермінувати на майбутнє... Тут же обмежусь аналізом лише найважливішого аспекту поглядів, представлених у цій книзі, а саме: проблеми загального праворозуміння. Адже саме до нього було звернене перше з десяти питань своєрідної філософсько-правової анкети, відповісти на які пропонувалося кожному учаснику збірки. Ось ці питання:

- що є право;
- відмінності природного і позитивного права;
- як співвідносяться суще і належне у праві;
- чому людина повинна підкорятися праву;
- хто є суб'єктом права;
- відмінність права від моралі;
- як можливо пізнати право;
- право і свобода;
- відмінність філософії права від теорії права;
- питання на вибір учасника.

Видається досить очевидним, що відповідь на перше питання зумовлює бодай не вирішальною мірою й відповіді на всі наступні питання. Справді, чи можна розмірковувати про «правову» реальність, про «правову» комунікацію, про «правових» суб'єктів, про «правовий» смисл, хоча б не задекларувавши свою інтерпретацію феномену *права*? Тому якраз про останню й піде розмова.

Особливо хотів би обумовити, що в «Передмові» я позиціоную себе аж ніяк не в ролі рецензента або зовнішнього критика відповідних текстів, а лише як «однопорядкового» зі співавторами книги учасника дискусії з названого фундаментального сюжету філософії та загальної теорії права. При цьому — аби полегшити читачам

розуміння своєї позиції з означеного питання (а вона послугувала концептуально-методологічною базою, ніби точкою відліку в моїх подальших розмірковуваннях) — здається доречним викласти тут деякі власні, найбільш загальні положення з проблеми праворозуміння.

* * *

Слово «право» як назва понять про різні явища. У другій половині 70-х — на початку 80-х років минулого сторіччя, коли у вітчизняному загальнотеоретичному правознавстві — у процесі подолання одноваріантного, насадженого за допомогою, як тепер би сказали, адміністративного ресурсу, суто легістського праворозуміння — розгорнулися активні дискусії з означеної проблематики. Долучившись до них, я тоді озвучив (у статті «Про поняття і визначення права» [1]) питання, яке хвилювало мене здавна: чи є якась закономірність у тому, що у слов'янських мовах певні явища були названі саме словом «право», а не якимось іншим, чи це, навпаки, цілковита випадковість?

І коли через понад 20 років — протягом 2003–2005 рр. — мені випала можливість організувати на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка (в рамках підготовки одним із аспірантів кандидатської дисертації з герменевтики праворозуміння) відповідне емпірико-етимологічне дослідження, були отримані деякі висновки, що дозволили запропонувати, хоча б наближено, відповідь на згадане питання. Пошук, проведений у 50-ти мовах світу (що належать до 12 мовних сімей) тих термінів, які на час формування останніх відповідали слов'янському слову «право», виявив неабияку багатоманітність їхніх значень.

Результати цього дослідження [2] зафіксували, що спочатку — з найдавніших часів — подібними термінами найчастіше позначалися поняття про:

- свободу людини, тобто про можливість її певної добровільної поведінки, діяльності;
- справедливість (встановлювану оцінним пізнанням яких-небудь суб'єктів як специфічну властивість тих чи інших суспільних явищ, зокрема людських вчинків);
- норми (правила різного походження) стосовно людської поведінки;
- приписи про здійснення саме такої поведінки, яка вважається деякими суб'єктами «справедливою»;
- збалансованість, узгодженість інтересів різних учасників суспільного життя, що досягається або через їхню домовленість, або ж волевиявленням носія публічної влади.

А в новій та новітній історії термін «право» використовується також і для позначення понять про:

- певні інтереси тих чи інших суб'єктів соціуму (або ж їх потреби, які в таких інтересах відображаються, втілюються);
- притаманні суб'єктам особливі почуття, емоції та інші позараціональні психічні явища;
- домагання, вимоги суб'єктів стосовно надання їм певних цінностей, благ — вимоги, звернені до суспільства, до держави або до інших людей чи їхніх об'єднань;
- власне смисли (змісти) висловлювань, понять, що конститууються суб'єктами у процесі безпосереднього спілкування останніх.

Природно виникли запитання: яке ж з усіх перерахованих явищ вважати саме *правом*? Або одночасно кілька з них? Чи їх всі без винятку? І чи існують (або будуть виникати в майбутньому) якісь інші явища, котрі також

претендуватимуть на «правовість» і відображатимуться вказаним термінопоняттям?

Для формування й дослідження відповідей на такі питання у філософсько-правовій та загальнотеоретичній юридичній науці сконструйована спеціальна категорія, котра дозволяє охопити всі існуючі (і навіть можливі в майбутньому) роз'яснення щодо того, що ж являє собою *право*. Такою є категорія *праворозуміння*. І, напевно, не є випадковим той факт, що термінопоняття «праворозуміння» (або синонімічне стосовно нього вираження «розуміння права») останнім часом все частіше вживається в науковій літературі, а іноді стає й предметом спеціальних загальнотеоретичних, зокрема епістемологічних, досліджень.

Починаючи з'ясовувати смисл цієї категорії, спробуємо насамперед поміняти місцями ті два слова, з яких складається її назва, і тоді отримаємо, так би мовити, мовно-логічне «рівняння»: праворозуміння — це розуміння права. Але сама по собі така перестановка, вочевидь, ще не продукує істотно нових знань.

Більш плідним видається врахування низки положень загальної теорії пізнання — гносеології, оскільки будь-яке розуміння (а отже, й розуміння права) відбувається за посередництвом пізнавальної діяльності. А тому-то загальні закономірності пізнання не можуть не поширюватися і на будь-який процес розуміння.

Як відомо, пізнавальна діяльність опосередковується різними формами відображення людською свідомістю тих реалій (явищ, предметів, процесів), які «перебувають» поза нею, тобто щодо неї існують об'єктивно. До таких форм відображення зазвичай належать відчуття, емоції, уявлення, поняття, концепції, теорії.

Пізнавальною особливістю власне понять — причому особливістю найціннішою — є те, що вони фіксують, «охоплюють» глибинні, суттєві властивості всіх явищ певного роду (типу, класу). І якщо такі відображення будуть точними, адекватними, тоді в кожному з цих випадків істинне поняття може бути тільки одним.

Поняття ж формується і «живе» у свідомості суб'єкта пізнання, «всередині» нього. Однак, щоб стати відомим, доступним іншим людям, воно має бути проявлено назовні, тобто об'єктивовано.

Об'єктивація понять (як, до речі, й інших форм психічного відображення) здійснюється за посередництвом різноманітних матеріальних носіїв — знаків. У досить розвиненому суспільстві найбільш поширеними, звичайними засобами позначення понять слугують «інструменти» природної мови, тобто озвучені чи написані слова або, скажімо, якісь графічні зображення (наприклад, ієрогліфи). Отже, якщо поняття *відображає* (певне явище), то слово — *позначає* (відповідне поняття). І якщо правильне поняття може бути, як зазначалося, тільки єдиним, то слів (або інакших знаків, що його позначають) виявиться стільки, скільки існує різних мов (або інших знакових систем).

Оскільки ж поняття, взагалі не позначених тим чи іншим словом (терміном) не існує, то й виникає підстава використовувати такий вислів: «терміно-поняття».

Отже, далі йтиметься про роз'яснення терміно-поняття «праворозуміння».

Визначити його можна у такий спосіб: **праворозуміння** — це відображення в людській свідомості за посередництвом поняття, що позначається терміном «право» (або будь-яким іншим однозначним з ним словом чи

символом), того явища, яке оцінюється певним суб'єктом як корисне для задоволення потреб його існування та розвитку і забезпечується обов'язками інших суб'єктів. Тобто це роз'яснення (інтерпретація) того, яке ж із явищ названих вище, відображається поняттям, позначеним словом «право» (або іншим однозначним з ним терміном чи знаком). Можна коротко висловитися ще й так: праворозуміння — це інтерпретація того, що, власне, відображає поняття, назване словом «право». До таких явищ найчастіше належали й зараз належать: деякі можливості (свободи) людей, їхніх груп; суспільні відносини з певними властивостями (наприклад, з такою властивістю, як систематична повторюваність); людські інтереси (потреби); дії, спрямовані на їх задоволення; а також самі по собі відображення цих явищ у психіці людей (ідеї, поняття, правила та ін.).

У наведених вище дефініції інтегровано, як видається, формальні (знакові) та змістовні (соціально-сутнісні) властивості праворозуміння. Тільки в їхній єдності, цілісності останнє становить самостійне, якісно визначене духовне (ментальне) утворення.

З усього викладеного випливає ще один вельми важливий методологічний висновок: треба розрізняти такі два самостійні феномени: перший — це *правоявища* (тобто ті явища, які у свідомості відображаються поняттями, що позначаються словом «право» або однокорінним з ним словом, або ж іншим словом, однозначним із вказаним терміном), а другий — це *правоназви* (тобто слова чи інші знаки, що використовуються для називання, «маркування» таких понять). Так чи інакше, правоявища є ні чим іншим, як об'єктом оцінного пізнання (відображення) — притому що за

наслідками останнього він позначається терміном «право» (або іншим однозначним символом).

Зв'язок зазначених феноменів має взаємно функціональний характер. З одного боку, оскільки праворозуміння становить оцінно-пізнавальне відображення тих чи інших явищ із притаманними їм певними властивостями, — явищ, які самі по собі існували ще до цього відображення, — то щодо них це відображення виявляється вторинним, похідним утворенням. З другого ж боку, самі ці явища конституюються як власне *правові*, тобто як правоявища, внаслідок позначення результату їх оцінного пізнання терміном «право» (або іншим однозначним символом), і в такому аспекті вони вже, у свою чергу, стають явищами вторинними, зумовленими правоназванням. Таким чином, правоявища і правоназви пов'язані двосторонньою залежністю й утворюють, можна сказати, діалектичну єдність «протилежностей».

В українській та російській науковій літературі зміст категорії «праворозуміння» розкривається найчастіше таким чином: праворозуміння — це пізнання (осягнення, усвідомлення, осмислення) права, а то й всієї правової дійсності, реальності. При цьому предмет цього пізнання трактується по-різному. Одні автори обмежують такий предмет тільки сутністю права та його роллю в регулюванні суспільних відносин. Інші ж включають у нього майже всі загальні властивості, риси і прояви права (і тоді, отже, праворозуміння ототожнюється бодай не з усім загальнотеоретичним правознавством).

Не буду зупинятися тут на тій обставині, що (враховуючи, зокрема, положення герменевтики як загальної

теорії розуміння, інтерпретації) пізнання і розуміння — це не цілком тожодні розумові процеси (та й результати останніх). Але вислів про те, що праворозуміння — це пізнання (розуміння) права, вочевидь, хибує на логічне коло: адже перш ніж пізнавати, усвідомлювати *право*, досліднику попередньо якраз і потрібно зрозуміти, а що ж являє собою, на його думку, те явище, яке він відображає і позначає терміно-поняттям «право». Але такі знання й становитимуть ні що інше, як праворозуміння, принаймні — його серцевину, його концептуальний стрижень.

Але у зв'язку з цим виникають ще два питання: 1) чим же пояснити, що з-поміж різноманітних явищ, які можуть бути відображені (й справді відображаються!) терміно-поняттям «право», теоретик чи якась інша людина *вибирає* саме таке явище (а не якесь інше); 2) чим пояснити, що для інтелектуального відображення та позначення обраного явища знову ж таки *вибирається* саме вказане терміно-поняття (а не якесь інше)?

Плюралістичність праворозуміння: випадковість чи закономірність? Йдеться, вочевидь, про *причини* неоднозначної відповіді на питання: що є правом? Тобто про ті обставини, які — від початку людської цивілізації й дотепер — обумовлювали та обумовлюють різноманітні інтерпретації терміно-поняття «право».

У чому полягають ці причини? Чи випадкові вони або ж, навпаки, закономірні? Чи можна їх зараз взагалі усунути? Або, можливо, вони коли-небудь зникнуть самі? Іншими словами, з чого виходять — усвідомлено або ж неусвідомлено — ті, хто *обирають* тільки певний варіант праворозуміння?¹

¹ Ю. Пермяков небезпідставно вважає, що «в розумінні права закладено... визначений світосприйняттям вибір стратегії колективного виживання».

Відповіді вчених на всі такі питання — різноманітні. У тому числі й відповіді співавторів збірника.

Не претендуючи на повноту, а тим більше — на незаперечність висловлюваних далі суджень, нагадаю прийнятне, на мою думку, пояснення основних причин плюралізму праворозуміння.

Такі причини (які, загалом кажучи, мають головним чином *соціальний* характер) можна розподілити на дві групи чинників: *гносеологічні* та *потребові*.

Перша з них зумовлена тим, що (як вже зазначалося в літературі) праворозуміння стосується не різних проявів одного і того ж явища, а саме різних явищ. У результаті «предметом дослідження стає не одне реально існуюче соціальне явище, а різні явища, причому не тільки реальні, а й ідеальні»¹. І така думка, враховуючи викладене вище, видається достатньо обгрунтованою.

Але навіть якби правом «одноголосно» визнати одне й те ж саме явище, то воно зазвичай являтиме собою феномен вельми складний, системний, багаторівневий, багатогранний. А тому при його осягненні навряд чи можливо одночасно і повністю охопити всі його сторони, межі, прояви. Найчастіше дослідник зосереджується лише на частині «правоявища» і до того ж нерідко перебільшує, гіперболізує його значення, ніби не помічаючи, недооцінюючи інші його елементи. Наслідком такої пізнавальної ситуації стає вирізнення лише окремих проявів відповідного феномену, які, однак, і проголошуються *правом* у всій його повноті.

До цієї ж групи обставин належить також розвиток суспільних та інших

наук, внаслідок чого в них виникають нові методи пізнання (у разі використання нових знань в їхній методологічній функції). Застосування останніх дозволяє отримати додаткову інформацію про правоявища і це теж може призводити до виникнення оновлених або навіть нових варіантів праворозуміння.

До другої групи причин, видається, належать ті, котрі коріняться в соціальній неоднорідності суспільства, тобто в його закономірному поділі на різні частини — нації, соціально-економічні класи, професійні верстви, ідеологічні угруповання та ін. Дається взнаки, звичайно ж, і біологічний поділ людей (віковий, статевий). А такі соціальні та біологічні групи (співтовариства або об'єднання їх учасників) мають — поряд із однаковими для них потребами, інтересами, — також і свої специфічні потреби, інтереси. А тому цілком природним видається те, що кожна з таких груп (в особі її індивідуальних чи колективних представників) воліє вважати *правом* (тобто явищем *правильним, правомірним, виправданим, справедливим*) насамперед той феномен, котрий полегшує, а не ускладнює її існування, життєдіяльність, розвиток, тобто сприяє, а не перешкоджає задоволенню її потреб та інтересів. І ось такі — «потребові» — причини нерідко стають, гадаю, ще більш впливовими, дієвими, ніж обставини першої групи. Вони-то й зумовлюють *глибинно* — чи то безпосередньо, чи то опосередковано, начеби завуальовано; чи то усвідомлено, чи то навіть інтуїтивно — *вибір* певними суб'єктами того феномену, який останніми вважається «правом». (Втім, не виключено, що в силу якихось обставин такий

¹ Наприклад, В. Толстік у щойно цитованій статті «Від плюралізму праворозуміння до боротьби за зміст права» зазначав: «Кожний окремих вчений досліджує те, що йому хочеться, і називає це правом, а потім починається спір: "Це право, а це не право". Методологічно це патова ситуація, оскільки дійти до спільного знаменника ніколи не вдається» [3, 14]. Про це ж пише й один зі співавторів розглядуваного збірника В. Четвернін.

вибір — у світлі об'єктивно існуючих потреб суб'єктів — може виявитися й помилковим...)

Остання група причин, які неминуче породжують змістовний плюралізм праворозуміння, дає підставу покласти в основу його інтерпретації такий концептуальний підхід, який свого часу був названий мною *потребовим* [10; 11]. А праворозуміння, яке зумовлюється саме таким підходом, зараз назвати, відповідно, *потребовим*.

В основу такого праворозуміння покладено уявлення про те, що тією *спільною* властивістю явищ, котрі онтично, субстанційно є різними (але проте відображаються одним і тим же терміно-поняттям «право»), є те, що всі вони виявляються, так чи інакше, *корисними* (тобто можуть послугувати засобом) для задоволення матеріальних та інших потреб людей, їхніх груп, об'єднань, а в якихось випадках — й усього суспільства. Явища ж, котрі здатні, навпаки, гальмувати, ускладнювати задоволення потреб тих чи інших суб'єктів, — такі явища навряд чи будуть оцінюватися останніми в якості саме *права*, як свідчить минула і нинішня соціальна практика. *Значимість* у задоволенні потреб — індивідуальних, групових, загальносоціальних — є фактом *об'єктивним* (який, однак, може усвідомлюватися не завжди адекватно).

Звідси, до речі, стає зрозумілим, чому і держави, й їхні вищі органи воліють — так би мовити, в ідеолого-забезпечувальних, агітаційно-пропагандистських цілях — іменувати свої формально-обов'язкові волевиявлення «правом», прагнучи переконати відповідних адресатів у їх корисності, справедливості, виправданості таких волевиявлень.

Квінтесенція потребового праворозуміння може бути представлена на-

ступною дефініцією: **право** — це зумовлені рівнем розвитку суспільства можливості людини (чи групи людей) отримувати та використовувати засоби, необхідні для задоволення її біологічно і соціально обґрунтованих — в конкретно-історичних умовах — потреб існування й розвитку та забезпечувані обов'язками інших суб'єктів.

Оскільки такі можливості становлять «належність» їхнього носія, органічно вплітаються у спосіб його буття, остільки вони утворюють суб'єктивну сторону дефінованого феномену. А оскільки ж вони існують «при» суб'єкті, належать йому навіть незалежно від того, чи усвідомив він їх, то в цьому аспекті вони виявляються — стосовно їхнього носія — явищем *об'єктивним*.

Неважко помітити, що коротко охарактеризоване тут потребове праворозуміння належить до соціолого-позитивістського його типу (а точніше — до соціально-антропологічного різновиду останнього), причому в його *історико-матеріалістичній* інтерпретації.

Що ж до «футурологічного» питання: чи вдасться коли-небудь досягти однозначного праворозуміння, то з-поміж відповідей на нього зустрічаються навіть протилежні, взаємовиключні. Одні науковці схильні відповідати на це питання ствердно (особливо прихильники так званого інтегрального праворозуміння), а інші — негативно.

Я поділяю другий підхід. І ось чому.

Оскільки існування будь-якого людського суспільства супроводжують (і, цілком імовірно, вже завжди будуть супроводжувати) всі зазначені вище фактори, то плюралізм праворозуміння й надалі буде постійно притаманним будь-чій та будь-якій правовій свідомості, в тому числі й такому її прояву, як юридична наука. І хоча в

ній, особливо останнім часом, почасти-шали спроби сконструювати уніфіковане «інтегральне» праворозуміння, однак і серед його прибічників воно не стає загально визнаним та однозначним. Принаймні на сьогодні стосовно обговорюваної проблеми чітко простежується, можна сказати, *плюралізм інтегральності*.

Разом з тим слід мати на увазі, що «всередині» кожного з традиційних, класичних типів праворозуміння — позитивістського і неопозитивістського — цілком можливі й нерідко подаються плюралістичні інтерпретації на основі долучення до «стрижня» чи то першого (включаючи його легістські, або соціологічні, або психологічні різновиди¹), чи то другого якихось додаткових ознак. (При цьому в логіко-граматичній структурі відповідних дефініцій загального поняття права такий «стрижень» фіксується іменником, а пропонувані додаткові ознаки — прикметником). Інакше кажучи, *в рамках* кожного з двох основних типів праворозуміння інтегральність культивується досить часто.

Але що стосується, так би мовити, загального праворозуміння, то його смислова плюралістичність, диверсифікованість була, є і, вважаю, завжди залишатиметься його неминучою, непереборною властивістю.

Підводячи деякі попередні підсумки стислої характеристики основ потребового праворозуміння, можна констатувати як мінімум дві його, як видається, евристично плідні особливості:

1) воно дозволяє пояснити нездоланність змістовної плюралістичності праворозуміння (навіть у межах одного суспільства);

2) воно, орієнтуючи на виявлення носіїв тих потреб, задоволення яких

опосередковується феноменом, що відображається терміно-поняттям «право», сприяє виявленню соціальної сутності цього феномену, а не її приховуванню, маскуванню, спотворенню; воно спрямоване, таким чином, на попередження маніпулювання інтерпретаціями зазначеного терміно-поняття (яке об'єктивно допускає — зауважу ще раз — його неоднозначне, навіть взаємовиключне смислонавантаження).

До питання про загальні особливості деяких новітніх концепцій праворозуміння. *Перша* з таких особливостей — і, можливо, найважливіша — вбачається у визнанні того, що терміно-поняттям «право» відображено, так чи інакше, феномен суто *соціальний*. Він перебуває, «розташований», як би там не було, в соціумі і більше того — він утворює невід'ємний елемент останнього. Для того щоб в одного суб'єкта виникло *право*, неодмінно потрібен Інший (чи то індивідуальний, чи то колективний суб'єкт).

У більшості з нинішніх концепцій найчастіше в якості такого феномену вбачається *певний вид взаємодії, спілкування суб'єктів* та/або його *результат* (хоча сутність і форми такого спілкування інтерпретуються кожним із авторів аналізованих концепцій неоднаково, специфічно).

В одному випадку — це комунікація (А. Поляков), тобто безпосередній, зазвичай мовний (усний або письмовий) обмін знаками, що позначають смисли уявлень, ідей, поглядів, понять про якісь явища, предмети, події, — тобто обмін осмисленими знаками. В іншому формулюванні — це обмін власне смислами, які так чи інакше символізуються матеріальними знаками.

¹ Наведена класифікація правопозитивістських доктрин була достатньо обґрунтована В. Зорькіним [12].

Обмін такого роду може бути пойменованим і терміном «діалог» (І. Честнов)¹.

У другому ж випадку таким феноменом можна вважати ті установки, «налаштованості» індивідуальної свідомості, зміст яких зумовлено уявленнями його носіїв про належну (необхідну) поведінку, тобто такі інтенції, спрямованості свідомості, які існують у ній навіть ще до початку реальної, конкретної комунікації індивідів (С. Максимов).

Нарешті, у третьому випадку пошукуваний феномен вбачається не стільки в мовній комунікації або в ментальних утвореннях, скільки (а то й насамперед) у *фізичній* взаємодії суб'єктів, тобто в їхньому обміні актами фізичної, соціально «матеріальної» поведінки, — скажімо, в їхній «добровільній співпраці» (В. Четвернін).

Визнання *соціальної* буттєвості, онтичності, природи права — фундаментальна риса, мабуть, усіх викладених у збірці концепцій, яка в цьому пункті ніби «ріднить» їх і між собою, і з тими уявленнями з обговорюваного питання, які були поширені у вітчизняній загальній теорії права попереднього періоду та здебільшого залишаються такими й донині.

Саме таке — соціальне (зокрема, соціолого-позитивістське) — праворозуміння дозволяє чітко відмежовувати його від різних позасоціальних варіантів останнього (трансцендентальних, зокрема теологічних, космологічних чи різного роду міфологічних, містичних, або, приміром, суто біологічних).

Але ставити крапку на цій констатації навряд чи варто. Адже «фішка» (як тепер стало модним висловлюва-

тися) якраз у тому й полягає, щоб роз'яснити, конкретизувати, як саме розуміється феномен спілкування (і відповідне йому терміно-поняття), включаючи й такі його різновиди, як комунікація, діалог.

У зв'язку з цим заслуговує на увагу те, що — на думку деяких фахівців — нерідко вживане К. Марксом німецьке слово «*Verkehr*» (воно зазвичай перекладалося на українську мову як «спілкування») має — з-поміж інших — і таке значення, такий зміст, як «комунікація». Причому останнє, на їхній погляд, виявляється навіть «більш відповідним терміном для перекладу поняття “*Verkehr*”» [4, 26–27].

Так що вже в *цьому* відношенні у новітніх «комунікативних» вітчизняних підходах до праворозуміння *повного* змістовного «прощання з класикою» (вислів А. Полякова) не відбулося. У публіцистичному ключі наведене висловлювання звучить, здавалося б, привабливо, але в суто науковому сенсі воно, мабуть, не є достатньо точним.

Якщо й говорити про «прощання», то воно стосується переважно термінології, словесних маркерів. Звісно, її модернізація активує уявлення про новелізацію концепцій, але вона навряд чи може бути самоціллю. Оновлення наукової термінології виглядає виправданим, якщо воно зумовлене виникненням нових ідей, понять, знань; у протилежному ж випадку матиме місце, так би мовити, термінологічна мімікрія. (Тому не зайве розрізняти трансформації концепцій змістовно-термінологічні і формально-термінологічні.) Чи не правильніше говорити в згаданому випадку про подальший *розвиток* певних попе-

¹ Втім, І. Честнов використовує вказаний термін і в незрівнянно ширшому — загальнофілософському — значенні: як взаємокоректування, взаємопогодження будь-яких соціальних антиномій, будь-яких «протилежностей». Але в такому сенсі слово «діалог» сприймається радше як метаформа, образ, проте не як суто науковий термін.

редніх правознавчих парадигм на основі «зняття» їх евристично перспективних положень (а не про їх «марне» заперечення)?

Але визнання соціальності феномену *права* саме по собі ще не зумовлює зміст конкретного праворозуміння. У зв'язку з цим видається доречним звернути увагу на наступне.

Кожному соціальному феномену (у тому числі й тому, який відображають за посередництвом терміно-поняття «право») закономірно притаманні дві фундаментальні властивості. Одна з них полягає в тому, що він побутує у вигляді відносин, зв'язків, залежностей певних суб'єктів соціуму, тобто існує як суспільні відносини. Такі відносини — це (ризикну запропонувати дефініцію їх загального поняття) взаємне становище і *взаємні дії* (активні чи пасивні) *індивідів, у тому числі представників їхніх соціальних спільнот і об'єднань*.

Нездоланність зазначеної властивості зумовлена тим, що будь-яка людина, живучи в суспільстві, не може уникнути того, щоб будь-який її вчинок не «зачепив», не вплинув би на існування Іншого, не спричинив би для останнього (прямо або опосередковано, раніше чи пізніше) якихось наслідків. Будь-яке діяння людини відбувається зазвичай стосовно Іншого, *у відносинах* з ним. Інакше кажучи, *соціальна значимість* (вплив на Іншого) утворює закономірну, соціально-природну, соціально-органічну «належність» будь-яких діянь будь-яких суб'єктів.

А інша закономірна властивість соціальних феноменів — так би мови-

ти, «свідомісна» — полягає у тому, що відносини суб'єктів тією чи іншою мірою відбиваються, «переломлюються» у свідомості останніх, осмислюються ними (чи то адекватно, чи то фрагментарно, чи то викривлено, спотворено).

Обидві названі властивості соціальних феноменів у реальності часто-густо існують нероздільно, злино (навіть незважаючи на те, що в конкретному часі вони можуть і не синхронізуватися, не поєднуватися). Однак в абстрактному мисленні, «в умі» їх можна розвести. І тоді — залежно від того, яка з них покладається в якості початкового елементу феномену права, — буде сконструйовано праворозуміння чи то соціолого-позитивістське (у першому випадку), чи то психолого-позитивістське або ж «феноменологічне» (у другому випадку).

Прикладами першого зі згаданих зараз варіантів праворозуміння можуть, мабуть, послугувати погляди В. Четверніна. А прикладами другого — погляди А. Полякова (право, вважає він, «конструюється свідомістю»¹), С. Максимова (право — це «павутина ментальних станів, правових смислів»), І. Честнова (право — це «діалог»: узгодження початково незбіжних, суперечливих поглядів суб'єктів, котрі спілкуються). Та й О. Стовба інтерпретує — услід за М. Гайдеггером — правопорядок (котрим, на його думку, першопричинно обумовлюється власне *правовий* статус будь-якого залученого в нього сущого явища) як «онтологічний смисловий горизонт»; але при цьому залишається нез'ясованим: наділений

¹ Щоправда, коли цей автор формулює дефініцію загального поняття права, тоді воно визначається як «заснований на соціально визнаних і загальнообов'язкових нормах комунікативний порядок відносин, учасники якого взаємодіють через реалізацію своїх прав і обов'язків» [5, 296–297]. «Стрижень» цієї дефініції — виразно соціологічний (порядок відносин), і «нанизування» на нього додаткових видових ознак дало підставу автору назвати таке розуміння «інтегральним». Принагідно зазначу й те, що у вітчизняній літературі певний порядок відносин вважали правом, зокрема, С. Муромцев, П. Стучка.

таким смислом *ким і чому?* Тобто *хто* є або може бути автором цього «онтологічного смислу» і чому цей «смысловий горизонт» є саме таким, а не іншим?

І тут видається доречним висловити, вважаю, принципове методологічне зауваження. Не викликає сумніву, що породжувані людською свідомістю смисли, значення, зміст думок дослідник може у своїй уяві, «в умі» відокремити, відірвати від їх реальних психічних носіїв (висловлювань, понять тощо) і потім вивчати їх самі по собі, як якісь самодостатні, саморушійні, самовзаємодіючі ідеальні сутності — зокрема, так звані «ейдоси». Але оскільки в реальності (а не в уяві) *смисли* є невідірваними від людської психіки, від свідомості, вони «належать» їй, є одним із її атрибутів, то це, гадаю, і дає підстави вважати такі різновиди «інтерсуб'єктивного» праворозуміння, як феноменолого-екзистенціалістське, комунікативне, діалогове, в означеному аспекті варіантами *психологічного* позитивізму.

Але попри це, якщо забути про справжніх «батьків» отих «ейдосів» — про реальні психічні процеси, явища, якщо не повертатися до них, а згадані явища, у свою чергу, потім не «редукувати» до тих реальних умов, в яких перебували відповідні суб'єкти — носії цих психічних процесів і явищ, тоді й навряд чи вдасться пояснити, чому ж ці смисли («ейдоси») є саме такими, а не іншими. (Ну хіба що перейшовши на рівень містики та іншої трансцендентальності, без чого, як відомо, суспільствознавство і раніше, і нині так чи інакше не обходилося...)

Як відомо, раніше (в радянський період) у поширеній у нас термінології такого роду праворозуміння небезпідставно іменувалося «суб'єктивно-ідеалістичним» і було об'єктом

войовничої критики з позицій матеріалістичної філософії.

Однак — аби не спрощувати неприпустимо ситуацію — нагадаю і про те, що навіть такий жорсткий критик суб'єктивного ідеалізму, як В. Ленін зазначав у своїх відомих філософських творах, що людська свідомість не тільки відображає світ, а й творить його; і що протиставлення буття свідомості є виправданим лише в межах питання про те, яке з цих двох явищ визнається початковим, першопричинним (питання, що раніше вважалося у вітчизняній марксистській філософії «основним»), однак за межами цього питання таке протиставлення втрачає сенс.

Не викликає *сумнівів* те, що власне *зміст* продуктів свідомості певних суб'єктів (позначений тими чи іншими матеріальними знаками) не буває механічно-дзеркальним відображенням тих явищ, котрими він так чи інакше зумовлений. Як і те, що його виникнення, трансформації, розвиток — у взаємодії зі смисловими структурами свідомості інших суб'єктів — характеризується специфічними, у певному відношенні «власними» закономірностями. Останні, безперечно, повинні бути предметом самостійних наукових досліджень (які нині здійснюються, зокрема, феноменологією, герменевтикою, семіотикою).

І справді, не можна не зазначити, що зусиллями нинішніх представників другої (тобто психолого-позитивістської та феноменологічної) «гілки» праворозуміння вдалося виявити і деякі нові риси, характеристики того явища, яке в її рамках вважається правом, а тим самим — забезпечити певний приріст знань з цього питання. Так, взагалі кажучи, як видається, доповнити, поглибити й уточнити наукові уявлення про *ментальні*

механізми опосередкування процесів формування й функціонування того феномену, який у кожному випадку відображається терміно-поняттям «право». І в цьому вбачається чимала наукова цінність сучасного комунікативного, феноменолого-екзистенціалістського і «споріднених» з ними варіантів праворозуміння.

Принагідно варто зауважити, що бодай не всі з представлених у збірнику концепцій права визнають його елементами — в тому чи іншому поєднанні, співвідношенні, в тій чи іншій послідовності: а) свідомість (зрозуміло, правову), з її мисленнєвими продуктами (або ж тільки-но такі продукти); б) відносини суб'єктів (правові); в) норми (правові)¹.

Нагадаю, що саме до такої — «трюхелементної» — структури феномену *права* схилилася у другій половині 70-х років минулого століття і пізніше група авторитетних радянських теоретиків — прихильників «широкого» розуміння права (Д. Керімов, Г. Мальцев, Я. Міколенко та ін.) [6, 57, 59, 60, 74–76]. Але, як слушно зазначає С. Максимов, уся справа полягає в тому, *що* з названої як мінімум «трійці» визнати вихідним, первинним, першопродним початком («цеглинкою») права. А ось на це питання співавтори збірника відповідають по-різному.

Сам же С. Максимов вважає таким явищем *смысл*, що виникає внаслідок інтерсуб'єктного спілкування як «ідеально сконструйованого буття». Однак, як на мене, *смысл* — причому неодмінно узгоджений, уніфікований суб'єктами, котрі спілкуються, — продовжує належати свідомості кожного з них і в *цьому* відношенні він впи-

сується, як зазначалося, в предмет психологічно-позитивістського праворозуміння. (Якщо ж, зрозуміло, «відрізати» *смысл* від свідомості його носіїв й уявити його таким, що починає жити своїм власним, самостійним, *безсуб'єктним* життям, тоді важко пояснити, яким чином він згодом увійде до свідомості Інших, у правовідносини, в норми та ін.)

Другою прикметною особливістю більшості з викладених у збірнику варіантів праворозуміння видається те, що — згідно з ними — конститування феномену *права* починається ще на рівні індивідуальної свідомості («предправові» установки, уявлення людини про деонтичні особливості майбутньої своєї і чужої поведінки) і завершується в процесі взаємодії першопочатково (або принаймні) *двох* індивідуальних свідомостей. Іншими словами, на рівні, так би мовити, індивідуально-подвоєної свідомості, коли свідомість одного суб'єкта контактує, «стикається» — причому безпосередньо, начеби «встик» — зі свідомістю індивідуально визначеного Іншого. Отже, суто ззовні — перед нами ситуація справді «інтерсуб'єктна».

У цьому можна вбачати (принаймні при найближчому розгляді), здавалось би, *гуманістичну* спрямованість розглядуваних уявлень про праворозуміння. Вони, так би мовити, особистісно акцентуйовані, «центровані» на особистість. При такому підході феномен права інтерпретується не як щось зовнішнє, суто об'єктивне стосовно людини, до чого остання повинна начебто примкнути, «підлаштуватися» (в останньому випадку має місце ситуація, за термінологією

¹ Більш деталізовану структуру права обґрунтовує О. Стовба. Він включає до неї: правопорядок (у згаданій вище Гайдеггерівській інтерпретації), подію, діяння суб'єкта (у ситуації його «як-бутті-з Іншими», тобто стосовно них), наслідки діяння (для співбуттєвих (рос. — событующих) суб'єктів), «взаємне тяжіння» діяння і наслідків — так зване «правове буття». Щоправда, в такій інтерпретації права відрізнити його від інших соціальних регуляторів видається вельми проблематичним.

В. Четверніна, — «потестарна», яка, як він стверджує, з «правовістю» не сумісна, навіть протистоїть їй). Навпаки, такий феномен вважається обов'язковою складовою власного існування людини, але в неодмінній *співучасті*) останньої (до того ж, за словами цього автора, «добровільної») з існуванням Іншого (чи то індивідуального, чи то колективного суб'єкта, притому що в реальності той другий буде уособлений, так чи інакше, теж якимось індивідуалізованим його «представником»).

Отже, орієнтація на кожну людину, на врахування її індивідуальних особливостей, потреб, інтересів — таким є загальний, звісно, дуже привабливий пафос більшості означених концепцій.

Якщо ж говорити не про суто індивідуальну, а вже про соціальну значущість останніх, то їх *третьою* спільною особливістю можна вважати те, що вони мають, образно кажучи, миротворчу, узгоджуючу, збалансовуючу, конфлікто-попереджуючу і конфлікто-розв'язуючу векторність.

Мається на увазі, що в більшості з представлених у збірці варіантів праворозуміння *правом* вважається лише те, з чим добровільно згодні обидва (кілька) учасників спілкування. (Зауважимо, однак, що наявність такої згоди — хоча й важливий, необхідний, але все ж таки не єдиний і навіть не завжди основний показник «правовості», справедливості, безпосереднього суб'єктного спілкування.) Тому то й *критерієм раціональності* аргументів, що використовуються у процесі комунікації, виступає їх здатність приводити погляди її учасників «до спільного знаменника», до взаємно-адаптованого розуміння права.

З останньою особливістю аналізованих концепцій пов'язана і така їх риса, як *еквівалентність* тих благ, з при-

воду яких відбувається інтерсуб'єктне спілкування (у термінології К. Маркса — обмін взаємною діяльністю). Зрозуміло, ця характеристика потребує змістовної інтерпретації. А саме — відповіді на питання: чи є згадана еквівалентність результатом виключно *індивідуальної* оцінки обмінюваних благ кожним із учасників спілкування, або ж вона характеризується якимись об'єктивними показниками, по можливості адекватно відображеними свідомістю кожного з них?

Якщо на це питання запропонувати відповідь з позицій потребового праворозуміння, то ризикну стверджувати, що пошукувана *еквівалентність* буде мати місце тоді, коли потреби кожного з суб'єктів, які спілкуються, будуть задоволені в рівній мірі — тобто стануть *рівнозадоволеними* (хоча при цьому задоволеними і не повністю, і, зрозуміло, різними видами та й «дозами» благ). Іншими словами, рівність *у мірі, в ступені* задоволеності неоднакових (за змістом і за обсягом) потреб — таким може бути розуміння еквівалентності «обмінного» спілкування з позицій потребового праворозуміння.

Але в кожному разі еквівалентність результатів такого спілкування видається необхідною умовою його неформальної («матеріальної») справедливості, а тим самим — і «правовості».

Дискусійні моменти деяких концепцій праворозуміння. Більшість з представлених у книзі концепцій праворозуміння характеризуються — поряд із зазначеними вище, причому безумовно позитивними, спільними рисами — також, як видається, і деякими спільними проблемними моментами. Звернемо увагу й на них.

1. У розглянутих концепціях, на мою думку, простежується (зрозуміло, різною мірою) автономізація, так би

мовити, «атомізація» індивідуально-подвоєних осіб, тобто суб'єктів, котрі між собою безпосередньо спілкуються, а отже, має місце певне їх протиставлення колективу, соціуму. Воно, можливо, найвиразніше представлене в концепції праворозуміння В. Четверніна. Згідно з його уявленнями, про *право*, про «правовість» можна говорити лише стосовно ситуації, як зазначалося вище, добровільної погоджувальної співпраці двох людей (та формулювання ними — на цій основі — взаємних прав і обов'язків). А от у випадках, коли права й обов'язки людини встановлює не сама ця «двійка», а зовнішні стосовно неї групи, об'єднання, суспільство в цілому (і його офіційний, формальний представник — держава), до яких «пара», яка спілкується, себе зараховує, «partiципує», тоді має місце ситуація не правова, а так звана «потестарна», тобто владно-імперативна, наказова, начеби невідна, за виразом В. Четверніна, — антиособистісна для людини.

Однак «вручення» себе, партиципування себе до Цілого — це в багатьох випадках не вимушений, не нав'язаний людині вибір, а соціально-природне, об'єктивно необхідне для неї (а будучи усвідомленим, — отже, й вільне) її власне рішення і, відповідно, вільна її дія.

Адже кожна людина, вступаючи в соціальне життя, соціалізуючись, стає *готовими* ті засоби виробництва, споживчі блага, форми і способи спілкування, відносин з іншими суб'єктами, які вже були створені людьми до неї та *незалежно* від неї. Не стаючи учасником цих відносин, не скориставшись результатами діяльності по-

передників і сучасників, людина не зможе повноцінно виживати в суспільстві. «Партиципування» себе до Цілого — особливо в тому випадку, коли фундаментальні інтереси особистості збігаються з інтересами колективу — ситуація не підневільна, а будучи для неї життєво вигідною, — вільна. Так чому ж *такій* ситуації відмовляти у «правовості»?

Звичайно, у соціально неоднорідному суспільстві згаданий збіг має місце далеко не завжди. І тоді «партиципування» може стати для певних індивідів справді небажаним, вимушеним, нав'язаним, тобто з позицій *їхнього* «природного» праворозуміння — неправовим... Але й у такому випадку зберігає силу давно встановлене соціальною (зокрема, марксистською) наукою положення про те, що тільки в колективі, в соціумі індивід може отримати практично все, що необхідно йому для свого існування й розвитку. Тому непереборною характеристикою «правовості» рішень і дій, що приймаються (та реалізуються) у процесі спілкування їх акторів, є все-таки *збалансованість* його результатів з інтересами інших суб'єктів, особливо — з інтересами всього суспільства (тобто принаймні нешкідливість, безпечність таких результатів для збереження цілісності останнього)¹.

Без урахування останньої обставини педалювання, звеличення інтерсуб'єктивної буттєвості права якраз і «дихає» згаданим протиставленням. Адже на сьогодні вже досить міцно утвердилося уявлення про те, що, крім прав кожного окремого індивіда (або прав «пари» останніх), не менш реально і соціально-природно існують пра-

¹ У цьому зв'язку досить показовим видається принципове зауваження І. Честнова про те, що під правом слід розуміти не будь-який діалог, а лише такий, який сприяє, а не перешкоджає збереженню цілісності та самовідтворенню всього суспільства. Але вся-то проблема якраз і криється в тому, що в соціально неоднорідному суспільстві оцінка загальносоціальної значущості результатів «діалогу», зазвичай, не буває однаковою.

ва колективні, права народів і навіть права всього людства¹.

У всякому разі, реалізація персонорозуміння за рахунок, на шкоду його соціумоцентричності раніше чи пізніше вдарить «бумерангом» не тільки по багатьом іншим персонам суспільства, а й по тій людині, стосовно якої начеби проявлялася турбота як про бенефіціара певних прав (благ).

Діалектичну єдність двох названих векторів соціальної теорії (і власне праворозуміння) — ось що, мабуть, найскладніше забезпечити в соціально неоднорідному суспільстві. (Показово, що навіть В. Четвернін, відмовляючи «потестарним» відносинам у «правовості», все ж «впускає» їх у ті *приватні* відносини людей, що кваліфікуються ним як «правові», коли він пов'язує останні саме з *авторитарним* зовнішнім текстом.)

2. Більшості з представлених концепцій праворозуміння властиве — тією чи іншою мірою — недооцінення, а то й ігнорування *опосередкованих* (непрямих) взаємних зв'язків суб'єктів. Окреслена проблема виростає з так званого феноменолого-екзистенціалістського варіанта праворозуміння, до якого найбільш рельєфно тяжіють уявлення С. Максимова, а частково, мабуть, І. Честнова та А. Полякова.

Взагалі кажучи, феноменологічне праворозуміння на початку базувалося переважно на філософії об'єктивного ідеалізму (Е. Гуссерль): в його основу було покладено «винесені поза дужки» індивідуальної свідомості *ідеальні сутності* явищ («ейдоси»), які буцімто *передували* реальним явищам як вже похідним від них².

З кінця ж ХХ ст. й у сучасний період — в умовах так званого «антропологічного повороту» в суспільствознавстві, його персонорозуміння переорієнтації — феноменологія перебудовувалася: перевела стрілку свого «компасу» безпосередньо в бік особистості, змінивши свою об'єктивно-ідеалістичну основу на суб'єктивно-ідеалістичну і скоригувавши свою назву на «феноменолого-екзистенціалістську». У цьому випадку носіями праворозуміння оголошені як мінімум *двоє* учасників перемовин, спілкування, дискурсу, — але за тієї умови, що вони дійшли згоди в розумінні смислу, змісту їх взаємних прав та обов'язків. Такого роду смисли начеби й утворюють *право*.

Таке трактування «феноменологічного» права вже помітно відходить від позицій класичного екзистенціалізму, орієнтованого на виявлення внутрішнього, духовного існування лише кожного окремого, начеби ізольованого індивіда, котрий справді перебуває в унікальних, непорівнюваних обставинах. Замінивши одного індивіда на двох, які спілкуються між собою, модернізований таким чином екзистенціалізм, здавалося б, зробив крок у напрямі визнання *соціальності* людського існування. Але вона так і залишилася невиявленою, «згорнутою», оскільки цей крок обмежився переходом від, образно кажучи, «Робінзонади» — до «Робінзоно-П'ятничності».

Тим часом існування і розвиток людини обумовлюється найчастіше не стільки його прямим, безпосереднім спілкуванням з тим чи другим Іншим, скільки об'єктивно існуючими його залежностями від діянь багатьох кількісно й персонально невизначених

¹ Ця обставина, як здається, не береться до уваги В. Четверніним, коли він у принципі, «відкритим текстом» виключає відносини Одиного (індивіда) і Цілого (групи, суспільства, держави) зі сфери *правового*.

² У вітчизняній літературі засноване на такій філософії феноменологічне праворозуміння вже було піддане критиці на початку 70-х років минулого століття. Див.: [7, 296–301].

інших суб'єктів, з якими він зазвичай прямих мовних комунікацій, діалогів, дискурсів не мав і, швидше за все, не матиме. Відомо, що К. Маркс неодноразово згадував і про *непряме* спілкування індивідів поряд із прямим, якщо мова йшла про їх сутнісну, соціальну природу.

Змістом *такого* спілкування є отримання (придбання) і використання (споживання) опредметнених результатів діяльності невизначеної кількості «далеких» суб'єктів. То чи можуть бути застосовані власне *правові* критерії, характеристики до оцінювання такої — опосередкованої — діяльності та її результатів саме з позицій інтерсуб'єктивного (комунікативного чи іншого йому спорідненого) праворозуміння?

На таке питання відповідь у матеріалах збірки відсутня.

3. Чи не найбільш серйозна проблема обговорюваних різновидів праворозуміння (насамперед інтерсуб'єктивного) вбачається у виключенні ними зі сфери наукового дослідження *змісту* спілкування (комунікації, діалогу), а точніше кажучи, — причинної зумовленості такого змісту. *Чому* уявлення, ідеї, погляди, домагання кожного з учасників «правового» спілкування мають саме такий зміст, а не інший; яка детермінованість останнього? Таке питання більшістю згаданих концепцій здебільшого не висвітлюється, часто навіть і не ставиться. Розглядаються ж головним чином *формальні* характеристики процесу комунікації (скажімо, визнання кожним із її учасників рівності взаємних дискурсивних позицій та можливостей). Тому такі концепції (обезпричи-

нюючи зміст поглядів суб'єктів, котрі спілкуються) за багатьма своїми моментами видаються не менш формалістичними, соціально беззмістовними, позаісторично абстрактними, ніж небезпідставно критиковані ними суто легістсько-позитивістські та споріднені з ними варіанти праворозуміння¹. Кожна з таких концепцій, однак, не є монополюючо-всемогутньою; вона має межі своїх евристичних можливостей. Вони ж впливають з того, що так звана «посткласика» зазвичай не дає відповіді на питання (а нерідко навіть і не ставить його) про глибинні, фундаментальні причинно-наслідкові закономірні залежності, що зумовлюють смислово-змістовні характеристики свідомості (у нашому випадку — «правової»).

Чому ці характеристики є саме такими, а не іншими? Чому вони до певного часу є незмінними? А з часом чим викликаються їхні трансформації? Такого роду запитання опиняються найчастіше «поза бортом» посткласичного праворозуміння, внаслідок чого *соціальна сутність* «правосвідомістних продуктів» (сми́слів, «ейдосів») залишається прихованою, невиявленою і знання, спродуковані посткласичними течіями, набувають досить формалістичного, соціально-беззмістовного характеру².

Що ж, такою є доля «чистого» розуму (І. Кант), «чистої» теорії права (Г. Кельзен), належність котрих саме до класики навряд чи хтось буде заперечувати й на котрих базуються — чи то «вголос», чи то «мовчки» — численні з неокантіанських різновидів «посткласичного» праворозуміння.

¹ Вельми прикметним є те, що відомий сучасний німецький філософ права Р. Алексі, погоджуючись з тим, що однією з неодмінних умов дискурсу як інструмента формування *прав* його учасників має бути рівність дискурсивних можливостей кожного з них (дискурсивна рівність), тим не менш констатує, що «необхідність визнання рівності і свободи інших у дискурсі не означає, що так буде й у реальному житті. Наприклад, цілком можливо вступити у дискусію з рабами» [8, 127–128].

² «Втеча від сутності» — так у свій час я дозволив собі назвати цю гносеологічну ситуацію у пострадянській теоретичній юриспруденції [9].

Дефіцит соціальної змістовності, соціальної «матеріальності» — так можна кваліфікувати означену проблему. У цьому випадку нерозривність об'єктивних і суб'єктивних параметрів феномену *права* переважно декларується, постулюється, навіть аксіоматизується як начебто самоочевидна. Але їхнє справжнє співвідношення, їхня взаємозумовленість конкретному аналізу не піддаються¹. Тоді як виявлення саме соціальної (та й іншої) детермінованості правового спілкування дозволило б, вважаю, заповнити змістовну «прогалину» у більшості з розглянутих концепцій праворозуміння.

Але чи можливо виявити таку детермінованість, не звертаючись до людських потреб та інтересів, зумовлюваних насамперед матеріальними, але так само й іншими умовами існування, життєдіяльності їх носіїв? Адже жодна сама по собі розумова, мислима повинність (рос. — *долженствование*), ніяка комунікація, пояснювані як би «з самих себе», поза їх неминучими залежностями від багатьох інших соціальних явищ, не дозволяють отримати *змістовну* відповідь на означене питання². А між тим зміст інтерсуб'єктивності реального міжособистісного спілкування вирішаль-

ною мірою зумовлений об'єктивними — стосовно кожного з його учасників — факторами, умовами, обставинами.

* * *

Ну що ж, час, мабуть, завершувати цю дещо затягнуту «Передмову».

Нагадаю, що основним її завданням було прокоментувати ті відповіді, які співавтори збірки давали на перше — ключове — з десяти питань запропонованої їм філософсько-правової «анкети». І само собою зрозуміло, що цей мій коментар, у свою чергу, може стати предметом критичного дискусування.

Що ж стосується загальної оцінки матеріалів цього унікального видання, то дозволю собі висловити впевненість у тому, що завдяки притаманним йому фундаментальності, пошуковості, змістовній плюралістичності (яка, до речі, певною мірою відбиває культивовані за кордоном підходи до праворозуміння), воно стане дієвим стимулом для подальшої інтенсифікації філософсько-правових та загальнотеоретичних досліджень базових — «вічнозелених» — проблем юридичної науки в Росії та Україні.

У цьому й вбачається його безперечна наукова цінність.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Известия* высших учебных заведений. Правоведение. — 1982. — № 4.
2. *Дудаш Т. І.* Праворозуміння крізь призму герменевтики // *Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України*. — Сер. І. Дослідження та реферати. — Вип. 22. — Л., 2010. — 248 с.
3. *Государство и право*. — 2004. — № 9.

¹ Корисними для такого аналізу можуть бути певні положення, напрацьовані в результаті проведеної лєнінградським журналом «Правоведение» у 1970–1971 рр., під керівництвом професора П. Недбайла, широкої дискусії на тему «Об'єктивне й суб'єктивне у праві».

² Навіть у С. Максимова, який ратує за абстрактно-деонтологічне праворозуміння, промайнула думка про те, що ідею права слід з'єднати з конкретними соціальними умовами, «що виражаються через категорії потреби та інтересу». Та й А. Поляков згадує про «внутрішні приховані умови комунікації», називаючи їх «онтологічними передумовами» — причому апіорними — рівність, свободу, відповідальність і справедливість, він визнає, що їх розуміння і втілення можуть істотно відрізнитися в різних соціокультурних умовах життя того чи іншого суспільства. Або, скажімо, О. Стовба звертає увагу на те, що конкретний образ «як-буття-з Іншими» авторів діянь обумовлений праворозумінням, яке визначає їх взаємну поведінку «в тих чи інших конкретно-історичних умовах». Але подібні «ремарки» в матеріалах названих авторів розвитку не дістали. А ось потребовий підхід якраз і орієнтує на виявлення тих «емпіричних основ» праворозуміння, в ігноруванні, в забутті яких Ю. Пермяков дорікає певним течіям сучасної загальнотеоретичної юриспруденції.

4. Шелике В. Ф. Объем и содержание понятия «общение» в работе К. Маркса и Ф. Энгельса «Немецкая идеология» // Философско-методологические проблемы теории общения : сб. науч. трудов. — Фрунзе, 1982.
5. Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций. — СПб., 2004.
6. О понятии советского права // Советское государство и право. — 1979. — № 8.
7. Туманов В. А. Избранное. — М., 2010.
8. Право України. — 2011. — № 8.
9. Вісник Академії правових наук України. — 1995. — № 3.
10. Социалистическое право как ценность. — Львов, 1985. — 167 с.
11. Социалистическое право как ценность. — 2-е изд., стереотип. — Одесса, 2006. — 167 с.
12. Зорькин В. Д. Позитивистская теория права в России : моногр. — М., 1978.

Рабінович П. М. Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння)

Анотація. Автор висвітлює загальні особливості, котрі притаманні праворозумінню декількох сучасних російських та українських спеціалістів у сфері філософії і загальної теорії права: С. Максимова, Ю. Пермякова, А. Полякова, О. Стовби, І. Честнова і В. Четверніна. До таких особливостей віднесено визнання того, що: а) феномен, котрий відображається терміно-поняттям «право», має соціальну, а не якусь іншу природу; б) його конституювання починається на рівні індивідуальної свідомості і завершується у процесі взаємовпливів свідомостей принаймні двох індивідуальних суб'єктів; в) проаналізовані концепції права мають збалансовуючу, конфліктоприпиняючу спрямованість. До проблемних моментів таких концепцій можна віднести: а) певне протиставлення суб'єктів безпосереднього спілкування усьому суспільству; б) неврахування опосередкованих зв'язків цих суб'єктів; в) виключення з предмета дослідження тих причин і факторів, які закономірно обумовлюють зміст правосвідомості суб'єктів безпосереднього спілкування.

Ключові слова: праворозуміння, потребове праворозуміння, інтерсуб'єктивне праворозуміння, комунікативне праворозуміння.

Рабинович П. М. Некоторые современные концепции права в России и Украине (в свете потребностного правопонимания)

Аннотация. Автор освещает общие особенности, присущие правопониманию нескольких современных российских и украинских специалистов в области философии и общей теории права: С. Максимов, Ю. Пермяков, А. Полиakov, А. Стовба, И. Честнов и В. Четвернина. К таким особенностям отнесено признание того, что: а) феномен, который отображается термином-понятием «право», имеет социальную, а не какую-либо иную природу; б) конституирование его начинается на уровне индивидуального сознания и завершается в процессе взаимовлияний сознаний по крайней мере двух индивидуальных субъектов; в) анализируемые концепции права имеют балансирующую, конфликтопрекращающую направленность. К проблемным же моментам таких концепций можно отнести: а) некоторое противопоставление общающихся субъектов всему обществу; б) неучитывание опосредованных связей этих субъектов; в) исключение из предмета исследования тех причин и факторов, которые закономерно обуславливают содержание правосознания общающихся субъектов.

Ключевые слова: правопонимание, потребностное правопонимание, интерсубъективное правопонимание, коммуникативное правопонимание.

Rabinovich P. Some Contemporary Conceptions of Law in Russia and Ukraine (in the Light of the Consumer Approach)

Annotation. The author highlights general features inherent to understanding of law by several Russian and Ukrainian specialists in the sphere of philosophy and general theory of law: S. Maxymov, J. Permiakov, A. Poliakov, A. Stovba, I. Chestnov and I. Chetvernin. The author elucidates the following particularities of the above mentioned conceptions: a) phenomenon, which is reflected with term and notion of law is of social and no other nature; b) the origin of its determination is inherent in individual consciousness as well as its determination is finalized in the process of reciprocal influence of consciousness of at least two subjects and c) analyzed conceptions are directed to balancing and conflict solution. Problem issues of the above mentioned conceptions are the following: a) some kind of opposition between communicative subjects and the society as a whole; b) exclusion of indirect relations of those subjects and c) exclusion from research subject those causes and factors, which regularly determine the content of communicative subjects' legal consciousness.

Key words: understanding of law, consumer understanding of law, intersubjective understanding of law, communicative understanding of law.

«СУПЕРПРЕЗИДЕНТСЬКА РЕСПУБЛІКА»: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА ОЦІНКА ФЕНОМЕНУ ТА ДОСВІД ПОСТРАДЯНСЬКИХ КРАЇН



Р. МАРТИНЮК

*кандидат політичних наук,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
Інституту права ім І. Малиновського
(Національний університет
«Острозька академія»)*

Терміни «суперпрезидентська республіка» та «суперпрезидентство» (рос. «сверхпрезидентство»), які зустрічаються у сучасних наукових працях у галузі державознавства, політології та конституційного права, первинно використовувалися у характеристиці президентських республік Латинської Америки та Африки. Після утворення нових незалежних держав на теренах колишнього Радянського Союзу відповідна термінологія була поширена і на ряд президенціалізованих пострадянських республік. Цей факт є не випадковим і знаходить пояснення у низці обставин. У більшості пострадянських республік мали місце схожі несприятливі внутрішні соціально-політичні умови і тенденції їх розвитку. Усі пострадянські республіки на початковому етапі свого розвитку зіткнулися із завданнями здобуття реального суве-

ренітету й незалежності, зміцнення державності, гарантування національної безпеки, створення ефективної національної економіки, забезпечення соціально-політичної стабільності, соціального і культурного розвитку населення, інтеграції у світове співтовариство або отримання міжнародного визнання у якості його повноправного члена. Вирішення згаданих завдань потребувало концентрованої державної волі, яка спирається на організовану виконавчу владу й уособлена «сильним» президентом.

Концентрація влади в руках глави держави додатково посилювалася частою появою кризових ситуацій у сфері внутрішньої та зовнішньої політики, подолання яких вимагало негайних і рішучих дій із використанням усієї повноти ресурсів державної влади. Необхідність успішного вирішення серйозних соціально-економічних та

політичних проблем робила запит на механізм влади, спроможний забезпечити чітку й динамічну координацію дій усіх його елементів. Це пояснює, чому концентрація влади в руках президента часто мала й цілком позитивний ефект, виконуючи роль інтегруючого і стабілізуючого фактора державно-політичного та соціально-економічного розвитку пострадянських республік і тим самим посилюючи легітимність політичної системи загалом [1, 6]. Не дивно, що в побудові національної моделі форми правління у багатьох пострадянських республіках виявилось неможливим уникнути суттєвого ухилу у сторону президенціалізму. По суті, у цих новопосталих державах, принаймні на початковому етапі їх розвитку, вибір на користь президенціалізованої форми правління ставав адекватною відповіддю на об'єктивну реальність. Як наслідок, тенденція президенціалізації стала відмітною рисою розвитку форми правління у більшості пострадянських республік Східної Європи та Азії. Водночас необхідність вирішення складних проблем державотворення і стала однією з найважливіших політичних причин появи й розвитку в пострадянських республіках явища суперпрезидентства. Суперпрезидентство, інституціоналізоване багатьма конституціями пострадянських республік, являє собою «монофункціональну систему, спеціально створену для вирішення тих неординарних гострих економічних, соціальних і політичних проблем, які стоять перед цими державами» [2, 5, 6]. У формально-юридичному плані визначальною ознакою суперпрезидентства є концентрація у руках глави держави величезного обсягу повноважень, що зумовлює функціональну гіпертрофію інституту президента [3, 164] за про-

порційної атрофії інших найважливіших елементів механізму держави. Разом із тим, що є важливою сутнісною рисою суперпрезидентства, реальна роль глави держави у функціонуванні політичної системи виходить далеко за межі, визначені конституцією.

Суперпрезидентство, об'єктивно, має взаємозв'язок із явищем президенціалізації форми правління. Останнє є стійкою тенденцією у розвитку змішаних республік, і поняття «президенціалізація форми правління» звичайно використовується для опису ухилу змішаної республіки в напрямі президенціалізму. Сутнісним проявом президенціалізації змішаної республіки є збільшення обсягів повноважень (насамперед кадрових) президента та його можливостей впливу на процес утворення уряду, визначення змісту його політичного курсу та припинення його діяльності (відставки). Президенціалізація понижує рівень залежності президента від представницького органу, представлених у ньому політичних сил, уряду, зокрема прем'єра. Парламентаризація викликає зворотній процес — посилення залежності глави держави від парламентсько-урядового блоку, необхідність чітко узгоджувати свої дії із позицією правлячих політичних партій та їх представником — прем'єром. Процес президенціалізації чи парламентаризації змішаної республіки відбувається на політичному і юридичному рівнях. Обидва рівні виявляються взаємозалежними (взаємозумовлюючими і взаємопосилюючими). Звичайно трансформація змішаної республіки в напрямі президенціалізму або парламентаризму відбувається на політичному рівні. Якщо відповідний процес стабільний, — він завершується конституційно-правовим оформлен-

ням (юридичний рівень). Юридичне оформлення політичної трансформації змішаної республіки суттєво посилює останню.

Безсумнівно, характерне для президенціалізованих пострадянських республік незбалансоване співвідношення виконавчої та законодавчої гілок влади суперечить логіці поділу влад і несе в собі загрозу диктатури [4, 64]. Однак, з'ясовуючи природу явища суперпрезидентства, важливо зазначити, що конституційні деформації принципу поділу влади є далеко не визначальною причиною розвитку цього явища. Однією із суттєвих ознак, які характеризують державну владу, є її сила, тобто здатність досягти бажаного результату всупереч наявним перешкодам [5, 608]. У пострадянських республіках із режимом суперпрезидентства «сильним» владарюючим суб'єктом є лише президент, у співставленні з яким інші органи державної влади виявляють політичну слабкість. Із цієї точки зору, є також очевидним, що реальна влада глави держави залежить не лише від конституційно встановленого обсягу повноважень вищих органів держави, а й від сили чи слабкості тих владарюючих суб'єктів, що взаємодіють із президентом. Концентрація величезної влади у руках глав президенціалізованих пострадянських республік стала наслідком не стільки особливостей їх конституційно-правового статусу, скільки наслідком слабкості парламентаризму та інших політичних інститутів, які виявилися неспроможними урівноважувати і контролювати владу глави держави. У цьому відношенні розвиток інституту президента в багатьох пострадянських державах став наслідком і відображенням результатів розвитку демократії як такої.

Необхідність поєднати легітимність та ефективність влади не тер-

пить вакууму останньої. У пострадянських країнах слабкість інших елементів механізму держави спричиняє закономірне посилення влади глави держави і її трансформацію у суперпрезидентство. Суперпрезидентство проявляється не лише в сильному конституційному та функціональному дисбалансі гілок влади, а й у спробах президентів продовжити своє перебування на посаді понад конституційно встановлені строки чи зберегти владу пожиттєво. Розвиток явища суперпрезидентства в пострадянських республіках пояснює, чому те, що за формальними конституційно-правовими ознаками, нехай із серйозними застереженнями, може бути визначене як президентсько-парламентарний тип змішаної республіки, у своїх сутнісних рисах виявилось набагато ближчим до необмеженого президентського правління, ніж до класичного зразка змішаної президентсько-парламентарної республіки. «На жаль, — зазначає російський дослідник О. Зазнаєв, — авторитарне переродження переважної більшості пострадянських країн призвело до того, що і самі конституції, і політична практика виявилися багато в чому схожими із президентськими, якщо не сказати, суперпрезидентськими системами» [6, 8]. Закономірно, що в багатьох пострадянських політичних системах децентралізовані форми правління, будучи нездатними поєднати легітимність з ефективністю, «приречені» поступитися місцем тому чи іншому варіанту президенціалізму.

Розвитку суперпрезидентства в пострадянських країнах сприяли й інші подібні характеристики їхніх політичних систем. Євразійські пострадянські політичні системи часто характеризують слабкість, а то й повна відсутність демократичних традицій, високої полі-

тичної і правової культури суспільства загалом та його еліти зокрема, розвинутої партійної системи і слабкість парламентаризму. Для багатьох пострадянських республік із формально змішаною формою правління побудова стабільного коаліційного уряду стала невирішеною проблемою, що теж сприяло суттєвому ухилу форми правління у напрямі президентської республіки. У відповідних країнах нерозвиненість (якщо не повна відсутність) партійної системи не залишає жодних сподівань, що вибори до парламенту призведуть до виникнення дієздатної структури, спроможної, у свою чергу, утворити ефективний уряд та стримувати дії глави держави. У цій ситуації не можна не констатувати той факт, що доки не з'явиться щось схоже з чітко організованою партійною системою, яка уможливить конструктивну взаємодію правлячих політичних сил, лише певна форма суперпрезидентства може надати формі правління необхідний мінімум ефективності. «Можна з упевненістю сказати, — зазначає американський дослідник С. Холмс, — що сильна президентська влада з'являється там, де суспільство не настільки організоване, щоб обрати парламент достатньо монолітний для створення і підтримки узгодженого, здатного на жорсткі заходи уряду» [7, 54]. Як наслідок, суперпрезидентство стало неминучим для багатьох пострадянських політичних систем [8, 23, 24], у яких слабкість парламентаризму, домінування інституту президента над іншими елементами механізму держави та беззастережне підпорядкування главі держави уряду стали спільною рисою трансформації форми правління.

Віддаючи належне суперпрезидентству як можливо безальтернативному засобу досягнення політичної

стабільності та подолання соціально-економічної кризи у перехідний період розвитку державності, не можна оминати увагою його цілком очевидних негативних наслідків для перспектив політичного розвитку країни. Одним із найбільш загальних і головних наслідків суперпрезидентства є згортання демократичних засад суспільного розвитку і встановлення державного режиму, який може бути позначений терміном «суперпрезидентська республіка». Очевидно, існує певна межа, за якою конституційно встановлений обсяг президентських повноважень та зумовлена ним роль глави держави у функціонуванні політичної системи стають згубними для розвитку незрілих політичних інститутів. Явище суперпрезидентства, поза сумнівом, перебуває за цією межею і несе в собі цілком реальну загрозу владного деспотизму. У цьому сенсі однією із найнебезпечніших характеристик суперпрезидентства є слабе інституційне обмеження влади глави держави. В умовах суперпрезидентства є малоімовірним реальне застосування не лише такої екстраординарної форми конституційно-правової відповідальності президента як інституту імпідменту, але й визнання неконституційними відповідних актів глави держави органом конституційної юрисдикції. Перешкоджаючи розвитку демократичних інститутів і політичному плюралізму, суперпрезидентство тим самим консервує монархічні державні режими. Врешті-решт, важливо пам'ятати, що суперпрезидентство виступає альтернативою демократичній організації влади, побудованій на засадах її структурно-функціональної диференціації.

В аналізі причин розвитку явища суперпрезидентства у пострадянських республіках необхідно брати до уваги і

значення соціально-психологічних факторів, насамперед — сильних патерналістських настроїв у суспільстві, які збереглися із соціалістичних часів. На початковому етапі побудови незалежної державності, в умовах наростаючої соціально-економічної кризи такі настрої за відсутності розвиненого громадянського суспільства продукували психологічну потребу у «сильній руці», ототожнюваній із главою держави.

Таким чином, хоча суперпрезидентство знаходить відображення у конституційних деформаціях принципу поділу влади, воно є більше їх причиною, а не наслідком. В основі суперпрезидентства лежать переважно соціокультурні та політичні чинники і воно може бути функціональною характеристикою будь-якої президенціалізованої республіканської форми правління у країні з нерозвиненим громадянським суспільством. Об'єктивно, що з огляду на рівень розвитку останнього суперпрезидентство найчастіше простежується у функціонуванні президентських республік Латинської Америки, Африки та президенціалізованих перехідних (гібридних) моделях республіканської форми правління, представлених насамперед у пострадянських країнах євразійського регіону. Разом із тим суперпрезидентство не є юридичною ознакою відповідних типів республіканської форми правління а, повторимося, їх функціональною характеристикою. Попри надмірно посилений конституційно-правовий статус президента в сильно президенціалізованих республіках, суперпрезидентство є рисою державного режиму, а його конкретна національна формула визначається рівнем політичної незрілості суспільства.

Тезу про суперпрезидентство як особливу політичну характеристику

будь-якої президенціалізованої республіканської форми правління підтримують, зокрема, судження російського дослідника В. Чиркіна, який одним із перших на теренах СНД у своїх працях почав використовувати поняття «суперпрезидентська республіка». «Президентська республіка — писав В. Чиркін на початку 1994 р. — має тенденцію до президентського авторитаризму, про це чітко свідчить поява суперпрезидентських республік у Латинській Америці, а також президентсько-монархічних республік в Африці» [9, 110]. Отриманий досвід державного будівництва в пострадянських країнах Східної Європи та Азії засвідчує істинність суджень В. Чиркіна про згадану потенційну ваду президентсько-республіканської форми правління і дає можливість продовжити ілюстрацію цієї вади функціональними характеристиками президенціалізованих перехідних (гібридних) республік, що з'явилися на політичній карті світу після розпаду Радянського Союзу.

Кожна форма правління, зазначає Дж. Сарторі, виявляє певну системну логіку своєї організації і для правильної класифікації форми правління важливо встановити зміст цієї логіки. Будь-яке відхилення від «чистої» форми є несуттєвим, якщо воно принципово не порушує особливу й неповторювану логіку її організації [10, 81]. Таким чином, наявність у певній формі правління елементів іншої форми правління чи нетипових для жодної форми правління елементів не є саме по собі достатньою підставою для висновку про утворення нового типу форми правління, якщо тільки «включення» у відповідну форму правління згаданих елементів не створює нової логіки організації влади. Саме ця обставина звичайно ігнорується дослід-

никами, які схильні до «відкриття» усе нових і нових форм правління. Сказане наглядно засвідчує, зокрема, спроби аргументувати необхідність виокремлення особливого типу республіканської форми правління — «суперпрезидентської республіки», як і наявні в літературі класифікації республік із «суперпрезидентською формою правління» [11].

Уже В. Чиркін, використовуючи політичні критерії класифікації, виокремлював такі різновиди суперпрезиденталізму, як президентсько-монархічну республіку — «форму президентського абсолютизму», за якої президенти очолюють єдину легальну або взагалі єдину у країні партію, є головними ідеологами країни і творцями офіційно проголошеної обов'язкової ідеології; президентсько-мілітарну республіку, яка встановлюється у результаті воєнних путчів і є правлінням військових [12, 156]. Видається цілком слушним судження російської дослідниці З. Курдюкової, що запропонована В. Чиркіним термінологія є коректною не для класифікації різновидів президентської республіки, а для позначення специфіки державного режиму відповідних країн із президентською формою правління [13, 62].

І. Гомеров, підтримуючи традиційну юридичну класифікацію республіканських форм правління на президентську, парламентарну та змішану (напівпрезидентську), виокремлює також «суперпрезидентську республіку». Особливою рисою «суперпрезидентської республіки» він вважає гіпертрофовану, нічим не контролювану владу глави держави. Головною причиною гіпертрофії влади президента І. Гомеров називає не порушення балансу влад на користь глави держави (хоча, як зазначає автор, це

також має місце у відповідній формі правління), а слабкість парламенту та судової гілки влади, неспроможних чинити ефективну протидію узурпаторським діям президента. Реальний зміст «суперпрезидентської республіки», зазначає І. Гомеров, визначальною мірою залежить від «внутрішньополітичної ситуації у державі, співвідношення політичних сил та масштабів демократичного руху» [14, 747]. Ключові характеристики «суперпрезидентської республіки» у класифікації І. Гомерова, фактично, засвідчують її тотожність сильно президенталізованій республіканській формі правління, представлений у ряді країн пострадянського простору. Разом із тим виокремлені І. Гомеровим особливі риси «суперпрезидентської республіки», як і у класифікації В. Чиркіна, не є юридичними ознаками форми правління і можуть вважатися ознаками державного (політичного) режиму.

Виокремлюється «суперпрезидентська республіка» як самостійний класифікаційний тип і російською дослідницею О. Овчинніковою. Класифікуючи республіканські форми правління на парламентарну, президентську і суперпрезидентську, підставу виокремлення останньої дослідниця вбачає у тому, що «суперпрезидентська республіка за основними ознаками (спосіб передачі влади — обрання наступника його попередником; видання нормативних актів, що регулюють відносини у всіх сферах суспільного життя; право розпуску парламенту; становлення на чолі регіонів своїх намісників і їх відсторонення від влади) суттєво відрізняється від класичної президентської республіки» [15, 14]. Примітно, що всі із наведених так званих основних ознак «суперпрезидентської республіки», крім однієї,

взагалі не є класифікуючими юридичними ознаками форми правління.

Зміст, подібний до терміна «суперпрезидентська республіка», англійські політологи Д. Дербішайр та Я. Дербішайр вкладають у термін «необмежена президентська форма правління». Наведений термін Дербішайрами використовується, «щоб описати виконавчі органи некомуністичних однопартійних держав» [16, 58]. Визначальною рисою «необмеженої президентської форми правління» є концентрація влади в руках монополюючої партії, очолюваної харизматичним лідером, «а цілі партії, навіть у соціалістичних державах, підпорядковані національним інтересам» [16, 59]. Однак це теж не юридичні ознаки форми правління, і навіть не стільки її функціональні характеристики, скільки атрибути тоталітарного політичного режиму. Кажучи інакше, «необмежена президентська форма правління» — це виродження президентської республіки в умовах тоталітаризму.

Виокремлюється Дербішайрами і «воєнна (мілітаристська) організація виконавчої влади». Автори фактично пропонують опис окремих національних випадків воєнної диктатури. Відсутність стійких і повторюваних рис, а головне, власної особливої логіки організації влади не дають підстав вважати «воєнну організацію виконавчої влади» відособленою формою правління.

Як видно, в основі наведених спроб виокремити особливі республіканські форми правління, зокрема «суперпрезидентську республіку» та аргументувати можливість доповнити ними традиційну для теорії права класифікацію форм правління лежить відмова від формально-правових критеріїв класифікації і необхідності встановити наявність конституційно вираженої

самобутньої, неповторюваної в інших формах правління логіки організації влади.

Безліч класифікацій форм правління, породжувана відсутністю чітко визначеного, уставленого набору сутнісних критеріїв класифікації, безумовно, є неприйнятною. Суб'єктивізм, який веде до відбору вторинних, непринципових критеріїв, не може запропонувати справді наукову класифікацію. Згаданий підхід до класифікації форм правління знайшов критику ще у працях Г. Єллінека. «Це подібно тому, — зазначає Г. Єллінек, — якби ми стали класифікувати ссавців за їх величиною, забарвленням, корисністю і т. п. ознаками, які всі в них наявні, однак не є відмітними ознаками окремих видів цього класу. Понад це, усі зазначені критерії неминуче односторонні та довільні, як і будь-яка класифікація, що виходить із вторинних чи супутніх елементів якої-небудь групи об'єктів» [17, 630]. Справді науковий підхід до класифікації форм правління Г. Єллінек вбачає у застосуванні формально-правових критеріїв: «З науковою достовірністю можуть, за всіх обставин, бути з'ясовані лише формальні моменти виражених у конституції вольових відносин, які, незалежно від будь-яких конкретних особливостей, у силу правової необхідності повинні знайти своє вираження у житті держави. Науково-задовільною тому може бути лише правова класифікація форм держави. Питання про форми держави тотожне з питанням про правові відмінності конституцій» [17, 630]. У світлі запропонованої Г. Єллінеком аргументації застосування класифікуючих критеріїв, суб'єктивно виведених із практики функціонування одних і тих самих форм правління у різних соціально-економічних, політичних умовах, є на-

уково хибним. Дійсно, лише правові ознаки форми правління відображають її сутнісні риси і притаманну відповідному типу форми правління внутрішньо-системну логіку його організації. Практика функціонування конкретного типу форми правління у різному зовнішньому середовищі, в умовах різних політичних систем спричиняє, більшою-меншою мірою, відмінні наслідки. Разом із тим згадана відмінність, маючи зовнішні причини, ніяк не пов'язана із сутнісними характеристиками відповідної форми правління. Форма правління є структурним типом держави, отже, класифікації форм правління, побудовані із застосуванням критеріїв, в основі яких лежать несхожі умови функціонування одного й того самого типу форми правління, слід вважати ненауковими.

З цієї точки зору видається некоректним використання в юридичній науці для позначення і виокремлення відповідного типу форми правління терміна «суперпрезидентська республіка». Під цим терміном іноді розуміють «особливий різновид республіканської форми правління, що характеризується юридичним і фактичним зосередженням усіх важелів державної влади в руках президента, який у цьому випадку є главою не лише держави, але й уряду, а також лідером правлячої партії» [18, 90]. Вказується також на такі риси «суперпрезидентської республіки», як: фактично нічим не обмежене право президента розпускати парламент; право президента призначати на посади і звільняти з посад керівників місцевих адміністрацій, суддів; право президента вводити на власний розсуд режим надзвичайного і воєнного стану; практична неможливість відсторонення президента від посади; встановлення

«довічного президентства» засобом референдуму чи голосування цілковитого контрольованого президентом парламенту; фактичне призначення нового президента рішенням попереднього, з подальшим формальним затвердженням цього рішення на виборах [19, 17]; значна умовність принципу поділу влади й суттєве нівелювання чи повна відсутність системи стримувань і противаг; орієнтація усіх державних структур на чолі із президентом на встановлення і збереження державного режиму, за якого відсутня справжня демократія [20, 16]. Як видно, з позиції теорії народного суверенітету ряд характеристик наведеної форми правління суперечить базисним принципам республіканської організації влади й визначати цю форму правління республікою, у змісті, відповідному згаданій теорії, можливо з тим само успіхом, що й радянську державність. Видається, що описана вище організація державної влади може бути коректно визначена як монархатична квазіреспубліка (монархатична квазіреспубліканська форма правління).

Навряд чи можливо встановити усталений набір юридичних ознак «суперпрезидентської республіки», які засвідчували б наявність притаманної виключно цій формі правління внутрішньо-системної логіки організації влади й дали необхідну підставу виокремити її як особливий, самостійний тип республіканської форми правління. Хоча усі так звані суперпрезидентські республіки виявляють набір формально-правових ознак, сукупність яких утворює юридичну складову явища президенціалізації форми правління, цим їхня спільність і вичерпується. Не повторюючись від одного національного випадку до іншого, відповідні ознаки не є кла-

сифікуючими ознаками, оскільки не встановлюють формально-правових критеріїв, які б дали можливість чітко відмежувати «суперпрезидентську республіку» від решти республіканських форм правління, і насамперед, президентської республіки. Зокрема, президентіалізовані пострадянські республіки, функціонування яких позначене явищем суперпрезидентства, у конституційно-правовому аспекті звичайно є досить еклектичним, безсистемним поєднанням елементів президентської та змішаної республіканських форм правління. Більше того, конституційно-правові дефекти президентіалізованих пострадянських республік часто виявляють доктринальний характер, засвідчуючи явну невідповідність їхніх національних форм правління загальноприйнятим теоретико-правовим уявленням про те, як повинна бути організована державна влада в республіці. Закріплюючи дисбаланс гілок влади й серйозно нівелюючи систему стримувань і противаг, а також наділяючи деякі органи не властивими їм владними функціями та повноваженнями, конституції президентіалізованих пострадянських республік виявляють хибне, спотворене втілення відповідних конституційно-правових ідей чи їх повне ігнорування [21, 7, 8].

Видається, що аналіз природи явища суперпрезидентства дає можливість сформувати адекватне розуміння сутності «суперпрезидентської республіки». «Використання такого терміна, як “форма правління” — зазначає український дослідник І. Алексєєнко — стосовно суперпрезидентської республіки є некоректним», оскільки «парадигму взаємодії політичних інститутів у суперпрезидентських республіках можна змалювати лише в загальних рисах, зважаючи на націо-

нальні риси соціокультурного середовища, міжнародного впливу та конституційного процесу, які й забезпечують варіативність конкретних втілень цього типу системи правління» [19, 14, 17]. Отже, позначаючи фактично режим функціонування держави в умовах суперпрезидентства, «суперпрезидентська республіка» — термін, який у юридичній науці може використовуватися не для позначення відповідного типу форми правління, а для характеристики державного режиму. Не випадково, що термін «суперпрезидентська республіка» звичайно використовується з метою «вказати на недемократичний режим правління» [19, 14].

Безперечно, термін «суперпрезидентська республіка» цілком прийнятний для політологічного аналізу функціональних характеристик президентіалізованих форм правління. «Суперпрезидентською» може бути будь-яка президентська, перехідна між президентською і змішаною, і навіть обмежено президентіалізована змішана республіка, в яких насамперед на підставі соціально-політичних чинників функціональна гіпертрофія інституту президента вийшла далеко за межі і без того широких конституційних повноважень і набула форми суперпрезидентства. Разом із тим вивести окремий тип республіканської форми правління — «суперпрезидентську республіку» на підставі особливих, притаманних виключно цій формі правління конституційно-правових ознак, фактично неможливо. Навпаки, розширення традиційної юридичної трихотомічної класифікації республіканських форм правління шляхом виокремлення «суперпрезидентської республіки» можливо лише ігноруючи правові критерії класифікації форм правління.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Арутюнян А. Место президента в системе политико-правовых институтов постсоветских республик // *Jurisprudencija*. — 2005. — Т. 77 (69).
2. Арутюнян А. Институт президента в постсоветских республиках: конституция и политическая реальность (Сравнительно-правовой анализ). — Ереван, 2006.
3. Зазнаев О. Сравнительный метод в изучении форм правления // *Динамика политических систем и международных отношений*. — Казань, 2006. — Вып. 1.
4. Ведяхин В. Форма российского государства: теория и практика // *Право и политика*. — 2006. — № 3.
5. Четвернин В. Государство: сущность, понятие, структура, функции // *Проблемы общей теории права и государства* / под ред. В. С. Нерсисянца. — М., 1999.
6. Зазнаев О. Полупрезидентская система: теоретические и прикладные аспекты. — Казань, 2006.
7. Холмс С. Посткоммунистический институт президента // *Конституционное право: восточно-европейское обозрение*. — 1993. — № 4.
8. Холмс С. Сверхпрезидентство и его проблемы // *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. — 1993. — № 4.
9. Чиркин В. Нетипичные формы правления в современном государстве // *Государство и право*. — 1994. — № 1.
10. Сартори Дж. Порівняльна конституційна інженерія: Дослідження структур, мотивів і результатів. — К., 2001.
11. Худoley Д. Основные, гибридные и атипичные формы правления // *Вестник Пермского университета: Серия «Юридические науки»*. — 2010. — № 4. — С. 53–65.
12. Чиркин В. Конституционное право зарубежных стран. — М., 1999.
13. Курдюкова З. Теоретические проблемы политической формы современного государства // *Правовая политика и правовая жизнь*. — 2009. — № 4.
14. Гомеров И. Государство и государственная власть. — М., 2002.
15. Овчинникова О. Эволюция формы правления Российского государства: историко-теоретический аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2008.
16. Дербишайр Д., Дербишайр Я. Политические системы стран мира : в 2 т. / пер. с англ. — М., 2004. — Т. 1.
17. Еллинек Г. Общее учение о государственном праве // *Общее учение о государстве*. — СПб., 2004.
18. Сейлеханов Е. Политическая система Республики Казахстан: опыт развития и перспективы : моногр. — Алматы, 2009.
19. Алексеевко І. Суперпрезидентська республіка як парадигма взаємодії політичних інститутів // *Економічний часопис*. — 2010. — № 7–8.
20. Зазнаев О. Сверхпрезидентские системы в республиках Центральной Азии. (На примере Узбекистана, Казахстана, Таджикистана и Киргизии) // *Ученые записки Казанского государственного университета*. — Казань, 2008. — Кн. 7.
21. Зазнаев О. Дефекты форм правления стран СНГ // *Политэкс*. — 2008. — № 4.

Мартинюк Р. С. «Суперпрезидентська республіка»: конституційно-правова оцінка феномену та досвід пострадянських країн

Анотація. У науковій статті аналізується природа явища суперпрезидентства та причини його розвитку у країнах пострадянського простору. Встановлюється взаємозв'язок суперпрезидентства із президенціалізацією форми правління. Крізь призму явища суперпрезидентства з'ясовується сутність «суперпрезидентської республіки». Здійснена спроба дати конституційно-правову оцінку феномену «суперпрезидентської республіки». Аргументується неможливість виокремлення «суперпрезидентської республіки» як особливого типу республіканської форми правління із притаманним виключно йому набором юридичних ознак і власною логікою організації влади.

Ключові слова: «суперпрезидентська республіка», суперпрезидентство, президенціалізм, президенціалізація, парламентаризація форми правління, легітимність влади.

Мартынюк Р. С. «Сверхпрезидентская республика»: конституционно-правовая оценка феномена и опыт постсоветских стран

Аннотация. В научной статье анализируется природа явления сверхпрезидентства и причины его развития в странах постсоветского пространства. Устанавливается взаимосвязь сверхпрезидентства с президенциализацией формы правления. Через призму явления сверхпрезидентства выясняется сущность «сверхпрезидентской республики». Сделана попытка дать конституционно-правовую оценку феномену «сверхпрезидентской республики». Аргументируется невозможность выделения «сверхпрезидентской республики» как особого типа республиканской формы правления с присущим исключительно ему набором юридических признаков и собственной логикой организации власти.

Ключевые слова: «сверхпрезидентская республика», сверхпрезидентство, президентализм, президентализация, парламентаризация формы правления, легитимность власти.

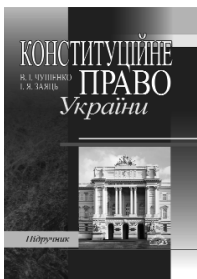
Martyniuk R. «Super-Presidential Republic»: Constitutional and Legal Appraisal of the Phenomenon as well as Experience of the Post-Soviet Countries

Annotation. The nature of the phenomenon of super-presidency as well as the reasons of its development in the Post-Soviet countries is analyzed in the scientific article. The interrelation of both phenomena of the super-presidency and presidentialization of the form of government is determined as well. The matter of the «super-presidential republic» is cleared out through the prism of the phenomenon of the super-presidency. The attempt to give constitutional and legal appraisal of the phenomenon of the «super-presidential republic» is made in the scientific article. The reasons are given for impossibility to define «super-presidential republic» as a special type of the republican form of government with a combination of the legal features intrinsic only to this type of the form of government as well as its own logic of organizing power.

Key words: «super-presidential republic», super-presidency, presidentialism, presidentialization, parliamentarization of the form of government, legitimacy of the power.

Пропонується підручник:

Чушенко В. І. Конституційне право України : підруч. / В. І. Чушенко, І. Я. Заяць. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К. : Ін Юре, 2009. — 548 с.



Авторський колектив акцентує на доктринальному тлумаченні конституційно-правових засад, норм та положень, які характерні сучасній правовій системі України. Проаналізовано тенденції імплементації міжнародно-правових стандартів у національному конституційному законодавстві та результати правових процесів, зумовлених входженням України у Європейське Співтовариство.

Розглянуто політико-правові наслідки конституційно-правової реформи та положення пропонованої концепції реформування територіального устрою. У контексті аналізу конституційно-правової реформи досліджено тенденції розвитку системи органів публічної влади, їх компетенції та юрисдикції.

Для студентів, аспірантів, викладачів юридичних закладів, усіх тих, хто цікавиться проблематикою сучасного конституційного законодавства України.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

СКЛАД І СТРУКТУРА ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВОВІДНОСИН ЩОДО ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ



П. МАТВЄЄВ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
навчально-наукового інституту права
та психології
(Національна академія внутрішніх справ)*

У сучасних економічних умовах для України актуальною стає проблема створення національної інноваційної системи як нової ефективної структури управління науково-технічною сферою країни. Побудова принципово нової національної інноваційної системи, адаптованої до вимог ринкової економіки, має стимулювати зростання конкурентоздатності продукції українських підприємств та стане каталізатором інноваційної активності, особливо в сфері наукомісткого підприємництва. Інноваційний розвиток стає велінням нової доби, неодмінним елементом програм економічного розвитку держави. Саме з ним пов'язуються сподівання на поліпшення господарської ситуації.

Українська економіка в період фінансово-економічної кризи гостро відчула негативні наслідки фактичної відсутності реформ у науково-технологічній сфері та відсутність сприят-

ливого інноваційного середовища для підвищення конкурентоспроможності реального сектору і продуктивної зайнятості. Криза виявила як структурні деформації української економіки, так і неготовність науково-інноваційної системи до швидкого впровадження науково-технічної продукції у промисловості, енергетиці [1, 228–229]. Так, забезпечення інноваційного характеру економічного розвитку є водночас і найактуальнішим завданням діяльності української держави на нинішньому етапі, основним засобом вирішення значної частини суспільних проблем, серед яких слід назвати: відновлення основних виробничих фондів та об'єктів інфраструктури на новітній інноваційній основі, структурну перебудову національної економіки та її наближення до рівня сучасних технологічних укладів, зниження ресурсо- та енергомісткості національного виробництва, перехід

до принципово вищого рівня конкурентоспроможності підприємств національної економіки на світовому ринку, нейтралізацію процесів відпливу інтелекту з України тощо.

На численних нарадах, форумах, конференціях із зазначених питань, а також у концепціях та програмах інноваційного розвитку України, актах, виданих Президентом і Урядом України, підкреслено труднощі, які спіткали Україну на цьому шляху, що свідчить про усвідомлення як владою, так і українським суспільством їхньої глибини [2, 31].

Інноваційна діяльність — це діяльність комерційна, пов'язана з одержанням нового знання і реалізацією його іншим учасникам ринку. Таке розуміння інноваційної діяльності знаходиться в руслі традиційних уявлень про бізнес, що характерно для зарубіжних підприємців. Так, у діловій практиці США інновація визначається як використання нового продукту (послуги, методу) у практиці бізнесу, що безпосередньо впливає за його відкриттям; це новий підхід до конструювання, виробництва і збуту продукції, який дозволяє обійти конкурентів. Тому метою інноваційної діяльності є не тільки одержання соціально-економічного ефекту від використання інтелектуального потенціалу, а й в одержання прибутку [3, 62–63].

Значення інноваційної діяльності для економіки підприємства визначається такими моментами: розглядається як чинник конкурентоспроможності продукції; забезпечує ефективність використання виробничих ресурсів; підвищує ступінь адаптивності підприємства до умов зовнішнього середовища, що змінюється; розширює можливості підприємства щодо виходу на зовнішні ринки про-

дукції; створює передумови для довгострокової стабільності.

Варто зазначити, що інноваційна діяльність в Україні (закони, укази Президента, підзаконні акти у формі ухвал Уряду, наказів центральних органів виконавчої влади та ін.) регулюється близько 200 правовими актами. Зокрема, національне інноваційне законодавство містить норми Конституції України [4], Господарського кодексу України [5], Закону України «Про інноваційну діяльність» [6], Закону України «Про пріоритетні напрями розвитку інноваційної діяльності в Україні» [7], Закону України «Про інвестиційну діяльність» [8], Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» [9], Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» [10], інших нормативно-правових актів, що визначають правові, економічні й організаційні принципи державного регулювання інноваційної діяльності в Україні, які встановлюють форми стимулювання державою інноваційних процесів і спрямовані на підтримку розвитку економіки України інноваційним шляхом.

Інноваційне законодавство продовжує інтенсивно розвиватися. Зараз на стадії розробки знаходяться проекти таких законів, як «Про стимулювання розвитку інноваційної, наукової та науково-технічної діяльності вищих навчальних закладів України», «Про особливості правового режиму майнових комплексів державних галузевих академій наук», «Про трансфер технологій» тощо. Передбачається гармонізація інноваційного законодавства України з міжнародними угодами і конвенціями у сфері договірно-правового поля міжнародної науково-технологічної кооперації зі стратегічно важливими партнерами тощо [11, 2].

Велика роль у налагодженні правового механізму підтримки інноваційних процесів належить підзаконним актам (укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, нормативно-правові акти Міністерства освіти і науки України та інших міністерств і відомств). До них, зокрема, належить Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 3 липня 2001 року “Про невідкладні заходи щодо виводу з кризового стану науково-технологічної сфери України і створення реальних умов для переходу економіки на інноваційну модель розвитку”» [12].

Варто зазначити, що законодавче забезпечення інноваційного процесу відбувається двома напрямками, а саме: шляхом створення умов для інноваційної діяльності та вдосконалення конкретних напрямів її реалізації. Так, у згаданому Указі запропоновано Кабінету Міністрів України підготувати та внести на розгляд Верховної Ради України проекти законів «Про оцінку інтелектуальної власності», «Про трансфер технологій», «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні на період до 2015 року». У цьому ж документі внесено пропозиції щодо впровадження правового механізму диференційованого пільгового оподаткування підприємств залежно від рівня їхньої інноваційної активності, стимулювання науково-дослідних та дослідно-конструкторських установ і організацій до введення в господарський обіг нематеріальних активів, а також створення галузевих інноваційних фондів.

Як свідчить аналіз, у чинному законодавстві закладено правову основу інноваційної діяльності. Чинне законодавство вже зараз надає широкі можливості для досягнення певних

позитивних результатів. Зокрема, базові закони України «Про інноваційну діяльність» та «Про спеціальний режим інноваційної та інвестиційної діяльності технологічних парків» надають суттєві пільги підприємствам, що займаються інноваційною діяльністю.

Проте в цілому говорити про досконалість створеної законодавчої бази поки ще зарано. У чинному законодавстві продовжує існувати багато суперечностей та прогалин, що заважають запровадженню та нормальному функціонуванню моделі інноваційного розвитку. Порушується один із головних принципів систематизації законодавства з питань інноваційної діяльності, згідно з яким закони та підзаконні акти мають надавати узгодженість норм, цілісність предмета нормативного регулювання.

Не виконується й інший, не менш важливий принцип правового регулювання, згідно з яким нормативно-правова база інноваційної діяльності має бути стабільною. Адже найголовнішою передумовою ефективного розвитку інноваційного підприємства в Україні є надійна правова база її діяльності. Викликає занепокоєння і сам процес формування названої сфери діяльності. В умовах застосування інноваційної моделі розвитку законодавець має адекватно та швидко реагувати на динаміку змін у сфері нововведень. В Україні цей процес розвивається хаотично і дуже повільно.

Аналіз законодавчої бази свідчить про те, що до цього часу низка норм базових законів не діє в Україні через відсутність необхідних для їхньої реалізації підзаконних актів. Це перш за все стосується окремих положень Закону України «Про інноваційну діяльність» і пов'язано з тим, що Уряд до цього часу не створив і не прийняв

необхідного пакета документів, що забезпечує їхнє (законів) функціонування. Усе це потребує подальшої законодавчої роботи з удосконалення правового забезпечення інноваційної діяльності в Україні.

Незважаючи на те, що на державному рівні визнано внутрішньополітичне та геополітичне значення та встановлено правовий зміст національної інноваційної системи, не відбулося адаптації вітчизняного інноваційного законодавства, його пристосування до формування всіх підсистем національної інноваційної системи та створення інноваційного ринку, включення до нього тих норм, які б, реалізуючи регулятивно-динамічну функцію права, активізували та спрямовували діяльність суб'єктів господарювання в інноваційне русло [13, 46].

Враховуючи системний характер інноваційного ринку як економічного феномену та національної інноваційної системи як організаційно-правового утворення логічно надати законодавчому забезпеченню їх функціонування форму єдиного, кодифікованого нормативно-правового акта, регулятивним впливом якого охоплювалися б усі основні аспекти реалізації відносин інноваційного процесу. Саме для отримання синергетичного ефекту, а також із метою суттєвого підвищення ефективності кожного з інститутів інноваційного законодавства доцільним, актуальним й суспільно необхідним є розроблення цілісного та узгодженого кодифікованого нормативно-правового акта — Інноваційного кодексу України [14], адже кодифікація законодавства — це найефективніша форма його систематизації.

Слід зазначити, що після здобуття незалежності в Україні триває активний кодифікаційний процес, котрий полягає у рекодифікації раніше ко-

дифікованих галузей законодавства й у кодифікації нових сфер законодавчого регулювання, джерела якого ще не зазнавали систематизації. Кодифікація інноваційного законодавства в Україні відбувається на базі чинних законів України та підзаконних нормативно-правових актів, зокрема законів України «Про інноваційну діяльність», «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності», «Про державне регулювання діяльності в сфері трансферу технологій», «Про наукову та науково-технічну діяльність», «Про наукову та науково-технічну експертизу» та ін.

Вагому роль у формуванні Інноваційного кодексу України відіграють суміжні нормативні-правові акти, а саме: поняття та порядок використання об'єктів авторського права (твори літератури, науки та мистецтва, комп'ютерні програми, бази даних) визначають закони України «Про авторське право та суміжні права», «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних», «Про телебачення і радіомовлення», «Про рекламу», «Про видавничу діяльність», «Про професійних творчих працівників і творчі союзи», «Про кінематографію»; постанови Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір», «Про затвердження положень з питань розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм», «Про затвердження розміру винагороди (роялті) за використання опублікованих з комерційною метою фонограм і відеограм та порядку її виплати», «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за викорис-

тання об'єктів авторського права і суміжних прав»; поняття та порядок використання об'єктів промислової власності (винаходи, корисні моделі, промислові зразки, топографії інтегральних мікросхем, фірмові найменування, знаки для товарів і послуг, зазначення походження товару) визначають закони України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки», «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», «Про охорону прав на зазначення походження товарів»; постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок сплати зборів за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності»; Інструкція про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на промисловий зразок (топографію інтегральної мікросхеми, знак для товарів і послуг, винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання промислового зразка (топографії інтегральної мікросхеми, знаку для товарів і послуг, винаходу (корисної моделі), затверджені, відповідно, наказами Міністерства освіти і науки України від 3 серпня 2001 р. № 574, 576, 521, Правила складання, подання та проведення експертизи заявки на реєстрацію кваліфікованого зазначення походження товару та (або) права на використання реєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару. Поняття та порядок використання об'єктів права на науково-технічну інформацію (раціоналізаторські пропозиції, науково-технічна інформація, сорти рослин, породи тварин, нерозкрита інформація) визначають закони України «Про охорону прав на сорти рослин»,

«Про племінну справу у тваринництві», «Про науково-технічну інформацію», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про захист економічної конкуренції», «Про інформацію», «Про захист інформації в автоматизованих системах», «Про наукову і науково-технічну експертизу» та ін.

Водночас зазначена кодифікація не обмежується лише законодавчими актами з питань інноваційної діяльності, а здійснюється в межах більш загальної систематизації, насамперед господарського законодавства (Господарського кодексу України) зі збереженням усіх необхідних системно-структурних зв'язків із законодавством цивільним (зокрема, в частині права інтелектуальної власності та оборотоздатності його об'єктів), фінансовим (наприклад, щодо механізмів державного фінансування проведення наукових досліджень та реалізації інноваційних проектів), податковим (з питань умов оподаткування суб'єктів інноваційної діяльності та інших учасників інноваційних відносин) тощо. Так, Господарський кодекс України містить окрему главу, присвячену правовому регулюванню інноваційної діяльності. Згідно зі ст. 332 Господарського кодексу України («Законодавство про інноваційну діяльність») відносини, що виникають у процесі здійснення інноваційної діяльності, регулюються цим Кодексом та іншими законодавчими актами. До вказаних відносин у частині, не врегульованій цим Кодексом, застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України. Також Господарський кодекс України містить глави, присвячені використанню у господарській діяльності прав інтелектуальної власності та використанню у підприємницькій діяльності прав інших суб'єк-

тів господарювання (комерційна концесія).

Визначаючи склад і структуру господарсько-правового забезпечення правовідносин щодо інноваційної діяльності, логічним є висвітлення суб'єктів інноваційної діяльності. Нагадаємо, що суб'єктами інноваційної діяльності можуть бути фізичні і (або) юридичні особи України, фізичні і (або) юридичні особи іноземних держав, особи без громадянства, об'єднання цих осіб, які провадять в Україні інноваційну діяльність і (або) залучають майнові та інтелектуальні цінності, вкладають власні чи запозичені кошти в реалізацію в Україні інноваційних проектів (ст. 5 Закону України «Про інноваційну діяльність»).

За характером діяльності та змістом інноваційної діяльності усі суб'єкти поділяють на три групи.

1. Державні органи управління інноваційною діяльністю.
2. Інноваційні підприємства.
3. Фінансово-кредитні інноваційні установи.

Так, активну участь в інноваційному процесі беруть державні органи управління. Вони визначають правові, економічні та організаційні засади державного регулювання інноваційної діяльності в Україні, а також встановлюють форми стимулювання інноваційних процесів, спрямованих на підтримку розвитку економіки України інноваційним шляхом.

Інноваційним підприємством визнається підприємство (об'єднання підприємств) будь-якої форми власності, якщо понад 70 % обсягу його продукції (у грошовому вимірі) за звітний податковий період є інноваційні продукти і (або) інноваційна продукція (ст. 16 Закону України «Про інноваційну діяльність»).

Інноваційне підприємство може функціонувати у вигляді інноваційного центру, бізнес-інкубатора, технополісу, технопарку тощо.

Технологічний парк — це велика технопаркова структура, яка являє собою науково-виробничий територіальний комплекс.

Технополіс — це цілісна науково-виробнича структура, створена на базі окремого міста.

Регіон науки і технологій охоплює значну територію, межі якої можуть збігатися з межами цілого адміністративного району.

Статус підприємства як інноваційного дає йому право на пільги, визначені відповідними нормативними актами.

Держава гарантує суб'єктам інноваційної діяльності: підтримку інноваційних програм і проектів, спрямованих на реалізацію економічної та соціальної політики держави; підтримку створення та розвитку суб'єктів інфраструктури інноваційної діяльності; охорону та захист прав інтелектуальної власності, захист від недобросовісної конкуренції у сфері інноваційної діяльності; вільний доступ до інформації про пріоритети державної економічної та соціальної політики, про інноваційні потреби та результати науково-технічної діяльності, крім випадків, передбачених законом; підтримку щодо підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації кадрів у сфері здійснення інноваційної діяльності (ст. 329 Господарського суду України).

Разом з цим держава здійснює контроль за інноваційною діяльністю суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин, її відповідністю вимогам законодавства і державним інноваційним програмам.

У Законі України «Про інноваційну діяльність» закріплені повноваження органів державного регулювання інноваційної діяльності: ст. 7 — Верховної Ради України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування; ст. 8 — Кабінету Міністрів України; ст. 9 — спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності та інших центральних органів виконавчої влади; ст. 10 — Ради Міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів місцевого самоврядування.

Позитивною тенденцією стало створення 31 травня 2010 р. єдиного спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності — Державного комітету з питань науково-технічного та інноваційного розвитку (далі — Держкомнауки), положення про який затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 31 травня 2010 р. № 376. Держкомнауки було створено на базі департаменту науково-технологічного розвитку, департаменту інновацій та трансферу технологій Міністерства освіти і науки України (далі — МОН) та департаменту інновацій Державного агентства з інвестицій та інновацій (на сьогодні Державного агентства України з інвестицій та розвитку). Перспективним для удосконалення системи державного регулювання у сфері інноваційної діяльності стало наділення вказаного вище комітету повноваженнями у сфері координації діяльності органів виконавчої влади з проведення політики у сфері наукової, науково-технічної, інноваційної діяльності та трансферу технологій, оскільки повноваження попередніх організаційних структур у цій сфері часто дублювали-

ся, що часто унеможливлювало ефективне здійснення організаційно-господарських повноважень при регулюванні інноваційної діяльності. Проте проблема розмежування повноважень між суб'єктами, що здійснюють державне регулювання у сфері інноваційної діяльності, залишається актуальною.

Сьогодні спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності є Державне агентство з питань науки, інновацій та інформатизації України (далі — Держінформнауки України). Держінформнауки України — центральний орган виконавчої влади, утворений 9 грудня 2010 р. [15] як Державне агентство з питань науки, інновацій та інформації України шляхом реорганізації Державного комітету України з питань науки, інновацій та інформатизації. 6 квітня 2011 р. агентство отримало теперішню назву [16]. Діяльність цього агентства спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра освіти і науки України.

Основними завданнями Держінформнауки України є: реалізація державної політики у сфері наукової, науково-технічної, інноваційної діяльності, інформатизації, формування, використання і захисту державних електронних інформаційних ресурсів та створення умов для розвитку інформаційного суспільства; внесення на розгляд Міністра пропозицій щодо формування державної політики у зазначених сферах.

Незважаючи на те, що був створений єдиний спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності, певні організаційно-господарські повноваження у цій сфері продовжує здійснювати МОН.

Вважаємо за доцільне більш детально зупинитися на третій групі зазначених видів суб'єктів інноваційної діяльності.

Згідно з положенням Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» для фінансового забезпечення проведення державної політики в науковій і науково-технічній діяльності, а також реалізації заходів, спрямованих на розвиток та використання досягнень науки в Україні, передбачено створення Державного інноваційного фонду (далі — Фонд), Положення про який затверджується Кабінетом Міністрів України.

Згаданий Фонд було засновано 4 липня 1992 р. (постанова Кабінету Міністрів України № 368), але Положення про основні завдання та засади діяльності Фонду більш-менш чітко окреслено в серпні 1995 р. (урядова постанова № 660). Через відсутність чітко визначених функцій та завдань Фонд працював малоефективно, що, звичайно, не могло задовольнити сподівання керівництва держави. З метою підвищення ефективності діяльності цієї структури Кабінет Міністрів України розробив нову редакцію Положення про Державний інноваційний фонд, затверджене 2 березня 1998 р. постановою № 243. Проте інноваційна діяльність в Україні залишилась і надалі незадовільною (до речі, у загальному документі фактично не передбачалось суттєвих змін у питаннях організації його діяльності) [17].

В умовах недостатнього бюджетного фінансування науково-технічної сфери зростає необхідність реалізації позабюджетного стимулювання науково-технічного прогресу. Так, ефективною схемою фінансування інноваційної діяльності могла б стати мережа спеціалізованих державних небанківських фінансово-кредитних

установ у різних галузях економіки та окремих регіонах для кредитування інноваційних проектів.

Активізації інноваційного процесу сприяло б створення венчурних фондів на основі інвестицій недержавних інвесторів (приватних підприємств, громадських організацій). Законодавчі умови для функціонування в Україні ринку венчурного капіталу вже існують (зокрема, норми діяльності венчурних фондів встановлені Законом України «Про інститути спільного інвестування»). Головна проблема, яку необхідно подолати на шляху розвитку венчурного бізнесу, це обмеженість фінансових ресурсів українських суб'єктів господарювання для вкладання їх у високоризиковані проекти. Особливого значення тут має набути стимулювання малого інноваційного підприємництва як провідника інноваційного продукту від науково-технічного винаходу до масового виробництва. Саме тут важливою є роль держави, в якій вона має виступити ініціатором створення венчурних фондів, взяти безпосередню участь у формуванні венчурного капіталу та, головне — організувати надійний контроль за їх діяльністю з метою запобігання різного роду махінаціям. Держава може не тільки прямо надавати кошти, а й страхувати інноваційні ризики. За умови гарантій з боку держави співзасновниками венчурних фондів більш охоче можуть ставати недержавні фінансові структури [17, 246].

Все зазначене вище дозволяє дійти висновку, що представлений аналіз законодавства з питань регулювання діяльності суб'єктів інноваційної інфраструктури свідчить про його недосконалість, фрагментарність, що стримує успішне становлення і розвиток вітчизняної інноваційної інфраструктури.

Системність правового регулювання відносин в інноваційній сфері є основним принципом, що має бути покладений в основу розроблення проекту Інноваційного кодексу України. Дотримання цього принципу надасть змогу забезпечити правовою базою всі елементи національної інноваційної системи, відтворити її в тій правовій формі, що відповідає стратегічному завданню держави: переведення національної економіки на інноваційно-інвестиційну модель.

У концептуальному контексті кодифікація інноваційного законодавства України має на меті: законодавче закріплення національної інноваційної системи як цілісного ієрархічно побудованого організаційно-правового механізму паралельно зі здійсненням її глибокої модернізації; створення ефективних правових форм взаємодії між окремими ланками інноваційного процесу, що уособлюють відповідно різний суб'єктний склад його учасників, на основі пошуку балансу між приватними та публічними інтересами в контексті функціонування інноваційного ринку як такого; захист національних інтересів суб'єктів інноваційної діяльності в Україні, враховуючи жорстко конкурентний характер світового ринку інноваційних (технологічних) продуктів; законодавче закріплення принципово важливих складових та чинників ефективного функціонування національної інноваційної системи, таких як «інноваційна політика держави», «інфраструктура національної інноваційної системи», «механізм реалізації державної інноваційної політики», «господарські договори інноваційного характеру», «інноваційний проект» тощо. Варто зазначити, що важливим кроком у напрямі розуміння та застосування інноваційних договорів як

«господарських угод інноваційного типу», спрямованих на підвищення економічної самостійності держави, є нормативне врегулювання цього широкого спектра питань у зазначеній сфері і в Господарському кодексі України, а також прийняття відповідних спеціальних законів щодо комплексного підходу до питань регулювання правовідносин, які виникають у зв'язку зі створенням, використанням і комерціалізацією інноваційних договорів [18, 39]. Відтак, Інноваційний кодекс України має можливість стати базовим спеціальним комплексним нормативно-правовим актом держави з питань забезпечення, стимулювання і реалізації суб'єктами господарювання інноваційної діяльності, в якому отримують продовження та уточнення норми про інноваційну діяльність Господарського кодексу України, що є основним законодавчим актом у сфері господарювання [13, 48].

Основні напрями державної інноваційної політики в Україні на довгостроковий період повинні визначатися Президентом України. Загальне керівництво інноваційною діяльністю в країні необхідно покласти на Уряд та уповноважені ним органи виконавчої влади, які повинні регулювати, координувати і контролювати цю діяльність. Вони повинні також готувати пропозиції щодо стратегії та тактики розвитку інноваційної діяльності, розробляти нормативно-правову базу, регулюючи таку діяльність, узагальнювати інформацію, сприяти обміну передовим досвідом і здійснювати інші подібні функції.

Крім того, при зазначених органах виконавчої влади повинні бути сформовані експертні ради з інноваційної діяльності. Такі органи повинні розробляти проекти основних пріоритетних напрямів розвитку інноваційної

діяльності, надавати висновки за проєктами нормативних і розпорядчих документів, організовувати експертизу, зокрема із залученням професійних експертів, найзначущих інноваційних

проєктів, координувати діяльність інших громадських організацій, які братимуть участь в інноваційній діяльності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Матвеев П. С.* Правове забезпечення формування та реалізації національної інноваційної системи України в контексті євроінтеграції // Правовий захист людини та громадянина в Україні : зб. матеріалів Всеукраїнської наук.-теорет. конф. «Правовий захист людини та громадянина в Україні» (м. Київ, 24 листопада 2011 р.). — К., 2011. — 236 с.
2. *Тацій В. Я.* Правове забезпечення інноваційного розвитку: стан і перспективи // Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення : тези доповідей Всеукр. наук.-практ. конф., 27–28 жовтня 2006 р. / упоряд. : О. В. Петришин, М. О. Кизим. — Х., 2007. — С. 31–40.
3. *Волынкина М. В.* Инновационное законодательство и гражданское право: проблемы соотношения // Журнал российского права. — 2005. — № 1. — С. 61–67.
4. Конституція України від 28 червня 1996 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
5. *Господарський кодекс України* : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=436-15>.
6. *Про інноваційну діяльність* : Закон України від 4 липня 2002 р. № 40-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/40-15>.
7. *Про пріоритетні напрями розвитку інноваційної діяльності в Україні* : Закон України від 8 вересня 2011 р. № 3715-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://uazakon.ru/zakon/zakon-ob-innovatsionnoy-deyatelnosti.html>.
8. *Про інвестиційну діяльність* : Закон України від 18 вересня 1991 р. № 1560-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1560-12>.
9. *Про наукову і науково-технічну діяльність* : Закон України від 13 грудня 1991 р. № 1977-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/law/98_nauk.html.
10. *Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків* : Закон України від 16 липня 1999 р. № 991-XIV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
11. *Дестярь А. О., Крюков А. И.* Правове забезпечення державного регулювання інновацій в Україні [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/db/2011-2/doc/1/01.pdf>.
12. *Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 3 липня 2001 року «Про невідкладні заходи щодо виводу з кризового стану науково-технологічної сфери України і створення реальних умов для переходу економіки на інноваційну модель розвитку»* : Указ Президента України від 20 серпня 2001 р. № 640/2001 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/640/2001>.
13. *Тацій В. Я.* Напрями вдосконалення інноваційного законодавства на сучасному етапі розвитку держави // Проблеми інноваційно-інвестиційного розвитку. — 2011. — № 2. — С. 43–51.
14. *Проект Інноваційного кодексу України*. — Х., 2011. — 136 с.
15. *Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади* : Указ Президента України від 9 грудня 2010 р. № 1085 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/12584.html>.
16. *Питання оптимізації системи центральних органів виконавчої влади* : Указ Президента України від 6 квітня 2011 р. № 370/2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/13340.html>.
17. *Балабан О. Р.* Державне регулювання інноваційної діяльності // Науковий вісник. — 2005. — Вип. 15.3. — С. 244–248.
18. *Матвеев П. С.* Теоретико-правове обґрунтування державних гарантій стимулювання укладання фінансових угод в умовах інноваційного розвитку // Підприємництво, господарство і право. — 2013. — № 5 (209). — С. 37–39.

Матвеев П. С. **Склад і структура господарсько-правового забезпечення правовідносин щодо інноваційної діяльності**

Анотація. Стаття присвячена аналізу господарсько-правового забезпечення інноваційної діяльності з метою обґрунтування актуальності посилення правового поля, а також систематизації законодавства щодо інноваційної діяльності. У статті визначено основні завдання для кодифікування інноваційного законодавства України, проведено аналіз діяльності суб'єктів

інноваційної сфери, а також представлено пропозиції з удосконалення організаційного, фінансового і правового забезпечення, стимулювання, управління та контролю над інноваційними процесами в Україні.

Також у статті представлено визначення інноваційної діяльності як діяльності комерційної, пов'язаної з отриманням нового знання та реалізацією його іншими учасникам ринку, та обґрунтовується, що таке розуміння інноваційної діяльності знаходиться в руслі традиційних уявлень про бізнес, що характерне для зарубіжних підприємців. Аргументовано доводиться теза про те, що метою інноваційної діяльності є не тільки отримання соціально-економічного ефекту від використання інтелектуального потенціалу, а й отримання прибутку.

Ключові слова: інноваційна економіка, господарська діяльність, інноваційна діяльність, інноваційна система, інноваційне законодавство, інноваційний кодекс, суб'єкти інноваційної діяльності.

Матвеев П. С. Состав и структура хозяйственно-правового обеспечения правоотношений относительно инновационной деятельности

Аннотация. Статья посвящена анализу хозяйственно-правового обеспечения инновационной деятельности с целью обоснования актуальности усиления правового поля, а также систематизации законодательства относительно инновационной деятельности. В статье определены основные задачи для кодификации инновационного законодательства Украины, проведен анализ деятельности субъектов инновационной сферы, а также представлены предложения по усовершенствованию организационного, финансового и правового обеспечения, стимулирования, управления и контроля над инновационными процессами в Украине.

Также в статье представлено определение инновационной деятельности как деятельности коммерческой, связанной с получением нового знания и реализацией его другим участникам рынка, и обосновывается, что такое понимание инновационной деятельности находится в русле традиционных представлений о бизнесе, что характерно для зарубежных предпринимателей. Аргументировано доказывается тезис о том, что целью инновационной деятельности является не только получение социально-экономического эффекта от использования интеллектуального потенциала, но и получение прибыли.

Ключевые слова: инновационная экономика, хозяйственная деятельность, инновационная деятельность, инновационная система, инновационное законодательство, инновационный кодекс, субъекты инновационной деятельности.

Matvieiev P. Composition and Structure of Economic and Legal Support of the Legal Relations Concerning Innovation Activity

Annotation. The article analyses an economic and law support of the innovation activity with aim to justify a topicality to amplify law field and systematization legislation concerning innovation activity. In the article main goals for codification of innovation legislation of Ukraine are determined. The analysis of activity of innovation's subjects was made in the article; purposes for enhancing organization, financial and law support, stimulation, control of innovation processes in Ukraine were suggested.

The definition of innovation activity as a commercial activity connected with getting a new knowledge and realization that others market participants is presented. It was justified that the understanding of innovation is in line with the traditional concepts of business which is typical for foreign entrepreneurs. The thesis that the aim of innovation activity is not only produces social and economic effect from the use of intellectual potential, but also making a profit was argued and proved.

Key words: innovation economy, economic activity, innovation activity, innovation system, innovation legislation, innovation code, innovation's subjects.

ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ФУНКЦІЇ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ



П. ХОТЕНЕЦЬ

*кандидат юридичних наук,
заступник Голови господарського суду
Харківської області, асистент кафедри
організації судових і правоохоронних органів
(Національний університет
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»)*

Вихідним положенням практично будь-якого сучасного дослідження питань статусу судової влади та проблем функціонування судів як її органів є теза про функціонування державної влади в Україні на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу й судову (ч. 1 ст. 6 Конституції України). При цьому слід наголосити, що навіть з позицій істотної відокремленості судової влади від інших гілок державної влади, так би мовити, «піднесеністю» судової влади над іншими гілками влади, що обстоюються в літературі [1], судова влада є все ж таки гілкою державної влади, що здійснює правосуддя іменем держави й саме у структурі держави виконує свою функцію.

З окресленим питанням безпосередньо пов'язана проблематика судового контролю, яка активно досліджується у працях багатьох вчених, зокрема Р. Белоусова, В. Горшенева, Н. Ковтуна, В. Лазаревої, В. Молдована, В. Нажимова, Д. Притики, М. Смоковича, Н. Чепурної, О. Шаповалової та ін.

Метою цієї статті є дослідження феномену судового контролю в ас-

пекті форм його реалізації в господарському судочинстві.

У сучасній доктрині відсутня єдність позицій щодо правової природи судового контролю. Діапазон наукових поглядів з розглядуваного питання коливається від найширшої концепції судового контролю, згідно з якою судовий контроль є одним із аспектів будь-якої судової діяльності [2, 9], до зведення судового контролю лише до реагування в порядку ст. 90 ГПК України на факти правопорушення, встановлені під час розгляду справи [3]. При цьому судовий контроль розглядається і як окрема функція судової влади [4, 286; 5; 6], і як одна із форм державного контролю [7], і як особлива форма здійснення правосуддя [8, 119; 9].

Видається, що при визначенні природи судового контролю як цілого, так і особливо стосовно діяльності господарських судів слід мати на увазі положення ч. 2 ст. 19 (органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України)

та ч. 1 ст. 124 Конституції України (правосуддя в Україні здійснюється виключно судами). При цьому ані Конституція України, ані прийнятий на розвиток її положень Закон України «Про судоустрій і статус судів» не покладають на суди інших завдань, ніж здійснення правосуддя. Тому, на нашу думку, про здійснення судами окремої функції судового контролю не може йтися взагалі, адже єдиною функцією судової влади та судів як її органів є здійснення правосуддя.

Разом із тим навряд чи виправданим є безмежне розширення поняття судового контролю, за якого судовий контроль розглядається як аспект здійснення функції правосуддя в цілому, адже контроль за своїм змістом (особливо у правозастосуванні) є діяльністю, яка передбачає не просто констатування тих чи інших порушень, а безпосередній активний вплив саме суб'єкта контролю притаманними йому правовими засобами на відповідну ситуацію «неправа» з метою її приведення у відповідність до правової моделі. Такого активного впливу ми не бачимо в абсолютній більшості випадків розгляду справ позовного провадження, який здійснюється на засадах змагальності. Так, наприклад, суд позбавлений права навіть відреагувати окремою ухвалою на послідовне звернення органів прокуратури та органів державної влади з численими майже тотожними позовами, в яких послідовно обирається неналежний відповідач та неналежний спосіб захисту; в таких випадках суд може лише відмовити у позові, адже вибір способу захисту є прерогативою позивача [10]. Спірною є й оцінка судового контролю як специфічної форми здійснення правосуддя, адже підстави для здійснення судового контролю можуть виникнути в межах

будь-якої форми правосуддя, в тому числі й у справах позовного провадження, наприклад, за наявності підстав для направлення повідомлення чи постановлення окремої ухвали (ст. 90 ГПК України), але при цьому форма правосуддя жодним чином не змінюється.

Отже, судовий контроль постає як такий аспект реалізації функції правосуддя, в межах якого суд як орган судової влади активно і цілеспрямовано впливає передбаченими процесуальним законом правовими засобами на розвиток правової ситуації у відносинах учасників судового процесу (причому в переважній більшості випадків — незалежно від позиції останніх), а у передбачених законом випадках — також і сторонніх стосовно процесу осіб, з метою приведення такої ситуації до параметрів ідеальної юридичної моделі, визначеної відповідно до норми права чи їх комплексу.

У науковій літературі виокремлюють різні види судового контролю. Особливе місце посідає конституційний контроль. Конституційний контроль здійснюється загальними державними органами, в законодавстві вони зазначені як суб'єкти права щодо конституційного подання — Президент, парламент (не менш ніж 45 народних депутатів України), Верховний Суд України, Уповноважений Верховної Ради з прав людини (омбудсман), Верховна Рада Автономної Республіки Крим, і спеціалізованими органами конституційного контролю. До таких органів в Україні належить єдиний орган конституційної юрисдикції — Конституційний Суд України, який здійснює судовий конституційний контроль та захист основ конституційного ладу, основних прав і свобод людини та громадянина, забезпечення верховенства права і прямої

дії Конституції на всій території України.

Інтеграція України в Європейський правовий простір сприяла створенню адміністративної юстиції, окремої спеціалізованої системи адміністративних судів, яка входить до системи судів загальної юрисдикції. Метою створення нової судової вертикалі було впровадження швидкого та ефективного механізму контролю за законністю й обґрунтованістю рішень і дій державних органів посадових осіб і державних службовців, у разі їх оскарження до суду. Кодекс адміністративного судочинства, в ч. 2 ст. 2 якого визначено предметну компетенцію адміністративних судів, тобто можливість оскарження будь-яких рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності Конституцією чи законами України встановлено інший порядок судового провадження.

Важливу роль для захисту прав і свобод людини відіграє контрольна діяльність суду на досудових стадіях кримінального процесу та при здійсненні оперативно-розшукових заходів. Велику увагу, щодо цієї діяльності суду звернули розробники нового КПК, закріпивши в національному законодавстві інститут слідчого судді, раніше відсутній у вітчизняній доктрині кримінального процесу.

Самостійним видом судового контролю є й контрольна діяльність господарських судів, здійснювана у процесі реалізації ними функції правосуддя у справах господарської юрисдикції.

Залежно від якісної специфіки конкретних правових засобів, що застосовуються господарським судом під час здійснення судового контролю в господарському судочинстві, а також за-

лежно від сфер здійснення такого контролю в межах господарської юрисдикції виокремлюють такі форми судового контролю:

1. *Генеральна форма судового контролю* — постановлення окремої ухвали чи направлення повідомлення відповідно до ст. 90 ГПК України. Зазначена форма судового контролю є традиційною та характеризується тим, що за наявності для цього підстав може здійснюватися в будь-якій справі й в будь-якому виді провадження.

Окрема ухвала та повідомлення господарського суду за своєю правовою природою є засобами реагування. Відповідно до ст. 90 ГПК України господарський суд, виявивши при вирішенні господарського спору порушення законності або недоліки в діяльності підприємства, установи, організації, державного чи іншого органу, виносить окрему ухвалу. Реалізація контрольних функцій розпочинається у цьому випадку не спочатку процедури вирішення (розв'язання) спору, а з моменту виявлення правопорушень або інших негативних явищ, про які стало відомо, внаслідок вивчення матеріалів справи, під час провадження на різних стадіях господарського процесу.

Постанова пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 р. № 18 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» акцентує увагу на тому, що окрема ухвала виноситься, як правило, одночасно з рішенням у справі. Водночас з урахуванням обставин конкретної справи суд може винести окрему ухвалу в будь-який момент часу в процесі розгляду справи.

Окрема ухвала господарського суду — це дієвий процесуальний засіб усунення причин та умов, що сприяють виникненню правопорушень. Од-

нак виконувати це своє призначення вона може лише тоді, коли в ній міститься глибокий і ґрунтовний аналіз спірних правовідносин, причин та умов правопорушень, конкретні пропозиції та рекомендації щодо їх усунення, а також коли суддя, що її постановив, здійснює принциповий, послідовний контроль за тим, щоб ця ухвала виконувалася у строк і в повному обсязі.

Окрема ухвала надсилається відповідним підприємствам, установам, організаціям, державним та іншим органам, посадовим особам, які несуть відповідальність за ухилення від виконання вказівок, що містяться в окремій ухвалі, в порядку та розмірі, передбачених законодавством.

Якщо при вирішенні господарського спору господарський суд виявить у діяльності працівників підприємств та організацій порушення законності, що містять ознаки дії, переслідуваної у кримінальному порядку, господарський суд надсилає про цей факт повідомлення органам внутрішніх справ чи прокуратури. Таке викладення диспозиції статті підкреслює саме контрольний характер діяльності суду. Господарський суд, розглянувши справу, не просто оприлюднює виявлені негативні явища або ознаки здійснення злочину шляхом проголошення рішення, а зобов'язаний відреагувати належним чином, а саме винесенням відповідних спеціальних актів. Залишення цих актів поза увагою, а також ухилення від вказівок, що в них містяться, тягне за собою встановлену законодавством відповідальність.

Окрему ухвалу може бути винесено щодо будь-якого підприємства, установи, організації, державного чи іншого органу, незалежно від їх участі у справі. Тобто діяльність суду щодо виявлення недоліків та порушень має

широкий характер, не обмежуючись тільки учасниками судового процесу.

До того ж згадана вище постанова Пленуму ВГСУ вимагає від суддів утримуватися від абстрагованого підходу щодо нібито скоєних порушень, адже у її п. 5.3 зазначено: «В окремій ухвалі має бути зазначено закон чи інший нормативно-правовий акт (у тому числі його стаття, пункт тощо), вимоги яких порушено, і в чому саме полягає порушення. Просте перерахування допущених порушень без зазначення конкретних норм чинного законодавства або перерахування норм права, порушення яких встановлено у судовому розгляді, є неприпустимим. Вказівки, що містяться в окремій ухвалі, повинні бути максимально конкретними і реальними для виконання».

2. Судовий контроль за виконанням судових рішень.

Частиною 5 ст. 124 Конституції України встановлено, що судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України. Тому жодними законами не можуть встановлюватися норми, які обмежують виконання таких рішень. Невиконання судових рішень постає як величезна проблема в сучасній Україні, яка стоїть на заваді реалізації принципу верховенства права. Доступність, високопрофесійність, оперативність та інші чинники якісного судового захисту не дають необхідного ефекту, якщо у країні не виконуються судові рішення. Великий відсоток скарг проти України надходить до Європейського суду з прав людини саме через невиконання рішень національних судів або виконання їх у нерозумний строк. У цьому аспекті судовий контроль у цій сфері судової діяльності набуває величезного значення.

У постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 р. № 10 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» прямо зазначається, що розгляд господарськими судами скарг у порядку ст. 121-2 ГПК України є однією з форм судового контролю щодо виконання рішень, ухвал, постанов, а виконання рішення, ухвали, постанови господарського суду є невід'ємною частиною судового процесу.

Суд здійснює контроль у виконавчому провадженні у випадку оскарження дій державного виконавця. Скарги на дії чи бездіяльність органів Державної виконавчої служби щодо виконання рішень, ухвал, постанов господарських судів можуть бути подані стягувачем, боржником чи прокурором протягом десяти днів з дня вчинення оскаржуваної дії, або з дня, коли зазначеним особам стало про неї відомо, або з дня, коли дія мала бути вчинена. Скарги на дії органів Державної виконавчої служби розглядаються господарським судом, про час і місце засідання якого повідомляються ухвалою стягувач, боржник чи прокурор та орган виконання судових рішень. За результатами розгляду скарги виноситься ухвала, яка надсилається стягувачеві, боржникові та органу виконання судових рішень. Ухвала може бути оскаржена.

Механізм судового контролю в розглядуваній сфері набуде ще більшого значення у випадку впровадження в Україні недержавної форми виконання рішень. На цей час розроблено декілька проектів закону, який регламентуватиме діяльність присяжних (приватних) виконавців. Оскільки, ці особи не матимуть статусу державного службовця, то на них не поширюватиметься внутрішній дисциплінарний

контроль, як на державних виконавців. І хоча законопроект передбачає створення системи контролю у цій сфері з боку Міністерства юстиції, законодавцю необхідно визначити порядок судового оскарження будь-яких рішень, дій чи бездіяльності присяжних виконавців.

Здійснення судом контролю за виконанням судових рішень сприяє вирішенню багатоаспектної проблеми невиконання або неналежного виконання судових рішень. Законодавець наділив суд повноваженнями щодо запобігання можливому порушенню прав та свобод учасників виконавчого провадження та осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій та відновлення їх права в разі порушення, виділив цю діяльність в окрему процесуальну процедуру, закріплену в окремому розділі ГПК України. Передбачена законом контрольна діяльність суду в цій сфері є гарантією реального захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів осіб, які звертаються до суду.

Необхідно наголосити, що оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних виконавців є лише однією з можливих форм судового контролю за виконанням судового рішення. Контрольні повноваження суду у сфері виконання судових рішень фактично реалізуються також через процесуальну діяльність у частині вирішення питань щодо зміни чи встановлення способу і порядку виконання, поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання, відстрочки та розстрочки виконання.

3. Судовий контроль у сфері діяльності третейських судів.

Господарські суди розглядають справи про оскарження рішень третейських судів та про видачу виконав-

чих документів на примусове виконання рішень третейських судів, утворених відповідно до Закону України «Про третейські суди». Видається, що така діяльність також є своєрідною формою контролю з боку держави в особі органів судової влади за діяльністю цих «квазісудових органів», діяльність яких свого часу викликала багато зауважень.

Законодавець розробив механізм контролю діяльності цього недержавного незалежного органу, в тому числі шляхом включення до ГПК України окремого розділу 14 «Провадження у справах про оскарження рішень третейських судів та про видачу виконавчих документів на примусове виконання рішень третейських судів». Таким чином, держава, в особі суду, отримала можливість запобігти фактам протиправного заволодіння майном, втручання в державну діяльність та іншим проявам зловживання правом на захист.

Перегляд рішень суду, що оскаржуються, в апеляційному та касаційному порядку як такий є формою процесуального ревізійного контролю їх законності й обґрунтованості. Такий підхід притаманний європейській концепції права. Наприклад ст. 1 Рекомендацій № R (95) 5 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно введення в дію вдосконалення функціонування систем і процедур оскарження із цивільних і торговельних справ від 7 лютого 1995 р. має назву «право на судовий контроль». Натомість правова природа перегляду рішень третейського суду має дещо інший характер, оскільки вони не є актами судової влади. Третейський суд — недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та/або юридичних

осіб у порядку, передбаченому законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин. Третейські суди не входять до судової системи України, яка зафіксована у ст. 3 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», а отже, не є органами правосуддя.

Правова природа третейського розгляду полягає в тому, що дві сторони довіряють вирішення спору і винесення рішення третій особі. Істотна відмінність третейського розгляду справ від інших форм захисту суб'єктивних цивільних прав полягає у «відсутності держави» в механізмі прийняття рішення в соціально значущому спорі. Ю. Притика визначає спеціальний статус третейського суду, як правозахисного органу, що є відмінним від поняття державного суду, на підставі приватноправової природи інституту третейського розгляду, а також як певного посередника у вирішенні спорів.

Рішенню третейського суду не притаманна така ознака, як виключність, а саме рішення може бути предметом судового контролю. Договірний характер організації третейського розгляду, альтернативність державному судочинству у підході до форми вирішення конфліктів передбачає виключення можливості застосування будь-якого примусу при виконанні рішення стосовно результатів розгляду справи. Примусове виконання можливе тільки під контролем держави за допомогою державного ж органу у випадку відмови відповідача виконати рішення третейського суду.

Третейські суди, у тому числі й ті, що постійно діють, не можуть видавати накази та інші виконавчі документи. Це правило є імперативним і не може змінюватися ні в регламентах, ні в положеннях, ні в статутах та інших до-

кументах постійно діючих третейських судів, ні угодою сторін.

Сутність контрольної функції суду в цьому аспекті судової діяльності полягає в тому, що господарський суд є додатковим шабелем легімізації рішення третейського суду. Законодавець визначає та підкреслює компетенцію саме держави в питаннях щодо прийняття рішення про можливість примусового виконання рішення третейського суду. Держава в особі компетентного суду як носія державної влади видає виконавчий документ, виконання ж його здійснює Державна виконавча служба, тобто орган Міністерства юстиції України.

Компетентний суд як орган державного контролю у цьому випадку аналізує та дає оцінку відповідності рішення третейського суду законодавству України та його повноважності при вирішенні питання щодо зобов'язання спеціального органу, Державної виконавчої служби прийняти на виконання рішення третейського суду. Під час розгляду заяви про видачу виконавчого документа компетентний суд повинен витребувати справу з постійно діючого третейського суду, в якому зберігається справа, яка має бути направлена до компетентного суду протягом п'яти днів від дня надходження вимоги. У такому випадку строк вирішення заяви про видачу виконавчого документа продовжується до одного місяця. Тобто в законі наголошується, що суд саме розглядає справу, тобто вивчає питання щодо можливості видачі чи не видачі виконавчого документа, а не виконує формальну функцію з допуску до виконання.

4. Судовий контроль у процедурі банкрутства.

Розглянуті вище форми судового контролю притаманні також і цивіль-

ному судочинству. Але на сучасному етапі розвитку правової системи України законодавством передбачена така контрольна діяльність, яку виконують тільки господарські суди. Йдеться про провадження у справах про банкрутство.

Одним із головних завдань суду в процедурі банкрутства є забезпечення умов для фінансового оздоровлення суб'єкта господарювання та, за можливості, усунення всіх негативних наслідків, що можуть виникнути після ліквідації підприємства в разі банкрутства.

Під час розгляду справи про банкрутство господарський суд від імені держави здійснює контрольні функції щодо учасників процедури банкрутства. Провадження у справах про банкрутство значно відрізняється від позовного. Учасники судового процесу також інші, замість традиційного складу учасників судового процесу (позивач, відповідач, треті особи), сторонами є боржник і кредитор (комітет кредиторів), передбачена участь: арбітражного керуючого, санатора, власника майна, державного органу з питань банкрутства, органів місцевого самоврядування, Фонду державного майна України, трудового колективу боржника. Велика частина перелічених органів, у свою чергу, також виконує функції з контролю. У зв'язку з величезним значенням для економічного розвитку та стабільності держави питань фінансової санації і банкрутства підприємств законодавець передбачив широкі комплексні заходи державного контролю щодо процесів, які відбуваються в цій сфері.

У процедурі банкрутства бере участь величезний масив контролюючих органів: Державний орган з питань банкрутства відповідає за діяльність арбітражних керуючих, ве-

де профілактику фіктивного банкрутства та ін. Державна податкова служба контролює правильне і своєчасне перерахування платежів та податків до бюджету; Фонд державного майна України відстоює майнові інтереси держави; Антимонопольний комітет України бере участь у процедурах банкрутства підприємств-монополістів; державні фінансові органи залучаються у випадках банкрутства страхових агенцій та ін.; центральні органи виконавчої влади здійснюють контроль, у випадках банкрутства і санації містотворюючого або особливо небезпечного підприємства, шляхом участі їх представників в судовому процесі, аналогічні підстави участі у процедурі банкрутства органів місцевого самоврядування.

Господарський суд за своїм статусом є головним та найбільш впливовим суб'єктом у системі органів державного контролю у процедурі банкрутства. Більше того, процедура банкрутства підприємства будь-якої форми власності як така не може відбутися без судового розгляду, де роль суду автоматично стає керівною. Отже, роль суду в процедурі банкрутства як органу контролю (у тому числі) проявляється в обов'язку призначення арбітражного керуючого (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор), спеціального суб'єкта, на якого, окрім іншого, покладаються повноваження щодо нагляду та контролю за управлінням і розпорядженням майном боржника на період провадження у справі про банкрутство. Господарський суд делегує функцію контролю, щодо належного проведення процедур розпорядження майном, санації та ліквідації, самостійній процесуальній фігурі, арбітражному керуючому. Але це не означає, що арбітражний керуючий наділений можливістю

та повноваженнями здійснювати судову процедуру. Сама ж діяльність цієї особи відбувається під контролем суду і знаходиться під його постійним наглядом. Суд контролює діяльність арбітражного керуючого, перевіряє законність та обґрунтованість його дій та дій інших учасників процесу. Окрім суду, контроль за діями арбітражних керуючих здійснюють комітет кредиторів (приватний контроль) та державний орган з питань банкрутства (професійний контроль).

Господарський суд у процедурі банкрутства є органом, який перевіряє законність та економіко-правову обґрунтованість дій сторін та учасників провадження у процедурі банкрутства, тобто здійснює контрольні функції як процесуально-наглядові. Про це слушно зазначає І. Вечірко [11]. Господарський суд, виступаючи основним суб'єктом процесуальних відносин у справах про банкрутство, наділяється спеціальними повноваженнями, які відсутні в позовному провадженні у господарському судочинстві.

Наведені вище форми судового контролю незалежно від мети їх спрямування є засобами захисту прав та законних інтересів людини та держави, а також гарантіями, які у своїй сукупності забезпечують захист прав усіх суб'єктів права власності й господарювання та їх рівність, гарантовані Конституцією України. При цьому всі ці форми судового контролю здійснюються в межах реалізації господарським судом функції правосуддя, постаючи як її суттєвий аспект при будь-якій формі її реалізації.

Звичайно, наведені визначення категорій судового контролю, його видів та форм не претендують на безспірність й постають як певна передумова для подальшого вивчення окресленої проблематики, до якої також слід

віднести й питання про доцільність розширення засобів, за допомогою яких здійснюється судовий контроль у господарському судочинстві, в тому числі за рахунок відновлення у складі господарської юрисдикції такого її елементу, як справи про визнання

недійсними актів державних та інших органів, безпосередньо пов'язаних із здійснення господарської діяльності позивачем. Втім, зазначене питання є доволі ємким й заслуговує на окреме дослідження.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Смокович М. Судова влада: місце в суспільстві та судовий контроль // Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. — 2012. — № 3. — С. 34–40.
2. Демченко С. Ф. Теоретико-методологічні засади ефективності господарського судочинства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04. — К., 2010.
3. Шаповалова О. В., Белоусов Р. О. Правові проблеми судового контролю у спорах із державно-приватного партнерства // Вісник господарського судочинства. — 2013. — № 2. — С. 303–308.
4. Білоус В. Т., Молдован В. В. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України. — К., 2002.
5. Штогун С. Функції та повноваження судової влади // Юридична Україна. — 2008. — № 4. — С. 88–92.
6. Орзих М. Ф. Судебная власть в механизме защиты прав человека: доктрина и практика // Юридичний вісник. — 2001. — № 4. — С. 117–128.
7. Чепурнова Н. М., Дюкова Е. А. Судебный контроль как вид государственной деятельности государства // Российский судья. — 2007. — № 10. — С. 16–18.
8. Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве. — Н. Новгород, 2002.
9. Нажимов В. П. Суд как орган правосудия по уголовным делам в СССР : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1971. — С. 19–21.
10. Матеріали справи № 40/118-07 // Архів господарського суду Харківської області.
11. Вечирко И. А. Правовое регулирование процессуальных отношений по делам о банкротстве в Украине : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04. — Киев, 2011.

Хотенець П. В. Форми реалізації функції судового контролю в господарському судочинстві

Анотація. У статті досліджується феномен судового контролю в аспекті форм його реалізації в господарському судочинстві. Доводиться, що судовий контроль є таким аспектом реалізації функції правосуддя, в межах якого суд як орган судової влади активно і цілеспрямовано впливає передбаченими процесуальним законом правовими засобами на розвиток правової ситуації. Виокремлюється генеральна та спеціальні форми судового контролю, досліджуються особливості цих форм.

Ключові слова: судовий контроль, форми судового контролю, господарське судочинство, правосуддя.

Хотенець П. В. Формы реализации функции судебного контроля в хозяйственном судопроизводстве

Аннотация. В статье исследуется феномен судебного контроля в аспекте форм его реализации в хозяйственном судопроизводстве. Доказывается, что судебный контроль является таким аспектом реализации функции правосудия, в рамках которого суд как орган судебной власти активно и целенаправленно воздействует предусмотренными процессуальным законом правовыми средствами на развитие правовой ситуации. Выделяется генеральная и специальная формы судебного контроля, исследуются особенности этих форм.

Ключевые слова: судебный контроль, формы судебного контроля, хозяйственное судопроизводство, правосудие.

Khotenets P. Forms of Realization of Court Control Function in Commercial Court Procedure

Annotation. The article explores current issues of court control in aspect of forms of its realization in commercial court procedure. The author establishes the nature of court control as one of aspects of realization of justice function within the limits of which court as judicial authority body actively and purposefully influences by certain legal procedure remedies on progress of legal situation. General and special forms of court control are distinguished and their peculiarities are explored.

Key words: court control, forms of court control, commercial court procedure, justice.

ПРАВОВИЙ СТАТУС УПОВНОВАЖЕНОГО ОРГАНУ З ПИТАНЬ ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ В УКРАЇНІ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ



М. РІЗАК

*кандидат юридичних наук,
помічник-консультант
народного депутата України*

22 лютого 2013 р. Верховна Рада України 315 голосами народних депутатів України прийняла Заяву № 30-VII «Про реалізацію євроінтеграційних прагнень України та укладення Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом». Одним із важливих кроків євроінтеграції є суттєве удосконалення законодавства про персональні дані в частині організації органу державної влади щодо забезпечення недоторканності приватного життя людей. Важливість цього питання також підкреслюється тим, що в лютому цього року у Верховній Раді України зареєстровано три законопроекти у цьому напрямі: «урядовий», «опозиційний» та «позафракційний».

Проблема недоторканності персональних даних, особливо останнім часом, неодноразово ставала предметом бурхливих дискусій як науковців, за-

конотворців, політиків, так і, власне, безпосередньо споживачів інформації. Питання правового регулювання обігу та обробки персональних даних розглядають такі науковці, як А. Аріфулін, В. Брижко, І. Вельдер, А. Марущак, І. Оніщенко, А. Пазюк та ін.

Водночас питання правового статусу органу, що забезпечує гарантування недоторканності персональних даних, на сьогодні залишаються мало вивченими. Поява органу, що здійснює контроль за додержанням законодавства про захист персональних даних у системі органів державної влади, безумовно, є більш ніж своєчасним і необхідним заходом, особливо в рамках адміністративно-правової реформи в Україні. Його успішне функціонування є запорукою захищеності прав і свобод людини та громадянина у сфері обігу та обробки персональних даних, сприяє підвищенню ступеня

свободи громадян, зміцненню правої захищеності й безпеки особи. Саме тому автор ставить собі за мету на основі європейського досвіду запропонувати національний механізм забезпечення незалежності органу гарантування недоторканності приватного життя від інших органів державної влади України.

Регламент Європейського Парламенту та Ради № 45/2001 від 18 грудня 2000 р. «Про захист прав приватних осіб щодо обробки персональних даних органами та установами ЄС та про вільний рух таких даних» (далі — Регламент [2]) у ст. 41 заснував новий незалежний інститут Європейського Уповноваженого із захисту даних (далі — Уповноважений ЄС), основним завданням якого є забезпечення поваги прав на недоторканність приватного життя і захисту персональних даних усіма союзними органами та інститутами. Уповноважений ЄС відповідальний за забезпечення застосування норм Постанови 45/2001, будь-якого іншого союзного акта у сфері персональних даних усіма союзними структурами, а також за консультування останніх з усіх питань обігу персональних даних. Зазначимо, що згідно зі ст. 22 Закону України «Про захист персональних даних» контроль за додержанням законодавства про захист персональних даних у межах повноважень, передбачених законом, здійснює уповноважений державний орган з питань захисту персональних даних¹ [1].

Варто звернути увагу на те, що призначення на посаду Уповноваженого ЄС із захисту даних здійснюється за результатами публічного конкурсу кандидатів. Рішенням Європейського

Парламенту і Ради від 22 грудня 2003 р. на 5-річний термін був призначений перший Уповноважений ЄС — П. Хустінкс, який посідав до цього посаду Президента Голландського агентства із захисту персональних даних. Разом з Уповноваженим ЄС на аналогічний термін за тією самою процедурою призначається і його заступник. Таким чином, відлік мандата нової повноважної посадової особи ЄС розпочався з 2004 р. [3, 73–74].

Один із головних принципів діяльності Уповноваженого ЄС є його незалежність, саме така позиція висловлена в постанові Суду Європейського Союзу від 9 березня 2010 р. (Європейська Комісія/Німеччина, справа № C-518/07, ECR 2010 р. стор. 1–1885), в якій передбачено, що «незалежність органу з захисту персональних даних є найважливішою вимогою європейських норм» [14]. Незалежність Уповноваженого ЄС забезпечується за допомогою цілої низки заходів, передбачених Регламентом, серед яких вважаємо за потрібне виокремити такі:

1) відповідно до ст. 42 (2) кандидат на високу посаду може бути обраний з числа осіб, чия незалежність не викликає сумнівів і хто володіє досвідом і навичками, необхідними для роботи на зазначеній посаді, наприклад, завдяки їх попередній участі в роботі національних органів із захисту персональних даних країн — учасниць ЄС;

2) Уповноважений ЄС звільняється або позбавляється привілеїв тільки за рішенням Суду Європейських Співтовариств на вимогу Європейського Парламенту, Ради ЄС або Європейської Комісії в разі невідповідності вимогам, необхідним для виконання їх

¹ Необхідність створення такого органу була зумовлена змістом міжнародних договорів України, у тому числі Конвенцією та Додатковим протоколом до неї про спостережні органи та транскордонну передачу інформації від 8 листопада 2001 р.

обов'язків, або у випадку вчинення посадового злочину;

3) Уповноважений ЄС користується всіма привілеями та імунитетами, передбаченими для суддів Суду Європейських Співтовариств згідно з Протоколом привілеїв та імунитетів ЄС;

4) Уповноважений ЄС та його заступник при виконанні своїх обов'язків діють абсолютно незалежно і не звертаються за вказівками, а також не отримують будь-яких вказівок від будь-кого.

Упродовж дії їх мандату вони не можуть займатися діяльністю, несумісною з їх посадовими обов'язками, незалежно від того, чи є вона прибутковою чи ні. Крім того, після завершення строку дії свого мандата вони повинні з особливою розсудливістю вибирати подальший вид своєї роботи;

5) На Уповноваженого ЄС та його штат як в період їх роботи, так і після його завершення поширюється правило про збереження конфіденційності всієї інформації, що стала їм доступною у зв'язку з виконанням своїх посадових обов'язків [2].

Передбачається, що Уповноважений ЄС відіграватиме значну роль у політиці щодо захисту персональних даних за допомогою надання консультативних роз'яснень як за власною ініціативою, так і у відповідь на звернення зацікавлених органів. Консультативна функція також проявляється на вищому рівні, зокрема у співпраці з Європейською Комісією з питань прийняття нормативних актів стосовно захисту прав приватних осіб при обробці персональних даних [4, 75].

Керуючись загальними вимогами міжнародних стандартів і законодавчої практики країн Європи, зокрема ст. 13 Конвенції № 108 Ради Європи, першочерговими, на нашу думку, нор-

мативно-правовими актами, які необхідні для ефективного функціонування системи гарантування безпеки обігу та обробки персональних даних, є: 1) Закон України про Уповноваженого з питань недоторканності приватного життя; 2) закріплення на законодавчому рівні положення про надання ліцензій на здійснення діяльності у сфері захисту персональних даних; 3) закріплення на законодавчому рівні порядку реєстрації баз персональних даних.

Разом із тим належний та повноцінний захист персональних даних у різних органах державної влади, організаціях, установах та підприємствах, а також ефективна робота уповноваженого органу просто неможливі без низки підзаконних нормативно-організаційних актів, які покликані конкретизувати окремі напрями захисту персональних даних. До таких документів, зокрема, слід віднести також акт, що визначає роботу уповноваженого організації (фірми) із захисту персональних даних [5, 121].

Спираючись на європейську практику країн, де вже не один рік функціонують цільові закони та сформований відповідний правовий механізм гарантування безпеки обігу та обробки персональних даних, спробуємо проаналізувати чинні нормативно-правові акти України у цій сфері.

Так, зокрема, Указом Президента України «Про затвердження Положення про Державну службу України з питань захисту персональних даних» від 6 квітня 2011 р. (далі — Положення) [6, 36] уповноваженим державним органом з питань захисту персональних даних визначено Державну службу України з питань захисту персональних даних, серед основних завдань якої — реєстрація баз персональних даних. Згідно з цим Поло-

женням Державна служба України з питань захисту персональних даних (далі — ДСЗПД України) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра юстиції України. ДСЗПД України входить до системи органів виконавчої влади, забезпечує реалізацію державної політики у сфері захисту персональних даних.

На перший погляд це відповідає європейському досвіду, де існує інститут уповноваженого з питань захисту персональних даних. Однак, на відміну від України, Уповноважений ЄС та аналогічні органи в європейських країнах є незалежною структурою, яка, проте, може призначатися владними органами, що забезпечує баланс особистих, громадських та державних інтересів [7].

Крім того, згідно з положеннями ст. 28 Директиви 95/46/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС від 24 жовтня 1995 р. про захист прав приватних осіб щодо обробки персональних даних і про вільний рух таких даних відповідний державний орган обов'язково повинен діяти в умовах повної незалежності та складати регулярні звіти про свою діяльність, які підлягають опублікуванню.

Натомість, у нашому законодавстві немає жодних положень про незалежність уповноваженого органу, а системний аналіз п. 9 (ДСЗПД України очолює голова, якого призначає на посаду за поданням Прем'єр-міністра України, внесеним на підставі пропозицій Міністра юстиції України, та звільняє з посади Президент України) та п. 10 (Першого заступника, заступника Голови ДСЗПД України призначає на посади Президент України за поданням Прем'єр-міністра України, внесеним на підставі пропозицій Голо-

ви ДСЗПД України, погоджених із Міністром юстиції України. Першого заступника, заступника Голови ДСЗПД України звільняє з посад Президент України [6]) Положення про Державну службу України з питань захисту персональних даних дають змогу констатувати, що така незалежність взагалі відсутня, що унеможливорює забезпечення захисту інтересів громадянина від неправомірних дій щодо його персональних даних.

Досвід низки європейських країн свідчить також і про те, що Уповноважений орган з питань захисту персональних даних — це структура, яка зазвичай підзвітна парламенту, адже має спеціальні повноваження зі здійснення нагляду і контролю за суспільними правовідносинами у сфері захисту персональних даних та несе відповідальність за вирішення питань щодо виконання законодавства у сфері обігу та обробки персональних даних. Наведемо кілька прикладів.

Австрія: спочатку передбачалося запровадження посади Омбудсмена з питань недоторканності приватного життя, проте, після п'ятирічних дебатів Закон «Про захист даних» 1978 р. встановив подвійну регулюючу структуру, що складається з Ради із захисту даних та Комісії із захисту даних [8].

Бельгія: законодавчий акт 1992 р. про захист даних засновує спеціальний незалежний орган влади — Комісію із захисту недоторканності приватного життя, яка відповідає за забезпечення «добросовісної практики щодо файлів даних» [9].

Велика Британія: у 1998 р. британський парламент затвердив Акт про права людини, що надає Європейській конвенції з прав людини силу національного закону; цей процес повинен був завершитися законодавчим за-

кріпленням права на недоторканність приватного життя. Акт набрав чинності в жовтні 2000 р. У липні 1998 р. парламент прийняв Закон про захист інформації, що приводить аналогічний Закон 1984 р. у відповідність до вимог Директиви про захист інформації, прийнятої Європейським Союзом. Дія закону поширюється на облікові записи, що ведуться державними установами та приватними компаніями. Він накладає ряд обмежень на використання персональних даних та на доступ до облікових записів, а також зобов'язує юридичні особи, які ведуть такі записи, реєструватися в Комісаріаті із захисту інформації. Комісаріат із захисту інформації є незалежним агентством, що забезпечує дотримання вимог закону [10].

Німеччина: Інститут Уповноваженого з питань захисту персональних даних почав формуватися в 1970 р., коли на Землі Гессен вперше у світі був прийнятий цільовий Закон «Про захист даних». Закон установив державну посаду Комісара з захисту даних на правах єдиначальності. Цьому виборному державному службовцю закон надав і забезпечив право повної незалежності від владних структур (жоден орган виконавчої влади не може давати йому вказівки), а також надав право спостереження за діяльністю щодо персональних даних. Як наглядова, незалежна інстанція, Комісар не несе прямої відповідальності за обробку персональних даних [11].

Угорщина: окремий інститут Уповноваженого з питань захисту персональних даних функціонує на підставі Закону від 10 листопада 1992 р. «Про захист інформації про особу і доступ до інформації, що становить суспільний інтерес». Закон визначив виборну посаду Парламентського комісара із

захисту інформації, що діє згідно з положеннями Закону про Парламентського комісара з прав громадян. Парламентський комісар зобов'язаний: контролювати виконання положень Закону; розглядати скарги з питань захисту інформації про особу; забезпечувати ведення реєстру захисту інформації тощо.

Зазначимо, що перші ідеї реформування інституційної системи захисту персональних даних в Україні, які дістали закріплення в ряді законопроектів, з'явилися лише в лютому місяці цього року. Так, зокрема, Концепція реформування мала на меті ліквідувати основну негативну рису ДСПЗПД та передбачала передачу функцій органу державного контролю у сфері захисту персональних даних Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини як органу, що має достатній рівень незалежності від органів виконавчої влади та інших державних органів для належного виконання відповідних обов'язків.

Разом із тим у контексті розгляду такої ініціативи, варто звернути увагу на те, що конституційно-правовий статус Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини суттєво обмежений ст. 101 Конституції України, яка закріплює, що він: «здійснює парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини та громадянина». У правовому відношенні це означає, що його повноваження багато в чому є похідними від повноважень Верховної Ради України, а отже, він не може наділятися повноваженнями, які виходять за межі повноважень парламенту, що становлять зміст відповідної парламентської функції та які визначаються виключно Конституцією України (ч. 2 ст. 85).

Незважаючи на те, що системний аналіз положень Конституції та Зако-

ну України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» свідчить про можливість Уповноваженого з прав людини здійснювати парламентський контроль за дотриманням конституційних прав і свобод людини та громадянина у всіх сферах суспільного життя (сфера правовідносин щодо персональних даних не є винятком. — М. Р.), це зовсім не означає, що на нього можуть покладатися контрольно-наглядові повноваження у сфері виконавчої влади, які виходили б за межі його конституційної функції як органу парламентського контролю. Таким чином, ініціативи виражені в законопроектах не узгоджуються з природою інституту омбудсманів, головне функціональне призначення якого полягає у здійсненні контролю за діяльністю саме органів виконавчої влади, що унеможливило б покладання на нього функцій органів виконавчої влади.

У зв'язку з входженням уповноваженого органу з питань захисту персональних даних у систему органів виконавчої влади України на сьогодні залишаються актуальними висновки експертів Ради Європи до Закону України «Про захист персональних даних» [12] та юридичний аналіз міжнародної організації «Артикль 19» [13], в яких вказується на необхідність внесення змін в організації моделі органу щодо захисту персональних даних, які забезпечать його незалежність [14].

Досвід європейських країн свідчить, що уповноважений орган з питань захисту персональних даних — це структура, яка зазвичай підзвітна парламенту, адже має спеціальні повноваження зі здійснення нагляду і контролю за суспільними правовідносинами у сфері захисту персональних даних, та несе відповідальність за вирішення

питань щодо виконання законодавства у сфері обігу та обробки персональних даних.

Крім того, враховуючи те, що у Верховній Раді України є більше 300 голосів народних депутатів України, які підтримують євроінтеграційний процес в Україні, на основі системного аналізу законодавства України, європейського досвіду та досвіду ряду зарубіжних країн, пропонуємо:

1) реорганізувати Державну службу України з питань захисту персональних даних в Уповноваженого з питань недоторканності приватного життя;

2) чітко визначити конституційно-правовий статус Уповноваженого з питань недоторканності приватного життя, як незалежного органу, що здійснює контроль за дотриманням законодавства про захист персональних даних;

3) з метою гарантування незалежності при здійсненні своїх повноважень Уповноваженим з питань недоторканності приватного життя закріпити в Конституції України процедуру обрання та звільнення Уповноваженого та його заступників.

Для забезпечення незалежності при виконанні своїх повноважень Уповноваженим з питань недоторканності приватного життя, пропонуємо:

1) частину 1 ст. 85 Конституції України доповнити пунктом «17-1» такого змісту: «17-1) призначення на посаду та звільнення з посади Уповноваженого з питань недоторканності приватного життя та його заступників за поданням Президента України»;

2) порядок роботи Уповноваженого з питань недоторканності приватного життя визначити у спеціальному Законі України.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Про захист персональних даних* : Закон України від 1 червня 2010 р. : офіц. вид. — К., 2010. — 34 с.
2. *Про захист прав приватних осіб щодо обробки персональних даних органами та установами ЄС та про вільний рух таких даних* : Регламент Європейського Парламенту та Ради № 45/2001 від 18 грудня 2000 р. // Інформаційне законодавство : зб. законодавчих актів : у 6 т. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Чижа. — К., 2005. — Т. 5. Міжнародно-правові акти в інформаційній сфері. — 328 с.
3. *Вельдер И. А.* Система правовой защиты персональных данных в Европейском Союзе : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10. — Казань, 2006. — 164 с.
4. *Арифудин А. А.* Защита частной жизни гражданина // Человек и закон. — 2007. — № 9. — С. 64–74.
5. *Брижко В. М.* Організаційно-правові питання захисту персональних даних : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. — К., 2004. — 203 с.
6. *Про затвердження Положення про Державну службу України з питань захисту персональних даних* : Указ Президента України від 6 квітня 2011 р. // Офіційний вісник України. — 2011. — № 28. — Ст. 1160.
7. *Онщенко І.* Захист персональних даних «по новому» — крок в Європу чи навпаки [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://news.ligazakon.ua/news/2011/1/17/36298.htm>.
8. *Законодательство в сфере защиты персональных данных и информационной безопасности.* Австрия [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.uipdp.com/solutions/services/consulting/legislation/eu/austria.html>.
9. *Законодательство в сфере защиты персональных данных и информационной безопасности.* Бельгия [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.uipdp.com/solutions/services/consulting/legislation/eu/belgium.html>.
10. *Законодательство в сфере защиты персональных данных и информационной безопасности.* Великобритания [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.uipdp.com/solutions/services/consulting/legislation/eu/england.html>.
11. *Законодательство в сфере защиты персональных данных и информационной безопасности.* Германия [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.uipdp.com/solutions/services/consulting/legislation/eu/germany.html>.
12. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zpd.gov.ua/dszpd/uk/publish/article/51507>.
13. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.article19.org/resources.php/resource/3391/en/ukraine:-data-protection-act-and-related-legislation>.
14. *Коментарі експертів Ради Європи до змін до Закону України «Про захист персональних даних»* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zpd.gov.ua/dszpd/doccatalog/document;jsessionid=E983633149E1026F4C1D23B38479491E?id=51483>.

Різак М. В. Правовий статус уповноваженого органу з питань захисту персональних даних в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку

Анотація. Статтю присвячено критичному аналізу сучасного правового статусу уповноваженого органу з питань захисту персональних даних в Україні, виходячи з європейського досвіду становлення інституту захисту персональних даних та його тенденцій розвитку.

Обґрунтовано необхідність зміни правового статусу уповноваженого органу з питань захисту персональних даних в Україні та запропоновано механізм реорганізації цього органу, який гарантуватиме його незалежність при виконанні своїх повноважень шляхом закріплення процедури призначення та звільнення керівника цього органу та його заступників у Конституції України.

Ключові слова: інституційна система захисту персональних даних, інформація, контроль за додержанням законодавства персональних даних, обіг персональних даних, обробка персональних даних, персональні дані.

Ризак М. В. Правовой статус уполномоченного органа по вопросам защиты персональных данных в Украине: современное состояние и перспективы развития

Аннотация. Статья посвящена критическому анализу современного правового статуса уполномоченного органа по вопросам защиты персональных данных в Украине, исходя из европейского опыта становления института защиты персональных данных и его тенденций развития.

Обосновано необходимость изменения правового статуса уполномоченного органа по вопросам защиты персональных данных в Украине и предложено механизм реорганизации этого органа, который будет гарантировать его независимость при исполнении своих полномочий путем закрепления процедуры назначения и увольнения руководителя этого органа и его заместителей в Конституции Украины.

Ключевые слова: институциональная система защиты персональных данных, информация, контроль по соблюдению законодательства персональных данных, оборот персональных данных, обработка персональных данных, персональные данные.

Rizak M. The Legal Status of the Authorized Body on Personal Data Protection in Ukraine: Current State and Prospects for Development

Annotation. The article is devoted to the critical analysis of the current legal status of the authorized body on personal data protection in Ukraine on the basis of the European experience of becoming the institute of protection of personal data and his development trends.

The necessity to change the legal status of the authorized body on personal data protection in Ukraine is substantiated and the mechanism of his reorganization which will guarantee its independence in the exercise of their powers by fixing procedures for the appointment and dismissal of the head of the body and his vice in the Constitution of Ukraine is proposed.

Key words: institutional system of protection of personal data, information, control over compliance with the law of personal data, circulation of personal data, processing of personal data, personal data.

Пропонується навчальний посібник:

Правознавство : навч. посіб. / В. М. Олуйко, Р. І. Кондратьєв, Р. О. Стефанчук та ін. ; за ред. Р. І. Кондратьєва. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 488 с.



У навчальному посібнику викладено матеріал з проблем правознавства, який написано відповідно до програми вивчення основ правознавства у загальноосвітній школі і максимально адаптовано до вимог вищої школи.

Посібник розраховано на абітурієнтів вищих навчальних закладів юридичного профілю, студентів вищих навчальних закладів та широкий читачський загал.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

ПЕНАЛІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ: ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ



О. КНИЖЕНКО

*доктор юридичних наук, доцент,
начальник відділу досліджень проблем
протидії злочинності*

*Науково-дослідного інституту
(Національна академія прокуратури України)*

На сьогодні особливо гостро постає питання визначення меж відповідальності осіб, які вчинили злочин. Ця проблематика ускладнюється змінами, пов'язаними з набранням чинності нового Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК України), оскільки у ньому передбачено, що кримінальне провадження проводиться як щодо злочинів, так і щодо кримінальних проступків. Однак чинний Кримінальний кодекс України (далі — КК України) передбачає відповідальність особи лише за вчинення злочину. Отже, перед правниками постало питання приведення чинного кримінального законодавства у відповідність до положень КПК України, в якому відобразилися положення Концепції реформування кримінальної юстиції, схваленої в 2008 р. (далі — Концепція).

Тривалість процесу реформування кримінальної юстиції свідчить про його складність та вимагає вирішення

концептуальних питань, одним з яких є питання пеналізації кримінальних правопорушень. Пеналізацію, насамперед, пов'язують із процесом встановлення виду та розміру покарання. Сучасні ж тенденції розвитку міжнародного кримінального права, національного кримінального законодавства та кримінально-правової доктрини свідчать, що покарання вже не є єдиною реакцією держави на вчинений злочин. Також слід зауважити, що Концепцією закладено підґрунтя реформування державної політики у сфері пеналізації кримінальних правопорушень. При цьому одним із критеріїв відмежування кримінального проступку від злочину Концепція визначає санкцію, оскільки саме завдяки їй можемо робити висновок про ступінь тяжкості злочину. Отже, питання пеналізації кримінальних правопорушень зумовлює вирішення іншої проблеми — визначення меж кримінально-правових санкцій.

Тому метою статті є окреслення перспективних шляхів вдосконалення процесу пеналізації кримінальних правопорушень.

Вочевидь, що з'ясування означеної проблематики відбуватиметься у двох площинах. Перша — це пеналізація злочинів, друга — конструювання кримінально-правових санкцій.

У доктрині кримінального права обидва ці питання є дискусійними та такими, що потребують вдосконалення.

Актуальним питанням механізму конструювання кримінально-правових санкцій та їх застосування присвячено чимало досліджень, серед яких праці Я. Брайніна, О. Буніна, О. Васильєвського, С. Дементьєва, Ю. Демидова, М. Дурманова, А. Ігнатова, І. Козаченка, А. Козлова, Л. Круглікова, О. Лейста, В. Мальцева, І. Нечаєвої, Н. Ниркової, Н. Огороднікової, Н. Орловської, П. Осипова, С. Полякова, В. Проценка, К. Самвелян, В. Силкіна, Д. Хан-Магомедова та інших вчених.

Під час дослідження конструювання кримінально-правових санкцій неабиякого значення набуває визначення термінології. Так, вченими вживаються такі поняття, як «встановлення кримінально-правових санкцій», «конструювання кримінально-правових санкцій» та «побудова кримінально-правових санкцій».

Зокрема, С. Дементьєв, М. Ковальов, А. Козлов та Н. Орловська у своїх працях, вживаючи термін «побудова», не дають його визначення. Це спробувала зробити І. Нечаєва у своїй дисертації «Побудова санкцій за злочини у сфері економічної діяльності» [1, 191]. Так, авторка під побудовою кримінально-правової санкції має на увазі діяльність законодавця з конструювання санкції кримінально-право-

вої норми, що полягає у встановленні залежно від характеру суспільної небезпечності діяння типового покарання (його виду і розміру) у санкції основного складу і його (покарання) градації, розподілі у кваліфікованому (особливо кваліфікованому, привілейованому) складі залежно від типової міри суспільної небезпечності діяння й особи, яка його вчинила [1, 74, 75, 176].

Як бачимо, вчена наголошує на декількох важливих, на нашу думку, ознаках побудови кримінально-правових санкцій. По-перше, цей процес пов'язаний із діяльністю законодавця. По-друге, йдеться про форми реакції з боку держави на вчинений злочин щодо особи, яка його вчинила. По-третє, відповідальність особи повинна бути диференційована.

Однак ми не можемо підтримати І. Нечаєву в тому, що процес встановлення (побудови) санкції має бути зведений лише до визначення виду й розміру покарання. Санкції охоплюють значно більший обсяг форм кримінально-правового впливу на осіб, які вчинили злочин. Зі сказаного також випливає такий висновок. Вважаємо, що, даючи визначення процесу встановлення (побудови) кримінально-правових санкцій, також слід зауважити, що диференціацію потрібно поширювати не лише на кримінальну відповідальність, а й на інші форми кримінально-правового впливу [2, 101].

Також слід зазначити, що законодавчим відображенням (кінцевим результатом) процесу конструювання кримінально-правових санкцій є юридична конструкція, яка знаходить свій прояв як у нормах Загальної частини, так і в нормах Особливої частини КК України.

Даючи визначення процесу встановлення кримінально-правових санк-

цій, вважаємо більш коректним термін «конструювання», оскільки йдеться про нормативно правовий акт, юридичну конструкцію. Термін же «побудова» є більш доречним при його вживанні у будівництві [3, 34].

Стосовно тих вчених, які присвятили свої наукові доробки питанням побудови кримінально-правових санкцій, однак не дали визначення цьому терміну, зазначимо таке. Увага цих авторів була прикута до проблем визначення меж санкцій, зокрема до мінімуму та максимуму покарання, яке має бути закріплено в них, аксіологічного аспекту цієї проблематики та функціональної спрямованості санкцій.

Так, В. Дуюнов зазначав, що при побудові системи санкцій у кримінальному законодавстві слід враховувати також комплекс законодавчо-технічних вимог, а саме єдність і взаємоузгодженість усіх санкцій, точність і правильність їх формулювання, узгодженість із диспозиціями кримінально-правових норм, забезпечення економії каральних засобів і стабільності чинного законодавства [4, 248].

На нашу думку, розробляючи проблеми конструювання кримінально-правових санкцій, слід враховувати й таке їх функціональне призначення, як диференціація та індивідуалізація відповідальності. Враховуючи, що диференціація відповідальності здійснюється законодавцем, а індивідуалізація — судом, то, вживаючи такий термін, як «встановлення санкцій», охоплюватимемо ним ці два процеси, оскільки «встановити», «встановлювати» означає «визначати, розпізнавати за певними ознаками, утверджувати» [5, 163, 1305]. Це й же термін слід вживати у разі розроблення загальних засад їх встановлення, оскільки ними охоплюється розгляд значно ширшого кола питань, ніж законодавчої техніки.

Підкреслимо, що у разі коли йдеться лише про нормативно-правовий акт, юридичну конструкцію, більш доцільно вживати поняття «конструювання санкцій». Для того щоб позначити процес вибору санкцій як законодавцем, так і правозастосовувачем, доцільно вживати термін «встановлення».

Якщо конструювання кримінально-правових санкцій вже стало предметом гострої дискусії на сторінках наукових публікацій, то на проблеми пеналізації злочинів увага зверталася в основному російськими вченими. В Україні монографічних праць, які б висвітлювали загальні питання теорії пеналізації, практично немає. Вони знаходять певне відображення у працях, присвячених криміналізації небезпечних діянь, але спеціальному дослідженню не піддавалися.

Пеналізація злочинів досліджувалася у працях І. Антонова, М. Валєєва, О. Коробєєва, Н. Лопашенко, А. Митрофанова, Ю. Пономаренко, П. Фріса та ін. Враховуючи те, що Концепцією та КПК України злочин визнано одним із видів кримінальних правопорушень, а також те, що вченими ще не приділена увага караності кримінальних проступків, вважаємо за доцільне зупинитися на дослідженні актуальних питань пеналізації злочинів. Це дозволить окреслити шляхи удосконалення державної політики щодо визначення адекватної реакції держави на вчинення кримінальних правопорушень.

На нашу думку, одночасне дослідження пеналізації злочинів та встановлення кримінально-правових санкцій спонукатиме до більш глибокого аналізу цих питань та до більш обґрунтованих висновків. Водночас конструювання санкцій неможливо досліджувати у відриві від кримінально-правової політики держави, яка визначає на-

прями у сфері пеналізації злочинів. У свою чергу, кінцевий результат пеналізації злочинів закріплюється у кримінально-правовій санкції. Частково ця думка підтверджується висновками М. Валеєва, на переконання якого, теорія пеналізації суспільно небезпечних діянь є науковим інструментом, за допомогою якого може вирішуватися завдання подальшого вдосконалення кримінального покарання [6, 4]. Однак не можемо з ним погодитися в тому, що теорію пеналізації злочинів він пов'язує лише із покаранням. Під пеналізацією суспільно небезпечних діянь він розуміє специфічну стадію боротьби зі злочинністю за допомогою кримінального покарання, на якій здійснюється його закріплення у кримінальному законі. Тому пеналізацію вчений розглядає як одну з форм юридичного відображення кримінально-правової політики [6, 7, 8].

Більш переконливим, на нашу думку, є І. Антонов. Зокрема, цілком обґрунтовано вчений завданням першого (законотворчого) етапу пеналізації визначає розробку і вдосконалення інститутів покарання, кримінально-правових санкцій, а також звільнення від кримінальної відповідальності та (або) покарання з метою підвищення ефективності їх застосування. Складність першого етапу пеналізації І. Антонов пов'язує з необхідністю розробки теорії конструювання кримінально-правових санкцій, поєднання волі законодавця з суддівським розсудом, диференціації кримінальної відповідальності, вдосконалення системи кримінальних покарань [7, 9].

Зокрема, І. Антонов пеналізацію визначає як процес встановлення характеру караності криміналізованих

законодавцем діянь, а також процес призначення покарання в судовій практиці. На його думку, пеналізація реалізується на законотворчому і правозастосовному рівнях. Основними способами її реалізації є диференціація та індивідуалізація кримінальної відповідальності та покарання. Процес визначення характеру караності діянь законодавцем і процес призначення покарання в судовій практиці можна розглядати як етапи пеналізації, що йдуть один за одним. Процес пеналізації суспільно небезпечних діянь є постійним, на відміну від процесу криміналізації, який закінчується на стадії формулювання і прийняття нової кримінально-правової норми [7, 8].

Подібної думки дотримується А. Митрофанов, який зазначає: «На відміну від криміналізації, що є виключною прерогативою законодавця, сфера застосування поняття пеналізації дещо ширша. Пеналізація — це процес визначення характеру караності діянь, а також їх фактична караність, тобто процес призначення кримінального покарання в судовій практиці. Пеналізація є кількісна сторона криміналізації, її показник, мірило» [8, 93].

Як вже зазначалося на початку статті, процес пеналізації на сьогодні не можна обмежувати лише покаранням. Даючи визначення пеналізації через таку ознаку, як караність, під якою розуміють загрозу застосування покарання за злочин, що міститься у кримінально-правових санкціях, вважаємо, що цим самим не слід обмежуватися лише санкцією статті Особливої частини КК України¹.

Наш висновок підтверджують слова російських вчених, які визнають, що пеналізація полягає у встановленні

¹ Вважаємо, що більш коректно вживати термін «санкції кримінально-правової норми». Однак у чинному Кримінальному кодексі України, наприклад, у статтях 52, 53, 65, 69 законодавець використовує термін «санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України».

принципів і критеріїв застосування найбільш суворого державного примусу за злочинні діяння, визнані злочинними; у формулюванні цілей кримінального покарання; у визначенні його видів і розмірів; *у пропозиції інших заходів кримінально-правового впливу* (курсив наш. — О. К.), необхідних і достатніх для впливу на осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння [9, 180].

Отже, констатуємо нерозривний зв'язок з такими процесами, як пеналізація та встановлення санкцій. Їх органічна єдність полягає насамперед у тому, що санкція, по-перше, є формальним відображенням процесу пеналізації (перший рівень пеналізації). Їй у цьому контексті санкцію слід тлумачити в її широкому значенні, охоплюючи й такі форми реакції держави на вчинене суспільно небезпечне діяння, як звільнення від покарання, його відбування та звільнення від кримінальної відповідальності [10, 295; 11, 246].

Окреслюючи шляхи реформування державної політики у сфері пеналізації кримінальних правопорушень, доцільно провести аналіз існуючих санкцій статей Особливої частини КК України, оскільки вони неадекватно відображають характер і ступінь суспільної небезпеки караних діянь. У зв'язку з цим справедливе твердження О. Коробєєва про те, що на сьогодні проблема визначення істинного ступеня суспільної небезпеки діянь ставиться з ніг на голову, і класифікація злочинів за ступенем тяжкості проводиться не шляхом об'єктивної оцінки шкоди, яку ним завдано, а завдяки лише орієнтації на санкцію, яка законодавцем сконструйована часто довільно. Отже, не санкції повинні визначати приблизну тяжкість криміналізованих діянь, а в самому діянні

необхідно шукати мірило, критерій його суспільної небезпеки [12, 144]. Разом із тим зазначимо, що упорядкування санкцій, приведення їх у відповідність до характеру і ступеня небезпеки діяння не зменшують значущості законодавчої класифікації діянь за ступенем суспільної небезпеки залежно від санкцій.

Тому пеналізація у законодавчій діяльності відображається у конструюванні юридичної норми й у цьому випадку доцільно вживати поняття «конструювання санкцій». Для правозастосування процес пеналізації зводиться до процесу вибору санкцій, отже, доцільно вживати термін «встановлення» санкцій.

Водночас зауважимо, що процес вибору санкцій під час застосування кримінально-правової норми може впливати на процес конструювання кримінально-правової санкції, оскільки саме судова практика здатна показати «життєздатність» прийнятої норми. Так, наприклад, у разі надмірної суворості санкції суди, часто використовуючи можливість призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, «діагностують» неприйнятність санкції.

Про неадекватність санкції кримінально-правової норми може свідчити й часте застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням. Зокрема, це стосується випадків коли з урахуванням обставин, які унеможливають призначення покарання, у суду, окрім альтернативи позбавленню волі, залишається хіба що звільнення від відбування покарання з випробуванням. У свою чергу, це говорить про відсутність ефективної форми кримінально-правового впливу щодо такої категорії осіб.

Таким чином, реформування процесу пеналізації злочинів нерозривно

пов'язано із конструюванням санкцій. Дослідження проблемних питань цих процесів дозволить виробити не тільки напрями державної політики у сфері пеналізації кримінальних правопорушень, вдосконалити кримінально-правові санкції, а й забезпечити реалізацію принципів кримінального права, що у сукупності дозволить ура-

хувати положення, відповідно до яких злочин та кримінальний проступок є видами кримінальних правопорушень.

Перспективами подальших наукових розробок може слугувати дослідження елементів процесу пеналізації кримінальних правопорушень.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Нечаева И. А.* Построение санкций за преступления в сфере экономической деятельности : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. — Краснодар, 2002. — 191 с.
2. *Книженко О. О.* Диференціація відповідальності у кримінальному праві // Вісник Кримінологічної асоціації України. — 2012. — № 2. — С. 91—102.
3. *Івченко А. О.* Тлумачний словник української мови. — Х., 2002. — 540 с.
4. *Дуюнов В. К.* Проблемы уголовного наказания в теории, законодательстве и судебной практике. — Курск, 2000. — 364 с.
5. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2003. — 1410 с.
6. *Валеев М. Т.* Свойства уголовного наказания в свете теории пенализации : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. — Томск, 2005. — 211 с.
7. *Антонов И. М.* Пенализация преступлений, причиняющих вред здоровью : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. — Хабаровск, 2004. — 223 с.
8. *Митрофанов А. А.* Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація. — О., 2004. — 132 с.
9. *Борзенков Г. Н., Комиссаров В. С., Кузнецова Н. Ф., Матвеева А. А., Тяжкова И. М.* Уголовная политика: понятие, содержание, методы и формы реализации // Уголовное право в XXI веке : материалы Междунар. науч. конф. на юрид. ф-те МГУ им. М. В. Ломоносова (31 мая — 1 июня 2001 г.). — М., 2002. — 240 с.
10. *Книженко О. О.* Санкції у кримінальному праві : моногр. — Х., 2011. — 336 с.
11. *Книженко О. О.* Актуальні питання заходів кримінально-правового впливу // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (11—12 жовт. 2012 р.) / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. — Х., 2012. — С. 243—247.
12. *Коробеев А. И.* Советская уголовно-правовая политика: Проблемы криминализации и пенализации. — Владивосток, 1987. — 268 с.

Книженко О. О. Пеналізація кримінальних правопорушень: перспективи вдосконалення

Анотація. Реформування кримінальної юстиції в Україні загострює питання визначення меж відповідальності осіб, які вчинили злочин. Необхідно урахувати й те, що новий Кримінальний процесуальний кодекс України передбачає, що кримінальне провадження проводиться як щодо злочинів, так і щодо кримінальних проступків. Розв'язання зазначеної проблематики потребує вирішення одного із концептуальних питань — питання пеналізації кримінальних правопорушень, яку, насамперед, пов'язують із процесом встановлення виду та розміру покарання. Процес пеналізації злочинів нерозривно пов'язаний із процесом встановлення кримінально-правових санкцій. Останній полягає насамперед у тому, що санкція є формальним відображенням процесу пеналізації. Процес визначення характеру караності діянь законодавцем і процес призначення покарання в судовій практиці можна розглядати як етапи пеналізації, що йдуть один за одним. Отже, дослідження проблемних питань цих процесів дозволить виробити не тільки напрями державної політики у сфері пеналізації кримінальних правопорушень, вдосконалити кримінально-правові санкції, а й забезпечити реалізацію принципів кримінального права, що у сукупності дозволить урахувати положення, відповідно до яких злочин та кримінальний проступок є видами кримінальних правопорушень.

Ключові слова: пеналізація, санкція, кримінально-правова санкція, конструювання санкцій, кримінальна відповідальність, покарання.

Книженко О. А. Пенализация уголовных правонарушений: перспективы совершенствования

Аннотация. Реформирование уголовной юстиции в Украине обостряет вопрос определения границ ответственности лиц, совершивших преступление. Необходимо учитывать также и то, что новый Уголовный процессуальный кодекс Украины предусматривает, что уголовное производство проводится как в отношении преступлений, так и уголовных проступков. Решение указанной проблематики требует решения одного из концептуальных вопросов — вопроса пенализации уголовных правонарушений, которое, в первую очередь, связывают с процессом установления вида и размера наказания. Процесс пенализации преступлений неразрывно связан с процессом установления уголовно-правовых санкций. Последний заключается прежде всего в том, что санкция является формальным отражением процесса пенализации. Процесс определения характера наказуемости деяний законодателем и процесс назначения наказания в судебной практике можно рассматривать как этапы пенализации, идущие друг за другом. Итак, исследование проблемных вопросов этих процессов позволит выработать не только направления государственной политики в сфере пенализации уголовных правонарушений, усовершенствовать уголовно-правовые санкции, но и обеспечить реализацию принципов уголовного права, что в совокупности позволит учесть положения, согласно которым преступление и уголовный проступок являются видами уголовных правонарушений.

Ключевые слова: пенализация, санкция, уголовно-правовая санкция, конструирование санкций, уголовная ответственность, наказание.

Knyzhenko O. Penalization of Criminal Offenses: Prospects for Improvement

Annotation. The reforming of the criminal justice in Ukraine exacerbates the issue of determining the boundaries of the perpetrators' responsibility. It also must be considered that the new Code of Criminal Procedure stipulates that the criminal trial is conducted in respect of the offenses and criminal misdemeanours. The solution of the problem requires one of the conceptual issues to be solved such as the penalization of criminal misdemeanours, which is primarily connected with the process of determination of punishment and its measure. The penalization of crimes is inextricably linked with the process of determination of criminal penalties. The latter is primarily concerned with the fact that the penalty is a formal reflection of the penalization. The process of determining of the punishment for acts by the legislator, and the process of sentencing in court practice can be regarded as stages of penalties which go after each other. Thus, the research of these issues will enable to develop not only the directions of the state policy in the sphere of penalization of criminal misdemeanours, enhance criminal penalties, but also ensure the implementation of the criminal law principles, which all combined will enable to take into account the statement under which the crime and the criminal misdemeanour are the kinds of criminal offenses.

Key words: penalization, sanction, criminal penalties, sanctions design, criminal liability, punishment.

СТАНОВЛЕННЯ НАУКОВИХ І ЦІННІСНИХ ЗАСАД ДІЯЛЬНОСТІ МІЖНАРОДНОЇ АКАДЕМІЇ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА



О. КРЕСІН

*кандидат юридичних наук, доцент,
член-кореспондент Міжнародної академії
порівняльного права,
керівник Центру порівняльного правознавства
(Інститут держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України)*

Новочасна наука є насамперед не сферою докладання зусиль геніальних самоучок, а організованим ззовні (державою, міжнародними організаціями, корпораціями) та самостійно соціальним інститутом. Лише об'єднання значної кількості вчених (науковий гурток, постійно діючий дискусійний клуб, кафедра, відділ у НДІ, конструкторське бюро, редакція журналу, асоціація та ін.), зацікавлених у систематичному дослідженні певних феноменів чи ноуменів, здатне конституювати ту чи іншу сферу досліджень як наукову дисципліну, досягнути згоди щодо парадигми та напрямів досліджень, створити канони науковості обраної дисципліни, критерії та інструменти стимулювання та оцінки досліджень, ефективно впливати на суспільну думку, громадські та державні структури з метою відстоювання колективних та індивідуальних інтересів науковців.

© О. Кресін, 2013

Тому вважаємо, що одним з критеріїв конституювання певного напрямку досліджень у наукову дисципліну є інституціоналізація, що відображає наявність групи вчених, свідомих необхідності об'єднання зусиль для цілеспрямованої розробки цієї дисципліни, а також усталення її канону (провідної парадигми, методології, концептів і термінології тощо). Відомо, що будь-яка організація як соціальний інститут є не об'єднанням своїх членів, а вона поступово набуває характеру самостійного феномену, стає надіндивідуальною, домінує над індивідом, пропонує йому свої цінності та норми, визначає його роль, а також коригує напрями та інтенсивність його діяльності [6; 7].

Найбільшою як за членством, географічним представництвом, так і за масштабами діяльності, найпрестижнішою, а також однією з найдавніших міжнародних організацій у сфері юридичної компаративістики є Міжнарод-

на академія порівняльного права (далі — МАПП, Академія), яка 2014 р. відзначатиме своє 90-річчя.

На жаль, історія цієї надзвичайно важливої для розвитку порівняльного правознавства організації ще не написана. Можна згадати лише короткі «Історичні замітки» на сайті Академії [16], кілька надзвичайно важливих, але побіжних за тематикою статей Д. Кларка [13; 14], бібліографії публікацій міжнародних конгресів порівняльного права Ч. Шладітца [27; 28], статтю І. Сабо щодо ролі Е. Балог в становленні МАПП [26, 11–22], а також статтю автора цього дослідження [1]. Є підстави припустити, що стаття є першою спробою реконструкції розвитку наукових і ціннісних засад діяльності МАПП.

Міжнародна академія порівняльного права — міжнародна неурядова наукова організація. Ініціаторами створення Академії у 1923 р. стали Е. Балог (автор проекту її Статуту) та А. Вейсс [26, 13]. Установчі збори МАПП відбулися в офісі Міжнародної організації праці в Женеві 13 вересня 1924 р. Офіційна назва була французькою мовою — *Academie Internationale de Droit Compare*. Штаб-квартира спочатку була розташована в Женеві [13, 2; 26, 13], пізніше в Гаазі, а нині у Парижі.

Згідно із ст. 2 Статуту МАПП 1924 р. її основною метою проголошувалося «вивчення порівняльного права, базоване на історичних основах та розвитку законодавства у різних народів, зокрема у сфері приватного права, і систематична гармонізація права» [14, 893; 16, 1]. Нині ж, зокрема у Статуті 2010 р., цілі Академії сформульовано як сприяння вивченню права на основі використання порівняльно-правової методології, в історичній перспективі, та вдосконалення

законодавства, насамперед у сфері приватного права.

Першим президентом Академії був А. Вейсс (1858–1928) [13, 2–3], першими дійсними членами були представники Франції, США, Німеччини, Британії, Італії, Куби, Швейцарії, Литви, Австралії, Нідерландів, підмандатної Палестини та інших країн. Український комітет МАПП було сформовано у 2011–2012 рр.

Слід охарактеризувати позиції засновників і перших керівників МАПП, які визначили її характер та напрями діяльності. На думку Д. Кларк, у заснуванні Академії провідну роль відіграли А. Вейсс, Г. Леві-Уллманн і Е. Балог [13, 3]. Зокрема, професор Паризького університету А. Вейсс (фахівець з міжнародного приватного права), на Міжнародному конгресі порівняльного права (далі — Конгрес) 1900 р. очолював (разом з Г. Леві-Уллманном) секцію цивільного права і різко критикував відомого Р. Салейля (1855–1912) за заклик до «загального права цивілізованого людства», відстоюючи правовий плюралізм [13, 3].

Професор Паризького університету Г. Леві-Уллманн висловив свою думку в сфері юридичної компаративістики через формулювання перспективних цілей Товариства порівняльного законодавства у 1896 р.: «Роблячи знання щодо законів всіх країн доступними кожному, поступово приходити до уніформності в законодавстві через розвиток науки права; це є переважно справою цивілізації та прогресу, яка, відтак, стосується всього світу» [21, 166–167].

Професор Каунаського університету (Литва) Е. Балог займався насамперед порівняльною історією права, у своїх працях, присвячених римському праву та іншим правовим системам Античності, підкреслював унікаль-

ність та самоцінність кожного правового досвіду, але не як ізольованого, а як результату впливу різних позаправових чинників та правових взаємо впливів [17, 12–17].

У своєму виступі 1929 р. щодо необхідності проведення міжнародних конгресів порівняльного права директор Інституту порівняльного права в Ліонському університеті Е. Ламбер наголосив, що порівняно з початком ХХ ст. «перспективи, відкриті у сфері порівняльного права, значно розширилися», основою чого є «народження нового транснаціонального світу»: «міжнародна свідомість права», рух за його інтернаціоналізацію та соціалізацію, поява недержавного права корпорацій та об'єднань у сфері промислового виробництва і торгівлі, яке «поширюється понад кордони» [20, 657, 659]. У зв'язку з цим він вказав на небезпеку відставання юридичної науки від наднаціональних тенденцій розвитку політичного, соціального, економічного життя, що може бути виправлене завдяки об'єднанню зусиль юристів різних країн. При цьому порівняльне правознавство він називав і окремою наукою, автономною та спеціалізованою сферою досліджень, і наднаціональним виміром юридичної науки загалом; як окрему науку виокремлював також порівняльну історію права [20, 658–660].

На нашу думку, для засновників Академії характерне заперечення ідеї створення єдиного всесвітнього права, натомість виразним є прагнення до порівняльного пізнання правового досвіду різних країн і народів, раціоналізації уніфікаційного руху на основі поваги до національних відмінностей.

Важливими в контексті нашого дослідження вважаємо й позиції декана юридичного факультету Північно-західного університету (США)

Дж. Вігмора, який відіграв визначну роль в організаційному становленні МАПП і пізніше став її Президентом. Він вказував на те, що міжнародне співробітництво юристів є справою новою і складною. Взаєморозуміння юристів різних країн (зокрема загального права та європейських континентальних) ускладнюється тим, що вони мають відмінні моделі мислення та професійну мову. Навіть переклад «форм вираження думки» юристів на іноземну мову в таких умовах перетворюється лише на вільний переказ. Окрім того, він вказував на складність координації зусиль у сфері порівняльного правознавства юристів із США, позаяк вони належать до різних професійних об'єднань, недостатньо зацікавлені правом поза своєю державою. Проте він висловлював сподівання, що ці труднощі вдасться подолати, і розвиток порівняльного правознавства стане сферою докладення зусиль юристів усіх країн [20, 665].

Важливий масив ідей пов'язаний з проведенням Академією перших міжнародних конгресів порівняльного права. Зокрема, ще 6 серпня 1931 р. у Гаазі Організаційний комітет з проведення Конгресу визначив його мету так:

- 1) розуміння правових систем різних країн;
- 2) порівняння цих систем;
- 3) спроба прийти до їх кореляції чи уніформності з метою сприяння відновленню міжнародного товарного та культурного обміну [12, 484].

На відкритті I Конгресу 1932 р. Президент МАПП, суддя Постійного міжнародного суду справедливості, доктор А. де Бустаманте у своєму вітальному слові висловив упевненість у тому, що цей захід стане «віхою на шляху розвитку міжнародного порозуміння юристів». Дж. Вігмор зазна-

чив, що це може бути першим кроком до створення всесвітньої юридичної організації [15, 54].

Підсумовуючи роботу Конгресу 1932 р., Міністр юстиції Нідерландів Дж. Доннер зазначив, що «Гаага була центром низки важливих кроків, але жоден з них не був таким багатообіцяючим для розвитку міжнародного порозуміння, як Конгрес порівняльного права». На цьому ж наголосив у своєму виступі Державний міністр Італії А. Рокко [15, 80]. А віце-президент МАПП професор Паризького університету Г. Леві-Уллманн закликав «привезти додому дух Конгресу... щоби серед юристів кожної нації розвинулися не лише намір вивчати закони інших країн, а й бажання зрозуміти їх, і воля залагоджувати всі конфліктні відмінності, які є бар'єрами для вільного потоку міжнародного торговельного і суспільного обміну, що є невід'ємним для встановлення та підтримання успішного світового порядку» [15, 81].

Відкриваючи II Конгрес 1937 р., Міністр юстиції Нідерландів Госелінг, зокрема, наголосив, що «тільки шляхом права можна врятувати світ у ці неспокійні часи» [24, 47]. Вітаючи учасників Конгресу, голова Апеляційного суду Британії лорд Макміллан у своєму виступі зазначив: «Ми зустрілися задля спільної мети, якою є вивчення права незалежно від раси чи віросповідання». Він запропонував говорити про формування такого напрямку мислення, як «дух толерантності до локального генію» (*genius loci*). Він також зауважив: «Розум, а не сила, вирішує міжнародні проблеми... Примітивне мислення опирається всім ідеям, окрім тих, в яких воно плекалося; толерантність є найпрекраснішою квіткою ліберальної освіти. Має існувати міжнародна симпатія та

визнання сутнісної ідентичності проблем у світі. Все зрозуміти, все пробачити. Ми маємо вивчати кожну систему не для того, щоб задовольнити інтелектуальну цікавість, а щоб розуміти. Ми маємо толерувати, а не зневажати, але при цьому бути справедливими. Толерантність не завжди має бути нейтральною. Ми не повинні бути толерантними до зла» [24, 48].

Водночас, на думку лорда Макміллана, Конгрес має й суто практичну мету: «Час ізольованих земель пройшов; зокрема, через швидкісні засоби комунікації; і право має розробити нову техніку, щоби громадянин кожної держави був громадянином світу. Багато труднощів, які існують, повинні бути усунені; так, закони стосовно комерційних документів мають бути однакові у всьому світі. Але деякі сфери права видаються більш складними, зокрема сімейні відносини та шлюб. Ми не можемо сподіватися створити абсолютно уніформоване право. Ті особливості, які надають характер країні, має бути збережено». Процитувавши письменника Дж. Мільтона («Суттю свободи є різноманітність»), лорд Макміллан наголосив: «Чим більше ми вивчаємо мислення і розум кожного, тим складніше бути неприхильним один до одного. Ігнорування є реальним джерелом проблем» [24, 49].

Ці ж ідеї було розвинено у виступі Дж. Вігмора: «Хоча ці конгреси справляють вплив на уніфікацію права, і її з часом буде здійснено, для тих, хто взяв у них участь, важливішими є духовні цінності: толерантність, усвідомлення відмінностей та братерства» [24, 58].

У виступі під час відкриття III Конгресу 1950 р. лорд-канцлер Великої Британії, лорд Жовітт заявив, що «дослідження порівняльного права є предметом, який набуває дедалі більшого значення». Він наголосив, що це

окрема галузь юридичних досліджень і водночас їх метод, і висловив стурбованість тим, що у Британії вона донедавна «залишалася в тіні, темряві й забутті». Але, на його думку, це спостерігалось й в інших країнах, причинами цього були консерватизм і переважність юристів освоєнням дедалі більшого обсягу національного права, а також їх самовдоволеність: «Вони всі були впевнені, що їх [правова] система є найкращою і що їм немає чого навчитися в інших». Маючи вкорінені стереотипи та слабкі знання зарубіжного права, юристи з правових систем загального та романо-германського права дивилися один на одного з відчуттям власної вищості та зверхньою іронією. «Це все гальмувало прогрес порівняльного права, але не могло його зупинити, адже існували й зворотні чинники. Порівняльне право прийшло, щоби залишитися. Ми дедалі більше усвідомлюємо, що світ єдиний і у ньому немає більше місця крайнощам націоналізму. Людині нині під силу зруйнувати не лише цивілізацію, а й весь наш фізичний світ, і є очевидним і абсолютно необхідним встановити верховенство права скрізь, якщо людина хоче вижити» [25, 926].

Важливим, на нашу думку, був і виступ на відкритті III Конгресу відомого американського юриста Р. Паунда, присвячений історичному розвитку права США, де наголошувалося, що попри революції та війни традиція права може розвиватися еволюційно, і навіть її заперечення не веде до повного знищення [25, 926].

Погляди на природу порівняльного правознавства, які уособлює МАПП, засвідчують не лише згадані висловлювання її засновників, а й відозви та звернення її останніх президентів — К. Керамеуса та Дж. Берманна. Обидва вони наголошують, що юридична

компаративістика є окремою юридичною наукою. Як зазначав К. Керамеус у 2001 р., «у світі, який повільно, але невинно конвергується, порівняльне право краще побудоване та краще пристосоване, ніж будь-яка інша юридична дисципліна, щоби відповісти на виклики та зробити правовий внесок у вирішення проблем суспільства та життя загалом» [19, 249]. Дж. Берманн неодноразово підкреслював, зокрема 2012 р. у передмові до збірника доповідей за результатами Конгресу, що останнє є науковою дисципліною [8, XII]. Те ж саме 2001 р. стверджував у офіційному зверненні до вчених-компаративістів голова Організаційного комітету Конгресу Дж. Моєнс [22, 249].

Визначаючи ставлення сучасного порівняльного правознавства до уніфікації права, яка колись розглядалася як його основна прикладна мета, та підсумовуючи історію уніфікаційних ініціатив XIX–XX ст., Дж. Берманн зазначає: «Відмінності перетворюють уніфікацію на привабливу перспективу і водночас роблять її сумнівною. Якою б значною не була цінність уніфікації, вона суперечить реальності правового партикуляризму, який відображає відмінності у правових культурах і традиціях та інколи навіть у політичному виборі, який роблять різні країни» [9, XIV]. Логічним продовженням цієї тези стали думки Дж. Берманна щодо ролі запозичень у розвитку права: «Трансплантація не дає гарантії успіху. Ідеї та інститути, запозичені за кордоном, можуть виявитися значно гіршими на новому, ніж на старому ґрунті; й у будь-якому разі вони працюють зовсім по-іншому в цих двох середовищах» [8, XI].

Надзвичайно важливою, певною мірою підсумковою, стала пленарна дискусія на тему «Порівняльне право: проблеми та перспективи» під час ос-

таннього, XVIII Конгресу у Вашингтоні в 2010 р. Відкриваючи її, модератор, професор Американського університету (Вашингтон) Д. Снайдер зазначив, що кожний сучасний юрист змушений бути компаративістом; але порівняльне право є окремою науковою дисципліною [10, 936–937].

Президент МАПП, професор Колумбійського (США) та Паризького університетів Дж. Берманн наголосив на значній позитивній динаміці порівняльного права. Він зазначив, що активна критика цієї дисципліни як компаративістами, так і правниками загалом, зокрема щодо розриву між теоретичними та практико-орієнтованими дослідженнями та ін., багато у чому спрямована на адресу Академії, є справедливою, але відображає лише загальні проблеми сучасних наук і не повинна викликати жодного песимізму. Дж. Берманн також підкреслив, що можна спостерігати постійне збільшення використання порівняльно-правових досліджень, особливо у міжнародному приватному праві, й це створює загрозу поглинення юридичної компаративістики її інструментальною складовою, чого вчені не повинні допустити. В умовах поглиблення глобалізаційних процесів завданням різних наук є збереження свого традиційного характеру — цілісного, автентичного, комплексного, не допустити своєї «баналізації» практиками, одночасно адаптувавшись до нової ситуації [10, 937–940].

Директор Інституту порівняльного права Університету МакГілл (Канада) П. Гленн вказав на необґрунтованість поширених поглядів на пізнє виникнення порівняльного права як окремої наукової дисципліни (на межі XIX–XX ст.), адже воно набуло самостійного й організованого характеру, було визнане таким принаймні середи XIX ст.

Він підкреслив, що в еру націоналізму саме юридична компаративістика «відкрила шлях до закритих тогочасних національно-державних побудов». Але водночас вона стала частиною націоналістично-позитивістської описової парадигми, про що свідчать європоцентризм компаративістів, класифікації правових систем у квазібіологічні й статичні правові сім'ї та ін. П. Гленн наголосив, що така анахронічна форма порівняльного права світу більше не потрібна. Сучасним предметом порівняльного права є структури юридичного мислення [10, 941–943].

Принциповою позицією П. Гленна стало визначення сутності порівняльного права як науки, що пізнає сучасне право у світі як можливість мирного співіснування рівного, але різного права. Парадоксом є те, що в міру реалізації цієї можливості саме порівняльне право втрачатиме характер самостійної дисципліни, розчиниться у правознавстві, надавши йому нового характеру, залишивши, як чеширський кіт з відомої казки, лише задоволену посмішку: «посмішка останнього у світі компаративіста буде знаком остаточного тріумфу порівняльно-правового мислення» [10, 944].

Професор Принстонського університету К. Шепел вказала на небезпеку вихідних стереотипів (зокрема ідеологічно зумовлених) в юридичній компаративістиці, які призводять до «карикатурного» порівняння реальних правових моделей з ідеальними, доктрини одного права з чинним правом іншої країни, відкритого чи прихованого прагнення довести вищість свого права, підлаштувати чуже право під свої стандарти, а у процесах взаємодії правових систем — до нав'язування свого навіть ціною порушення цілісності іншого права [10, 945–947].

«Менш ідеологізований погляд на право та його дію (так само як на наслідки безправ'я) демонструє, як багато можна пізнати з порівняльного досвіду, якщо спиратися на земні факти, а не ідеологію в хмарах», — зазначає К. Шеппел [10, 946].

Окрім того, вона вказала на втрату самоцінності традиційною горизонтальною парадигмою юридичної компаративістики — порівняння національних правових систем між собою — і можливість пояснення сучасного національного правового розвитку лише з врахуванням вертикального впливу, який справляє на нього міжнародне право, причому в центрі уваги компаративіста має бути не формальна гармонізація законодавства, а реальне правозастосування [10, 948–950].

Директор докторантури з порівняльного публічного права II Паризького університету (Пантеон-Ассас), професор Е. Золлер звернула увагу на проблеми визначення об'єкта сучасного порівняльного права. Зокрема, вона вказала на домінування його інструментального бачення, за якого зарубіжне право не досліджується, а використовується як засіб вирішення проблем свого права. Але мета порівняльного права не може зводитися до такого утилітаризму, мета науки — насамперед не вирішувати проблеми, а формулювати їх. Метою ж порівняльного права як вияву гуманізму в праві є пізнання та пояснення правового розмаїття світу [10, 955–957]. Останню думку підтримали й розвинули в низці інших виступів під час засідання.

Підсумовуючи дискусію, Дж. Берманн зазначив, що порівняльне право виконує різні функції, які передбачають різні рівні заглиблення у предмет: утилітарне порівняльне право залишається менш глибоким, пізнавальна ж функція вимагає докладного, все-

бічного дослідження. Всі ці функції однаково важливі й не повинні поглинати чи знецінювати одна одну. Але основне завдання міжнародних конгресів порівняльного права — «не зосереджуватися на утилітарній цінності порівняльного права, а натомість приділяти основну увагу розробці більш космополітичної, відкритої, ширшої концепції суспільства, до якої докладаємо наші зусилля» [10, 966–967]. Зокрема, одним з перспективних завдань наступних конгресів Дж. Берманн вбачає вироблення більш адекватної системи критеріїв класифікації правових систем, позбавлених ідеології та стандартів країни походження компаративіста [10, 968].

У цьому дослідженні немає можливості проаналізувати всі виступи під час цього засідання. Є всі підстави стверджувати, що саме ця підсумкова дискусія досить повно відображає провідні тенденції світової компаративістської думки, пріоритети та цінності, уособлені МАПП.

На нашу думку, протягом періоду від заснування Академії у 1924 р. до проведення I Конгресу у 1932 р. у її творців — провідних юристів свого часу (університетських професорів та практиків) викристалізувалася ідея її місії, що знайшло відображення у новому баченні об'єкта порівняльного правознавства як науки. У 1924 р. виразною була ідея сприяння уніфікації торгового та міжнародного приватного права, але її було піддано публічній критиці. Натомість сформувалося бачення порівняльного правознавства вже не як інструмента механічного зближення правових систем, а науки, покликаної пізнавати право країн і народів світу в його розмаїтті. Відповідно, Академія стала розглядатися як координаційний центр не конкретних проєктів, а розвитку юридичної ком-

паративістики в цілому, уніфікаційні ж ідеї на Конгресі 1932 р. було рішуче відкинуто.

Разом з відмовою від ідеї зближення та уніфікації законодавств як основної мети юридичної компаративістики у діяльності Академії від перших років її існування було виразно заперечено самодостатність такої форми цієї науки, як порівняльне законодавство. Натомість вона набула сучасної форми порівняльного правознавства, поєднавши в собі юридико-технічну і суспільну складові. Засновники Академії зазначали, що до предмета порівняльного правознавства, окрім національного, мають входити внутрішнє недержавне, міжнародне і транснаціональне право. Одним із перших членів МАПП став представник несuverенної підмандатної Палестини, серед перших створених регіональних груп Академії була й колоніальна. Виявом нової парадигми порівняльного правознавства, яку уособила Академія, стала постійна увага до порівняльно-етнологічного підходу до вивчення права.

Визнання з боку МАПП у 1932 р. мусульманського права системою позитивного права, рівносильною західним правовим системам та гідною спеціалізованого наукового дослідження, та постійна увага до цього права в цілому та окремих його галузей відіграли певну роль у визнанні серед юристів права низки країн на створення чи подальший розвиток своїх правових систем, причому на основі переосмислення власних традицій. Визнання (1982) національних комітетів МАПП у регіонах окремих держав означало і визнання концепції регіональної правової системи поряд із національною.

Долучення до Академії соціалістичних країн та СРСР, участь вчених

цих держав у міжнародних конгресах порівняльного права, обговорення діяльності МАПП у науково-дослідних установах та пресі дали суттєвий поштовх для визнання юридичної компаративістики, розширення напрямів наукових досліджень та змісту юридичної освіти в країнах Варшавського договору, сприяли інтелектуальній інтеграції та певною мірою ревізії марксистської методології юридичних наук. З одного боку, є всі підстави стверджувати, що трансформація поглядів творців «соціалістичного порівняльного правознавства» відбулася саме під впливом їх участі у роботі МАПП та інших міжнародних наукових організацій.

З другого боку, участь вчених із СРСР та соціалістичних країн сприяла суттєвій трансформації теоретико-методологічних засад західної компаративістики та зниженню гостроти взаємної інтелектуальної конфронтації «буржуазного» та соціалістичного світів [29, 20–21]. Як зазначали у 1978 р. угорські вчені З. Петері та В. Ламм, участь представників соціалістичних країн у міжнародних конгресах порівняльного права сприяла одній з найбільш характеристичних тенденцій у ньому — універсалізації — «переходу від порівняння права «цивілізованих» країн до порівняльної науки, яка прагне пізнати правову культуру кожного народу, таку своєрідну у своїй соціальній системі» [30, 15].

* * *

Ми вважаємо, що вже саме існування Академії стало символом міжнародного визнання порівняльного правознавства як самостійної юридичної наукової дисципліни, а також одного з чинників трансформації юридичної науки загалом, універсального виміру останньої. Очевидно, саме через це значна частка наукових проєктів Ака-

демії звернена на розвиток загальної частини порівняльного правознавства.

Аналіз назв та програм міжнародних конгресів порівняльного правознавства може дати матеріал для вивчення змін дослідницьких парадигм у порівняльному правознавстві. Але принаймні на всіх цих конгресах виокремлювалася загальна секція з низкою підсекцій, номенклатура яких свідчить про розвиток розуміння сутності та змісту загальної частини цієї наукової дисципліни. Зокрема, до неї, починаючи з першого Конгресу й надалі, належать питання теорії та методології порівняльного правознавства, місця в системі юридичних наук, класифікації та взаємодії правових систем, конфесійного права, методик практичного використання порівняльно-правових досліджень та викладання юридичної компаративістики та ін. Присвячені на останніх конгресах питанням загальної частини порівняльного правознавства також пленарні засідання свідчать про зростання уваги з боку Академії до цієї проблематики.

Тому закономірно, що саме в рамках МАПП сформувалися й були вперше озвучені ініціативи, які стали «обличчям», найповнішим вираженням розвитку порівняльного правознавства та його внеску в розвиток юридичної науки і освіти — щодо створення всесвітньої організації юристів (Міжнародний комітет порівняльного права, а пізніше — Міжнародна асоціація юридичних наук, створена у 1950 р. багато у чому на зразок МАПП), Міжнародного факультету порівняльного права (створений у 1960 р. на базі Страсбурзького університету), підготовки й видання «Міжнародної енциклопедії порівняльного права» (публікується з 1973 р.).

Усе це могло б вважатися елементами природної еволюції порівняльного правознавства, але це не так. У межах останнього завжди конкурували різні світоглядні та наукові парадигми. Свідченням цього є заснування майже одночасно з МАПП Міжнародного інституту уніфікації приватного права у Римі, який уособлює інструментальне бачення юридичної компаративістики. Незважаючи на суттєві успіхи Інституту в практичній сфері — розробку значної кількості конвенційних та рекомендаційних правових документів, не його засаднича парадигма (порівняльне законодавство на службі універсалізму) — а саме ідеї, запропоновані в рамках МАПП, стали основою сучасного порівняльного правознавства.

Вважаємо, що засновники Академії, багато з яких раніше брали участь в уніфікаційних організаціях та проектах, ґрунтовно переосмислили цю панівну наприкінці ХІХ — на початку ХХ ст. парадигму. Саме собою створення МАПП та уточнення її характеру й завдань у 1920-х роках — як об'єднання вчених заради ідеалів науки, а не виконання утилітарних завдань, не пов'язане з урядовими чи міжурядовими структурами, її надзвичайно широка географічна «присутність» означали недвозначне прощання з порівняльним законодавством, появу можливостей для ефективного поширення нового змісту юридичної компаративістики.

Показовою в цьому сенсі є еволюція поглядів Е. Ламбера. На І Конгресі 1900 р. він протистояв ідеї Р. Салейля щодо можливості конструювання єдиного права на основі відбору ідеальних форм правових інститутів серед чинних у різних країнах, заперечував можливість відкриття єдиних для всього світу та вічних законів ево-

люції права, «підгонки» живого права під єдині ідеальні стандарти. Натомість він пропонував пізнання «загального законодавчого права» шляхом порівняння і стверджував наявність єдиних законів розвитку суспільства, які відображені й у правовому розвитку [3, 76–77; 4, 74; 14, 881–883]. Його порівняльне законодавство зразка 1900 р. виразно відокремлене від філософсько-правових конструкцій та є не просто елементом юридичної техніки, а самостійною суспільною наукою, але ще не відокремленою від соціології у теоретико-методологічному сенсі. Для Е. Ламбера у 1920-х роках воно вже звільнене не лише від філософського, а й соціологічного домінування, а також відділене від історії права — є порівняльним правознавством, завданням якого є всебічне пізнання як одиничного, так і специфічного й загального (наднаціональних процесів та тенденцій) у правовому розвитку в сумі різних контекстів.

Характерним є й те, що у своїй діяльності, зокрема в контексті проведення міжнародних конгресів, Академія послідовно виокремлювала просте дослідження зарубіжного права від порівняльного правознавства [18, 615], наукові порівняльно-правові дослідження від «оздоблення» юридичних досліджень іншого типу порівняльним матеріалом [23, 827].

Проаналізовані нами матеріали дають підстави говорити також про розвиток у рамках діяльності МАПП ціннісного виміру порівняльного правознавства. Вихідними аксіологічними положеннями засновників Академії стали ідеї глобального правового плюралізму (в розумінні неможливості та неприродності зведення світо-

вого правового розвитку до будь-якої однієї моделі), рівноцінності та унікальності правового досвіду народів і країн, мирного співіснування різних правових моделей, відмови від їх нав'язування та конструювання єдиного світового права.

Батьки-засновники та члени МАПП послідовно відстоювали цінності не формального знання, а розуміння різного правового досвіду з метою сутнісного пізнання феномену права та забезпечення безконфліктного співіснування, усвідомлення відмінностей та самоцінності розмаїття («дух толерантності до локального генія»), обмеження кореляції правових систем лише мирними засобами і метою розвитку міжнародного співробітництва (збереження «особливостей, які надають характер країні»).

Нині в рамках діяльності Академії послідовно пропагується ідея порівняльного правознавства як вияву гуманізму в праві¹, сфери утвердження толерантності й подолання таких упреждень як націоналізм, шовінізм, європоцентризм та ін.

Проаналізовані нами позиції керівництва та провідних членів Академії початку ХХІ ст. дають підстави стверджувати, що МАПП послідовно розвиває філософію порівняльного правознавства. Не відкидаючи практико-прикладне, утилітарне порівняльне правознавство, пропонується виокремити вищий і водночас більш глибинний рівень наукового компаративістського проникнення в правову реальність, на якому предметом дослідження стають структури юридичного мислення, метою — постановка сутнісних правових проблем суспільства і життя та пошук відповідей на них, об'єктами — пізнання та пояснення правового роз-

¹ Наскільки нам відомо, вперше цю ідею було сформульовано суддею Міжнародного суду Ж. Бесдеваном у 1947 р. у контексті ідеї створення Міжнародного комітету порівняльного права при ЮНЕСКО. Див.: [11; 2].

маїття, нова концепція відкритого і космополітичного суспільства та ін. При цьому ключовими, на нашу думку, є твердження щодо пріоритету формування проблем, а не їх вирішення, підкреслення вже згаданого ціннісного виміру юридичної компаративістики.

Безумовно, претензія на пояснення правових явищ означає перетинання предметно-об'єктної сфери порівняльного правознавства з філософією права — виникнення нової сутнісно-ідентифікаційної колізії в системі юридичних наук. Проте сучасна компаративістська еліта, представлена в МАПП, пропонує своє бачення її вирішення. Зasadничими при цьому, на нашу думку, виступають дві ідеї.

По-перше, це ідея К. Керамеуса щодо «порівняльних переваг» порівняльного правознавства. Її можна розуміти як постулювання змагання в юридичній науці кількох метапарадигм — традиційної філософсько-правової (що зберігає генетичний і теоретико-методологічний зв'язок з природно-

правовим світоглядом, значною мірою залишається в ідеалістичній сфері належного) та компаративістської (метатеорія та філософія на основі вивчення суцього).

По-друге, це ідея П. Гленна щодо розчинення порівняльного правознавства в юридичній науці як його найбільшого та остаточного тріумфу. На зміну чи доповнення до традиційного філософсько-правового мислення має прийти філософія порівняльного правознавства. І цей тріумф важливіший за збереження окремої ідентичності останнього, адже його результатом стане те, що вся юридична наука стане універсальною, порівняльно-правовою. На нашу думку, певною мірою це можна розуміти як перемогу відкритого й плюралістичного компаративістського світогляду¹ над ідеалістичним монізмом, що завжди переростає у форми ідеології та упередженості.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Кресін О. В. Міжнародна академія порівняльного права // Право України. — 2013. — № 3—4.
2. Кресін О. В. ЮНЕСКО і розвиток порівняльного правознавства: до 60-річчя Міжнародного комітету порівняльного права — Міжнародної асоціації юридичних наук // Порівняльне правознавство. — 2012. — № 1—2.
3. Саидов А. Х. Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность : дис. ... д-ра юрид. наук. — Ташкент, 1990.
4. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учеб. / под ред. В. А. Туманова. — М., 2000.
5. Тихомиров А. Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. — К., 2005.
6. Филатов В. П. Институциональное развитие науки // Энциклопедия эпистемологии и философии науки. — М., 2009 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://epistemology_of_science.academic.ru/250.
7. Хабибуллин К. Н., Коробов В. Б., Луговой А. А., Тонконогов А. В. Философия науки и техники [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.srlnest.com/book_1513.html.
8. Bermann G. Foreword // Legal Culture and legal Transplants. La Culture Juridique et L'Acculturation du Droit. XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law / ed. by J. A. S. Cordero. — Vol. 1. — Mexico, 2012.
9. Bermann G. A. Preface // The Impact of Uniform Law on National Law. Limits and Possibilities. L'Incidence du Droit Uniforme sur le Droit National. Limites et Possibilites / ed. by J. S. Cordero. — Mexico, 2010.
10. Bermann G. A., Glenn P., Scheppele K. L., Shalakhany A., Snyder D. V. Comparative Law: Problems and Prospects // American University International Law Review. — 2011. — Vol. 26. — Issue 4.

¹ Це питання розглядає відомий український вчений О. Тихомиров, який обґрунтував формування такого елемента світогляду, як компаративізм [5].

11. *Besdevan J.* Why it is desirable for Unesco to possess an Organization for the study and development of Comparative Law. UNESCO/Cons.Jur./2/1947. Paris, 29th January, 1947 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.unesco.org>.
12. *Bracken A. M.* International Congress of Comparative Law // *Indiana Law Journal*. — 1932–1933. — Vol. 8.
13. *Clark D. S.* American Participation in the Development of the International Academy of Comparative Law and Its First Two Hague Congresses // *The American Journal of Comparative Law*. — 2006. — Vol. 54.
14. *Clark D. S.* Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today // *Tulane Law Review*. — 2000–2001. — Vol. 75.
15. *Colvin H. M.* International Congress of Comparative Law // *Tulane Law Review*. — 1932–1933. — Vol. 7.
16. *Drago R., Basedow J.* Historical notes [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ius-comparatum.org>.
17. *Hamza G.* The Elemér Balogh (1881–1955): The Forgotten Great Scholar of Roman Law and Comparative Law // *Nordicum-Mediterraneum. Iceland e-journal of Nordic and Mediterranean studies*. — 2008. — Vol. 3. — № 1 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://skemman.is/stream/get/1946/1519/5786/3/Hamza.pdf>.
18. *International Academy of Comparative Law* // *American Journal of Comparative Law*. — 1984. — Vol. 32.
19. *Kerameus K. D.* Message from the President of the International Academy of Comparative Law // *Ежегодник сравнительного правоведения*. 2001. — М., 2002.
20. *Lambert E., Wigmore J. H.* An International congress of comparative law in 1931 // *Illinois Law Review*. — 1929–1930. — Vol. 24.
21. *Levy-Ullmann H.* Account of the French Society of Comparative Legislation // *Harvard Law Review*. — 1896–1897. — Vol. 10.
22. *Moens G. A.* Message from the Chairman of the Organising Committee of the International Academy of Comparative Law // *Ежегодник сравнительного правоведения*. 2001. — М., 2002.
23. *Pazartzis P.* XIV Congress of the International Academy of Comparative Law // *American Journal of Comparative Law*. — 1994. — Vol. 42.
24. *Seasongood M.* The Second International Congress of Comparative Law // *Law library journal*. — 1938. — Vol. 31. — No. 2.
25. *Sturges H. A. C.* London letter // *ABA Journal*. — November 1950. — Vol. 36.
26. *Szabo I.* Elemér Balogh et l'Académie Internationale de Droit Comparé? // *Comparative Law — Droit comparé: Selected essays for the 10th International Congress of Comparative Law* / ed. by I. Szabo, Z. Peteri. — Budapest, 1978.
27. *Szladits Ch.* A Bibliography of Reports of the International Congress of Comparative Law 1932–1974 // *The American Journal of Comparative Law*. — 1977. — Vol. 25.
28. *Szladits Ch.* A Bibliography of Reports of the International Congress of Comparative Law 1978 // *American Journal of Comparative Law*. — 1982. — Vol. 30.
29. *Саидов А. Х.* Теоретические проблемы советского сравнительного правоведения : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1984.
30. *Peteri Z., Lamm V.* Foreword // *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*. — Budapest, 1981.

Кресін О. В. Становлення наукових і ціннісних засад діяльності Міжнародної академії порівняльного права

Анотація. Автор обґрунтовує роль інституціоналізації у розвитку сучасної науки, в тому числі появу в межах стійких інститутів у цій сфері надіндивідуальних особливостей наукових позицій та поглядів. Це, на його думку, робить виправданим дослідження розвитку поглядів на природу порівняльного правознавства, його предмет і об'єкт, методологію, ціннісний вимір, які були сформовані або висловлені у процесі діяльності Міжнародної академії порівняльного права — одного з найбільш авторитетних і репрезентативних самоорганізованих спеціалізованих об'єднань вчених-юристів.

На думку автора, у рамках діяльності Академії ще у 1920-х — 1930-х рр. сформувалося нове, сучасне бачення порівняльного правознавства — вже не як інструмента механічного зближення правових систем, а науки, покликаної пізнавати право країн і народів світу в його розмаїтті. Становлення цієї парадигми відбувалося в змаганні з парадигмами, представленими іншими порівняльно-правовими інституціями, і зокрема, з інструменталізмом на службі універсалізації права, представленим УНІДРУА та низкою міжнародних і національних організацій.

Серед найважливіших наукових та ціннісних засад, які розвиває МАПП, автор виокремив: ідеї глобального правового плюралізму, рівноцінності та унікальності правового досвіду народів і країн, мирного співіснування різних правових моделей, відмови від їх нав'язування,

конструювання єдиного світового права; ідея порівняльного правознавства як вияву гуманізму в праві, сфери утвердження толерантності й подолання таких упереджень, як націоналізм, шовінізм, європоцентризм та ін. Автор доводить, що МАПП послідовно розвиває філософію порівняльного правознавства, в основі чого покладено ідеї змагання в юридичній науці кількох метапарадигм — традиційної філософсько-правової та компаративістської (метатеорія та філософія на основі вивчення сущого), перемоги відкритого й плюралістичного компаративістського світогляду над ідеалістичним монізмом, що може переростати у форми ідеології та упередженості.

Ключові слова: інституціоналізація науки, надіндивідуальність наукової думки, когнітивна парадигма порівняльного правознавства, інструментальна парадигма порівняльного правознавства, ціннісна парадигма порівняльного правознавства, правовий плюралізм, уніфікація права, філософія порівняльного правознавства, компаративістський світогляд.

Кресин А. В. Становление научных и ценностных основ деятельности Международной академии сравнительного права

Аннотация. Автор обосновывает роль институционализации в развитии современной науки, в том числе появление в пределах устойчивых институтов в этой сфере надиндивидуальных особенностей научных позиций и взглядов. Это, по его мнению, делает оправданным исследование развития взглядов на природу сравнительного правоведения, его предмет и объект, методологию, ценностное измерение, которые были сформированы или высказаны в процессе деятельности Международной академии сравнительного права — одного из самых авторитетных и репрезентативных самоорганизованных специализированных объединений ученых-юристов.

По мнению автора, в рамках деятельности Академии еще в 1920-х — 1930-х гг. сформировалось новое, современное видение сравнительного правоведения — уже не как инструмента механического сближения правовых систем, а как науки, призванной познавать право стран и народов мира в его разнообразии. Становление парадигмы происходило в конкуренции с парадигмами, представленными другими сравнительно-правовыми институтами, и в частности, с инструментализмом на службе универсализации права, представленным УНИДРУА и рядом других международных и национальных организаций.

Среди самых важных научных и ценностных оснований, которые развивает МАПП, автор выделил: идеи глобального правового плюрализма, равноценности и уникальности правового опыта народов и стран, мирного сосуществования различных правовых моделей, отказа от их навязывания, от конструирования единого мирового права; идея сравнительного правоведения как проявления гуманизма в праве, сферы утверждения толерантности и преодоления таких предубеждений, как национализм, шовинизм, евроцентризм и др. Автор доказывает, что МАПП последовательно развивает философию сравнительного правоведения, в основе чего положены идеи конкуренции в юридической науке нескольких метапарадигм — традиционной философско-правовой и компаративистской (метатеория и философия на основе изучения сущего), победы открытого и плюралистического компаративистского мировоззрения над идеалистическим монизмом, который может перерасти в формы идеологии и предвзятости.

Ключевые слова: институционализация науки, надиндивидуальность научной мысли, когнитивная парадигма сравнительного правоведения, инструментальная парадигма сравнительного правоведения, ценностная парадигма сравнительного правоведения, правовой плюрализм, унификация права, философия сравнительного правоведения, компаративистское мировоззрение.

Kresin O. Development of Scientific Principles and Values in the Activities of International Academy of Comparative Law

Annotation. The author substantiates the role of institutionalization in the development of modern science, including the development within sustainable institutions in this area supraindividual research positions and views. This, in his opinion, justifies the study of views on the nature of comparative jurisprudence, its subject and object, the methodology, the values that have been formed or expressed during the activities of the International Academy of Comparative Law — one of the most influential and representative self-assembled at specialized unions of legal scholars.

According to the author, as part of the Academy back in the 1920's — 1930's formed a new, modern vision of comparative jurisprudence — not as an instrument of mechanic convergence of legal systems, but as the science, designed to cognition of the laws of states and peoples of the world in their diversity. The formation of this paradigm was in competition with the paradigms presented by other comparative legal institutions and, in particular, of instrumentalism in the service of universality, represented by UNIDROIT and a number of international and national organizations.

The most important scientific principles and values that the Academy develops, the author singled out: the idea of global legal pluralism, equality and uniqueness of legal experience of peoples

and countries, peaceful coexistence of different legal models, their refusal to impose, by constructing a single world law; the idea of comparative law as an expression of humanism in law, establishing the scope of tolerance and overcoming prejudices such as nationalism, chauvinism, Eurocentrism and others. The author argues that the Academy consistently developed philosophy of comparative jurisprudence, which laid the basis for the idea of concurrence in legal science of two metaparadigms — traditional legal-philosophical and comparativistic (metatheory and philosophy based on the study of being), winning by open and pluralistic comparativistic philosophy over idealistic monism that frequently turn in the forms of ideology and prejudice.

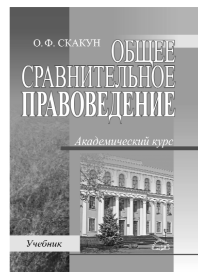
Key words: institutionalization of science, supraindividuality of thought, cognitive paradigm of comparative jurisprudence, instrumental paradigm of comparative jurisprudence, value paradigm of comparative jurisprudence, legal pluralism, the unification of law, philosophy of comparative jurisprudence, comparativistic outlook.

Пропонується підручник:

Скакун О. Ф. Общее сравнительное правоведение. Основные типы (семьи) правовых систем мира : учеб. для студ. вузов. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 464 с.

В учебнике рассматриваются теоретико-методологические основы общего сравнительного правоведения как юридической науки и учебной дисциплины: понятие сравнительно-правового метода и сравнительного правоведения в их взаимосвязи и отличиях, предмет, объекты, функции и принципы сравнительного правоведения. Уделяется внимание вопросам типологии правовых систем и основаниям их группирования в теоретические модели (типы).

Рекомендуется студентам, курсантам, аспирантам, адъюнктам, преподавателям, а также всем, кто интересуется правовой картой мира.



Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА В ГАЛУЗІ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ: МЕДИЧНІ ТА ПРАВОВІ АСПЕКТИ



А. ПЕТРУНЯ

*доктор медичних наук, професор,
завідувач кафедри офтальмології
та оториноларингології
(Луганський державний медичний університет)*



Т. КОВАЛЕНКО

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри економіко-правових дисциплін
(Луганський державний університет
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка)*

На сьогодні в Україні створена певна законодавча база для здійснення трансплантації органів і тканин людини. Але незважаючи на велику кількість нормативно-правових актів, які регулюють зазначене питання, нинішній стан галузі в нашій державі є незадовільним. Координаційна рада з трансплантації при Міністерстві охорони здоров'я України діє неефективно, трупна трансплантація, яка застосовується у більшості розвинених країн світу, майже

не здійснюється. На нашу думку, це пов'язано з тим, що чинна нормативно-правова база України в галузі трансплантації не повною мірою відповідає потребам сучасної медицини та має багато прогалин. Останнє вказує на необхідність проведення комплексних досліджень правового регулювання трансплантації анатомічних матеріалів людини.

Досліджуючи проблеми трансплантології, не можна обійти увагою наукові праці вітчизняних вчених у га-

лузі медицини, медичного, кримінального та цивільного права, таких як О. Возіанов, О. Никоненко, Ю. Кундієв, А. Пустовіт, Г. Муртазаєва, В. Некрасов, С. Гринчак, Р. Гревцова, М. Банчук, С. Стеценко, М. Хавронюк, Л. Багрій-Шахматов, В. Сташис, Г. Чеботарьова, а також російських науковців Б. Константинова, Е. Мулдашева, В. Максименко, Н. Маргацької, М. Мініної та ін.

Безперечно, метою застосування трансплантації анатомічних тканин є підвищення якості надання спеціалізованої медичної допомоги хворим, продовження строку життя людини, зниження рівня смертності шляхом широкого впровадження новітніх медичних технологій. Адже, незважаючи на досягнення сучасної медицини, усунення небезпеки для життя або відновлення здоров'я хворого іншими методами є можливим не завжди. Відтак, одним із найефективніших засобів досягнення таких результатів є пересадка анатомічних матеріалів.

Таким чином, питання трансплантації і, зокрема, її правового регулювання, на сьогодні є дуже актуальними. Необхідність висвітлення правових аспектів пересадки органів і тканин людини пояснюється перш за все існуванням цілого ряду чинників, що ускладнюють правильне юридичне тлумачення трансплантології. Мова йде про морально-етичні, медичні та правові аспекти застосування трансплантації.

Метою цієї статті є аналіз чинного законодавства в галузі трансплантації, а також виокремлення деяких правових та медичних проблем реалізації пересадки анатомічних матеріалів людини.

У сучасному суспільстві з кожним днем зростає розуміння значення права людини на життя і здоров'я. Одним

із дієвих засобів його охорони можна вважати лікування шляхом трансплантації органів та тканин людини. Але реалізацію такого методу лікування ускладнює ряд медичних та правових проблем.

З огляду на те, що для здійснення пересадки переважно використовуються гомотрансплантати померлих осіб, ця проблема спричинила сильний суспільний резонанс. Так, сьогодні в нашій країні діє «презумпція незгоди» на використання анатомічних матеріалів померлих осіб. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» [1] кожна повнолітня дієздатна особа може дати письмову згоду або незгоду стати донором анатомічних матеріалів у разі своєї смерті. За відсутності такої заяви анатомічні матеріали у померлої повнолітньої дієздатної особи можуть бути взяті за згодою подружжя або родичів, які проживали з нею до смерті. У померлих неповнолітніх, обмежено дієздатних або недієздатних осіб гомотрансплантати можуть бути взяті за згодою їх законних представників. Фізична особа має право розпорядитися щодо передачі після її смерті органів та інших анатомічних матеріалів її тіла науковим, медичним або навчальним закладам.

На думку деяких вчених та практиків, у зазначеному вище Законі визначені нераціональні умови та порядки вилучення анатомічних матеріалів трупів [2; 3]. Отже, стосовно можливості розпорядження тілом померлої людини сьогодні точиться гостра дискусія.

У цьому аспекті слід зауважити, що існують різні моделі регулювання використання анатомічних матеріалів померлої людини: *модель незгоди*, згідно з якою, якщо людина за життя

не заявила про згоду на посмертне донорство, після смерті цієї особи її анатомічні матеріали використовувати без згоди родичів не можна; *модель згоди*, за якою використання анатомічних матеріалів померлої людини в медичних цілях можливо, якщо немає прижиттєвої заяви особи про незгоду стати донором у разі своєї смерті та *модель інформованої згоди*, відповідно до якої, за відсутності чіткого волевиявлення потенційного донора, до вирішення зазначеного питання залучаються його родичі. Після інформування про можливість трансплантації органів померлої особи останні протягом деякого часу можуть висловити свою згоду або незгоду на такі дії. У тих родичів, у яких немає бажання вирішувати це питання, будь-то від перенапруження або від байдужості, є можливість не приймати цього рішення. Якщо протягом встановленого строку незгоду не буде висловлено, трансплантація можлива [4]. Проти у кожній моделі є розумні заперечення.

На нашу думку, втілення в законодавстві про трансплантацію «презумпції незгоди» забезпечує реалізацію природних прав і захист законних інтересів громадян. Але застосування цієї моделі ускладнює розвиток медицини і використання її досягнень у практичній охороні здоров'я. Водночас використання «презумпції згоди», яке пропонується ввести під час реформування законодавства в галузі трансплантації, сприяє вирішенню багатьох проблем отримання донорських органів і тканин для пересадки, але ця юридична модель іде в розріз із реалізацією природних невід'ємних прав людини. Тому перш ніж робити відповідні зміни в законодавстві України, необхідно зосередити увагу на створенні матеріально-технічної бази для проведення трансплантацій і фор-

муванні позитивної громадської думки щодо цього методу лікування.

На нашу думку, питання щодо використання гомотрансплантатів померлої людини в нашій країні постало так гостро через недовіру до влади та до медицини у суспільстві, а також побоювання громадян, продиктовані загрозою використання трансплантації незаконно. Аналіз останніх публікацій у засобах масової інформації свідчить про загострення проблеми незаконного вилучення і використання гомотрансплантатів, про розповсюдження випадків порушення встановленого законом порядку трансплантації органів та тканин людини [5; 6]. Тому при внесенні змін до чинного законодавства, яке регулює забір та використання анатомічних матеріалів людини, не можна не враховувати, що в практиці пересадки органів, як і в будь-якій іншій галузі медицини, можуть мати місце правопорушення.

Правове регулювання відповідальності за вчинення суспільно небезпечних діянь у сфері донорства та трансплантації здійснюється Кримінальним кодексом України (далі — КК України) [7]. З об'єктивної сторони склад злочину, передбаченого ст. 143 КК України, характеризується діянням (дією чи бездіяльністю), яке полягає в порушенні вимог законодавчих та інших нормативних актів у галузі трансплантації. Однак наведена правова норма є бланкетною. Тому з метою її застосування необхідно звернутися до законодавства, яке регламентує правовий режим реалізації права на донорство та трансплантацію.

До злочинних діянь у сфері трансплантації належать: убивство для вилучення гомотрансплантата; заподіяння тілесного ушкодження з метою чи внаслідок вилучення трансплантата; зловживання професійними знання-

ми; використання або спотворення тіла померлої людини (трупа) для взяття анатомічних матеріалів з метою трансплантації; виготовлення біоімплантатів для продажу; пошкодження трансплантата [8]. Також злочинні діяння у сфері посмертного донорства можуть бути поєднані з незаконною торгівлею органами або тканинами людини, участю в транснаціональних злочинних організаціях, умисним вбивством донора з метою використання органів і (або) тканин померлого [9].

Аналіз положень ст. 143 КК України свідчить про наявність прогалин у правовому регулюванні суспільних відносин, пов'язаних із об'єктом цього злочину (життям і здоров'ям людини). Наприклад, недоліком чинного законодавства є відсутність норми, яка б передбачала кримінальну відповідальність за вилучення у померлої особи імплантованих за її життя штучних замінників органів або матеріалів замінників тканин (кардіостимуляторів, замінників кісток або кісткової тканини тощо) [10]. Виокремлення та вирішення означених проблем повинно сприяти підвищенню ефективності правозастосування у сфері донорства та трансплантації.

З морально-етичної сторони чітко-го вирішення й законодавчого закріплення потребує такий ключовий принцип трансплантації, як її безоплатність. Так, відповідно до ст. 10 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» діяльність державних і комунальних закладів охорони здоров'я та державних наукових установ, пов'язана з трансплантацією, фінансується за рахунок коштів Державного бюджету України та місцевих бюджетів.

Додаткове фінансування діяльності державних і комунальних закладів

охорони здоров'я та державних наукових установ, пов'язаної з трансплантацією, може здійснюватися за рахунок коштів, виділених на реалізацію заходів, що передбачені відповідними програмами, доходів від реалізації нових технологій та методів, іншої наукової продукції, за виготовлені біоімплантати, реактиви, апарати та обладнання, що застосовуються в медичній практиці, а також за рахунок добровільних внесків юридичних і фізичних осіб та інших не заборонених законодавством надходжень.

Міжнародні правові акти також містять положення, що забороняють комерціалізацію трансплантації. Так, Декларація стосовно трансплантації людських органів, прийнята 39-ю Все-світньою медичною асамблеєю 1987 р. [11], засуджує придбання і продаж людських органів для трансплантації, Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини 2002 р. [12] також забороняє отримання фінансової вигоди у процесі трансплантації.

Зараз в Україні рівень фінансування закладів охорони здоров'я і державних наукових установ, які мають право проводити діяльність, пов'язану з трансплантацією донорських органів, є незадовільним [3]. Тому вирішення проблем фінансування цієї галузі дасть змогу реформувати українську трансплантологію, підвищити рівень кваліфікації лікарів, збільшити кількість операцій та зміцнити довіру громадян до трансплантації як методу лікування.

Не можна не погодитися зі С. Стеценком, що шлях платного донорства здатний дещо збільшити кількість виконуваних трансплантацій. Проте такий підхід неприпустимий, тому що він може сприяти криміналізації всієї

галузі, оскільки штовхатиме певних соціально дезадаптованих людей стати донорами і, поза сумнівом, ні про яку соціальну рівність при такому підході говорити не доведеться. Відповідно до ст. 18 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» укладання угод, що передбачають купівлю-продаж органів або інших анатомічних матеріалів людини, за винятком кісткового мозку, забороняється. Це повинно торкатися і питань обміну трансплантатами між лікувальними центрами і трансплантаційними співтовариствами [13].

З медичної точки зору дискусійним є питання встановлення смерті людини. Так, загальноприйнята концепція, згідно з якою смерть людини констатується після смерті мозку, піддається критиці. Ця критика ґрунтується на тому, що смерть організму розглядається як повільне, а не одночасне припинення життєдіяльності окремих тканин і органів, тобто в процесі умирання спостерігається динаміка відмирання тканин і органів (серця, легенів, мозку тощо) [14]. Вивчення цього процесу необхідне для вирішення проблем реанімації і трансплантації. Проте практика вимагає, щоб норматив був дуже точним та непохитним. Відтак, концепція, що зв'язує момент настання смерті з моментом відмирання мозку, прийнята більшістю законопроектів, визнана правовою та медичною спільнотою. Отже, відповідно до ст. 15 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» особа вважається померлою з моменту, коли встановлена смерть її мозку. Смерть мозку означає повну і незворотну втрату всіх його функцій. Момент

смерті мозку може бути встановлено, якщо виключені всі інші можливі за даних обставин причини втрати свідомості та реакцій організму. Клінічні критерії встановлення біологічної смерті людини містяться в Інструкції щодо констатації смерті людини на підставі смерті мозку [15]. Виходячи з наведеного, час відмирання мозку вважається в медицині тим моментом, з настанням якого припиняється процес лікування та, водночас, виникає можливість забору гомотрансплантатів. Останнє, на нашу думку, заслуговує на окрему увагу під час реформування законодавства в галузі трансплантації, адже в кожному конкретному випадку необхідно повністю виключити підстави для виникнення таких суспільно небезпечних діянь, як убивство людини з метою взяття гомотрансплантата, навмисно неправильна констатація смерті донора, взяття тканин без згоди донора, спонукання до дачі тканини, отримання парного органа (нирки, ока) у донора з його згоди тощо [14].

Отже, доходимо висновку, що сьогодні пересадка органів і тканин у нашої державі є важкоздійснюваною та труднодоступною. Передусім це пов'язано з недосконалістю законодавства в цій галузі. Останнє спричиняє проблеми з фінансуванням цього методу лікування, дефіцит донорських органів та створює можливості для криміналізації трансплантації. Вирішення означених завдань є неможливим без глибокого вивчення як медичних, так і морально-етичних, соціальних і юридичних проблем трансплантології. Тому сподіваємось, що питання, порушені у цій статті, знайдуть відповіді в подальших дослідженнях із різних галузей права та медицини.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини* : Закон України від 16 липня 1999 р. № 1007-XIV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1007-14>.
2. *Чи з'явиться в Україні державна служба трансплантації?* : матеріали круглого столу від 16 грудня 2012 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://medvisnyk.org.ua/content/view/3225/9>.
3. *Закон про трансплантацію: зміни — на краще?* // Медична газета України. — 2012. — № 50—51. — С. 8—9.
4. *Жалинская-Рерихт А. А.* Закон ФРГ о трансплантации органов 1997 г.: конституционные и уголовно-правовые следствия // Право и политика. — 2001. — № 7 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://elibrary.org.ua/internationallaw/ua_readme.php?subaction=showfull&id=1095960227&archive=&start_from=&ucat=1&.
5. *Бантшиев О.* Контрабанда трансплантационного материала // Крок. — 1999. — № 21. — С. 6—8.
6. *Мартиненко Ю.* «Україна — “чорний експортер” людських органів» // Уніан здоров'я. — 2007 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://health.unian.net/ukr/detail/186714> <http://human-rights.unian.net/ukr/detail/186714>.
7. *Кримінальний кодекс України* : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
8. *Романов С.* Новий кримінальний кодекс України: чи обґрунтована криміналізація трансплантології / С. Романов, О. Мислова // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2001. — № 8. — С. 101—104.
9. *Тищенко К.* Правове регулювання трансплантації органів або тканин людини в Україні // Юридичний журнал. — 2008. — № 5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=29>.
10. *Пустовіт А.* Трансплантологія в Україні: недоліки законодавства та рекомендації з його розвитку // Юридична газета. — 2010. — № 35 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.e-lawyer.com.ua/transplantolog-ya-v-ukra-n-nedol-ki-zakonodavstva-ta-rekomendats-z-iogo-rozvitku-yuridichna-gazeta>.
11. *Декларація стосовно трансплантації людських органів* : міжнародний документ від 30 жовтня 1987 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_330.
12. *Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини* : міжнародний документ від 24 січня 2002 р. № ETS № 186 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_684.
13. *Стеценко С. Г.* Медичне право України : підруч. — К., 2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://libfree.com/168365113_pravopravove_regulyuvannya_transplantatsiyi_organiv_inshih_anatomichnih_materialiv_lyudini.html.
14. *Марчук І. А.* Судова медицина : курс лекцій : навч. посіб. — К., 1997 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.naiu.kiev.ua/biblio/books/meditsyna/tema2.html>.
15. *Інструкція щодо констатації смерті людини на підставі смерті мозку* : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 25 вересня 2000 р. № 226 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0697-00>.

Петруня А. М., Коваленко Т. С. Реформування законодавства в галузі трансплантації: медичні та правові аспекти

Анотація. У статті проводиться аналіз чинного законодавства України в галузі трансплантації. Виокремлюються морально-етичні, медичні та правові проблеми пересадки анатомічних матеріалів людини, які потребують якнайскорішого вирішення. Автори доходять висновку, що прогалини в правовому регулюванні відносин у сфері пересадки органів призводять до комерціалізації цієї галузі медицини, дефіциту донорських органів та розповсюдження випадків порушення порядку їх вилучення та використання в медичній практиці.

Ключові слова: трансплантологія, трансплантація органів і тканин, вилучення анатомічних матеріалів трупів, модель незгоди, модель згоди, модель інформованої згоди.

Петруня А. М., Коваленко Т. С. Реформирование законодательства в области трансплантации: медицинские и правовые аспекты

Аннотация. В статье проводится анализ действующего законодательства Украины в области трансплантации. Выделяются морально-этические, медицинские и правовые проблемы пересадки анатомических материалов человека, которые требуют скорейшего разрешения. Авторы приходят к выводу, что пробелы в правовом регулировании отношений в сфере пересадки органов приводят к коммерциализации данной отрасли медицины, дефициту донорских органов и учащению случаев нарушения порядка их изъятия и использования в медицинской практике.

Ключевые слова: трансплантология, трансплантация органов и тканей, изъятие анатомических материалов трупов, модель несогласия, модель согласия, модель информированного согласия.

Petrunia A., Kovalenko T. Reforming Legislation in the Field of Transplantation: Medical and Legal Aspects

Annotation. The article analyzes the current Ukrainian legislation on transplantation. Moral, ethical, medical and legal problems of transplanting human anatomical materials that require resolution as soon as possible are distinguished. The authors conclude that the gaps in the legal regulation of relations in the field of organ transplantation leads to commercialization of this branch of medicine, shortage of donor organs and disorder of their use in medical practice.

Key words: transplantation, transplantation of organs and tissues, the removal of anatomical materials corpses, model disagreement, consensus model, the model of informed consent.

Пропонується додаток до юридичного журналу «Право України»:

Науково-практичний журнал «Медичне право»



Журнал «Медичне право» — видання, покликане комплексно висвітлювати проблематику медичного права, біоетики, фармацевтичного права, акцентуючи увагу на забезпеченні прав людини у сфері охорони здоров'я. Він має тривекторний вимір, охоплюючи галузь права, науку і навчальну дисципліну, адже, з одного боку, є майданчиком активних науково-практичних дебатів, а з другого, — дороговказом для правореалізації і правозастосування. Читач зможе знайомитись з глибинними питаннями теорії окресленої тематики, бути у вирі подій і нормативних новел, знайти потрібну судову практику як національну, так і зарубіжну. Не менш цікавими будуть, як для науковця, так і практика, правові позиції Європейського суду з прав людини у сфері охорони здоров'я, книжкові новинки, методологічний доробок і процесуальні зразки. У період бурхливого національного розвитку медичного права як навчальної дисципліни видання слугуватиме каталізатором цього процесу, сприяючи підвищенню якості викладання, заповнюючи прогалини джерельних ресурсів, визначаючи нові вектори наукових пошуків.

РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ОBOB'ЯЗKOBY ЧACTKY У СПАДЩИНІ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНСЬКОЇ РСР



Р. ПОЛОВИНКІНА

*аспірант кафедри історії і теорії держави
та права*

(Запорізький національний університет)

У Цивільному кодексі України право на обов'язкову частку у спадщині закріплено ст. 1241, яка визначає, що малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки спадкують, незалежно від змісту заповіту, половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом (обов'язкова частка). До обов'язкової частки у спадщині зараховується вартість речей звичайної домашньої обстановки та вжитку, вартість заповідального відказу, встановленого на користь особи, яка має право на обов'язкову частку, а також вартість інших речей та майнових прав, які перейшли до неї як до спадкоємця. Будь-які обмеження та обтяження, встановлені у заповіті для спадкоємця, який має право на обов'язкову частку у спадщині, дійсні лише щодо тієї частини спадщини, яка перевищує

його обов'язкову частку. Ці положення Цивільного кодексу визначають обсяг прав для так званих обов'язкових спадкоємців, однак вивчення інституту обов'язкової частки не втрачає своєї актуальності і досі. Про це свідчить той факт, що після вступу в силу Цивільного кодексу України 1 січня 2004 р. ст. 1241 вже була змінена згідно із Законом від 3 листопада 2004 р. № 2146-IV [1, 255]. На практиці досить часто виникають випадки, коли спадкоємці отримують свідоцтво про право на спадщину на підставі статей Цивільного кодексу УРСР (далі — ЦК УРСР) 1963 р. Це дає нам підстави для історичного дослідження норм радянського цивільного законодавства, які регулюють інститут обов'язкової частки у спадщині, оскільки для правильного застосування норм сучасного законодавства необхідно звертатись до тієї правової спадщини, яка існувала до цього.

Вивченню спадкового права присвячено багато праць відомих радянських й українських учених-цивілістів, а саме І. Азімова, Б. Антимоннова, М. Богуславського, С. Братуся, М. Гордона, К. Граве, В. Дроннікова, О. Іоффе, Т. Коваленко, С. Ландкофа, А. Маковського, А. Нємкова, В. Серебровського, Р. Халфіної, сучасних вітчизняних фахівців — В. Васильченка, О. Дзери, І. Жилінкової, З. Ромовської, Є. Рябокона, Н. Саніахметової, С. Фурси, О. Харитонові та ін. Дослідження проблем історії спадкового права є актуальним і досі, про що свідчать захищені дисертації молодих вчених, а саме О. Заїка «Становлення і розвиток спадкового права в Україні» (2007 р.), О. Неліна «Еволюція спадкового права в Україні: історико-правовий аспект» (2010 р.), однак виникнення та розвиток інституту обов'язкової частки у спадщині висвітлено недостатньо та фрагментарно, тому потребує системного аналізу.

Метою статті є історико-правовий аналіз норм радянського законодавства, які регулювали інститут обов'язкової частки у спадщині, висвітлення основних проблем розвитку зазначеного вище інституту та відображення позитивного досвіду функціонування права на обов'язкову частку у спадщині.

В. Чуйкова влучно розкриває поняття «необхідні спадкоємці» як особисту категорію спадкоємців, за якими незалежно від змісту заповіту спадкодавця зберігається певна частка у спадщині, яка називається обов'язковою, оскільки необхідні спадкоємці, крім негідних, не можуть бути позбавлені права на її спадкування [2, 389]. Виходячи зі змісту цього поняття, можна дійти висновку, що правом на обов'язкову частку у спадщині володіє певне, визначене у законі, коло осіб

при наявності складеного заповіту не на їх ім'я.

Інститут обов'язкової частки у спадщині мав свою історію, у перших нормативно-правових актах радянського періоду, які регулювали спадкування (Декрет ВУЦВК від 21 березня 1919 р. «Про скасування спадкування», незабаром Постанова ВУЦВК від 26 липня 1922 р. «Про основні приватні майнові права, які визнаються УРСР, охороняються її законами і захищаються судами УРСР»), права необхідних спадкоємців не були визначені. Навіть у першому кодифікаційному акті — ЦК УРСР 1922 р. — право на обов'язкову частку у спадщині не було врегульовано.

На думку автора, це можна пояснити бажанням радянської влади зменшити, а в подальшому скасувати приватну власність громадян та введення такого інституту, як особиста власність. Однак розвиток економічних та цивільних відносин між громадянами призвів до розширення спадкових прав, а відтак з'явився новий інститут спадкового права — обов'язкова частка.

Постановою ВЦВК і РНК РСФРР від 28 червня 1928 р. було заборонено позбавляти спадщини законних спадкоємців, які не досягли 18-річного віку, а також зменшувати їх частку за заповітом більш ніж на 1/4 законної частки. Постановою ВЦВК і РНК РСФРР від 29 листопада 1928 р. було покладено на спадкоємців, які отримували спадщину від особи, яка утримувала б дітей, солідарний обов'язок утримувати таких при їх нужденності до повноліття чи до відновлення працездатності в межах розмірів отриманого спадкоємцями майна.

Як підкреслює М. Рейхель, Постанова від 29 листопада 1928 р., по суті, збільшувала спадкову частку дітей-утриманців за умов, зазначених у Поста-

нові, до розмірів їх аліментних потреб, але не прямим шляхом, а шляхом перекладення обов'язку утримувати їх у межах спадкового майна на інших спадкоємців [3, 16].

Указом Президії Верховної Ради СРСР від 15 березня 1945 р. «Про спадкоємців за законом і заповітом» було розширено коло спадкоємців, спадкодавцеві надавалось право у разі відсутності спадкоємців за законом заповісти своє майно будь-якій особі. Коло спадкоємців за законом було розширено шляхом включення до їх складу батьків, братів і сестер спадкодавця, а також зазначений вище Указ не оминув права неповнолітніх дітей та інших непрацездатних спадкоємців померлого і залишав за ними обов'язкову частку у спадщині.

Після Другої світової війни у наукових колах йшла дискусія з приводу прийняття Цивільного кодексу СРСР, один із розділів якого було присвячено «правам спадкоємства». Оскільки право особистої власності громадян тісно пов'язане з інститутом спадкування особистої власності, а в літературі того часу вказувалось, що завданням зміцнення особистої власності громадян на їх трудові доходи та заощадження, на предмети споживання вимагало розширення свободи розпорядження особистою власністю на випадок смерті, тобто встановлення свободи заповіту [4, 19].

Фахівці, науковці з цивільного та спадкового права і практичні працівники вважали, що у нових Основах цивільного законодавства СРСР повинна зберігатися обов'язкова частка за неповнолітніми і непрацездатними спадкоємцями: «За кожним з таких спадкоємців повинна бути збережена та частина спадкового майна, яка належала б такому спадкоємцю, якби мало місце спадкування за законом» [4, 19].

На думку автора, для повного та всебічного дослідження права на обов'язкову частку необхідно розкрити якості, якими повинен володіти спеціальний суб'єкт для реалізації свого права.

Відповідно до радянського цивільного законодавства утриманням визнавалось існування особи на засоби працюючих або пенсіонерів — членів своєї сім'ї, а іноді й інших громадян, за відсутності самостійних джерел та засобів існування або їх недостатності. Поряд з ознаками, що містяться в цьому загальному визначенні, Г. Бирильова наводить ще ряд інших ознак, за відсутності яких факту утримання не надається юридичного значення.

Неповнолітніми визнавались особи, які не досягли 18-річного віку, однак цей факт не завжди створював право на утримання. Підлітки, які досягли 16 років, мали право на одержання пенсії до 18 років лише в тому випадку, якщо вони навчались в закладах освіти. Однак закон не допускав позбавлення неповнолітніх дітей обов'язкової частки у спадщині (ст. 422 ЦК УРСР 1922 р.), незалежно від того, чи продовжує неповнолітній навчання.

Непрацездатність закріплювалась як стійка втрата здатності до праці, яка створює інвалідність I, II і III груп. Непрацездатність утриманців включала їх до числа спадкоємців першої черги, крім того, спадкодавець не міг позбавити непрацездатних спадкоємців частки, яка належала б їм при спадкуванні за законом (ст. 422 ЦК УРСР 1922 р.).

Непрацездатними також вважались спадкоємці першої черги, які досягли похилого віку. Цей вік у радянському законодавстві був встановлений, за загальним правилом, для жінок — 55 років, а для чоловіків — 60 років.

Правові відношення з утримання складались не тільки в силу обов'язку, встановленого законом, але іноді і в силу добровільно прийнятих односторонніх зобов'язань, яким за певних умов надається юридичне значення. Так, утриманець за наявності умов, зазначених у ст. 418 ЦК УРСР 1922 р., користувався правами законного спадкоємця [5].

Слід зазначити, що згідно з положеннями ЦК УРСР 1922 р. грошові вклади, на які було зроблено заповідальні розпорядження, не входили до складу спадщини. М. Кисельова, старший нотаріус, у своїй статті роз'яснювала, що вкладник за життя міг зробити розпорядження в ощадній касі про видачу вкладу після його смерті зазначеним особам. Таке розпорядження вкладника хоча і називалось заповітом, однак жодного відношення до спадкового права не мало. Власне це був договір між ощадною касою і вкладником. Правилам про спадкування такий заповіт не підпорядковувався [6, 40].

У 1960 р. в авторитетних («Советская юстиция», «Советское государство и право», «Радянське право») юридичних виданнях СРСР був надрукований проект Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік для обговорення його провідними фахівцями права та практичними діячами.

Розділ VI закріплював право спадкоємства, у ст. 94 закріплювалось право спадкування за законом і за заповітом. Коло спадкоємців за законом і порядок спадкування встановлювались законодавством союзних республік.

Стаття 95 визнавала право громадянина за заповітом залишати все своє майно або частину його одному або декільком особам, як тим, що входили,

так і тим, що не входили до кола спадкоємців за законом, а також державі або окремим державним організаціям, колгоспам чи іншим кооперативним та громадським організаціям.

Законодавством союзних республік встановлювалось коло спадкоємців, які не могли бути повністю позбавлені своєї частки у спадковому майні, і розмір частки, що обов'язково зберігався за ними [7, 21].

При обговоренні проекту Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік виникали деякі суперечки. Так, на думку Н. Бондарева, саме Основи цивільного законодавства повинні встановлювати коло спадкоємців за законом і коло «необхідних спадкоємців», які мають право на обов'язкову частку. Він зазначає, що у практиці застосування Указу Президії Верховної Ради СРСР від 14 березня 1945 р. «Про спадкоємців за законом і за заповітом» не викликало жодних принципових заперечень проти встановленого цим Указом єдиного для громадян СРСР кола спадкоємців за законом [8, 7].

Законом СРСР від 8 грудня 1961 р. «Про затвердження Основ цивільного законодавства СРСР та союзних республік» було прийнято Основи цивільного законодавства СРСР та союзних республік (далі — Основи цивільного законодавства), які вводились в дію з 1 травня 1962 р. Стаття 119 Основ цивільного законодавства закріплювала право кожного громадянина залишати за заповітом усе своє майно або частину його (не виключаючи предметів звичайної домашньої обстановки та вжитку) одній або кільком особам, які як входили, так і не входили до кола спадкоємців за законом, а також державі або окремим державним, кооперативним і громадським організаціям.

Неповнолітні або непрацездатні діти спадкодавця (в тому числі усиновлені), а також непрацездатні дружина, батьки (усиновителі) і утриманці померлого успадковують, незалежно від змісту заповіту, не менше 2/3 частки, яка належала б кожному з них при спадкуванні за законом (обов'язкова частка). При визначенні розміру обов'язкової частки враховувалась вартість спадкового майна, що складалась з предметів звичайної домашньої обстановки та вжитку [9, 18].

Спираючись на висновки Б. Антимонова, необхідно зазначити різницю в регулюванні права на обов'язкову частку згідно з Указом Президії Верховної Ради СРСР від 15 березня 1945 р. «Про спадкоємців за законом і заповітом» (далі — Указ 1945 р.) та Основ цивільного законодавства. Указ 1945 р. встановлював, що заповідач не може позбавити своїх неповнолітніх дітей та інших непрацездатних спадкоємців частки, яка належала б їм при спадкуванні за законом. В Основах цивільного законодавства перелік «необхідних спадкоємців» був вичерпний — неповнолітні або непрацездатні діти (в тому числі усиновлені), а також непрацездатні дружина або чоловік, батьки (усиновителі) й утриманці померлого. Таким чином, замість широкого формулювання «інші непрацездатні спадкоємці», зазначеного в Указі 1945 р., Основи цивільного законодавства охоплюють тільки дітей померлого та інших спадкоємців першої черги за умови їх непрацездатності.

Також Основи цивільного законодавства в ч. 2 ст. 119 інакше визначали наслідки заповіту на користь іншої особи за наявності (на момент відкриття спадщини) «необхідних спадкоємців». Згідно з Указом 1945 р. наявність одного єдиного спадкоємця з числа «необхідних» виключало запо-

віт на користь будь-якої іншої особи, оскільки єдиний «необхідний спадкоємець» при спадкуванні за законом мав право на весь спадок (100 %); частка такого спадкоємця при спадкуванні за законом могла обмежуватися тільки правом іншого спадкоємця за законом тієї ж черги. Основи цивільного законодавства допускали і за наявності «необхідного спадкоємця» спадкування сторонніх осіб, при збереженні частки «необхідного спадкоємця», яка становила не менше 2/3 частки, яка належала йому при спадкуванні за законом, а не 100 % цієї частки, як було встановлено Указом 1945 р. [10, 88–89].

Розмір обов'язкової частки визначався у ст. 119 Основ цивільного законодавства, де вказувалось, що при визначенні розміру обов'язкової частки враховувалось все майно, а також вартість спадкового майна, що складалась з предметів звичайної домашньої обстановки та вжитку. При тлумаченні цієї норми необхідно зазначити думку А. Степанової, яка вказує, що «необхідні спадкоємці» отримують не речі звичайної домашньої обстановки та вжитку, а лише вартість цих речей, що становлять обов'язкову його частку. Речі залишаються у спадкоємця, який проживав разом зі спадкодавцем. Однак, якщо спадкоємець, який спільно проживав зі спадкодавцем, бажав передати «необхідному спадкоємцю» речі домашнього вжитку, а не виплачувати йому вартість, то навряд чи були підстави обмежувати його в цьому. Практика складалась таким чином, що неповнолітнім або непрацездатним дітям спадкодавця (в тому числі усиновленими), а також одному із непрацездатних чоловіку або дружині, батькам (усиновлювачам) і утриманцям померлого виділяється вартість спадкового майна, що скла-

дається з предметів звичайної домашньої обстановки та вжитку [11, 11].

Практика застосування статей Основ цивільного законодавства, що регулювали право на обов'язкову частку, були відображенні у п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 1 липня 1966 р. № 6, в якому зазначалось, що незалежно від змісту заповіту неповнолітні або непрацездатні особи, зазначені у ст. 119 Основ цивільного законодавства, успадковують не менше 2/3 частки, яка належала б кожному з них при спадкуванні за законом (обов'язкова частка). Якщо спадкоємець, який має право на обов'язкову частку у спадщині, не прийме спадкове майно у встановлений термін або відмовиться від спадщини, майно переходить до спадкоємців за заповітом. При порушенні права спадкоємців на обов'язкову частку у спадщині суд вирішує питання про недійсність заповіту лише в тій частині, яка становить обов'язкову частку [12, 30]. Що стосується грошових внесків, на які в ощадній касі було зроблено заповідальне розпорядження, то вони не входили до складу спадщини, а порядок виплати їх спадкоємцям визначався примірним положенням про державні ощадні каси.

Положення ЦК УРСР 1963 р., що регулювали право на обов'язкову ча-

стку у спадщини (ст. 535), без відповідних змін та доповнень діяли до прийняття ЦК України.

Враховуючи викладене, зазначимо, що право на обов'язкову частку у спадщині є окремим інститутом спадкового права, який потребує детального вивчення, оскільки є своєрідним засобом захисту незахищених (неповнолітніх та непрацездатних) спадкоємців померлого. Право на обов'язкову частку у спадщині пройшло свій шлях розвитку від нівелювання до закріплення цього права у кодифікаційних актах на рівні Основ цивільного законодавства, що підкреслює важливість цього інституту. Законодавець створив відповідні умови для гарантування та забезпечення незахищених спадкоємців, а саме незахищені спадкоємці першої черги закликалися до спадкування майна померлого, які могли отримати у спадщину 2/3 частки від всього майна померлого, включаючи предмети домашньої обстановки та вжитку. Висновки та пропозиції, викладені у цій статті, можуть бути використані при вивченні курсу «Нотаріат України» та «Історія держави та права України», а також для подальшого дослідження історії спадкового права України.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Цивільний кодекс України*. — К., 2012.
2. *Цивільне право України* : підруч. : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої та ін. — К., 2004. — Т. 1.
3. *Рейхель М.* Право наследования // Советская юстиция. — 1937. — № 5.
4. *Братусь С. Н.* Некоторые вопросы проекта ГК СССР // Советское государство и право. — 1948. — № 12.
5. *Бирилева Б. А.* Правовое регулирование положения иждивенцев рабочих и служащих в СССР // Советское государство и право. — 1955. — № 5. — С. 113–114.
6. *Киселев М.* О завещании на денежные вклады // Советская юстиция. — 1958. — № 1.
7. *Проект Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік* // Радянське право. — 1960. — № 4.
8. *Бондарев Н., Шимелевич С.* Обсуждаем проект Основ // Советская юстиция. — 1960. — № 12.
9. *Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик* // Советская юстиция. — 1962. — № 1. — С. 4–22.

10. Антимонов Б. С. Наследственное право в Основых гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик // Советское государство и право. — 1962. — № 5. — С. 88–89.
11. Степанова А. Практика применения Основ гражданского законодательства по вопросам наследования // Советская юстиция. — 1963. — № 11.
12. О судебной практике по делам о наследовании : Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 1 июля 1966 г. № 6 // Советская юстиция. — 1966. — № 16.

Рекомендовано до друку кафедрою історії і теорії держави та права Запорізького національного університету.

Половинкіна Р. Ю. Регулювання права на обов'язкову частку у спадщині за цивільним правом Української РСР

Анотація. Стаття присвячена історико-правовому аналізу права на обов'язкову частку у спадщині спадкоємців за цивільним правом Української РСР з 1919 р. по 1991 р. У науковій статті досліджуються теоретичні засади та практика застосування законодавства, яке регулювало право на обов'язкову частку у спадщині зазначеного вище періоду. Автор дає визначення понять «необхідний спадкоємець», «право на обов'язкову частку у спадщині». Розкриває порядок отримання свідоцтва про право на спадщину за законом згідно з нормами радянського цивільного права. Наводиться перелік умов, за яких виникає право на обов'язкову частку громадян СРСР. Вказує перелік майна, який міг переходити у спадщину. На основі проведеного дослідження, автор статті пропонує самостійні висновки та судження про розвиток права на обов'язкову частку у спадщині періоду радянської влади. Проводить порівняльний аналіз законодавства, що дає можливість простежити історію формування та закріплення прав необхідних спадкоємців у майбутньому.

Ключові слова: необхідні спадкоємці, заповіт, право на обов'язкову частку у спадщині, спадкоємець, спадкодавець.

Половинкина Р. Ю. Регулирование права на обязательную долю в наследстве по гражданскому праву Украинской ССР

Аннотация. Статья посвящена историко-правовому анализу права на обязательную долю в наследстве наследников согласно гражданскому праву Украинской ССР с 1919 г. по 1991 г. В научной статье исследуются теоретические основы и практика применения законодательства, которое регулировало право на обязательную долю в наследстве вышеупомянутого периода. Автор дает определение понятий «необходимый наследник», «право на обязательную долю в наследстве». Раскрывает порядок получения свидетельства о праве на наследство по закону согласно норм советского гражданского права. Приводится перечень условий, при которых возникает право на обязательную долю граждан СССР. Указывает перечень имущества, которое могло переходить по наследству. На основе проведенного исследования автор статьи предлагает самостоятельные выводы и суждения о развитии права на обязательную долю в наследстве периода советской власти. Проводит сравнительный анализ законодательства, что дает возможность проследить историю формирования и закрепления прав необходимых наследников в будущем.

Ключевые слова: необходимые наследники, завещание, право на обязательную долю в наследстве, наследник, наследодатель.

Polovynkina R. The Regulation of the Right for Compulsory Share of Inheritance in Accordance with the Civil Law of the Ukrainian SSR

Annotation. Article is focused on the historical and legal analysis of the right for compulsory share of inheritance heirs according to the civil law of the Ukrainian SSR in 1919 and 1991. In a scientific article explores the theoretical basis and practical application of legislation which governs the right to a compulsory share of inheritance of the above period. The author defines the concepts of «necessary heir», «right to a compulsory share of inheritance». It is reveals how to obtain a certificate of inheritance by law according to the norms of Soviet civil law. F list of conditions under which the right for compulsory share is given to Soviet citizens. A list of property that could be inherited is also specified. Based on the study, the author of the article suggests their own conclusions and judgments about the development of the right to a compulsory share of inheritance of the Soviet period. The author provides a comparative analysis of the legislation, which makes it possible to trace the history of the formation and consolidation of the necessary rights of heirs in the future.

Key words: necessary heirs, the will, the right to compulsory share of inheritance, the heir of the deceased.

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ ПОНЯТТЯ МАЛОГО ТА СЕРЕДНЬОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА



Н. КРАВЕЦЬ

*асистент кафедри цивільного
та трудового права*

*(Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана)*

Чинним законодавством визначено, що підприємництво — це самостійна ініціативна діяльність громадян, яка здійснюється на власний ризик, під власну майнову відповідальність фізичних або юридичних осіб і спрямована на систематичне отримання доходу (прибутку) від використання, продажу товарів, виконання робіт, надання послуг [1, 3].

Відповідно до ст. 42 Конституції України кожен має право займатися підприємницькою діяльністю, не забороненою законом. Конституційне закріплення означає не тільки гіпотетичну можливість займатися підприємницькою діяльністю, а й фактичне підтвердження того, що держава покладає на себе обов'язок створювати умови (наскільки це можливо) для реалізації зазначеного права. Тобто порушення конституційного права мало б викликати адекватну реакцію з боку органів держави, котрі повинні були б звести до мінімуму подібні «зазіхання», а якщо такі процеси вже відбуваються, то якнайшвидше прореагувати [2, 43–44].

© Н. Кравець, 2013

Сьогодні у багатьох країнах світу мале і середнє підприємництво відіграє важливу роль у процесі реалізації основних соціально-економічних завдань суспільства, посідає значне (порівняно з власними розмірами) місце у виробництві внутрішнього валового продукту, виконанні доходної частини державного та місцевих бюджетів, вирішує питання зниження рівня безробіття шляхом зайнятості та самозайнятості населення, захисту соціально незахищених верств суспільства [3, 8].

Серед науковців, у працях яких знайшли відображення питання малого і середнього бізнесу (далі — МСБ), варто назвати: І. Разумкову, доробком якої є монографія, де ґрунтовно представлено аналітичне дослідження розвитку малого та середнього сектору економіки США; П. Мягкова, дослідження якого спрямовані на розкриття природи малого бізнесу і його ролі у структурі господарства країни, а також питання організації та створення малих підприємств, їх взаємовідносини з іншими суб'єктами ринкової економіки, зокрема з державою; В. Афанасьєва, який висвітлює проблеми

становлення МСБ; А. Шурус — дослідження питань розвитку МСБ у Німеччині (досвід); П. Мягкова та Є. Фесенка — досліджувачів питань необхідності державної підтримки малого бізнесу; А. Віленського — досліджувача розвитку МСБ в Японії (досвід); І. Фамінського — висвітлює проблеми зовнішньоекономічної діяльності малих підприємств; Т. Долгопятову, І. Євсєєва, В. Широніна — досліджувачів ролі законодавства та регулювання у становленні малого бізнесу в Росії (соціологічне дослідження); Т. Алілову, В. Буєва, В. Голікова, Т. Долгопятову — досліджувачів проблем малого бізнесу очима підприємців (соціологічне дослідження) та багато інших. Ці автори представляють російську наукову думку.

Щодо української науки, то дослідженням у сфері малого та середнього підприємництва присвячує свої наукові доробки значна кількість науковців. Серед них можна назвати монографію М. Долішнього, М. Козоріз, В. Мікловди, А. Даниленка, в якій обґрунтовується роль держави у розвитку підприємництва та необхідність формування сприятливого середовища для підприємств МСБ. Заслужують на увагу також публікації М. Радомисельського з питань малого бізнесу та конкурентного середовища; Б. Карпінського — дослідження проблем організації інкубаційних центрів для створення нових фірм; З. Варналій — з проблем фінансового забезпечення та перспектив розвитку малого бізнесу в Україні; А. Діденко, Ю. Петроченко, Л. Задорожного — дослідження яких висвітлюють основні проблеми формування, а також умови та шляхи розвитку малого підприємництва в Україні; Ю. Лебединського, Б. Малицького, В. Соловійова, В. Феденка — у сфері малого інноваційного

бізнесу; Д. Ляпіна — з проблем взаємовідносин малого бізнесу та владних структур на рівні регіону; М. Білик — з питань законодавчого та фінансового забезпечення малого бізнесу; О. Барановського — щодо необхідності державної підтримки малого бізнесу в контексті зарубіжного та вітчизняного досвіду.

Метою статті є аналіз поняття «мале та середнє підприємництво» та його визначення в системі загальних правових відносин.

Досліджуючи сутність малого і середнього бізнесу, ми не раз стикалися із поняттями «мале підприємництво» і «малий бізнес». Ці поняття дуже часто ототожнюються. За словами професора В. Карсекіна «...дійсно практично повсюдно проходять ототожнення підприємництва з малим бізнесом, широке використання у вітчизняній науці та практиці терміна «мале підприємництво» [4, 72].

Вони дійсно є дуже близькими, але не тотожними. Бізнес — поняття набагато ширше, ніж підприємництво, воно охоплює всі відносини, що виникають між учасниками ринкових відносин, і включає діяльність не лише підприємців, а й споживачів, найманих працівників, а також державних структур. Тобто бізнес, на відміну від підприємництва, включає будь-який вид діяльності, що приносить дохід або особисту користь.

Малий бізнес в Україні є тим об'єктом економічних реформ, який акумулює в собі соціальну енергію молодого середнього класу суспільства, його зайнятість і працевлаштування, що націлене на механізм створення власної справи та здійснення підприємницької діяльності [5, 118].

Підсумовуючи наведену вище інформацію, можна дійти висновку, що між поняттями «малий бізнес» і «мале

підприємництво» суттєвої різниці немає. Однак бізнес — це діяльність, спрямована на реалізацію власного економічного інтересу і, на відміну від підприємництва, не обов'язково має бути інноваційною та ризикованою.

Малий бізнес Ф. Хамідуллін визначає як «самостійний сектор економіки, що володіє значним інноваційним потенціалом, що виробляє товари, роботи і послуги, заснований на використанні індивідуальної праці, приватної та особистої власності, обмеженої кількості ресурсів» [6, 13].

Слід зауважити, що традиційно дослідники розглядають підприємництво і, окремо, мале підприємництво, тоді як саме в рамках так званого малого підприємництва (бізнесу) найбільше проявляються позитивні ознаки підприємництва, зазначені вище.

У вітчизняній літературі досить змістовне визначення понять «мале підприємництво» та «малий бізнес» зроблено З. Варналієм. Мале підприємництво, за З. Варналієм, — це самостійна (за рахунок власних коштів) систематична інноваційна діяльність громадян-підприємців та малих підприємств на власний ризик з метою отримання підприємницького доходу (надприбутку) [7, 23]. Водночас малий бізнес — це діяльність будь-яких малих підприємств та окремих громадян (фізичних осіб) з метою одержання прибутку. Практично це будь-яка діяльність зазначених суб'єктів господарювання, спрямована на реалізацію власного економічного інтересу. Не обов'язково це має бути особливо ризикованою та інноваційною діяльністю на засадах повної економічної відповідальності [7, 25]. Саме у цьому чиннику З. Варналій вбачає різницю між поняттями «мале підприємництво» та «малий бізнес».

Такої ж думки дотримується й В. Кредісов, який вважає, що доцільно розрізняти ці два поняття. «Мале підприємництво передбачає не просто відносно невеликі розміри підприємства та масштаби господарської діяльності, а й його обов'язкове базування на особливо ризикованій та інноваційній основі, на повній економічній відповідальності, на персоніфікованих і гнучких методах управління й організації відтворення з метою отримання максимального підприємницького прибутку з одиниці затраченого капіталу» [8, 7].

Як зазначають О. Довгальова та О. Балабенко: «Мале підприємництво — особлива форма економічної активності, що передбачає орієнтацію на досягнення комерційного успіху; інноваційний та ризиковий характер діяльності; перспективність спрямування на подальший розвиток, розширення масштабів і сфери діяльності; свободу та самостійність суб'єктів у прийнятті управлінських рішень та здійсненні бізнесу; майнову відповідальність підприємця за результати господарювання; постійний характер господарської діяльності, укладання регулярних, а не одноразових угод» [9, 14]. І вони теж погоджуються з тим, що діяльність малого бізнесу не обов'язково має бути ризикованою та інноваційною [9, 15].

З наведених трактувань можна зробити висновок, що малий бізнес, представниками якого є малі підприємства та фізичні особи-підприємці, тільки набуваючи ознак інноваційності та ризикованості, може бути віднесений до малого підприємництва.

Автори навчального посібника «Малий бізнес» Т. Говорушко та О. Тимченко пропонують таке визначення: мале підприємництво — це особлива система економічних відносин, за яких головною рушійною си-

лою, суб'єктом господарювання є підприємець, котрий поєднує особові й матеріальні фактори відтворення на інноваційній основі, особистій ініціативі та економічній відповідальності й зацікавленості, ризику з метою одержання підприємницького доходу. Щодо визначення малого бізнесу, то в посібнику зазначається, що основу малого бізнесу становлять невеликі (малі) підприємства, характерними ознаками яких є незначна кількість штатних працівників та невеликі обсяги виробництва [10, 12].

У своєму авторефераті Т. Говорушко уточнює визначення малого підприємництва як самостійну, на власний ризик, під власну майнову відповідальність ініціативу, діяльність власника, що характеризується прагненням до інновацій, незначними обсягами виробництва, ґрунтується на використанні економічних ресурсів та спрямована на отримання фінансово-економічного і соціального результату. Далі зазначається, що цей погляд ґрунтується на емпіричних дослідженнях, які свідчать, що мале підприємство не можна трактувати як беззаперечно інноваційну діяльність. Інноваційна активність малих підприємств перебуває під впливом значної кількості чинників, які часто не сприяють реалізації підприємцем інноваційної функції. Тому більш доцільно вважати мале підприємство діяльністю власника, що за певних сприятливих умов набуває інноваційного характеру [11, 10].

Досить обґрунтованим видається визначення малого бізнесу як індивідуальної форми власності, яка характеризується незалежним менеджментом, власним капіталом, локальним районом операцій, малими розмірами; при цьому йому відводять роль у забезпеченні зайнятості та інновацій (до

винаходів малого бізнесу належать літаки, аерозоль, гелікоптери, персональні комп'ютери та ін. [12, 58].

Перераховуючи сутнісні ознаки бізнесу та підприємництва в навчальному посібнику «Основи бізнесу», автори роблять висновок, що за сучасних умов висококонкурентних ринків неможливо реалізувати основну мету бізнесу (отримання прибутку) без використання нових ідей, застосування інновацій, властивих підприємству якостей [13, 10].

Легальне визначення поняття «мале підприємство» з'явилося в українському законодавстві у 1990 р. з прийняттям Радою Міністрів УРСР постанови «Про заходи щодо створення і розвитку малих підприємств» і протягом наступних 16 років суттєво трансформувалося. Крім того, з прийняттям Указу Президента України від 12 травня 1998 р. «Про державну підтримку малого підприємництва» відбулася спроба нормативно визначити поняття «мікропідприємство», яке не мало подальшого розвитку і було скасоване однойменним Законом України від 19 жовтня 2000 р.

Науково-теоретичні засади розвитку малого бізнесу ще недостатнім чином усвідомлені як на різних рівнях державного управління, так і в системі законодавчої влади та в органах місцевого самоврядування. Ці засади й досі не втілились у цілісну й довгострокову державну стратегію розвитку малого бізнесу, не закладені в цілісному вигляді в конкретних законодавчих актах і регуляторних нормах, що могли б сформувати ліберальне регуляторне середовище, побудоване на домінуванні нормативних стимулів, а не заборон і обмежень [14].

На перших етапах формування поняття «мале підприємство» вітчизняне законодавство (постанова Ради

Міністрів УРСР від 22 вересня 1990 р. «Про заходи щодо створення і розвитку малих підприємств» [15], Закон України від 27 березня 1991 р. «Про підприємства в Українській РСР» [16]) співвідносило чисельність працюючих на підприємствах осіб з галузями їх діяльності: у промисловості і будівництві — до 200 осіб, в інших галузях виробничої сфери — до 50 осіб, у науці та науковому обслуговуванні — до 100, у галузях невиробничої сфери — до 25, у роздрібній торгівлі — до 15. На такому самому принципі ґрунтувалося і правове визначення малих підприємств ряду країн «пострадянського простору»: Російської Федерації, Молдови, Білорусі, Азербайджану, Киргизстану, Казахстану та ін. У процесі подальшого розвитку національного законодавства як в Україні, так і в деяких названих країнах відбулася нормативна уніфікація трудового критерію.

У заходах щодо реалізації Національної програми сприяння розвитку малого підприємництва, затвердженій законами України «Про підприємства в Україні» та «Про підприємництво», передбачалося визначити терміни «велике», «середнє», «мале підприємство». Але, на жаль, це залишилося нездійсненим. І тільки через три роки у новому Господарському кодексі, який набрав чинності з 1 січня 2004 р. [17], до малих підприємств віднесено фірми, що мають менш як 50 найманих працівників, а до великих — компанії, де зайнято більше 1000 працівників. У Господарському кодексі не повною мірою висвітлені зазначені питання, але можна припустити, що всі фірми, в яких кількість працюючих більше 50, але менше 1000, є середніми.

Але насамперед необхідно чітко розмежовувати на рівні закону поняття малого та середнього підприєм-

ництва (далі — МСП). Відсутність визначення поняття середнього підприємництва в Україні на законодавчому рівні призводить до плутанини та неправильного застосування правових норм. При цьому у чинних нормативно-правових актах ці категорії застосовуються у терміносполученні «мале та середнє» підприємництво, отже, протиставляються одна одній як нетотожні, а такі, що різняться. Вважаю за доцільне прийняти два самостійні закони: Закон України «Про мале підприємництво в Україні» та Закон України «Про середнє підприємництво в Україні», які б регулювали основні засади створення і функціонування малого та середнього підприємництва.

На мою думку, є нагальна необхідність у розробці й ухваленні Кодексу малого та середнього підприємництва, який містив би комплексні рішення щодо становлення й розвитку малого та середнього бізнесу в Україні.

Україна на сьогодні використовує декілька класифікацій МСП, які є: фрагментарними та суперечливими, відрізняються від ЄС щодо методології та критеріїв.

Потрібне нове визначення МСП, яке використовується однаково у всіх законодавчих та нормативних актах та яке гармонізоване до визначення ЄС. МСП мають відповідати двом критеріям: критерію кількості працівників та критерію обороту або критерію кількості працівників та критерію вартості активів. Визначення МСП повинно бути єдиним у законодавчій базі. Методологія визначення виду бізнесу за його розміром має бути змінена, щоб врахувати досвід ЄС. Критерії змінились: мікро, малі, середні та великі підприємства чітко визначені.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Чупіс А. В., Огаренко В. М., Кащенко О. Л. та ін. Підприємницька діяльність: стратегія економічного розвитку / за ред. д-ра екон. наук, проф. А. В. Чупіса. — Суми, 2001. — 336 с.
2. Ластовецький А. Право на підприємницьку діяльність у ракурсі становлення інституту державно-правової охорони конституційних прав і свобод громадян // Право України. — 2004. — № 2. — С. 43–48.
3. Гордієнко О. Малі підприємства: критерії правового статусу і проблеми його вдосконалення // Господарське право. — 2002. — № 6. — С. 8–11.
4. Карсекін В. М. Мале підприємництво: проблеми і перспективи // Економіка України. — 1995. — № 10.
5. Бусыгин А. В. Предпринимательство. Основной курс : учеб. для вузов. — М., 1997. — 608 с.
6. Хамидуллин Ф. Ф. Малый бизнес в трансформируемой экономике: тенденции и перспективы развития. — Казань, 2006. — 180 с.
7. Варналій З. С. Мале підприємництво: основи теорії і практики. — К., 2001. — 277 с.
8. Кредісов В. А. Організаційно-економічні форми підприємництва та проблеми його розвитку // Менеджмент. — 2008. — № 10 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Menedzhment/2008_10/kredisov.htm.
9. Довгалюва О. В., Балабенко О. В. Управління малим бізнесом : підруч. / Донбас. нац. акад. буд-ва і архіт. — Макіївка ; Донецьк, 2011. — 298 с.
10. Говорушко Т. А., Тимченко О. І. Малий бізнес : навч. посіб. — К., 2006. — 200 с.
11. Говорушко Т. А. Ефективність розвитку малого підприємництва у харчовій промисловості в Україні : автореф. дис. ... д-ра екон. наук : спец. 08.00.04. — К., 2008. — 38 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2008/08gtahpu.zip>.
12. Генеза ринкової економіки: терміни, поняття, персоналії / уклад. В. С. Іфтемчук та ін. — К., 2004. — 688 с.
13. Основи бізнесу : навч. посіб. / Я. С. Ларіна, С. В. Мочерний, В. М. Фомішина, С. І. Чоботар. — К., 2009. — 384 с.
14. Кужель О. В. Роль малого бізнесу в регіональному соціально-економічному розвитку // Вісник економічної науки України. — 2004. — № 2. — С. 69–78.
15. Про заходи щодо створення і розвитку малих підприємств : постанова Ради Міністрів УРСР від 22 вересня 1990 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP900278.html.
16. Про підприємства в Україні : Закон Верховної Ради УРСР від 27 березня 1991 р. № 887-XII // Голос України. — 1991. — 6 трав.
17. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18; № 19–20; № 21–22. — Ст. 144.

Рекомендовано до друку кафедрою цивільного та трудового права Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана.

Кравець Н. І. Теоретичні аспекти визначення сутності поняття малого та середнього підприємництва

Анотація. У статті розглянуто існуючі визначення поняття малого та середнього підприємництва, здійснено аналіз змін в українському законодавстві щодо визначення терміна «малі та середні підприємства». Зосереджується увага на необхідності розмежування понять «малий бізнес» і «мале підприємництво». Досліджено історико-правовий аспект виникнення поняття малого та середнього підприємництва в Україні. Встановлено проблеми законодавчого регулювання понять малого та середнього підприємництва та запропоновано шляхи їх вирішення. Надано рекомендації щодо нового визначення малого та середнього підприємництва.

Ключові слова: мале підприємство, середнє підприємство, сектор малого та середнього бізнесу, законодавство України.

Кравец Н. И. Теоретические аспекты определения сущности понятия малого и среднего предпринимательства

Аннотация. В статье рассмотрены существующие определения понятия малого и среднего предпринимательства, осуществлен анализ изменений в украинском законодательстве относительно определения термина «малые и средние предприятия». Сосредоточивается внимание на необходимости разграничения понятий «малый бизнес» и «малое предпринимательство». Исследован историко-правовой аспект возникновения понятия малого и среднего предпринимательства в Украине. Установлены проблемы законодательного регулирования понятий малого и среднего предпринимательства и предложены пути их решения. Предоставлены рекомендации относительно нового определения малого и среднего предпринимательства.

Ключевые слова: малое предприятие, среднее предприятие, сектор малого и среднего бизнеса, законодательство Украины.

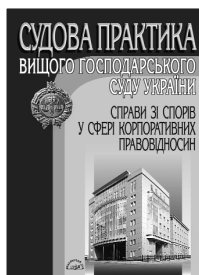
Kravets N. Theoretical Aspects of Defining the Essence of the Notion of Small and Medium Enterprises

Annotation. The existing definitions of the notion of «small and medium enterprises» are considered in the article. The analysis of changes is carried out in the Ukrainian legislation in relation to the definition of the notion of «small and medium enterprises». The attention is focused on the necessity to differentiate the notions of «small business» and «small enterprise». The historical and legal aspects of origination of the notion of «small and medium enterprises» in Ukraine are investigated. The problems of the legislative regulation of notions of «small and medium enterprises» are determined, and the ways of their solution are also offered. Recommendations for new definition of the notions of «small and medium enterprises» are given.

Key words: small enterprise, medium enterprise, sector of small and medium enterprises, the legislation of Ukraine.

Пропонується збірник:

**Судова практика Вищого господарського суду України.
Справи зі спорів у сфері корпоративних правовідносин : офіц. вид. / Вищ.
госп. суд України ; за заг. ред. В. І. Таткова. — К. : Ін Юре, 2012. — 324 с.**



Збірник складається з судової практики Вищого господарського суду України у справах зі спорів у сфері корпоративних правовідносин.

Це тематичне видання розраховано на суддів, адвокатів, юрис-консультів, працівників органів державної влади, науковців, студентів та широкий загал.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

ПРАВОВА ПРИРОДА ПІДТРИМАННЯ ПРОКУРОРОМ ДЕРЖАВНОГО ОБВИНУВАННЯ В СУДІ (В КОНТЕКСТІ НОВОГО КПК УКРАЇНИ)



К. БЕЛОУСОВА

прокурор прокуратури

Ленінського району м. Луганська,

*здобувач кафедри кримінального процесу
та правосуддя*

*(Луганський державний університет
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка)*

Конституція України у ст. 121 чітко визначила одну з основних конституційних функцій прокуратури — підтримання державного обвинувачення в судді. Ця функція знайшла своє закріплення і в Законі України «Про прокуратуру» (ст. 5), а також у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі — КПК України) (ст. 36). Держава, закріпивши на конституційному рівні за прокурором функцію державного обвинувачення, визначила його важливу роль у захисті прав і свобод людини і громадянина.

У літературі питання участі прокурора в кримінальному судочинстві в процесі підтримання державного обвинувачення розглядалися досить детально, зокрема, у працях Ю. Грошевого, В. Зеленецького, Л. Лобойка, І. Вернидубова, Т. Вільчик, О. Баєва та ін. Але, по-перше, більшість висловлених поглядів розкривали проблематику у контексті не чинного на сьогодні кримінально-процесуального закону. По-друге, багато аспектів цієї великої теми з урахуванням нового КПК Ук-

раїни залишилися поза увагою авторів. Нарешті, єдиної думки про місце прокурора в кримінальному судочинстві при підтриманні обвинувачення все ж таки не вироблено, а деякі думки навіть суперечать одна одній.

Метою цієї публікації є розкриття правової природи підтримання прокурором державного обвинувачення в суді відповідно до оновленого кримінального процесуального законодавства.

Беззаперечно, що в суді прокурор здійснює функцію підтримання державного обвинувачення від імені держави. Функція прокурора як державного обвинувача специфічна. Її завданням є відстоювання інтересів держави і потерпілого шляхом прийняття заходів щодо притягнення до відповідальності осіб, які порушили кримінальний закон. Переслідуючи тих, хто вчинив злочин, держава виходить із мети охорони інтересів громадян, суспільства і своїх особистих інтересів, які захищає прокурор, вони (інтереси) завжди публічні, тобто суспільно значимі [1, 218]. При цьому проку-

рор користується процесуальним статусом сторони і виконує обов'язки обґрунтування, доказування обвинувальної тези або відмови від обвинувачення, якщо воно не підтвердилося, чи змінити його або висунути додаткове обвинувачення.

Таке положення знайшло своє закріплення у КПК України (п. 15 ст. 36 Кодексу) і перестало бути дискусійним. При цьому слід зазначити, що статус іншої сторони – захисника є рівним зі статусом державного обвинувача, але захисник обмежений прийнятим дорученням від свого підзахисного. Маючи певний процесуальний інтерес, кожна зі сторін володіє рівними з іншою стороною сукупністю прав для доказування своїх тверджень, які відображають цей інтерес. Рівноправність сторін, як справедливо зазначає О. Павловський, є обов'язковою умовою дійсної змагальності судового процесу [2, 44].

КПК України містить норми про рівність прав учасників судового розгляду, формулює поняття сторін та засади змагальності судового розгляду. Йдеться не про рівність становища прокурора, обвинуваченого або захисника, а про процесуальну рівноправність сторін обвинувачення та захисту, під якою розуміється рівноправність прав кожного із них у доказуванні, відстоюванні своїх тверджень. Такої позиції дотримується більшість науковців України, зокрема В. Долежан, Ю. Полянський, С. Альперт, І. Вернидубов та ін. [3, 10; 4, 73–75; 5, 27–30].

Закріпивши у вітчизняному судочинстві принцип змагальності, законодавець відмову прокурора від обвинувачення зробив обов'язковою для суду. В таких випадках суд, керуючись ч. 2 ст. 284 КПК України, своєю ухвалою закриває справу. Суд не може погодитися з прокурором та потер-

пілим, якщо останній підтримує позицію прокурора. При цьому слід визнати, що така норма КПК України цілком відповідає засадам змагальності, яка виключає судову перевірку обґрунтованості відмови прокурора від обвинувачення. Якщо суд буде перевіряти законність й обґрунтованість відмови прокурора від обвинувачення, це означає, що він вже на цьому етапі переходить до вирішення справи по суті і бере на себе не властиву йому функцію обвинувачення.

Кримінальний процесуальний закон зобов'язує органи прокуратури підтримувати державне обвинувачення в усіх категоріях кримінальних проваджень, які розглядаються у судах, окрім тих, що здійснюються у формі приватного обвинувачення. Пунктом 14.1 наказу Генерального прокурора України від 19 грудня 2012 р. № 4-гн «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» імперативно визначено: «У судовому провадженні в першій інстанції брати участь прокурору, групі прокурорів, які здійснюють процесуальне керівництво або у разі їх заміни, іншим прокурорам відповідно до вимог закону».

Після внесення Законом від 21 червня 2001 р. змін і доповнень до Закону України «Про прокуратуру» залишилися поза увагою вимоги ст. 34 цього Закону, що покладає на прокурора обов'язок сприяти суду у виконанні вимог закону про всебічний, повний та об'єктивний розгляд справ і постанові законних й обґрунтованих судових рішень.

Отже, чинне законодавство покладає на прокурора обов'язок підтримання державного обвинувачення у судовому процесі й одночасно вимагає сприяти суду в забезпеченні законності при розгляді кримінальних

справ із метою постанови законних та обґрунтованих судових рішень. Зазначені норми КПК України і Закону України «Про прокуратуру» повною мірою відповідають міжнародним європейським стандартам.

Так, у п. 2 Рекомендації Комітету Міністрів державам — членам Ради Європи № R (2000) 19 від 6 жовтня 2000 р. «Про роль державного обвинувачення в системі кримінального судочинства» зазначається, що в усіх системах кримінального судочинства прокурори: приймають рішення про порушення і продовження кримінального переслідування; підтримують у суді кримінальне обвинувачення; подають апеляції на деякі судові рішення [6, 202]. Слід зауважити, що поняття «кримінальне переслідування» сьогодні остаточно не сформувалося у законодавстві України. Проте маємо підстави стверджувати, що підтримання державного обвинувачення в суді є складовою єдиної функції кримінального переслідування, яку здійснює прокурор. Такий висновок відповідає міжнародним європейським стандартам і нормам КПК України (п. 10 ст. 3 КПК України).

Нормами чинного КПК України визначається, що обвинувачення в судовому засіданні підтримує державний обвинувач, а в кримінальних провадженнях у формі приватного обвинувачення — потерпілий.

Отже, функція кримінального переслідування разом з функцією захисту та вирішення кримінальної справи становлять основний зміст кримінально-процесуальної функції. При цьому функція кримінального переслідування здійснюється слідчим, а основним суб'єктом залишається прокурор. Вказана функція прокурора з позиції структурного змісту має такі складові: починати досудове розслідування, до-

ручати слідчому, органу досудового розслідування проведення слідчих дій, інших процесуальних дій, особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії, виконувати слідчі та наглядові дії, спрямовані на активізацію роботи слідчого щодо розкриття злочину, встановлення винуватості підозрюваного; затверджувати обвинувальний акт та підтримувати державне обвинувачення в суді; здійснювати апеляційне та касаційне оскарження незаконних і необґрунтованих вироків та інших судових рішень (ст. 36 КПК України). Перелічені складові структурного змісту функції прокурора у кримінальному провадженні цілком можна визначити як функцію кримінального переслідування.

Підтримуючи позицію про здійснення в кримінальному процесі функції кримінального переслідування, вважаємо, що буде слушним, якщо у редакції КПК України функція кримінального переслідування посяде належне місце, що цілком відповідає європейським стандартам. При цьому досудове кримінальне переслідування здійснюється у формі розслідування злочинів, а судове — у формі підтримання державного обвинувачення у суді.

Переслідування у формі державного обвинувачення є складовою єдиної функції кримінального переслідування, яку здійснює прокурор у кримінальному процесі. Ця діяльність прокурора, як стверджує Г. Корольов [7, 320], виступає як друга процесуальна форма реалізації функції кримінального переслідування, але вже не в досудовому провадженні, а на стадії розгляду і вирішення справи по суті.

Аналіз норм КПК України дає підстави стверджувати, що конституційна функція прокуратури України,

сформульована як «підтримання державного обвинувачення в суді», має узагальнений характер; фактично охоплює кілька самостійних напрямів прокурорської діяльності в судових стадіях кримінального судочинства. У межах цієї конституційної функції чинне законодавство передбачає такі самостійні процесуальні напрями діяльності прокурора: а) обвинувальний — підтримання державного обвинувачення в суді (ст. 36 КПК України, ст. 36 Закону України «Про прокуратуру»); б) правовиховний — пов'язаний із проведенням судових процесів.

Отже, крім обвинувальної діяльності державного обвинувача, слід вказати на його правовиховну діяльність. Правовиховна діяльність державного обвинувача виявляється у тому, що його участь у судовому розгляді справи об'єктивно впливає на формування праворозуміння осіб, які присутні в залі судового засідання. Особливий виховний ефект має місце у випадках, коли прокурор у судовому розгляді переконливо обґрунтував необхідність визнання підсудного винним у вчиненні злочину і запропонував призначити йому покарання з урахуванням ступеня тяжкості злочину, обставин, які не лише обтяжують покарання (ст. 67 КК України), а й тих, що його пом'якшують (ст. 66 КК України), а також даних, що характеризують особу підсудного, тобто запропонував справедливе покарання.

Норми КПК України 1960 р. дозволяли стверджувати про профілактичну діяльність державного обвинувача, яка полягала в тому, що відповідно до вимог ст. 23 КПК України він при розгляді справи судом зобов'язаний виявляти причини й умови, які сприяли вчиненню злочину. За наявності таких підстав державний обвинувач звер-

тається до суду з клопотанням про реагування стосовно цих фактів окремою ухвалою (постановою) за ст. 23-2 КПК України.

Таке реагування державного обвинувача на причини й умови, що сприяють вчиненню злочину, мало велике профілактичне значення. Особливо, коли під час судового розгляду виявляються обставини, які сприяли порушенню прав і законних інтересів громадян, зокрема гарантованих Загальною декларацією прав людини, яка, як стверджує академік В. Тацій, «знайшла своє визначення в Україні лише після проголошення її незалежності. Україна висловила свою повагу до цього документа передусім у Конституції, рецептувавши норми її другого розділу з тексту Загальної декларації про права людини» [8, 9].

Ми не випадково зосередили увагу на порушеннях прав і свобод людини при проведенні досудового слідства, оскільки у новому КПК України не зазначаються вимоги до прокурора і суду виявляти причини й умови, які сприяли вчиненню злочину. Відсутність подібної норми негативно вплине на захист прав і свобод людини. Слід зауважити, що п. 5 ст. 29 Закону України «Про прокуратуру» таке завдання перед прокурором залишилося. Подібної думки дотримується низка науковців, зокрема М. Мичко, Л. Давиденко, В. Середа та ін.

Викладене вище свідчить, що незважаючи на позбавлення прокурора наглядових повноважень і надання статусу рівноправної сторони обвинувачення в процесі судового розгляду кримінальних справ, законодавець закріплює за прокуратурою здійснення законоохоронної діяльності — сприяння суду в забезпеченні законності при розгляді кримінальних справ [9, 13–23].

Чинне кримінальне процесуальне законодавство і Закон України «Про прокуратуру» дає підстави стверджувати, що прокурор у кримінальному судочинстві не виконує функції нагляду за дотриманням законів учасниками судового розгляду, а тим більше за судом, тому що це суперечить статусу суду як носія незалежної, самостійної, вищої в ієрархії юридичних органів влади.

Не оспорюючи рівності прав прокурора й інших учасників судового розгляду кримінального провадження, що знайшло своє закріплення у ч. 1 ст. 35 Закону України «Про прокуратуру», слід зазначити принципово інші завдання прокурора, що підтримує державне обвинувачення в суді. Так, завданням прокурора — державного обвинувача є сприяння суду в постановленні законного й обґрунтованого рішення шляхом викриття винного у вчиненні кримінального правопорушення, захист конституційних прав громадян, інтересів держави та суспільства. Безумовно, що ці обов'язки не можна покласти ні на захисника, ні на обвинуваченого, ні на потерпілого.

Висунення державного обвинувачення — це процесуальний акт, що затверджується посадовою особою — прокурором, який здійснює обвинувачення в суді від імені держави в інтересах усього суспільства, про вчинення конкретною особою кримінально караного діяння, передбаченого конкретною нормою кримінального закону, що породжує її обов'язок понести відповідальність перед державою в особі відповідних органів правосуддя, які повинні розглянути питання про прийняття обвинувачення до свого розгляду і визначення її провини і покарання.

Наділення державного обвинувача не тільки достатніми повноваженнями

в суді, а й процесуальною самостійністю в питаннях прийняття рішень щодо висунутого проти особи обвинувачення є однією з важливих особливостей підтримання прокуратурою державного обвинувачення в суді. Цьому сприяє також підвищення персональної відповідальності державного обвинувача за законність й обґрунтованість зайнятої у справі позиції. Така позиція знайшла чітке закріплення у статтях 338, 339 КПК України 2012 р.

Під час судового розгляду до закінчення судового слідства прокурор вправі змінити або висунути додаткове обвинувачення за наявності необхідних для того підстав, установлених у судовому процесі. Переконавшись, що пред'явлене особі обвинувачення потрібно змінити або висунути додаткове, прокурор виносить постанову, в якій формулює нове обвинувачення і викладає мотиви прийнятого рішення. Постанова оголошується прокурором у судовому засіданні, долучається до справи, а її копія вручається обвинуваченому, його захиснику та всім іншим учасникам процесу. Процесуальною формою зміни обвинувачення державним обвинувачем законодавцем визначено винесення відповідної постанови. Практична значимість цього питання очевидна. У судовій практиці у зв'язку із зазначеними змінами законодавства у разі відмови прокурора від обвинувачення в судовому засіданні інколи виникають спірні ситуації. Так, ст. 340 КПК України визначає: якщо в результаті судового розгляду прокурор дійде переконання, що пред'явлене особі обвинувачення не підтверджується, він повинен відмовитися від обвинувачення і в своїй постанові викласти мотиви відмови. Колізія виникає через те, що після відмови прокурора від обвинувачення потерпілий і його представ-

ник вправі вимагати продовження розгляду справи і підтримувати обвинувачення. Потерпілий може підтримувати обвинувачення, яке пред'явлено особі під час досудового слідства, чи те обвинувачення, що знайшло своє підтвердження під час судового розгляду кримінального провадження, на власний розсуд.

Таким чином, підтримання державного обвинувачення в суді – це процесуальна діяльність прокурора, що

полягає у доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Тобто таке визначення, яке передбачено у п. 3 ст. 3 КПК України.

Перспективним напрямом подальших наукових пошуків є дослідження специфіки правового становища прокурора у межах особливих порядків кримінального провадження (розділ VI КПК України).

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования. — Курск, 2000. — 330 с.
2. Павловский О. Состязательное правосудие нуждается в дополнительном источнике права // Российская юстиция. — 2003. — № 7. — С. 43–44.
3. Долежан В. В. Вимоги до прокурорів-обвинувачів у світлі рекомендацій Ради Європи // Вісник прокуратури. — 2003. — № 12. — С. 9–12.
4. Альперт С. А. Государственное обвинение и проблемы повышения его качества // Закон Украины «О прокуратуре: теория и практика его применения : краткие тез. докл. и научн. сообщ. респ. науч.-практ. конф. (18 марта 1992 г.). — Харьков, 1992.
5. Вернидубов І. В. Підтримання прокуратурою державного обвинувачення в суді і здійснення правосуддя за Конституцією України // Право України. — 1998. — № 4. — С. 54–57.
6. Щерба С. П. Прокуратура в странах СНГ: правовой статус, функции, полномочия / С. П. Щерба, Т. А. Решетникова, О. А. Зайцев. — М., 2007. — 558 с.
7. Королев Г. Н. Прокурорское уголовное преследование в российском уголовном процессе. — М., 2006. — 360 с.
8. Тацій В. Я. Дороговказ у майбутнє людства: до 60-річчя Загальної декларації прав людини // Голос України. — 2008. — № 235. — 9 груд.
9. Бойков А. Д. Проблемы судебной реформы // Советское государство и право. — 1991. — № 4.

Рекомендовано до друку кафедрою кримінального процесу та правосуддя Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка.

Белоусова К. О. Правова природа підтримання прокурором державного обвинувачення в суді (в контексті нового КПК України)

Анотація. У статті аналізується зміст і правова природа підтримання прокурором державного обвинувачення під час судового розгляду кримінального провадження. Розкрито міжнародно-правові стандарти діяльності прокурора у суді. Розглянуто сформульовані у науці дискусійні питання підтримання прокурором державного обвинувачення. З урахуванням положень нового КПК України, досліджено роль, завдання та обов'язки прокурора в процесі підтримання державного обвинувачення в суді першої інстанції.

Ключові слова: прокурор, суд, повноваження, кримінальне переслідування, підтримання державного обвинувачення.

Белоусова Е. О. Правовая природа поддержания прокурором государственного обвинения в суде (в контексте нового УПК Украины)

Аннотация. В статье анализируется содержание и правовая природа поддержания прокурором государственного обвинения в ходе судебного рассмотрения уголовного производства. Раскрыты международно-правовые стандарты деятельности прокурора в суде. Рассмотрены сформулированные в науке дискуссионные вопросы поддержания прокурором государственного обвинения. С учетом положений нового УПК Украины, исследована роль, задачи и обязанности прокурора в процессе поддержания государственного обвинения в суде первой инстанции.

Ключевые слова: прокурор, суд, полномочия, уголовное преследование, поддержание государственного обвинения.

Bielousova K. The Legal Nature of the Maintenance of Prosecutor of the Public Prosecution in Court (in the Context of the New Code of Criminal Procedure of Ukraine)

Annotation. The article analyses the content and legal nature of the maintenance of prosecutor of the public Prosecutor in the course of judicial consideration of criminal proceedings. International legal standards activities of the Prosecutor in court are disclosed. The discussion of questions concerning the maintenance of public Prosecutor of the public prosecution is considered and formulated in science. Subject to the provisions of the new Code of Criminal Procedure, the role, tasks and duties of the prosecutor in the maintenance of public prosecution in the trial court are investigated.

Key words: prosecutor, court, powers, criminal prosecution, pre-trial investigation, maintenance of public prosecution.

Пропонується підручник:

Прокурорський нагляд в Україні : підруч. / І. І. Когутич, В. Т. Нор, А. А. Павлишин, В. В. Луцик ; за ред. В. Т. Нора. — К. : Ін Юре, 2011. — 592 с. — Бібліогр. в кінці тем.

У підручнику з'ясовано суть, завдання, предмет прокурорського нагляду та інших напрямів діяльності прокуратури України. Охарактеризовано правові основи, систему і структуру органів прокуратури, принципи їхньої організації та функціонування, особливості служби у прокуратурі, правові засоби її діяльності, методи виявлення та усунення порушень законів. Буде корисним для студентів, аспірантів, викладачів юридичних вищих навчальних закладів і факультетів, а також для працівників правоохоронних органів.



Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

КОМЮНІКЕ СЕКРЕТАРЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ СТОСОВНО РІШЕННЯ У СПРАВІ «МАНГУРАС ПРОТИ ІСПАНІЇ»

Ключовий висновок: сума застави за звільнення з-під варти капітана корабля, який спричинив екологічну катастрофу, не була надмірною.

У рішенні, ухваленому 28 вересня 2010 р. у справі «Мангурас проти Іспанії», Європейський суд з прав людини (далі – Суд) постановив, що

- не було порушено ч. 3 ст. 5 (право на свободу та особисту недоторканність) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

Обставини справи

Апостолос Іоанніс Мангурас був капітаном корабля «Престиж», з якого у листопаді 2002 р. стався витік в Атлантичний океан 70 тис. тонн мазуту. Цей витік призвів до екологічної катастрофи, негативний вплив якої на морську флору та фауну тривав кілька місяців і досяг берегів Франції. За результатами цього інциденту було порушено кримінальну справу, а заявника взято під варту з можливістю звільнення під заставу в сумі 3 млн євро. Пан Мангурас перебував під вартою 83 дні та був умовно звільнений лише тоді, коли страховики судновласника внесли заставу.

Пізніше іспанська влада дозволила йому повернутися до Греції, але за умови, що її уряд забезпечить періо-

дичний нагляд за ним, що передбачає періодичну (раз на два тижні) реєстрацію у місцевому відділку поліції. Рішення у кримінальній справі проти нього ще досі не прийняте.

Посилаючись на ч. 3 ст. 5 Конвенції, заявник стверджував, що сума застави у його справі була необґрунтовано високою та не враховувала конкретні обставини й умови його особистого життя.

Зміст рішення Суду

Суд підтвердив, що відповідно до ч. 3 ст. 5 Конвенції внесення застави може вимагатися лише за наявності законних підстав для затримання особи, а також те, що уповноважені органи влади повинні приділити визначенню суми застави стільки ж уваги, скільки й вирішенню питання про необхідність подальшого утримання обвинуваченого під вартою.

Більше того, якщо навіть сума застави визначається виходячи із характеристики особи обвинуваченого та його матеріального становища, за певних обставин є обґрунтованим врахування також і суми збитків, у заподіянні яких ця особа обвинувачується.

Пан Мангурас був позбавлений свободи на 83 дні та звільнений після надання банківської гарантії на суму 3 млн євро. Визначаючи суму застави, іспанські суди брали до уваги ризик

того, що заявник може ухилитися від покарання. Окрім обставин особистого життя п. Мангураса, було також враховано тяжкість злочину, у вчиненні якого він обвинувачувався, вплив катастрофи на громадськість та «професійне оточення» заявника, зокрема на сферу перевезення нафтопродуктів водним транспортом.

При тлумаченні положень ч. 3 ст. 5 Конвенції до уваги повинні братися нові реалії, зокрема зростаюча та виправдана як у Європі, так і на міжнародному рівні стурбованість екологічними злочинами та тенденція до використання кримінального права як засобу забезпечення виконання екологічних зобов'язань, що встановлені як європейським, так і міжнародним правом. Суд вважає, що забезпечення більш високого стандарту охорони прав людини вимагає більшої суворості в оцінці порушень фундаментальних цінностей демократичного суспільства. Тому професійне середовище, яке формує умови діяльності у сфері перевезення нафтопродуктів водним транспортом, теж має братися до уваги при визначенні суми застави з метою забезпечення її ефективності як засобу попередження ухилення від юридичної відповідальності.

Беручи до уваги особливий характер справи п. Мангураса і величезну шкоду, завдану навколишньому природному середовищу забрудненням морських вод у масштабі, котрий до цього часу рідко мав місце, не дивним є те, що національні суди при визначенні суми застави, яка б забезпечила впевненість у тому, що винна особа не уникне правосуддя, посилалися переважно на рівень відповідальності об-

винуваченого, тяжкість злочину і розмір заподіяної шкоди. Крім того, не було впевненості у тому, що застава, сума котрої визначатиметься винятково пропорційно до майнового стану п. Мангураса, зможе забезпечити присутність заявника на судовому розгляді порушеної проти нього справи.

Більше того, внесення платежу страховиком судовласника слугує підтвердженням того, що іспанські суди мали рацію, коли при визначенні суми застави брали до уваги «професійне середовище» заявника. Такий платіж дає змогу оцінити зв'язки між п. Мангурасом та особами, котрі були зобов'язані забезпечити безпеку транспортування.

Іспанські суди, приймаючи рішення в аналізованій справі, також врахували особисту ситуацію заявника, зокрема те, що він був працівником власника судна, його суто професійні відносини з тими, хто був зобов'язаний забезпечити безпеку транспортування, громадянство та місце постійного проживання, а також відсутність зв'язків з Іспанією та його вік. Беручи до уваги конкретні обставини справи та катастрофічні екологічні й економічні наслідки, спричинені цим діянням, уповноважені органи влади, на думку Суду, виправдано призначили заставу в розмірі 3 млн євро. При цьому вони правильно вчинили, коли під час прийняття судового рішення врахували тяжкість злочину та розмір збитків, у спричиненні яких обвинувачується п. Мангурас.

У зв'язку з наведеним вище Суд вирішив, що не було порушення ч. 3 ст. 5 Конвенції.

*Реферативний переклад з англійської мови та опрацювання
Комюніке Секретаря Суду здійснено
у Львівській лабораторії прав людини і громадянина НДІ
державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України
П. Рабіновичем, О. Шарван і Т. Полянським*

ПРО СУДОВЕ РІШЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНІЙ СПРАВІ

ПОСТАНОВА ПЛЕНУМУ ВИЩОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ УКРАЇНИ

20 травня 2013 р.

м. Київ

№ 7

Для забезпечення правильного й однакового застосування адміністративними судами норм Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) при ухваленні рішення суду Пленум Вищого адміністративного суду України

ПОСТАНОВЛЯЄ дати судам такі роз'яснення:

1. Найважливішим результатом здійснення правосуддя адміністративними судами є ухвалення судового рішення.

Судове рішення – це акт правосуддя, ухвалений згідно з нормами матеріального та процесуального права і згідно з конституційними засадами та принципами адміністративного судочинства є обов'язковим до виконання на всій території України.

2. Залежно від кола питань, вирішених через ухвалений акт, судові рішення поділяються на постанови та ухвали.

Постанова – письмове рішення суду в адміністративній справі, у якому вирішуються вимоги адміністративного позову (пункт 12 частина перша статті 3 КАС України), тобто є вирішення судом спору по суті.

Ухвала – письмове або усне рішення суду в адміністративній справі, яким вирішуються питання, пов'язані з процедурою розгляду адміністративної справи, та інші процесуальні пи-

тання (пункт 13 частина перша статті 3 КАС України).

Обов'язково у письмовій формі і окремим документом викладаються ухвали з питань, визначених частиною четвертою статті 160 КАС України.

З інших процесуальних питань, які вирішуються під час судового розгляду, ухвали можуть бути усними або письмовими, якщо вони викладаються окремим документом.

Суди повинні розрізняти ухвали судів апеляційної та касаційної інстанцій, якими вирішуються питання, пов'язані з процедурою розгляду адміністративної справи, та інші процесуальні питання, від ухвал, якими вирішуються вимоги апеляційної чи касаційної скарги. Останні викладаються лише у письмовій формі.

Форма судового рішення не пов'язується з видами і особливостями судового провадження.

3. За змістом частини першої статті 14 КАС України судові рішення, якими закінчується розгляд справи в адміністративному суді, ухвалюються іменем України.

Закінчення розгляду справи у розумінні цієї норми права є вирішення спору по суті судом першої, апеляційної або касаційної інстанції, у тому числі прийняття постанови щодо частини позовних вимог відповідно до частини першої статті 164 КАС України,

ухвалення додаткового судового рішення (стаття 168 КАС України) або в разі, якщо під час попереднього провадження відповідач визнав позов (частина четверта статті 121 КАС України), та вирішення вимоги апеляційної та касаційної скарг. Ці рішення ухвалюються іменем України.

Така вимога не поширюється на інше закінчення розгляду справи (закриття провадження у справі, залишення заяви без розгляду), що оформлюється ухвалою.

4. За змістом статті 159 КАС України судові рішення повинно бути законним і обґрунтованим.

Законним є рішення, ухвалене судом відповідно до норм матеріального права з урахуванням юридичної сили правового акта в ієрархії національного законодавства, що регулює спірні правовідносини, подібні правовідносини (аналогія закону), або за відсутності такого закону – на підставі конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права), принципів верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини при дотриманні норм процесуального права.

Обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі повно і всебічно з'ясованих обставин в адміністративній справі, підтверджених тими доказами, які були досліджені під час судового розгляду справи (у судовому засіданні, у порядку скороченого чи письмового провадження) з урахуванням вимог статті 70 КАС України щодо належності та допустимості доказів або обставин, які не підлягають доказуванню, та висновки суду про встановлені обставини і правові наслідки є висвітленими.

5. Відповідно до частини другої статті 11 КАС України суд розглядає адміністративні справи не інакше як

за позовною заявою і не може виходити за межі позовних вимог. Суд може вийти за межі позовних вимог тільки в разі, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять. При цьому слід урахувати, що в такому разі в мотивувальній частині рішення суд повинен навести відповідне обґрунтування.

6. Зміст ухвалених судових рішень повинен відповідати приписам статей 163, 165, 183-3, 183-4, 206, 207, 231, 232 КАС України. Рішення судів усіх інстанцій, незалежно від виду провадження, повинно бути гранично повним, зрозумілим, чітким, обов'язково містити вступну, описову, мотивувальну і резолютивну частини з додержанням зазначеної послідовності.

Зрозумілість судового рішення полягає в логічному, чіткому, переконливому викладенні змісту рішення.

Чіткість викладення передбачає, зокрема, що: терміни, вжиті у судовому рішенні, відповідають тому змісту, який вони мають за законодавством України; такі терміни чітко співвідносяться з поняттями, які вони позначають; текст правової норми, застосованої судом, відтворюється без перефразовування і при цьому зрозуміло, де наводиться правова норма, а де суд дає своє тлумачення її змісту. Судове рішення не повинно містити положень, які б суперечили або виключали одне одного, ускладнювали чи унеможлиблювали його виконання.

Разом з тим суди повинні звернути увагу, що за приписами частини четвертої статті 183-2 КАС України за результатами розгляду справи у скороченому провадженні суддя, оцінивши повідомлені позивачем, відповідачем обставини, за наявності достатніх підстав ухвалює законне рішення. З огляду на вимоги частини четвертої

та шостої вказаної статті постанова, прийнята у скороченому провадженні, може містити тільки вступну частину, мотивувальну частину, в якій є посилання на положення закону, яким суд керувався і на підставі яких задоволено позов, та резолютивну частину.

Суди повинні враховувати, що рішення не повинно містити зайвої деталізації (викладення змісту ухвал суду про рух справи або ухвал, постановлених у судовому засіданні, іншої інформації тощо), яка не має правового значення для вирішення справи.

7. У вступній частині судового рішення зазначаються необхідні відомості, які дають змогу ідентифікувати постанову, тобто вона повинна містити:

7.1 дату, час (у постанові суду першої інстанції) та місце ухвалення рішення.

Під датою та часом ухвалення судового рішення необхідно розуміти дату складання та підписання постанови, ухвали у порядку, передбаченому статтею 160 КАС України.

Місцем ухвалення судового рішення є місцезнаходження суду;

7.2 найменування адміністративного суду.

Найменування суду повинно відповідати найменуванню, визначеному в Указі Президента України від 1 жовтня 2002 року № 889 «Про Апеляційний суд України, Касаційний суд України та Вищий адміністративний суд України» (із подальшими змінами) та в Указі Президента України від 16 листопада 2004 року № 1417 «Про утворення місцевих та апеляційних адміністративних судів, затвердження їх мережі та кількісного складу судів» (із подальшими змінами);

7.3 прізвища та ініціали судді (суддів) і секретаря судового засідання (у разі участі секретаря у розгляді справи).

Указуючи склад суду, у разі колегіального розгляду справи, необхідно вказувати головуєчого (суддю-доповідача) в судовому засіданні;

7.4 імена (найменування) сторін та інших осіб, які беруть участь у справі.

У судовому рішенні зазначаються прізвища та ініціали представників сторін та третіх осіб, прокурора, які були присутні в судовому засіданні, під час якого ухвалене судове рішення.

У разі якщо стороною у справі є юридична особа, то вказується її організаційно-правова форма та повне найменування відповідно до документів про реєстрацію юридичної особи.

У разі якщо стороною у справі є орган державної влади, інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування, їхні посадові і службові особи або інший суб'єкт при здійсненні ним владних функцій на основі законодавства, то вказується повне найменування цього органу (суб'єкта) відповідно до нормативно-правових актів, які регулюють його утворення, функціонування та повноваження. Найменування посадових і службових осіб, крім прізвища, імені та по батькові, повинні містити точне найменування посади.

У разі участі у справі як сторони або іншої особи, яка бере участь у справі, фізичної особи, вказується повністю її прізвище, ім'я та по батькові відповідно до документа, що посвідчує особу. Якщо предмет позову безпосередньо пов'язаний із здійсненням цією фізичною особою підприємницької діяльності, інформація про її підприємницький статус повинна бути обов'язково відображена в судовому рішенні.

Найменування об'єднання громадян, яке здійснює діяльність без створення юридичної особи, зазначається

відповідно до протоколу його установчих зборів.

У справах про заборону відокремленого підрозділу іноземної неурядової організації його повне найменування вказується відповідно до свідоцтва про його акредитацію, виданого уповноваженим органом з питань реєстрації.

За наявності у справі третіх осіб потрібно точно зазначати їхній процесуальний статус, визначений статтею 53 КАС України, – із самостійними вимогами щодо предмета спору чи без таких;

7.5. предмет адміністративного позову (у тому числі як основного позову, так і позовних вимог третьої особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, повинен формулюватися судом стисло в обсязі, достатньому для того, щоб зрозуміти зміст спору, виходячи з вимог частин четвертої або п'ятої статті 105 КАС України та інших норм процесуального законодавства;

7.6 номер адміністративної справи, що забезпечує оперативне та якісне оброблення судового рішення за допомогою комп'ютерної та електронної техніки, його використання як одного з джерел інформації. Стаття 163 КАС України не передбачає зазначення в судовому рішенні номера адміністративної справи. Водночас підпунктом 6.41 Інструкції з діловодства в апеляційних і місцевих адміністративних судах, затвердженої наказом Державної судової адміністрації України від 5 грудня 2006 року № 155 (із змінами і доповненнями, внесеними наказами Державної судової адміністрації України від 15 грудня 2008 року № 134, 30 червня 2010 року № 87, 15 грудня 2011 року № 168), передбачено, що нижче назви процесуального документа в правому верхньому куті напроти дати проставляється номер

справи. Суди повинні керуватися вказаними вимогами наведеної Інструкції та зазначати в судовому рішенні номер судової справи.

У вступній частині судового рішення судів апеляційної та касаційної інстанцій, крім визначених законом відомостей, повинні бути також зазначені відомості про особу, яка подала апеляційну або касаційну скаргу, та рішення суду першої або апеляційної інстанції, яке оскаржується.

8. Описова частина судового рішення повинна містити короткий зміст позовних вимог і позиції відповідача; пояснення осіб, які брали участь у справі, а також інші докази, що були досліджені судом.

Короткий зміст позовних вимог повинен містити відомості як щодо основного позову, так і щодо збільшення або зменшення його розміру, суті зміненого предмета або підстав позову, позову третьої особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, а також чітке викладення вимог адміністративного позову відповідно до частин четвертої та п'ятої статті 105 КАС України.

У разі об'єднання в одне провадження кількох адміністративних позовів відповідно до статті 116 КАС України вказані умови викладення короткого змісту позовних вимог повинні міститися щодо кожної вимоги об'єданого провадження.

У цій частині судового рішення також може міститися виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги, та позиція позивача щодо позовних вимог інших позивачів у справі або третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору.

Позиція відповідача повинна відображати його ставлення до позовних вимог, визнання позову або заперечення проти адміністративного позову.

Пояснення осіб, які брали участь у справі, про відомі їм обставини справи повинні бути викладені коротко, з відображенням позиції цих осіб до позову.

Позиція позивача та відповідача, пояснення осіб, які брали участь у справі, показання свідків, пояснення експерта, спеціаліста повинні бути викладені в судовому рішенні стисло, від третьої особи.

Факти необхідно викладати в хронологічному порядку, відображаючи обставини справи.

9. За змістом пункту 3 частини першої статті 163 КАС України у мотивувальній частині зазначаються обставини, встановлені судом із посиланням на докази, мотиви неврахування окремих доказів, а також мотиви, з яких суд виходив при ухваленні рішення, і положення закону, якими він керувався.

Таким чином, у мотивувальній частині рішення необхідно наводити дані про встановлені судом обставини, що мають значення для справи, їх юридичну оцінку та визначені відповідно до них правовідносини, а також оцінку всіх доказів, з яких виходив суд при вирішенні спору.

Визнаючи одні і відхиляючи інші докази, суд повинен це обґрунтувати.

Суди повинні враховувати, що згідно з частиною першою статті 138 КАС України предметом доказування є обставини, якими обґрунтовуються позовні вимоги чи заперечення або які мають інше значення для вирішення справи та які належить установити при ухваленні судового рішення у справі.

У разі якщо суд не взяв до уваги визнання позову, обставин, які визнаються сторонами, або вважав необхідним вийти за межі заявлених позивачем вимог, він зобов'язаний це обґрун-

товувати в мотивувальній частині рішення.

Мотивувальна частина кожного рішення повинна мати також посилання на закон та інші нормативні акти матеріального права і у відповідних випадках – на норми Конституції України, на підставі яких визначено права й обов'язки сторін у спірних правовідносинах, на відповідні статті КАС України та інші норми процесуального права, керуючись якими суд встановив обставини справи, права й обов'язки сторін.

У мотивувальній частині рішення можуть також використовуватися посилання на рішення Конституційного Суду України, відповідні рішення Верховного Суду України (стаття 244-2 КАС України), а також посилання на рішення Європейського суду з прав людини згідно із Законом України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

Суди повинні мати на увазі, що саме лише посилання в мотивувальній частині на положення законодавства без належного наведення мотивів застосування певних норм права або незастосування інших норм, на які посиляється сторона при обґрунтуванні своїх вимог, не може вважатися належною юридичною кваліфікацією.

У разі необхідності в мотивувальній частині судового рішення може міститися тлумачення правової норми, на підставі якої суд ухвалює рішення або якою керується, а також повинно зазначатися, чому суд не враховує (не застосовує) положення законодавства у разі посилання осіб на такі норми для підтвердження своїх доводів чи заперечень.

У мотивувальній частині рішення суд також повинен викласти висновки

щодо розподілу судових витрат та підстави звернення рішення до негайного виконання у випадках, передбачених законодавством.

10. Резолютивна частина рішення є завершальною і відображає результат вирішення справи адміністративної юрисдикції, а тому повинна містити чіткі та вичерпні висновки щодо всіх вимог, які були предметом позову, апеляційної чи касаційної скарги.

Резолютивна частина судового рішення, за загальним правилом, повинна містити: висновок суду про задоволення позову (клопотання, подання), апеляційної чи касаційної скарги повністю або частково чи відмову в його (її) задоволенні повністю або частково, чи залишення його (її) без задоволення; висновок суду по суті вимог; розподіл судових витрат; інших правових наслідків ухваленого рішення; строк і порядок набрання судовим рішенням законної сили та його оскарження; встановлений судом строк для подання суб'єктом владних повноважень – відповідачем до суду першої інстанції звіту про виконання постанови, якщо вона вимагає вчинення певних дій.

10.1. У рішеннях про часткове задоволення позовних вимог суд повинен зазначити про залишення без задоволення решти вимог.

10.2. Із змісту статті 162 КАС України випливає, що в разі задоволення позову про визнання протиправним рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень суд повинен зазначити про це в судовому рішенні та одночасно застосувати один із встановлених законом способів захисту порушеного права позивача: про скасування або визнання нечинними рішення чи окремих його положень.

При цьому суди повинні мати на увазі, що одночасне застосування обох

способів захисту порушеного права – визнання спірного акта нечинним та скасування такого акта – є помилковим.

Скасування акта суб'єкта владних повноважень як способу захисту порушеного права позивача застосовується тоді, коли спірний акт не породжує жодних правових наслідків від моменту прийняття такого акта.

Визнання ж акта суб'єкта владних повноважень нечинним означає втрату чинності таким актом з моменту набрання чинності відповідним судовим рішенням або з іншого визначеного судом моменту після прийняття такого акта.

Суд визначає, що рішення суб'єкта владних повноважень є нечинним, тобто втрачає чинність з певного моменту лише на майбутнє, якщо на підставі цього рішення виникли правовідносини, які доцільно зберегти.

При цьому суди повинні виходити з того, що вимоги про визнання акта владного органу недійсним або неправомірним тощо є різними словесними формами вираження одного й того самого способу захисту порушеного права позивача, а саме визнання акта протиправним.

Ухваливши рішення про визнання нормативно-правового акта незаконним або таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, і про визнання його з цих підстав нечинним, суд у порядку, визначеному частиною одинадцятою статті 171 КАС України, повинен зобов'язати орган, який видав оскаржуваний акт, невідкладно опублікувати резолютивну частину рішення суду у виданні, в якому такий акт було офіційно оприлюднено, після набрання рішенням законної сили.

За правилами пункту 1 частини п'ятої статті 171-1 КАС України Ви-

щий адміністративний суд України за наслідками розгляду справи може визнати акт Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції, рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України незаконними повністю або в окремій його частині. Отже, визнати неконституційними такі акти суд не може. Водночас з огляду на положення пункту 1 частини другої статті 162 КАС України у разі визнання акта незаконним суд повинен скасувати його, якщо він є актом індивідуальної дії, або визнати нечинним, якщо він є нормативно-правовим актом, про що зазначити у резолютивній частині постанови.

Визнаючи протиправним рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремі положення, суд повинен зазначити дату, номер рішення, найменування органу, котрий видав рішення або його окремі пункт, абзац, частину, які визнано протиправними.

Задовольняючи позовні вимоги про поновлення на публічній службі, суд повинен визнати протиправним рішення суб'єкта владних повноважень повністю або частково та скасувати акт індивідуальної дії повністю або ту його частину, яка стосується позивача, з моменту прийняття акта та обов'язково вказати дату, з якої особу поновлено на посаді.

10.3. У разі визнання судом неправомірними дій чи бездіяльності відповідача суд може зобов'язати його вчинити чи утриматися від вчинення певних дій у спосіб, визначений чинним законодавством, яким може бути захищено/відновлено порушене право.

Резолютивна частина рішення не повинна містити приписів, що прогнозують можливі порушення з боку відповідача та зобов'язання його до вчинення чи утримання від вчинення дій на майбутнє.

Суд може ухвалити постанову про зобов'язання відповідача прийняти рішення певного змісту, за винятком випадків, коли суб'єкт владних повноважень під час адміністративних процедур відповідно до закону приймає рішення на основі адміністративного розсуду.

10.4. У рішенні про стягнення з відповідача на користь позивача певної суми грошових коштів суд першої інстанції повинен зазначити дані, визначені пунктом 3 частини першої статті 18 Закону України від 21 квітня 1999 року № 606-XIV «Про виконавче провадження», необхідні для подальшого оформлення виконавчого документа: повне найменування (для юридичних осіб) або ім'я (прізвище, власне ім'я та по батькові) (для фізичних осіб) стягувача і боржника, їх місцезнаходження (для юридичних осіб) або місце проживання чи перебування (для фізичних осіб), ідентифікаційний код суб'єкта господарської діяльності стягувача та боржника (для юридичних осіб), індивідуальний ідентифікаційний номер стягувача та боржника (для фізичних осіб — платників податків) або номер і серію паспорта стягувача та боржника для фізичних осіб — громадян України, які через свої релігійні або інші переконання відмовилися від присвоєння ідентифікаційного номера, офіційно повідомили про це відповідні органи державної влади та мають відмітку в паспорті громадянина України, а також інші дані, якщо вони відомі суду, які ідентифікують стягувача та боржника чи можуть сприяти примусовому виконанню, зокрема дату народження боржника та місце його роботи (для фізичних осіб), місцезнаходження майна боржника, рахунки стягувача та боржника тощо.

Розмір грошових коштів, що підлягають стягненню, зазначається цифрами та у дужках словами.

У разі пред'явлення позову про стягнення грошової суми в іноземній валюті суд у мотивувальній частині рішення повинен навести розрахунки з переведенням іноземної валюти в українську за курсом, встановленим Національним банком України на день ухвалення рішення.

Суд може ухвалити рішення про стягнення грошової суми в іноземній валюті у справах щодо правовідносин, які виникли при здійсненні валютних операцій, у випадках і в порядку, встановлених законом (частина друга статті 192, частина третя статті 533 Цивільного кодексу України).

Задовольняючи позов про стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу, суди повинні вказувати розмір виплати. Період вимушеного прогулу та розрахунок розміру виплати необхідно зазначати в мотивувальній частині судового рішення.

10.5. Задовольняючи позов про примусове видворення іноземця чи особи без громадянства за межі України, суди повинні враховувати, що законодавство України не відносить до повноважень суду ухвалення рішення про заборону в'їзду іноземцям та особам без громадянства на територію України.

10.6. У спорах між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень, у резолютивній частині рішення суду необхідно зазначати про визнання наявності чи відсутності компетенції суб'єкта владних повноважень.

10.7. У справах про обмеження реалізації права на мирні зібрання суд повинен зазначити спосіб такого обме-

ження (заборона проводити збори, мітинги, походи, демонстрації, заборона проводити їх у певному місці чи у певний час, за визначеним маршрутом тощо).

10.8. Відповідно до пункту 6 частини першої статті 161 КАС України під час прийняття постанови суд за наявності підстав вирішує питання про допуск її до негайного виконання.

Суди повинні звернути увагу на те, що припис про негайне виконання постанови з підстав, визначених частиною першою статті 256 КАС України, є обов'язковим, а тому в разі задоволення всіх чи окремих позовних вимог суд у резолютивній частині постанови повинен зазначити, до якої вимоги (вимог) допускається негайне виконання.

Із підстав, передбачених частиною другою зазначеної статті, за заявою осіб, які беруть участь у справі, або за власною ініціативою суду допускається негайне виконання постанови шляхом зазначення про це у її резолютивній частині або постановлення відповідної ухвали.

У разі задоволення всіх чи окремих позовних вимог суд у резолютивній частині рішення повинен зазначити, до якої вимоги (вимог) допускається негайне виконання.

У разі відмови в задоволенні клопотання про допуск судового рішення до негайного виконання суд у мотивувальній частині повинен викласти свої доводи про відсутність таких підстав.

10.9. У резолютивній частині судового рішення суд, відповідно до вимог статті 163 КАС України, обов'язково зазначає про розподіл судових витрат між сторонами у порядку та розмірі, передбаченими статтею 94 КАС України.

10.10. Резолютивна частина судового рішення повинна містити строк

і порядок набрання цим рішенням законної сили та його оскарження залежно від виду провадження, в якому розглядалася справа.

Зокрема, зазначається, що апеляційна скарга на постанову суду першої інстанції подається протягом десяти днів з дня її проголошення. У разі застосування судом частини третьої статті 160 цього Кодексу (проголошення вступної та резолютивної частин постанови), а також прийняття постанови у письмовому провадженні апеляційна скарга подається протягом десяти днів з дня отримання копії постанови (частина друга статті 186 КАС України).

Апеляційна скарга на ухвалу суду першої інстанції подається протягом п'яти днів з дня проголошення ухвали. У разі якщо ухвалу було постановлено в письмовому провадженні або згідно з частиною третьою статті 160 КАС України, або без виклику особи, яка її оскаржує, апеляційна скарга подається протягом п'яти днів з дня отримання копії ухвали.

У разі якщо в судовому засіданні проголошується повний текст ухвали, а в засідання з'явилися не всі особи, які беруть участь у справі, суду необхідно роз'яснити, що для осіб, які з'явилися в судовому засіданні, апеляційна скарга на ухвалу подається протягом п'яти днів з дня проголошення ухвали, а для осіб, які відсутні в судовому засіданні, — протягом п'яти днів з дня отримання копії ухвали.

З метою належного забезпечення реалізації конституційного права осіб, визначених у статті 13 КАС України, на оскарження судових рішень у судах апеляційної та касаційної інстанцій у судовому рішенні необхідно обов'язково зазначати дату його складення в повному обсязі.

У разі якщо суб'єкта владних повноважень у випадках та порядку, передбачених частиною четвертою статті 167 КАС України, було повідомлено про можливість отримання копії постанови суду безпосередньо в суді, то десятиденний строк на апеляційне оскарження постанови суду обчислюється з наступного дня після закінчення п'ятиденного строку з моменту отримання суб'єктом владних повноважень повідомлення про можливість отримання копії постанови суду. Про це також повинно бути зазначено в резолютивній частині рішення.

Постанова (ухвала) суду апеляційної інстанції за наслідками перегляду набирають законної сили з моменту проголошення, а якщо її прийнято (постановлено) за наслідками розгляду в письмовому провадженні, — через п'ять днів після направлення її копії особам, які беруть участь у справі (частина п'ята статті 254 КАС України).

Касаційна скарга на судові рішення суду подається протягом двадцяти днів після набрання законної сили судовим рішенням суду апеляційної інстанції, крім випадків, передбачених цим Кодексом, а в разі складення постанови в повному обсязі відповідно до статті 160 КАС України — із дня складення постанови. Касаційна скарга подається безпосередньо до адміністративного суду касаційної інстанції (стаття 212 КАС України).

Постанова (ухвала) суду касаційної інстанції набирає законної сили з моменту проголошення, а якщо її було прийнято (постановлено) за наслідками розгляду в попередньому судовому засіданні, письмовому провадженні, — через п'ять днів після направлення її копії особам, які беруть участь у справі.

10.11. У разі залишення позову без задоволення суд у постанові одночас-

но не може зазначити про скасування забезпечення позову або заміну одного способу забезпечення адміністративного позову іншим. Суд повинен із цього питання постановити ухвалу (частина четверта статті 118 КАС України).

10.12. З метою забезпечення судового контролю за своєчасним і належним виконанням судового рішення суд у резолютивній частині рішення повинен повніше використовувати право покладати обов'язок на суб'єкта владних повноважень, не на користь якого ухвалене судове рішення, подати у визначений строк звіт про виконання судового рішення (частина перша статті 267 КАС України).

11. У виняткових випадках складення постанови в повному обсязі може бути відкладено на строк не більш як п'ять днів з дня закінчення розгляду справи, однак суд повинен проголосити у тому самому засіданні, в якому закінчився розгляд справи, вступну та резолютивну частини постанови (частина третя статті 160 КАС України).

Такі правила поширюються на постанови, прийняті адміністративними судами всіх інстанцій лише залежно від складності справи, яка визначається судом під час її розгляду (великий обсяг справи і позовних вимог, значна кількість сторін і досліджуваних доказів тощо), а п'ятиденний строк обчислюється в порядку, визначеному статтею 103 КАС України.

Указані вимоги також застосовуються до ухвал, постановлених у судовому засіданні, які проголошуються негайно після їх постановлення (частина шоста статті 160 КАС України).

Суди повинні враховувати, що застосування цих правил не передбачено законодавством у разі ухвалення судами судових рішень, у тому числі й постанов, за результатами розгляду

адміністративних справ у скороченому, письмовому провадженні, а також у попередньому розгляді справи касаційним судом, оскільки в цих випадках судові рішення не проголошуються.

Крім того, правила щодо проголошення вступної та резолютивної частин не поширюються на випадки (частина друга статті 177, частина шоста статті 182, частина п'ята статті 183 КАС України), за якими копії судового рішення невідкладно видаються особам, які брали участь у справі, оскільки для проголошення вступної та резолютивної частин рішення необхідно відкладати складення постанови у повному обсязі.

12. Рішення суду апеляційної інстанції повинні відповідати приписам статей 205, 206, 207 КАС України і викладаються у формі постанови або ухвали.

Розглянувши апеляційну скаргу, суд апеляційної інстанції постановляє ухвалу в разі:

- 1) залишення апеляційної скарги без задоволення, а судового рішення – без змін;
- 2) зміни ухвали суду першої інстанції;
- 3) скасування судового рішення суду першої інстанції і постановлення нової ухвали;
- 4) скасування судового рішення і залишення позовної заяви без розгляду або закриття провадження у справі;
- 5) скасування ухвали суду, яка перешкоджає подальшому провадженню у справі, і направлення справи для продовження розгляду до суду першої інстанції (частина перша статті 205 КАС України).

Суд апеляційної інстанції за наслідками розгляду апеляційної скарги може своєю постановою змінити постанову суду першої інстанції або прийняти нову постанову, якими суд

апеляційної інстанції задовольняє або не задовольняє позовні вимоги (частина друга статті 205 КАС України). Тобто в цьому разі та за таких обставин суд приймає постанову.

З усіх процесуальних питань суд апеляційної інстанції постановляє ухвали.

13. У разі залишення апеляційної скарги без задоволення в ухвалі зазначається, якими обставинами чи нормами права спростовуються доводи, які містяться у скарзі. У разі скасування або зміни судового рішення суду першої інстанції суд апеляційної інстанції у своєму рішенні зазначає, у чому полягає його незаконність чи необґрунтованість (частина третя статті 206 КАС України).

13.1. У разі часткового оскарження судового рішення суд апеляційної інстанції в описовій частині свого рішення повинен зазначити, в якій частині рішення суду першої інстанції не оскаржується, і при цьому не має права робити правові висновки щодо неоскарженої частини судового рішення.

13.2. З огляду на принцип офіційного з'ясування всіх обставин суд зобов'язаний вийти за межі доводів апеляційної скарги, якщо виявив порушення, які стали причиною неправильного вирішення справи.

Не є виходом за межі доводів апеляційної скарги, якщо особа, яка подала скаргу, заявляє вимогу про скасування судового рішення, а суд апеляційної інстанції ухвалює нове рішення або змінює його, оскільки в цьому разі суд діє в межах наданих йому законом повноважень.

Рішення суду першої інстанції в частині, що не оскаржена особою, яка подала апеляційну скаргу, не може бути скасовано або змінено апеляційним судом.

13.3. Порушення норм процесуального права є підставою для скасування рішення тільки у випадках, встановлених пунктом 4 частини першої статті 202 КАС України, а саме в разі, коли ці порушення призвели до неправильного вирішення справи, коли розгляд і вирішення справи було здійснено не повноважним судом або в ухваленні постанови брав участь суддя, якому було заявлено відвід на підставі обставин, які викликали сумнів у неупередженості судді, і заяву про його відвід суд апеляційної інстанції визнав обґрунтованою, коли постанова ухвалена чи підписана не тим суддею, який розглянув справу.

Указані порушення норм процесуального права варто вважати істотними і такими, що тягнуть скасування судового рішення та ухвалення нового рішення.

Виявивши при перегляді судового рішення інші процесуальні порушення, які не вплинули на правильність ухвалення судом першої інстанції рішення, суд апеляційної інстанції повинен зазначити про це у мотивувальній частині свого рішення та обґрунтувати свій висновок про неістотність допущених порушень.

13.4. Ухвалюючи судові рішення, суд апеляційної інстанції в мотивувальній частині повинен послатися на норми матеріального і процесуального права, які визначають розміри судових витрат, обґрунтувати ці розміри та їх розподіл, а в резолютивній частині відповідно до статті 163 КАС України зазначити розподіл цих витрат.

13.5. Розглядаючи заперечення на інші ухвали, викладені в апеляційній скарзі на постанову суду першої інстанції, апеляційний суд повинен зазначити про це в описовій та мотивувальній частинах судового рішення, а результат перевірки – у резолютивній.

14. Рішення касаційного суду за формою та змістом повинні відповідати приписам статей 230, 231, 232 КАС України.

Розглянувши вимоги касаційної скарги, суд касаційної інстанції постановляє ухвалу в разі:

1) залишення касаційної скарги без задоволення, а судових рішень – без змін;

2) скасування судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій з направленням справи для продовження розгляду або на новий розгляд;

3) зміни ухвали суду першої або апеляційної інстанції;

4) скасування судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій і залишення позовної заяви без розгляду або закриття провадження;

5) визнання судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій такими, що втратили законну силу, і закриття провадження;

6) скасування судових рішень і постановлення нової ухвали (частина перша статті 230 КАС України).

Суд касаційної інстанції за наслідками розгляду касаційної скарги може своєю постановою змінити постанову суду першої або апеляційної інстанції або прийняти нову постанову, якими суд касаційної інстанції задовольняє або не задовольняє позовні вимоги (частина друга статті 230 КАС України).

З процесуальних питань суд касаційної інстанції постановляє ухвали.

15. Згідно з положеннями статті 154 КАС України суди повинні суворо дотримуватися таємниці нарадчої кімнати. Під час ухвалення судового рішення ніхто не має права перебувати в нарадчій кімнаті, крім складу суду, який розглядає справу. При цьому обмін суддею думками з ким-небудь (крім складу суду) із при-

воду судового рішення, яке ухвалюється, у тому числі каналами зв'язку, не допускається. Вихід суддів з нарадчої кімнати до проголошення судового рішення може мати місце під час перерви для відпочинку (протягом робочого часу та після його закінчення).

Порушення таємниці нарадчої кімнати є грубим порушенням норм процесуального права і з урахуванням інших обставин справи може бути підставою для скасування ухвалених рішень суду.

16. З огляду на положення частини першої статті 265 КАС України питання про поворот виконання судового рішення може вирішити суд апеляційної чи касаційної інстанції в разі, якщо він, скасувавши судові рішення (визнавши його нечинним або таким, що втратило законну силу), закриває провадження у справі, залишає позовну заяву без розгляду або відмовляє в задоволенні позову чи задовольняє позовні вимоги у меншому розмірі.

У разі використання судами апеляційної чи касаційної інстанції такого права вони про це повинні зазначити у мотивувальній частині судового рішення та обґрунтовувати можливість такого повороту. Крім того, про поворот виконання рішення (яким способом, у якому розмірі) повинно відповідно бути зазначено в резолютивній частині судового рішення.

17. За правилами статті 168 КАС України суд будь-якої інстанції може за заявою особи, яка брала участь у справі, чи з власної ініціативи прийняти додаткову постанову чи постановити додаткову ухвалу лише у випадках, передбачених частиною першою статті 168 КАС України.

Таке судові рішення він ухвалює в тому провадженні (письмовому, скороченому, розгляді справи в судовому

засіданні тощо), в якому й ухвалювалось основне судове рішення. Питання про ухвалення додаткового судового рішення може бути заявлено до закінчення строку на виконання судового рішення.

Додаткове судове рішення не може змінювати суті основного рішення або містити висновки про права й обов'язки осіб, які не брали участі у справі.

Додатковими судовими рішеннями є додаткова постанова чи додаткова ухвала, якими вирішуються окремі правові вимоги, котрі не вирішені основним рішенням, та за умови, якщо з приводу позовних вимог досліджувались докази (для постанов) або вирішені не всі клопотання (для ухвал). Крім того, додаткові постанови (ухвали) можуть прийматися (постановлятися), якщо судом при ухваленні основного судового рішення не визначено способу його виконання або не вирішено питання про судові витрати.

Додаткове судове рішення є невід'ємною складовою основного судового рішення.

Додаткове судове рішення або ухвала суду про відмову в ухваленні додаткового судового рішення можуть бути оскаржені в загальному порядку.

18. Частина друга статті 169 КАС України встановлює, що питання про внесення виправлень у судове рішення вирішується судом у порядку письмового провадження. Лише в разі необхідності присутності осіб, які беруть участь у справі, справа за ініціативою судді може розглядатися у судовому засіданні. При цьому питання про внесення виправлень в ухвалу суду з процесуальних питань вирішується в тому провадженні, в якому ухвалювалось це рішення.

У разі якщо питання про внесення виправлень вирішено позитивно, суд у резолютивній частині відповідної

ухвали викладає: нову редакцію тієї частини ухвали, яка була викладена з помилкою; доповнення, у разі пропуску певного слова чи цифри.

Ухвалу суду про внесення виправлень у судове рішення чи відмову у внесенні виправлень може бути оскаржено на загальних підставах.

19. За правилами статті 170 КАС України роз'яснення судового рішення можливе тоді, коли воно є незрозумілим.

Це питання розглядається тільки судом, який ухвалив судове рішення. Під судом, який ухвалив судове рішення, необхідно розуміти суддю, який ухвалив таке рішення одноособово, або колегію суддів, якщо судове рішення ухвалювалось таким складом суду. Тому суди повинні враховувати, що є неприпустимим роз'яснення судового рішення, ухваленного суддею одноособово, судом у колегіальному складі. Так само є неприпустимим роз'яснення судового рішення, ухваленного судом у колегіальному складі, суддею одноособово.

Водночас суди повинні враховувати, що у разі неможливості розгляду заяви про роз'яснення судового рішення суддею або одним із суддів (закінчення терміну повноважень тощо) колегії суддів суду, яка ухвалила судове рішення, до розгляду заяви залучається інший суддя цього суду, який визначається в порядку, встановленому частиною третьою статті 15-1 КАС України.

За правовою природою роз'яснення судового рішення є продовженням його ухвалення, а ухвала про роз'яснення є його складовою, тому заява про роз'яснення судового рішення розглядається у тому ж провадженні, в якому було ухвалене судове рішення, про роз'яснення якого ставиться питання.

Результатом розгляду заяви про роз'яснення судового рішення є постановлення судом ухвали про задоволення заяви або відмову в задоволенні заяви.

В ухвалі про роз'яснення судового рішення суд викладає більш повно та зрозуміло ті частини рішення, розуміння яких викликає труднощі, не змінюючи при цьому суть рішення і не торкаючись питань, які не були предметом судового розгляду.

Водночас судам необхідно враховувати, що не допускається подання заяви про роз'яснення судового рішення, яке вже виконано або закінчився строк, протягом якого судове рішення може бути подане для примусового виконання (частина друга статті 170 КАС України). У такому разі суддя одноособово ухвалою заяву про роз'яснення судового рішення залишає без розгляду.

Роз'яснення судових рішень, які не підлягають примусовому виконанню, певним строком не обмежене.

20. Судові рішення є офіційними документами, при виготовленні яких необхідно дотримуватись вимог, які містяться в таких нормативно-правових актах:

ДСТУ 4163-2003 «Уніфікована система організаційно-розпорядчої документації. Вимоги до оформлювання документів», затвердженому наказом Держспоживстандарту України від 7 квітня 2003 року № 55;

Інструкції з діловодства в апеляційних і місцевих адміністративних судах, затвердженій наказом Державної судової адміністрації України від 5 грудня 2006 року № 155, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 22 грудня 2006 року за № 1345/13219, із змінами, внесеними наказами Державної судової адміністрації України

від 15 грудня 2008 року № 134, від 30 червня 2010 року № 87, від 15 грудня 2011 року № 168;

Інструкції з діловодства у ВАСУ, затвердженій наказом Вищого адміністративного суду України від 26 червня 2008 року № 3;

Положенні про автоматизовану систему документообігу суду, затвердженому рішенням Ради суддів України від 26 листопада 2010 року № 30.

Судове рішення як документ офіційно-ділового стилю повинно викладатися з дотриманням норм літературної мови та використанням уніфікованих зворотів ділової та юридичної мови, мати логічну послідовність та нейтральний тон викладення матеріалу, характеризуватися точністю, стислістю і зрозумілістю викладення.

У разі необхідності використання у змісті судового рішення скорочених назв і загальноприйнятих аббревіатур при першому вживанні відповідне словосполучення наводиться повністю з одночасним зазначенням у дужках його скороченої назви або аббревіатури, які будуть далі використовуватися у тексті.

У тексті судового рішення посилання на книгу, розділ, главу, статтю, її частину, пункт, підпункт, абзац складається з назви відповідної складової частини (книга, розділ, глава, стаття, частина, пункт, підпункт, абзац), її порядкового номера і зазначення форми нормативно-правового акта, його назви.

Для письмового посилання на назви складових частин нормативно-правового акта можуть застосовуватися такі скорочення: книга – кн., розділ – розд., глава – гл., стаття – ст., частина – ч., пункт – п., підпункт – пп., абзац – абз.

*Головуючий
Секретар Пленуму*

*І. Темкіжев
М. Смокович*

ДАНСЬКИЙ ПРОФЕСОР ОЛЕ ЛАНДО

Останні 40 років серед найавторитетніших фахівців світу з міжнародного приватного та цивільного права лунає ім'я данського професора О. Ландо. Юристи і політики всіх країн вже звикли до таких назв, як «Комісія Ландо», «Принципи Ландо», «Група Ландо». На думку мимоволі спадають всесвітньо відомі проекти, названі на честь їх палких провідників: «Кодекс Наполеона», «Проект Манчині», «Кодекс Бустаманте», «Проект Фільда» тощо. Здається, що назва ім'ям вченого його справи є найвищим суспільним визнанням. Професор О. Ландо отримав таке визнання служінням ідеї уніфікації цивільного (приватного) права Європи.

Оле Ландо (1922 року народження) нині є почесним професором юридичного факультету Копенгагенської школи бізнесу. Основні напрями його наукових досліджень та викладання становлять порівняльне контрактне право та міжнародне приватне право. Доктором права він став у 1963 р. в університеті м. Копенгагена. Вільно володіючи європейськими мовами, О. Ландо запрошується у різні часи викладачем до провідних університетів Великої Британії, Бельгії, Нідерландів, Німеччини, Італії, Греції. Вчений стає Головою Комісії з європейського контрактного права, членом Робочої групи УНІДРУА з міжнарод-



них комерційних контрактів, членом Академій наук Фінляндії, Швеції, Європейської академії та Міжнародної академії порівняльного права. Професор О. Ландо опублікував сотні праць з цивільного та міжнародного приватного права. Серед останніх його публікацій широко відомі Принципи європейського контрактного права, частина 1 і 2 (1999 р.) та Принципи європейського контрактного права, частина 3 (2003 р.).

Саме праця з уніфікації норм контрактного права (а пізніше цивільного права) ЄС принесла визнання та славу професору О. Ландо, який, мабуть, чіткіше за інших відчув потреби, пов'язані з інтернаціоналізацією усіх сфер життя, зокрема потребу у гармонізації, уніфікації та конвергенції приватного права на новому рівні та новими засобами.

Професор О. Ландо вже у сучасних умовах на практиці привніс нові надії на втілення старої ідеї щодо уніфікації приватного права у всесвітньому масштабі. І зробив він це на прикладі гармонізації приватного права в Європейському Союзі.

Потреби єдиного європейського ринку змусили законотворців Європейського Союзу з самого початку шукати шляхи гармонізації та уніфікації окремих, найбільш важливих для економіки, сфер приватного права. Чис-

ленні інструменти зближення права (конвенції, регламенти, директиви) були прийняті в таких приватноправових сферах, як підприємницькі товариства, страхування, трудовий найм, комерційне представництво, споживчий кредит, захист споживачів, цінні папери, промислова власність тощо. Праця над зближенням численних, але дуже вузьких сфер приватного права показала, що справжнім ефективним засобом гармонізації приватного права можуть стати великі системні акти.

Зі слів професора О. Ландо розпочиналося це так: «У 1974 р. після закінчення у Копенгагені конференції з обговорення проекту Конвенції ЄЕС про право, що застосовується до договірних і недоговірних зобов'язань, під час вечері я сидів поруч з *Dr. Winfried Hauschild*, який з боку ЄЕС допомагав роботі групи експертів з підготовки проекту Конвенції. Ми зійшлися думками на тому, що запропоновані Конвенцією колізійні норми ніколи не вирішать завдання з правового уніформізму матеріального права, що висувається інтегрованим ринком Європи. «Нам потрібен Європейський кодекс зобов'язального права» — сказав *Dr. Hauschild*»¹.

Вже у 1976 р. на конференції в Італії професором О. Ландо була висунута ідея підготовки Європейського уніформованого комерційного кодексу. Спочатку вчені взяли за уніфікацію договірного права. Цей процес *de facto* розпочався у 1982 р. у рамках створеної на чолі О. Ландо Європейської комісії з контрактного права (відома ще як «Комісія Ландо») та завершився у 2002 р. створенням третьої частини Принципів європейського контрактного права (дві попередні частини «Принципів» було опублікова-

но відповідно у 1995 р. та 1999 р.). Професору О. Ландо вдалося провести досить широку єврокодифікацію норм договірної права: крім загальних положень, «Принципи Ландо» містять положення щодо укладення договору; повноважень агентів; дійсності, тлумачення, змісту, виконання та наслідків невиконання договорів; множинності кредиторів та боржників; уступки прав та переведення боргу; заліку вимог; позовної давності та інших питань договірної права.

Розробка Принципів європейського договірної права розглядалася професором О. Ландо певним етапом на шляху створення Європейського цивільного кодексу. Вже в 1989 р. Європейським Парламентом приймається резолюція, яка ставить на порядок денний підготовчу роботу щодо цього епохального документа. Завдяки зусиллям О. Ландо ідея гармонізації приватного права ЄС надзвичайно захопила академічні та інші правові кола в Європі, що призвело до появи чисельних ініціативних груп, які стали працювати над різними проблемами у цій сфері. Професор О. Ландо натхненно працював в одній із цих груп (*Study Group*).

У 2003 р. подальше зближення матеріального права ЄС запропоновано просувати через такий специфічний інструмент, як Загальна система координат (*Common Frame of Reference*).

Група дослідників з Європейського цивільного кодексу (*Study Group*), яка стала наступником «Комісії Ландо», та Група з існуючого приватного права ЄС (*Acquis Group*) створили його проект (*Draft of Common Frame of Reference*): спочатку у 2008 р. в електронній мережі з'явився для ознайомлення та коментарів проміжний Проект Загальної системи координат під назвою

¹ *Lando O. Preface // Principles of European Contract Law. Part I and II. – The Hague, 2000. – P. XI.*

«Принципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права»; повний варіант документа опубліковано наступного року. У Проект частково інкорпоровано підправлені положення «Принципів Ландо». Проте Проект іде далі і пропонує ще загальні правила щодо окремих договорів, недоговірних зобов'язань та речового права.

Проект Загальної системи координат складається з 10 Книг: загальні положення; договори та інші правочини; зобов'язання та зобов'язальні права; окремі договори та права і обов'язки, що виникають із таких договорів; ведення чужих справ без доручення;

недоговірна відповідальність із заподіяння шкоди; безпідставне збагачення, книги щодо окремих питань речового права.

На нашу думку, у разі успіху справи створення єдиного європейського приватного права відкривається шлях до формування світового позитивного приватного права. І в досягненні цієї мети велика заслуга те ж належатиме данському професору О. Ландо.

А. Довгерт,
доктор юридичних наук,
професор,
член-кореспондент НАПрН України

ЮВІЛЕЙ
АКАДЕМІКА НАПРН УКРАЇНИ
АНАТОЛІЯ ПАВЛОВИЧА ГЕТЬМАНА
(до 55-річчя від дня народження)

Народився Анатолій Павлович Гетьман 18 липня 1958 р. у с. Зідьки Зміївського району Харківської області. У 1983 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині — Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»). Протягом 1983–1986 рр. навчався в аспірантурі цього ж закладу. З 1986 р. працював на посадах асистента, старшого викладача, доцента, заступника декана. З 1992 р. навчався в докторантурі Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». З 1995 р. працював начальником Управління планування та координації правових досліджень, а з 1998 р. до 2001 р. — головним вченим секретарем Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України). У 2001–2007 рр. — проректор з навчальної роботи, а з 2007 р. — проректор з наукової роботи Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

У 1986 р. захистив кандидатську дисертацію на тему «Правове регулювання діяльності органів управління в сфері екології», у 1995 р. — докторську

дисертацію на тему «Еколого-процесуальна правова теорія: проблеми становлення і розвитку». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1995 р. Вчене звання професора присвоєно у 1997 р. Членом-ко-



респондентом обраний у 2000 р., дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) — у 2004 р.

Напрями наукових досліджень А. П. Гетьмана — методологія науки екологічного права, еколого-процесуальне право, екологічні права людини, імплементація міжнародних стандартів у національне екологічне законодавство України, земельне право. Він опублікував понад 170 наукових праць, серед яких: «Процесуальні норми и отношения в экологическом праве» (1994), «Екологічне право України: Загальна частина» (у співавторстві, 1995), «Екологічне право України: Особлива частина» (у співавторстві, 1996), «Вступ до теорії еколого-процесуального права» (1998), «Екологічний контроль: питання теорії і практики» (у співавторстві, 1999), «Екологічне право України: Підручник» (у співавторстві, 2001), «Земельний кодекс України:

Коментар» (у співавторстві, 2002). «Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар» (у співавторстві, 2003), «Регіональний екологічний контроль: теорія правового регулювання» (2004), «Екологічне право України: Підручник» (за заг. ред., 2005), «Законодавство України про довкілля: Збірник у 2 т.» (2006), «Екологічне право України в запитаннях та відповідях: Навчальний посібник» (2007), «Земельний кодекс України: Коментар» (2007), «Екологічне право України: Академічний

курс: Підручник» (2008), «Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т.: Т. 4» (у співавторстві, 2008).

Анатолій Павлович — заслужений діяч науки і техніки України (2003), нагороджений Почесною грамотою Верховної Ради України (2009), пам'ятним знаком «10 років Луганській академії внутрішніх справ МВС України імені 10-річчя незалежності України», лауреат премії імені Ярослава Мудрого (2009), Почесний член Спілки юристів України (2001).

Наукова рада, редакційна колегія та колектив редакції журналу «Право України» вітають шановного Анатолія Павловича — члена наукової ради нашого журналу — з ювілеєм і зичать йому невичерпної енергії, творчого натхнення, подальшої плідної наукової та громадської діяльності, доброго здоров'я та усіляких гараздів!

ІСТОРІЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА ЯК НАПРЯМ НАУКОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ¹

О. ХАЛАБУДЕНКО

доктор права,

доцент кафедри приватного права

(Міжнародний вільний університет Молдови)

Сьогодні небагато дослідників ризикнуть всерйоз заперечувати науковий статус порівняльного правознавства. Дискусія про порівняльне правознавство як науку — це роздуми (далеко не завжди послідовні) про його положення серед окремих наукових юридичних дисциплін, що склалися в окремих національних та наднаціональних правопорядках, про взаємовідносини порівняльного правознавства з ними. Таким чином, саме порівняльне правознавство як правове явище, предметна сфера якого характеризується самостійною евристичною цінністю, розвивається в межах, визначених для нього відповідною правовою культурою.

З питань порівняльного правознавства написано дуже багато праць. Викладання порівняльного правознавства, рекомендоване ще в середині ХХ ст. інституціями ООН, нині посідає гідне місце серед дисциплін, що вивчаються на юридичних факультетах вишів. Інституціоналізація науки порівняльного правознавства проявляється в діяльності міжнародних та національних наукових установ. Увагу широких кіл наукової громадсь-

кості привертають заходи, що регулярно проводяться під егідою Центру порівняльного правознавства при Інституті держави і права НАН України, Української асоціації порівняльного правознавства, інших наукових установ України, пов'язані з дослідницькою діяльністю у сфері порівняльного правознавства. Достаток наукових розробок з питань порівняльного правознавства явно контрастує з актуальною ситуацією, за якої складно назвати праці, що пропонують цілісне історико-правове дослідження феномену порівняльного правознавства.

У зв'язку з цим видана в Києві у 2011 р. монографія відомого українського вченого О. Кресіна², в якій простежуються основні питання становлення теоретико-правових засад порівняльного правознавства, становить особливий інтерес. У праці автор знайомить читачів з розвитком досліджень у сфері порівняльного правознавства та його періодизацією (історіографія питання); визначає критерії, які необхідні при вивченні генезису порівняльного правознавства; достатньо детально описує погляди і підходи засновників європейської

¹ Рецензія подається у перекладі з російської мови.

² Кресін О. В. Порівняльне правознавство у ХІХ–ХХ століттях: проблеми становлення : моногр. — К. : Логос, 2011. — 294 с.

традиції порівняльного правознавства (Ш. Монтеск'є, П. Фейєрбаха, Ж. Лермін'є) до теоретико-методологічних питань цієї сфери знань; піддає критичному аналізу ідеї, що розвивалися у порівняльному правознавстві, починаючи з 60-х років XIX ст. і аж до теперішнього часу.

Розгляд О. Кресіним цього кола питань спирається на серйозну бібліографічну базу, що нараховує 309 джерел, що саме по собі говорить про високу ерудицію, компетентність автора і серйозність зробленого ним дослідження. Монографія О. Кресіна по суті є першою цілісною історико-правовою працею, в якій зроблено спробу крізь призму ідей окремих представників науки проаналізувати і розкрити для читачів теоретико-методологічний і практичний потенціал шкіл, що існували раніше й існують нині у сфері порівняльного правознавства.

Заслужовують на увагу і схвалення висновки, зроблені автором. Так, можна цілком погодитися із запропонованою О. Кресіним періодизацією становлення порівняльного правознавства. Автор переконливо демонструє, що до XIX ст. питання, які входять до сфери порівняльного правознавства, досліджувалися безсистемно, фрагментарно; була відсутня належна методологічна база дослідження; не був чітко визначений власне об'єкт порівняння. Вчений пропонує п'ятичленний поділ етапів становлення порівняльного правознавства як спеціалізованої галузі юридичних досліджень:

- становлення порівняльного правознавства як спеціалізованої сфери юридичних досліджень і галузі юридичної науки (1810–1850-ті рр.);
- період домінування в порівняльному правознавстві соціологічного позитивізму (1860–1910 рр.);

- період інструментально-методологічного розвитку порівняльного правознавства в умовах домінування функціоналізму і марксизму (1920 р. – середина 1940-х років);

- криза європоцентричної моделі й народження плюралістичної парадигми порівняльного правознавства, його розвиток як глобальної системи знань та інституцій (друга половина 40-х–80-ті роки XX ст.);

- сучасний період розвитку порівняльного правознавства, що вирізняється переважанням аксіологічних підходів, філософським виміром порівнюваної правової дійсності й методологічним плюралізмом (з 90-х років XX ст.).

Імпонує твердження автора про те, що момент «появи і оцінки характеру порівняльного правознавства» допустимо визначити за допомогою трьох критеріїв: сутнісного (формування особливостей порівняльного правознавства), змістовного (наукові засади використання порівняльного правознавства) і формального (термінологічне визначення досліджуваної сфери знань). Застосування запропонованих критеріїв дає підставу автору заявити, що наука порівняльного правознавства зароджується в 1810–1814 рр. і формується як самостійна сфера правових досліджень наприкінці 1820-х – на початку 1830 рр.

Критичний аналіз досліджуваного доктринального матеріалу дав змогу автору монографії стверджувати, що засновником науки порівняльного правознавства слід вважати П. Фейєрбаха; цей вчений дав назву досліджуваної сфери культурно-правової дійсності, а датою її появи слід визнати 1810 р.

О. Кресін, ґрунтуючись на працях П. Фейєрбаха, переконливо доводить, що порівняльне правознавство ба-

зується на оригінальних підходах, що дало змогу від початку диференціювати розглянуту сферу знань від походів, розроблених у лоні історичної школи права. Можна погодитися з висновком автора про те, що «формування порівняльного правознавства та порівняльно-правової методології відбувалося одночасно» (с. 117).

На думку вченого, порівняльне правознавство з'являється не в результаті відокремлення предмета філософії права, теорії права та історії права, а є «результатом диференціації та концептуалізації» юридичних наук (загального вчення про право). При цьому генезис порівняльного правознавства автор пов'язує не лише з «диференціацією загального вчення про право», а й з «розвитком політико-правових реалій» наприкінці XVIII — початку XIX ст., також зі становленням порівняльної методології гуманітарних наук (с. 259).

Безперечною заслугою О. Кресіна слід визнати повернення в науковий обіг праць авторів, які присвятили свої праці порівняльному правознавству. Йдеться, зокрема, про працю П. Фейєрбаха «Погляд на німецьке правознавство», а також про працю В. Синайського «Техніка юридичної методології у зв'язку із загальним вченням про методологію». На особливу увагу вартий аналіз незаслужено забутих і маловідомих праць українських авторів (Л. Ребета, А. Баранова, С. Дністрянського та ін.). Не викликає сумніву, що монографія О. Кресіна буде цікава й корисна всім, кому близька сфера порівняльного правознавства.

Разом з тим праця О. Кресіна не позбавлена певних недоліків. Зупинимося на деяких з них.

1. Автор, як було зазначено вище, в окремому підрозділі (підрозділ 1.2)

досить переконливо демонструє необхідність виділення критеріїв (сутнісних, змістовних і формальних) при вивченні генезису порівняльного правознавства. Очікується, що виділені критерії будуть покладені в основу викладу наступного матеріалу монографії. Проте, на жаль, учений при подальшому викладі відходить від запропонованої ним самим перспективної, як видається, методологічної розробки та викладає матеріал у традиційному історичному ключі.

2. Український вчений визначає хронологічні межі дослідження в самій назві монографії — становлення і розвиток порівняльного правознавства в XIX–XX ст. Разом з тим розділ 2 монографії містить абсолютно «необхідний» за змістом роботи підрозділ, присвячений аналізу праць Ш. Монтеск'є (1689–1755) та його ролі у створенні основ порівняльного правознавства. Наукова діяльність Ш. Монтеск'є очевидно не вписується в запропоновані автором хронологічні межі дослідження.

3. Характеризуючи розвиток порівняльного правознавства до середини XIX ст., О. Кресін стверджує, що однією з основних його ознак у цей період було «лідерство в порівняльно-правових дослідженнях німецьких учених» (с. 37). Не применшуючи значення німецької школи порівняльного правознавства на цьому і на наступних етапах становлення досліджуваної галузі знань, заперечимо в тому, що її беззастережно слід визнати такою, що лідує. Не випадково у самій праці міститься окремий, дуже змістовний підрозділ, присвячений Ж. Лермін'є — видатному французькому вченому-компаративісту, наукова діяльність якого припадає на першу половину XIX ст. Більше того, представники гейдельберзької школи пра-

ва, що діяла в першій половині XIX ст., виходячи з уявлення, що «еволюція права є загальносвітовим процесом», за свідченням самого автора, «перебували під впливом французької та американської правової думки» (с. 155).

4. Підрозділ 3.6 монографії присвячений аналізу сучасного стану порівняльного правознавства. Однак, на превеликий жаль, автор у цьому підрозділі обмежується аналізом праць лише деяких компаративістів (американських і західноєвропейських — Г. Глена, П. Монатері, М. Грезіді, Г. Бермана, П. Сорокіна, а також українських — М. Страхова, О. Криво-ручка, Ю. Оборотова, В. Семчика,

Є. Харитонова, О. Харитонової, Х. Бехруза, П. Мартиненка). У результаті у читача складається враження, що актуальний стан порівняльного правознавства вичерпується працями названих, безумовно шанованих, фахівців, з чим, зрозуміло, погодитися в жодному разі не можна.

Короткий огляд порушених О. Кресіним дискусійних питань свідчить про те, що вони потребують подальшого дослідження. Висловлюємо надію, що автор продовжить роботу над темою, а читачі й у новому виданні з задоволенням зможуть стежити за думкою автора, викладеною ним у своїй монографії, що становить значний інтерес.

—————

Кресін О. В. Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення : моногр. — К. : Логос, 2011. — 294 с.



У монографії досліджено загальні питання становлення теоретико-методологічних основ порівняльного правознавства. Визначено критерії дослідження генезису і раннього розвитку порівняльного правознавства. На основі цього і повернення до наукового обігу низки праць європейських учених початку XIX ст. автор визначив дату появи порівняльного правознавства (1810–1814 рр.) та хронологічні межі етапу його формування (1810–1830 рр.).

Узагальнено погляди вчених на основні етапи розвитку порівняльного правознавства. Уточнивши неузгодженості у поглядах, ввівши до дискусії численні нові матеріали, автор запропонував власну періодизацію розвитку порівняльного правознавства у XIX–XX ст., засновану насамперед на виникненні та визначальному впливі певних наукових шкіл.

Розкрито теоретико-методологічний і практичний потенціал кожної з основних наукових шкіл у порівняльному правознавстві, їх суперечності та діалектику заперечення і спадкоємності між ними. Автор повернув до наукового обігу низку забутих праць українських учених XIX–XX ст., довів існування української традиції порівняльного правознавства, визначив оригінальний внесок українських учених у розвиток цієї наукової дисципліни.

—————

**ПАМ'ЯТІ ПРОФЕСОРА,
СУДДІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ
У ВІДСТАВЦІ
ПЕТРА ФЕДОРОВИЧА МАРТИНЕНКА**

14 липня 2013 р. пішов з життя видатний учений, досвідчений і висококваліфікований юрист-міжнародник, суддя Конституційного Суду України у відставці, кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, член Конституційної Асамблеї, декан юридичного факультету Міжнародного Соломонового університету – Мартиненко Петро Федорович.

Народився Петро Федорович Мартиненко 26 січня 1936 р. у с. Осівці Брусилівського району Житомирської області. Трудову діяльність розпочав 1954 р. у Нижньому Тагілі (Росія), працюючи помічником тракториста будівельного тресту. У 1962 р. закінчив Саратовський юридичний інститут, працював викладачем цього вишу. У 1965 р. закінчив аспірантуру Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині – Київський національний університет імені Тараса Шевченка) й того ж року захистив кандидатську дисертацію. З 1965 р. працював у цьому університеті викладачем, старшим викладачем, доцентом, професором, завідувачем кафедри порівняльного правознавства

Інституту міжнародних відносин. У 1970 р. йому присвоєно вчене звання доцента, у 1993 р. – професора. З 1991–1996 рр. був головним науковим консультантом Секретаріату Верховної Ради (за сумісництвом). У 1992–

1993 рр. входив до складу Колегії з питань правової політики Державної думи України. У 1992–1996 рр. був заступником Представника України у Венеціанській Комісії Ради Європи. 1996–2001 рр. – суддя Конституційного Суду України.

П. Ф. Мартиненко брав участь у розробці низки законопроектів, зокрема: Закону «Про мови в Українській РСР», Концепції Договору про

Співдружність Суверенних Держав, Декларації про державний суверенітет України, Конституції України, Закону України «Про Конституційний Суд України».

Як експерт МЗС України працював над проектами Європейської конвенції з питань громадянства та Європейської Хартії регіональних та міноритарних мов, що розроблялися у Раді Європи.

Автор численних наукових праць, серед яких: монографії, підручники,



навчальні посібники з питань конституційного права, міжнародного публічного права, порівняльного правознавства.

Петро Федорович пішов з життя, але залишив після себе неоціненний доробок у розвитку вітчизняної юридичної науки.

Редакційна колегія та колектив редакції журналу «Право України» глибоко сумують та висловлюють щирі співчуття рідним і близьким покійного.

До уваги авторів!

1. Статті, що надсилаються до редакції журналу «Право України», відповідно до постанови Президії Вищої атестаційної комісії України № 7—05/1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України», повинні містити такі елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

2. Загальний обсяг публікації (назва статті, відомості про автора, текст статті, використані матеріали, анотація, ключові слова) не повинен перевищувати 10–12 сторінок (*Times New Roman*; кегль 14; інтервал 1,5).

Після використаних матеріалів подаються розширені анотації (6–8 речень) та ключові слова трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотації мають містити, зокрема: прізвище та ім'я автора, назву статті.

3. До статей аспірантів, ад'юнктів і здобувачів наукового ступеня мають додаватися витяг з протоколу засідання кафедри про рекомендацію статті до друку та рецензія доктора (кандидата) наук із відповідної спеціальності, засвідчені належним чином.

До статей авторів, які мають науковий ступінь кандидата, має додаватися рецензія доктора наук із відповідної спеціальності.

4. Список використаних матеріалів формується у тій послідовності, в якій подаються посилання по тексту статті. Під одним порядковим номером у використаних матеріалах зазначається лише одне джерело. Не допускається повтор одних і тих самих джерел під різними порядковими номерами, а також оформлення використаних матеріалів у формі посторінкових чи кінцевих виносков. Цифрові посилання у статті [у квадратних дужках] обов'язково повинні збігатися з відповідними порядковими номерами у використаних матеріалах. Кількість джерел у використаних матеріалах не повинна перевищувати 15.

5. У списку використаних матеріалів слід вказати:

- для періодичних видань — прізвище та ініціали автора статті, її назву, найменування та рік видання, номер, сторінки;
- для книг — прізвище та ініціали автора, назву книги, місто та рік її видання, сторінки.

6. До матеріалів необхідно додавати:

- електронний варіант статті у форматі *Word*;
- інформаційну довідку про автора: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посада, поштова адреса, контактний телефон;
- фото автора у форматі *Jpg*;
- копію квитанції про річну передплату на журнал.

Стаття, подана до редакції без дотримання вимог, наведених у пунктах 1–6, опублікуванню не підлягає.

Гонорар за публікацію не сплачується.

Редакція залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення і відхилення статей.

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.

Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.

*Журнал рекомендовано до друку
Вченою радою Національного університету
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
(протокол № 10 від 25 червня 2013 р.).*

*Редагування О. Варваріної, О. Красненко, Н. Сидорської
Комп'ютерна верстка О. Карташової
Комп'ютерний набір та правка Т. Поліщук
Художнє оформлення С. Харука, О. Бойко*

Підп. до друку 31.07.2013. Формат 70х108/16. Папір офсетний.
Офсетний друк. Ум. друк. арк. **32,2**. Обл.-вид. арк. **28,48**. Зам. 13-575.
Тираж 1 500. Ціна договірна.

Редакція журналу «Право України»

Україна, 04107, м. Київ, вул. Багговутівська, 17–21
Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія KB № 17414–6184ПР від 08.02.2011 р.

Розрахунковий рахунок: 26008291844300 в АТ «УкрСиббанк» МФО 351005
Телефони: 0 (44) 537–51–00 (головний редактор),
0 (44) 537–51–10 (відповідальний секретар)
Факс: 0 (44) 537–51–01

www.pravoua.com.ua

*Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.*

Віддруковано у **ПАТ «ВІПОЛ»**

Україна, 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60.

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 752 від 27.12.2001 р.