

Представлено дослідження актуальних питань теорії права, історії права, філософії права, а також галузевих правових дисциплін, зокрема, конституційного, цивільного, трудового, кримінального, господарського, екологічного, фінансового, адміністративного, земельного, аграрного, медичного, інформаційного права, права інтелектуальної власності, права соціального забезпечення; питання процесуального права, зокрема, цивільного, господарського, адміністративного та кримінального процесу, а також судустрою; окремі аспекти порівняльно-правових досліджень, а також досліджень у сфері міжнародного та європейського права

Для наукових працівників, практиків, викладачів, аспірантів, студентів.

The issue covers research on the history of the theory of law, history of law, philosophy of law, as well as various fields of law, in particular, constitutional law, civil law, labor law, criminal law, economic law, environmental law, financial law, administrative law, medical law, land law, agrarian law, law of intellectual property and social security law; issues of procedural law, especially, civil procedure, commercial procedure, administrative procedure and criminal procedure likewise judiciary; additionally, certain aspects of comparative legal research and research in international law and European law.

The issue is intended for researchers, legal practitioners, students.

ГОЛОВА РЕДАКЦІЙНОЇ РАДИ	І.С. Гриценко, д-р юрид. наук, проф. (Україна)
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	І.О. Ізарова, д-р юрид. наук, доц. (Україна) (гол. ред.); І.С. Сахарук, канд. юрид. наук (Україна) (відп. секр.); Ф. Гаскон-Інхаусті, д-р юрид. наук (Іспанія); Н.Л. Губерська, д-р юрид. наук, проф. (Україна); Р.Ю. Гревцова, канд. юрид. наук, доц. (Україна); Л. Ерво, д-р юрид. наук, проф. (Швеція); Т.О. Дідич, д-р юрид. наук, доц. (Україна); І.А. Діковська, д-р юрид. наук, доц. (Україна); О.А. Заярний, д-р юрид. наук, доц. (Україна); Т.Г. Ковальчук, канд. юрид. наук, доц. (Україна); А.О. Кодинець, д-р юрид. наук, доц. (Україна); О.В. Кологойда, д-р юрид. наук, проф. (Україна); В.Р. Корнеліс Хендрік (Ремко), д-р юрид. наук, проф. (Нідерланди); О.Л. Кучма, д-р юрид. наук, доц. (Україна); М.А. Лупой, д-р права (Італія); О.В. Марцеляк, д-р юрид. наук, проф. (Україна); І.А. Мацелюх, д-р юрид. наук, доц. (Україна); В.В. Носік, д-р юрид. наук, проф., член-кор. НАПрН України; О.О. Отраднава, д-р юрид. наук, проф. (Україна); Н.Б. Пацурія, д-р юрид. наук, проф. (Україна); С.В. Прилуцький, д-р юрид. наук, доц. (Україна); І.О. Ромашенко, канд. юрид. наук (Україна); Е. Сільвестрі Елізабетта, д-р права, проф. (Італія); О.В. Стрельцова, д-р юрид. наук, доц. (Україна); А. Узелац, д-р юрид. наук, проф. (Хорватія)
Адреса редколегії	Юридичний факультет, вул. Володимирська, 60, Київ, Україна, 02017 ☎ (38044) 239 31 67 E-mail: visnyk.knu.law@gmail.com Web: http://visnyk.law.knu.ua/
Затверджено	Вченою радою юридичного факультету 18.11.19 (протокол № 4)
Включено	до Переліку наукових фахових видань України. Міністерство освіти і науки України. Наказ № 747 від 13.07.15
Зареєстровано	Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10 КВ № 24096-13936Р від 31.07.19
Засновник та видавець	Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02
Адреса видавця	ВПЦ "Київський університет" (кімн. 43), 6-р Т. Шевченка, 14, Київ, Україна, 01601 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

BULLETIN

OF TARAS SHEVCHENKO NATIONAL UNIVERSITY OF KYIV

ISSN 1728-2195

LEGAL STUDIES

3(110)/2019

Founded in 1958

The issue covers research on the history of the theory of law, history of law, philosophy of law, as well as various fields of law, in particular, constitutional law, civil law, labor law, criminal law, economic law, environmental law, financial law, administrative law, medical law, land law, agrarian law, law of intellectual property and social security law; issues of procedural law, especially, civil procedure, commercial procedure, administrative procedure and criminal procedure likewise judiciary; additionally, certain aspects of comparative legal research and research in international law and European law.

The issue is intended for researchers, legal practitioners, students.

Представлено дослідження актуальних питань теорії права, історії права, філософії права, а також галузевих правових дисциплін, зокрема, конституційного, цивільного, трудового, кримінального, господарського, екологічного, фінансового, адміністративного, земельного, аграрного, медичного, інформаційного права, права інтелектуальної власності, права соціального забезпечення; питання процесуального права, зокрема, цивільного, господарського, адміністративного та кримінального процесу, а також судустрою; окремі аспекти порівняльно-правових досліджень, а також досліджень у сфері міжнародного та європейського права

Для наукових працівників, практиків, викладачів, аспірантів, студентів.

HEAD of the EDITORIAL COUNCIL	Prof. I. Hrytsenko, Doctor of law (Ukraine)
EDITORIAL BOARD	Dr. Izarova Iryna (Editor-in-Chief) (Ukraine); Sakharuk Iryna (PhD, Managing Editor) (Ukraine); Dr. Gascón-Inchausti Fernando (Spain); Prof. Huberska Natalia (Ukraine); Assoc. Prof. Hrevtsova Radmyla (Ukraine); Prof. Ervo Laura (Sweden); Dr. Didych Taras (Ukraine); Dr. Dikovska Iryna (Ukraine); Dr. Zaiarnyi Oleg (Ukraine); Assoc. Prof. Kovalchuk Tetiana (Ukraine); Dr. Kodynets Anatolii (Ukraine); Prof. Kolohoida Oleksandra (Ukraine); Prof. Cornelis Hendrik (Remco) Van Rhee (the Netherlands); Dr. Kuchma Olha (Ukraine); Assoc. Prof. Lupoi Michele Angelo (Italy); Prof. Martselyak Oleg (Ukraine); Dr. Matseliukh Ivanna (Ukraine); Prof. Nosik Volodymyr (Ukraine); Dr. Otradnova Olesia (Ukraine); Prof. Patsuriia Nino (Ukraine); Dr. Prylutskyi Serhii (Ukraine); Romashchenko Ivan (PhD) (Ukraine); Prof. Silvestri Elisabetta (Italy); Dr. Strieltsova Olha (Ukraine); Prof. Uzelac Alan (Croatia)
Editorial address	Faculty of Law, 60 Volodymyrska Street, Kyiv, Ukraine, 02017 Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine, 03022, Kyiv, phone: 38 044 239-31-67; E-mail: visnyk.knu.law@gmail.com Web: http://visnyk.law.knu.ua/
Approved by	the Academic Board of the Faculty of Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv (Protocol No. 4 of 18th November 2019)
Accreditation	The journal is included in the "List of Scientific Professional Editions of Ukraine" (Decree of the Ministry of Education and Science of Ukraine No. 747 dated 18 July 2015)
Registration	the Ministry of Justice of Ukraine Registration certificate KB № 16528-5000P dated 19 April 2010 Registration certificate KB No. 24096-13936P dated 31 July 2019
Publisher	Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine Publishing center "Kyiv University". DK №1103 of 31.10.02
Address of publisher	01601, Kyiv-601, Boulevard Shevchenko, 14, room. 43 ☎: +38 044 239-31-72, +38 044 239-32-22; fax: +38 044 239-31-28

ЗМІСТ

Белінгіо В. Закон Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру": досвід для України	5
Кравцов С. Оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу як форма судового контролю національними судами	8
Кройтор В. Проблема обґрунтованості моральних засад суспільства як нормативних чинників цивільного права України	16
Левченко А. Особливості діяльності саморегулювних організацій в механізмі захисту дітей від негативного впливу реклами	20
Погорєлова О. Міжнародні стандарти щодо регулювання домашньої праці	25
Притика Ю., Притика Д. Новели провадження у справах про оскарження рішень третейських судів та оспорування рішень міжнародних комерційних арбітражів у цивільному процесуальному законодавстві України	29
Радченко Л. Моделювання правової конструкції шлюбу та шлюбоподібних союзів у праві країн ЄС	35
Ріонідзе Х. Принцип гендерної рівності в Європейському Союзі: виміри та їх зміст	39
Цвєткова Ю. Свобода віросповідання та правова релігійна толерантність: співвідношення понять в аспекті державного гарантування та практичної реалізації	44

CONTENTS

Bielinhio V. Administrative Procedure Act of the Republic of Estonia: Experience for Ukraine	5
Kravtsov S. Appeal of the International Commercial Arbitration's as Awards as a Form of Judicial Review by National Courts	8
Kroitor V. The Problem of the Sufficiency of Moral Principles of Society as Regulatory Factors of the Civil Law of Ukraine	16
Levchenko A. Features of Self-regulatory Organizations' Activity in the Protection Mechanism for Children from the Negative Influence of Advertisement	20
Pohorielova O. International Standards for Regulation of Domestic Labor.....	25
Prytyka Yu., Prytyka D. Newly Reformed Proceedings of the Arbitration Awards Review's and International Commercial Arbitration Awards Appeal's Proceedings within the Civil Procedural Law of Ukraine	29
Radchenko L. Modeling the Legal Construction of Marriage and Marriage-like Unions in the Law of EU States	35
Rionidze Kh. The Principle of Gender Equality in the European Union: Dimensions and its Content.....	39
Tsvietkova Yu. Freedom of Religion and Legal Religious Tolerance: a Relationship of These Concepts in the Aspect of the State Guaranteeing and the Practical Implementation	44

В. Бєлінгіо, асп.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ЗАКОН РЕСПУБЛІКИ ЕСТОНІЇ "ПРО АДМІНІСТРАТИВНУ ПРОЦЕДУРУ": ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

Досліджено положення Конституції Республіки Естонії на предмет закріплення норм, які стосуються взаємодії суб'єктів публічної адміністрації із громадянами, та захисту прав останніх. Порівняно окремі положення Конституції Республіки Естонії із положеннями Основного Закону України. Особливої уваги у роботі приділено Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру", який було прийнято 06.06.2001 року. Представлено принципи адміністративної процедури, закріплені в Законі Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру": принцип захисту прав людини, принцип законності, принцип пропорційності та окрема група принципів – принципи належної адміністрації. Окремо виділено принципи належної адміністрації, які лежать в основі взаємодії суб'єктів публічної адміністрації з громадянами, ними є: право бути вислуханим, право на ознайомлення з документами, право на отримання роз'яснень, принцип гласності та принцип захисту персональних даних, право на представництво, принцип оскаржуваності. Зроблено висновки про доцільність систематизації законодавства про адміністративну процедуру в єдиному нормативно-правовому акті. На основі зроблених висновків запропоновано розробити та прийняти в Україні уніфікований нормативно-правовий акт про адміністративну процедуру (закон чи кодекс).

Ключові слова: Естонія, принципи адміністративної процедури, принципи належної адміністрації, захист прав, адміністративний орган.

Вступ. У правовій державі взаємодія громадян з органами державної влади та органами місцевого самоврядування вимагає чіткої законодавчої регламентації. Окремої уваги заслуговує питання правового регулювання адміністративно-процедурної діяльності суб'єктів публічної адміністрації, в результаті якої, шляхом розгляду та розв'язання індивідуальних справ фізичних та юридичних осіб, забезпечується захист їх прав та свобод. З огляду на те, що на даний момент українське законодавство про адміністративну процедуру не є однорідним, на відміну від Республіки Естонії, в якій було прийнято уніфікований акт про адміністративну процедуру, актуальним є вивчення зарубіжного досвіду з цього питання та можливість запозичення його для України.

Огляд літератури. Питанням адміністративної процедури та її не урегульованості у вітчизняному законодавстві неодноразово приділялась увага науковців, зокрема, таких як: В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, І. В. Бойко, О. В. Джафарова, Т. О. Коломєць, В. К. Колпаков, А. Т. Комзюк, О. С. Лагода, Р. С. Мельник, С. С. Овчарук, С. Г. Стеценко, Г. В. Фоміч та інші. Предметом дослідження також був та залишається зарубіжний досвід законодавчої регламентації адміністративної процедури. Серед таких дослідників можемо виокремити Р. О. Куйбіду та В. П. Тимощука.

Водночас питання законодавчої регламентації адміністративної процедури в зарубіжних країнах не втрачає своєї актуальності та залишається малодослідженим.

Метою статті є аналіз положень Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" через дослідження принципів адміністративної процедури, які з нього випливають, а також обґрунтування необхідності систематизації в Україні законодавства про адміністративну процедуру.

Методологію дослідження становлять загальнонаукові (аналіз та синтез, порівняльний метод) та спеціальні (метод юридичного аналізу) методи дослідження, використання яких дозволяє здійснити аналіз та порівняння зарубіжного та національного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Як вже зазначалось, відносини, які виникають між суб'єктами публічної адміністрації та громадянами під час розгляду та вирішення індивідуальних справ останніх вимагають встановлення чітких правил на рівні законодавства. Основи такої правової регламентації в європейських країнах закладені в

положеннях Конституцій (Грузії [1], Латвії [2], Німеччини [3], Польщі [4] тощо).

Не є виключенням Республіка Естонія, в положеннях Конституції якої, закріплено наступні вимоги:

- закон захищає кожного від свавілля з боку державної влади (ст. 13) [5];
- обов'язком законодавчої, виконавчої, судової влади та органів місцевого самоврядування є забезпечення прав і свобод, передбачених Конституцією (ст. 14) [5];
- права і свободи можуть бути обмежені лише у відповідності до Конституції. Такі обмеження мають бути необхідними в демократичному суспільстві і не повинні спотворювати природу обмежених прав і свобод (ст. 11) [5];
- кожен має право на вільний доступ до інформації, яка поширюється для громадського користування. Згідно з процедурою, передбаченою законом, всі державні установи, органи місцевого самоврядування та їх посадові особи зобов'язані надавати будь-якому громадянину Естонії інформацію про свою діяльність за його проханням, за винятком інформації, розголошення якої заборонено законом, та інформації, призначеної виключно для внутрішнього використання. Згідно з процедурою, передбаченою законом, будь-який громадянин Естонії має право на доступ до інформації про себе, яка зберігається державними установами та органами місцевого самоврядування, а також тієї, яка зберігається в державних та місцевих архівах. Це право може бути обмежене відповідно до закону з метою захисту прав і свобод інших осіб, для захисту таємниці походження дитини, а також з метою запобігання злочину, затримання злочинця або встановлення істини в рамках кримінального провадження. Якщо інше не встановлено законом, іноземці та особи без громадянства, які знаходяться в Естонії, користуються переліченими правами нарівні з громадянами Естонії (ст. 44) [5];
- кожен має право звертатися до державних органів, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з інформаційними листами та петиціями. Порядок відповіді на такі листи та петиції передбачений законом (ст. 46) [5].

Проводячи паралель між процитованими нормами Конституції Республіки Естонії та Основним Законом України, можна побачити подібність підходів до унормування відносин між суб'єктами публічної адміністрації та громадянами.

Так:

- ст. 14 Конституції Республіки Естонії відповідає ст. 3 Конституції України, в якій закріплено, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [6];

- дещо подібною до ст. 11 Конституції Республіки Естонії є ст. 66 Конституції України, якою передбачено, що конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України [6];

- процитовані положення ст. 44 Конституції Республіки Естонії частково збігаються з положеннями ст. 32 Конституції України. Так, у кожного громадянина є право знайомитися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею [6]. Однак, в Основному Законі України не встановлений обов'язок для органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб надавати громадянам інформацію про свою діяльність;

- тотожною до ст. 46 Конституції Республіки Естонії є ст. 40 Конституції України, в якій закріплено право кожного на звернення до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів.

Тож, порівнюючи положення Конституції Республіки Естонії із Основним Законом України, можна зробити висновок про їх схожість. Як в Україні, так і в Естонії права громадян визнаються та захищаються державою в особі її органів, їх обмеження допускається у виключних випадках, громадяни мають право на доступ до інформації, розпорядником якої є суб'єкти публічної адміністрації (доступ до якої не обмежено).

Норми, закріплені в Конституції, є основою для врегулювання адміністративно-процедурної діяльності суб'єктів публічної адміністрації, та, на відміну від України, знайшли подальше уточнення в окремому Законі "Про адміністративну процедуру", прийнятому Рійікогу (парламент Республіки Естонії) 06 червня 2001 року і набрав чинності 01 січня 2002 року [7].

У Законі Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" вживається поняття "адміністративний орган" ("administrative authority"), яким є будь-яке агентство, орган або посадова особа, уповноважена виконувати обов'язки публічної адміністрації згідно із Законом, положенням, виданим на підставі Закону або публічно-правовим договором (ст. 8) [7].

У чинному українському законодавстві відсутнє визначення "адміністративного органу". Таке визначення було наведено в Наказі Міністерства економіки України "Про затвердження Методичних рекомендацій з розроблення стандартів адміністративних послуг" від 12.07.2007 року № 219, який в 2013 році втратив чинність. Так, адміністративний орган розглядався як *орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, підприємство, установа, організація, що на виконання актів законодавства надає адміністративну послугу* [8].

З визначення наданого українським законодавцем стає очевидно, що він пов'язує поняття "адміністративного органу" виключно з наданням адміністративних послуг. Проте, як вбачається із визначення, наведеного в Законі Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру", адміністративний орган привірюється до суб'єкта публічної адміністрації, тобто будь-кого, хто виконує функції в сфері публічного адміністрування в інтересах суспільства з метою приведення у виконання державної політики. На наше переконання, саме такий підхід до розуміння "адміністративного органу" і має бути запроваджений в Україні.

Для адміністративної процедури характерні принципи, тобто закріплені в нормах права головні ідеї (засади), що визначають правила вчинення дій, прийняття рішень, укладення адміністративних договорів, спрямованих на реалізацію приватними особами належних їм прав та обов'язків у сфері публічного адміністрування та задоволення публічного інтересу [9, с. 20].

Закон Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" пронизаний рядом принципів, розглянемо їх далі.

Найважливішим принципом, що лежить в основі Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру", є захист прав людини, що випливає зі змісту процитованих статей Конституції Республіки Естонії. Так, відповідно до ст. 1 Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" його метою є забезпечення захисту прав осіб шляхом створення єдиної адміністративної процедури, яка дозволяє особам брати участь в ній та здійснення судового контролю [7].

Також у ч. 1 ст. 3 Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" закріплено, що в адміністративній процедурі основні права і свободи, а також інші суб'єктивні права особи можуть бути обмежені лише на підставі закону [7]. Таким чином, адміністративно-процедурна діяльність має як формальну, так і за своєю суттю відповідати нормам закону, тобто іншим важливим принципом, що лежить в основі закону, є законність.

Крім ч. 1 ст. 3 Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру", принцип законності знайшов свій прояв через інші положення закону. Зокрема, в ст. 4 Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" закріплене право на розсуд (дискреція), наданий адміністративним органам [7], яке має як внутрішні, так і зовнішні обмеження. Згідно з ч. 2 ст. 4 закону право на розсуд здійснюється відповідно до меж дозволу, мети розсуду та загальних принципів права з врахуванням відповідних обставин та законних інтересів [7]. Дискреція має певний рівень загрози для прав людини, адже суб'єкту публічної адміністрації надається право діяти на власний розсуд під час прийняття рішення або самостійно обирати рішення між кількома варіантами, а тому важливо на законодавчому рівні встановити межі такої діяльності.

Також у ст. 54 Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" встановлюється вимоги до законного адміністративного акту. Адміністративний акт є законним, якщо він виданий компетентним адміністративним органом відповідно до чинного законодавства [7].

Принцип законності також лежить в основі багатьох інших положень Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру".

Третім можна вказати принцип пропорційності. Даний принцип випливає із ст. 11 Конституції Республіки Естонії, згідно з яким деякі обмеження прав і свобод громадян необхідні в демократичному суспільстві, але не повинні спотворювати природу обмежених прав і свобод. Згідно з ч. 2 ст. 3 Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" адміністративні акти та заходи мають бути належними, необхідними та пропорційними відносно поставленої цілі [7].

Вказаний принцип забезпечує баланс інтересів приватної особи та мети, на яку спрямована дія адміністративного акту, а тому його закріплення на рівні закону є безпосередньою гарантією прав людини.

Четвертою є група принципів, які є основою діяльності публічної адміністрації – це принципи належної адміністрації.

Згідно з Законом Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" правами учасників адміністративного провадження, зокрема, є:

- 1) Право бути вислуханим (ст. 40). Так, учаснику адміністративного провадження надається можливість

перед видачею адміністративного акта, а також перед вжиттям будь-яких заходів, які можуть зашкодити його правам, висловити свою думку та заперечення з цього приводу [7]. З однієї сторони, вказані положення гарантують учаснику адміністративного провадження право бути вислуханим, з іншої сторони, покладають обов'язок на суб'єктів публічної адміністрації забезпечити реалізацію цього права. Ч. 3 ст. 40 Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" передбачені виняткові випадки, в яких право бути вислуханим може бути обмежене суб'єктом публічної адміністрації. Наприклад, якщо вимагаються оперативні дії з метою запобігання шкоди, яка може бути завдана наслідком затримки, або з метою захисту громадських інтересів; якщо рішення прийнято на користь учасника адміністративного провадження; якщо адміністративний акт видається в загальному порядку або кількість учасників провадження перевищує п'ятдесят тощо [7].

2) Право на ознайомлення з документами (ст. 37). Кожен має право на всіх етапах адміністративного провадження ознайомлюватись з документами та матеріалами, якщо такі існують, які мають відношення до провадження та які зберігаються у адміністративного органу [7]. Відзначимо, що цим правом наділяються не лише учасники адміністративного провадження, а всі – це право кожного. Адміністративний орган може заборонити ознайомлюватись з матеріалами, документом або його частиною, якщо розголошення інформації, яка в них міститься, заборонена законом [7].

3) Право на отримання роз'яснень (ст. 36). На прохання учасника адміністративного провадження адміністративний орган зобов'язаний надати роз'яснення з наступних питань: права та обов'язки учасника провадження в адміністративній процедурі; обробка персональних даних в адміністративній процедурі та права суб'єктів персональних даних; строк, протягом якого адміністративне провадження ймовірно триватиме і які можливості для прискорення адміністративного провадження існують; які заяви, докази та інші документи повинні подаватися в адміністративному провадженні; які процесуальні дії повинні виконуватись учасниками провадження [7]. На наш погляд, обов'язок адміністративних органів надавати роз'яснення з перелічених питань не повинен пов'язуватись з проханням учасника адміністративного провадження, а має щоразу виконуватись ним під час кожного провадження. Адже не кожна особа володіє інформацією щодо своїх прав, обов'язків, можливих варіантів поведінки під час адміністративного провадження. Більше того у зв'язку з браком інформації особа може мати помилкове уявлення про очікуваний результат.

4) Принцип гласності та принцип захисту персональних даних (ст. 7). Адміністративний орган несе відповідальність за розміщення у своїх приміщеннях важливої інформації, пов'язаної з адміністративним провадженням, також адміністративний орган розміщує таку інформацію на своїй офіційній сторінці в мережі Інтернет, в разі наявності такої сторінки. Водночас адміністративний орган зобов'язаний зберігати державну і комерційну таємницю та конфіденційність секретних даних, отриманих від іноземних держав, а також інформацію, призначену для внутрішнього використання [7] (<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/527032019002/consolide/current>).

5) Право на представництво (ст. 13). В адміністративній процедурі учасник адміністративного провадження має право на представника. Представник може представляти учасника провадження в усіх процедурних діях, крім тих, які відповідно до закону мають виконуватись учасником провадження особисто [7].

6) Принцип оскаржуваності (ст. 71). Особа, яка вважає, що його або її права були порушені, або його чи її

свободи були обмежені адміністративним актом або в ході адміністративного провадження, може подати апеляцію [7]. Згідно з ст. 72 Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру" оскарженню підлягає адміністративний акт чи його частина, та окремо можуть бути оскаржені: затримка; бездіяльність; відмова у відводі посадової особи; повернення заяви про видачу адміністративного акту; інші дії, передбачені законом [7]. З даних норм випливає, що особа може оскаржити як адміністративний акт, так і дії чи бездіяльність суб'єкта публічної адміністрації під час провадження адміністративної справи. Вважаємо, що запровадження "затримки з боку адміністративного органу" як окремої підстави для оскарження є актуальним для українських реалій та матиме позитивний ефект в разі закріплення цього положення в національному законодавстві, адже в Україні громадяни регулярно стикаються з порушенням строків зі сторони суб'єктів публічної адміністрації.

Якщо законом не передбачена інша юрисдикція, апеляція подається через адміністративний орган, який видав оскаржуваний адміністративний акт або вжив оскаржуваний захід, до адміністративного органу, який здійснює нагляд за адміністративним органом, який видав оскаржуваний адміністративний акт або вжив оскаржуваний захід [7].

Отже, право на адміністративне оскарження слугуватиме альтернативою звернення до суду. Особі надається право вибору: подати апеляцію до суду, чи подати апеляцію в порядку позасудового адміністративного оскарження. В разі отримання особою незадовільного рішення за результатом позасудового адміністративного оскарження, особа може звернутися до суду.

Завершуючи розгляд принципів, закріплених в Законі Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру", відмітимо, що їх наявність забезпечує дві важливі гарантії: 1) гарантія належної та законної діяльності суб'єктів публічної адміністрації, 2) гарантія дотримання прав та свобод особи під час прийняття адміністративних актів або вжиття заходів впливу.

Висновки. Підсумовуючи, зазначимо, що нормативно-правове регулювання відносин громадян із суб'єктами публічної адміністрації має бути чітким та детальним, але водночас простим для розуміння кожного. Прийняття єдиного нормативно-правового акту про адміністративну процедуру, як це було зроблено в Естонії, в якому закріплено поняття адміністративного органу, принципи адміністративної процедури, в тому числі принципи належної публічної адміністрації, процедура та строки прийняття адміністративних актів, процедура адміністративного оскарження рішень, дій та бездіяльності суб'єктів публічної адміністрації тощо, забезпечує належний захист прав та інтересів громадян.

На наше переконання, досвід Естонії в регламентації адміністративно-процедурної діяльності може бути врахований Україною під час розробки власного уніфікованого акту (кодексу або закону) про адміністративну процедуру. Зауважимо, мова йде про запозичення концептуальних ідей та перенесення їх у національне середовище, а не про механічне копіювання положень Закону Республіки Естонії "Про адміністративну процедуру", адже це може не призвести до бажаного результату з огляду на особливості кожної правової системи.

Список використаних джерел:

1. Constitution of Georgia, 24.08.1995 / Parliament of the Republic of Georgia. URL: <https://matsne.gov.ge/en/document/view/30346?publication=35> (28.09.2019).
2. The Constitution of the Republic of Latvia, 15.02.1992 / Constitutional Assembly of Latvia. URL: <http://saeima.lv/en/legislative-process/constitution> (28.09.2019).
3. Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23.05.1949 / German Bundestag. URL: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (28.09.2019).

4. The Constitution of the Republic of Poland, 02.04.1997. URL: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> (28.09.2019).
5. The Constitution of the Republic of Estonia, 28.06.1992. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/521052015001/consolidate/current> (30.09.2019).
6. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#n4603> (дата звернення: 30.09.2019).
7. Administrative Procedure Act: Law of the Republic of Estonia, 06.06.2001 / Riigikogu. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/527032019002/consolidate/current> (30.09.2019).

8. Про затвердження Методичних рекомендацій з розроблення стандартів адміністративних послуг: наказ Міністерства економіки України від 12 липня 2007 р. № 219 / Міністерство економіки України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0219665-07> (дата звернення: 30.09.2019).

9. Бойко І. В., Зима О. Т., Соловйова О. М. Адміністративна процедура : конспект лекцій / за заг. ред. І. В. Бойко. Харків : Право, 2017. 132 с.

Received: 03/10/2019

1st Revision: 26/10/2019

Accepted: 10/11/2019

V. Bielinio, PhD student (Law)
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT OF THE REPUBLIC OF ESTONIA: EXPERIENCE FOR UKRAINE

The article deals with the provisions of the Constitution of the Republic of Estonia which concern the cooperation of public administration with citizens and the protection of the citizens' rights. The comparison of the particular provisions of the Constitution of the Republic of Estonia with the provisions of the Constitution of Ukraine is made. As a result of comparing the provisions of the Constitution of the Republic of Estonia with the provisions of the Constitution of Ukraine, it is concluded that they are similar in terms of citizens' rights protection. In both Constitutions, citizens' rights are recognized and protected by the state, rights and freedoms may only be circumscribed in exceptional cases, citizens have the right to free access to the information held by public administration (access to which is not restricted). Special attention is given to Administrative Procedure Act of the Republic of Estonia, which was passed on 06 June 2001. The principles of the administrative procedure, enshrined in Administrative Procedure Act of the Republic of Estonia, are presented. They include the principle of human rights protection, the principle of legality, the principle of proportionality and separate group of principles – principles of good administration. The principles of good administration, which underlie the cooperation of public administration with citizens, are also highlighted. They include the right to be heard, the right to examine documents, the right to get explanations, the principle of accessibility and data protection, the right to representation, the principle of appeal. It is substantiated that the principles of administrative procedure, enshrined in Administrative Procedure Act of the Republic of Estonia, provide two important guarantees: 1) a guarantee for good and legal activity of public administration, 2) a guarantee for enforcement of person's rights and freedoms during issuing administrative acts or taking measures. The conclusion on the expediency for the systematization of the legislation on administrative procedure in a one normative legal act is made. On the basis of drawn conclusions, it is proposed to draft and adopt in Ukraine a unified normative legal act on administrative procedure (a law or a code), taking into consideration Estonia's experience in this matter.

Keywords: Estonia, principles of administrative procedure, principles of good administration, protection of rights, an administrative body.

References:

1. Constitution of Georgia, 24.08.1995 / Parliament of the Republic of Georgia. URL: <https://matsne.gov.ge/en/document/view/30346?publication=35> (in English)
2. The Constitution of the Republic of Latvia, 15.02.1992 / Constitutional Assembly of Latvia. URL: <http://saeima.lv/en/legislative-process/constitution> (in English)
3. Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23.05.1949 / German Bundestag. URL: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (in English)
4. The Constitution of the Republic of Poland, 02.04.1997. URL: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> (in English)
5. The Constitution of the Republic of Estonia, 28.06.1992. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/521052015001/consolidate/current> (in English)
6. Konstytucja Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 28.06.1996. No. 254k/96-VR. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#n4603> (in Ukrainian)
7. Administrative Procedure Act: Law of the Republic of Estonia, 06.06.2001 / Riigikogu. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/527032019002/consolidate/current> (in English)
8. Pro zatverdzhennia Metodychnykh rekomendatsii z rozroblennia standartiv administratyvnykh poslug: nakaz Ministerstva ekonomiky Ukrainy vid 12.07.2007. no. 219. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0219665-07> (in Ukrainian)
9. Boiko I. V., Zyma O. T., Soloviova O. M. *Administratyvna procedura : konspekt lekciï* [Administrative procedure: lecture notes]. 2017. Kharkiv: Pravo. (in Ukrainian)

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, №3(110), pp. 8-16(2019)
УДК 347.999
DOI: <https://doi.org/10.17721/1728-2195/2019/3.110-2>

ISSN 1728-2195

© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2019

С. Кравцов, канд. юрид. наук, доц.
ORCID 0000-0002-8270-193X

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна

ОСПОРЮВАННЯ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ ЯК ФОРМА СУДОВОГО КОНТРОЛЮ НАЦІОНАЛЬНИМИ СУДАМИ

Висвітлюється питання оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу. Так, інститут оспорювання та, звідси, скасування арбітражного рішення частково врегульовано Європейською конвенцією 1961 р. та Нью-Йоркською Конвенцією 1958 р. Метою оспорювання або перевірки арбітражних рішень у місці його винесення є недопущення визнання і приведення до виконання арбітражних рішень, які були винесені з суттєвими порушеннями, перш за все процесуального характеру. Результатом проведення оспорювання може стати скасування (повністю або частково) такого арбітражного рішення судом у місці, де воно було винесене, що в свою чергу тягне за собою зазвичай неможливість його визнання і приведення до виконання. У механізмі правового регулювання МКА скасування арбітражного рішення – інститут внутрішнього права кожної окремої країни. Арбітражне рішення може бути скасоване тільки державним судом країни-місця ухвалення арбітражного рішення чи державним судом країни, за законодавством якої арбітражне рішення було ухвалено. Перелік підстав для скасування арбітражного рішення визначається законодавством країни суду, в якому розглядається справа про скасування арбітражного рішення. Цей перелік є вичерпним. Крім того в статті дається аналіз судової практики щодо підстав скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу, яка дозволяє зробити висновки про певну недосконалість чинного процесуального законодавства, яке потребує подальшому вдосконаленню.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, публічний порядок, арбітрабельність.

ВСТУП. Інститут оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу є важливішим питанням у арбітражному механізмі врегулювання спорів, яке регламентується багатосторонніми конвенціями, двосторонніми

договорами та національним законодавством, при цьому Нью-Йоркська Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. є найбільш глобальним і найуспішнішим інструментом.

Не зважаючи на важливість Нью-Йоркської Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р., вона певним чином обмежує сферу юридичного захисту арбітражних рішень, оскільки залишає на розгляд державного суду їх оспорування шляхом можливого скасування, а державні суди при розгляді клопотань про скасування арбітражних рішень наділені правом залишити в силі або скасувати таке рішення. У цьому аспекті при вирішенні цих питань може виникнути проблема співвідношення Нью-Йоркської Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. та внутрішнього законодавства країн, у яких відповідне рішення може бути оспорене.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ.

Особливістю рішення міжнародного комерційного арбітражу є те, що воно не може бути оскаржене до жодної вищестоящої інстанції як судове рішення. Разом із тим відсутність будь-якої форми контролю за арбітражним рішенням могло б призвести до виконання таких рішень, які в разі їх винесення в межах судової системи були б скасовані або змінені вищестоящим судом. Тому існує інститут оспорування арбітражних рішень у національних судах. У силу того, що оспорування арбітражних рішень – форма контролю з боку державних судів, то регулювання цього інституту визначається у законодавстві кожної окремої країни, а на міжнародно-правовому рівні врегульовані лише деякі аспекти. Мова йде про Європейську конвенцію 1961 р. та Нью-Йоркську Конвенцію 1958 р.

В Україні, як і в більшості інших країн, реалізуючий судами контроль не є перевіркою – державні суди не виступають у ролі вищої інстанції відносно міжнародного комерційного арбітражу, не переглядають вже вирішену справу по суті. Стаття 459 ЦПК України щодо скасування рішень міжнародного комерційного арбітражу встановлює порядок, що передбачає здійснення формально-юридичного контролю, а не перевірку рішення по суті, що є гарантією "невтручання" у діяльність міжнародного комерційного арбітражного суду і в той же час є гарантією захисту сторін арбітражного розгляду від можливих зловживань.

Чинним законодавством передбачається чітке правове регулювання скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу. Так, в Законі України "Про міжнародний комерційний арбітраж" в ст. 34 передбачається, що оспорування в суді арбітражного рішення може бути проведено тільки шляхом подання клопотання про скасування. В свою чергу в ст. 459 ЦПК України передбачається, що рішення міжнародного комерційного арбітражу може бути скасоване судом лише у випадках, передбачених цією статтею, якщо інше не передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або Законом України "Про міжнародний комерційний арбітраж".

В Україні підстави скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу встановлені ст. 34 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" і ст. 459 ЦПК України. Так, у відповідності до ст. 459 ЦПК України рішення міжнародного комерційного арбітражу може бути скасовано у разі, якщо:

1) сторона, що подала заяву про скасування, надасть докази того, що:

а) одна із сторін в арбітражній угоді була недієздатною; або ця угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки – за законом України; або

б) її не було належним чином повідомлено про призначення арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших поважних причин вона не могла подати свої пояснення; або

в) рішення винесено щодо не передбаченого арбітражною угодою спору або такого, що не підпадає під її умови, або містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди, проте якщо постанови з питань, які охоплюються арбітражною угодою, можуть бути відокремлені від тих, що не охоплюються такою угодою, то може бути скасована тільки та частина арбітражного рішення, яка містить постанови з питань, що не охоплюються арбітражною угодою; або

г) склад міжнародного комерційного арбітражу або арбітражна процедура не відповідали угоді сторін, якщо тільки така угода не суперечить закону, від якого сторони не можуть відступати, або, за відсутності такої угоди, не відповідали закону; або

2) суд визначить, що:

а) відповідно до закону спір, з огляду на його предмет, не може бути переданий на вирішення міжнародного комерційного арбітражу; або

б) арбітражне рішення суперечить публічному порядку України. Ряд підстав, з встановлення яких законодавство пов'язує виникнення правових наслідків у формі скасування рішень міжнародних комерційних арбітражів, носять загальний характер для процедур первинного та подальшого контролю.

Перелік підстав для скасування арбітражних рішень визначається Законом України "Про міжнародний комерційний арбітраж" і має вичерпний характер. Всі ці підстави надають компетентному державному суду право скасувати рішення міжнародного комерційного арбітражу в наступних випадках.

1. *Одна із сторін в арбітражній угоді, зазначеній у статті 7, була якоюсь мірою недієздатною; або ця угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки – за законом України.* Здатність для учасників цивільного обороту ставати сторонами арбітражної угоди відома в теорії як "суб'єктивна арбітрабельність" (арбітрабельність *ratione personae*) і стосується можливості укладення арбітражної угоди окремими суб'єктами з урахуванням характеру їх правосвдатності.

Умови дійсності арбітражної угоди визначаються нормами законодавства про міжнародний комерційний арбітраж; цивільного процесуального та цивільного законодавства. Спеціальне законодавство формує коло справ, щодо яких сторони можуть укласти арбітражну угоду (ч. 2 ст. 1 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж"), вимоги до форми та змісту такої угоди, а також долю арбітражного застереження, включеного в текст основного договору (принцип автономності арбітражної угоди). Арбітражна угода має розглядатися як неукладена, якщо сторонами не було дотримано обов'язкова письмова форма арбітражної угоди; сторонами не були погоджені суттєві умови арбітражної угоди. В угоді має бути вказаний третейський суд (арбітраж) або порядок його формування. Оскільки сторони не надали доказів того, що ними був узгоджений третейський суд в якості органу, компетентного розглядати спори між ними, або застосування заходів щодо створення такого суду, то немає підстав вважати, що сторонами досягнуто згоди про передачу справи третейському суду.

Допустимість застосування норм цивільного законодавства для оцінки дійсності арбітражної угоди була санкціонована державними судами. Процесуальне законодавство конкретизує перелік спорів, допустимих до передачі на розгляд до третейських судів і міжнародних комерційних арбітражів, шляхом формування кола справ, що знаходяться у виключній підвідомчості державних судів. До інших джерел, що містять норми про дійсність арбітражної угоди, можна віднести закони, що встановлюють порядок вирішення спорів у тих чи інших сферах (у тому числі з "публічним елементом") альтер-

нативно третейськими судами (міжнародними комерційними арбітражами) або прямо забороняють передачу певних категорій спорів на дозвіл до третейських судів.

Так, наприклад, відповідно до постанови Касаційного цивільного суду від 27.03.2019 року у справі № 756/618/14-ц за клопотанням компанії "Норберт Шаллер Гезельшафт м.б.Х." про визнання та надання дозволу на виконання рішення Міжнародного арбітражного центру при Федеральній палаті економіки Австрії, скасовуючи рішення першої та апеляційної інстанцій зазначає наступне. Ухвалою Оболонського районного суду міста Києва від 15 травня 2017 року, яка залишена без змін Апеляційним судом міста Києва, у задоволенні клопотання компанії "Норберт Шаллер Гезельшафт м.б.Х." про визнання та звернення до виконання рішення іноземного суду відмовлено.

В оцінці висновків судів першої та апеляційної інстанцій Верховний Суд врахував, що Міжнародний арбітражний центр при Федеральній палаті економіки Австрії, дослідивши питання юрисдикції цього спору зазначеному суду, не встановив наявності перешкод у розгляді ним справи, за результатами чого ухвалив Перше часткове рішення (з питань юрисдикції).

Касаційний цивільний суд зауважує, що арбітражна угода володіє позитивним і негативним ефектом: вона зобов'язує сторони передавати спори в арбітраж і надавати складу арбітражу компетенцію щодо спорів, охоплених арбітражною угодою (позитивний ефект). Якщо виникає спір, який відноситься до обсягу арбітражної угоди, будь-яка зі сторін може передати його на розгляд складу арбітражу. З іншої сторони, арбітражна угода перешкоджає сторонам у спробах вирішити їх спори в суді (негативний ефект). Уклавши арбітражну угоду, сторони визначили інший обов'язковий для них порядок реалізації належних їм прав на використання судових засобів правового захисту, саме у певному (або певних) міжнародному комерційному арбітражеві. Сторона, яка уклала арбітражну угоду, не може ігнорувати такі її умови і замість обраного арбітражу звернутися до суду держави, який був би компетентним на вирішення спору за умови відсутності укладеної між сторонами подібної арбітражної угоди.

Розглядаючи клопотання, надаючи оцінку його доводам та запереченням боржника, суди першої та апеляційної інстанцій не врахували принципу автономності арбітражної угоди (*separability*). Цей принцип має на увазі, по-перше, що дійсність основного договору в принципі не впливає на дійсність включеної в нього арбітражної угоди і, по-друге, основний договір і арбітражна угода можуть бути підпорядковані різним законам.

Така автономність арбітражної угоди дає можливість сторонам спірних правовідносин мати гарантії того, що спір буде розглянуто у будь-якому випадку саме арбітражем. Оскільки наявність арбітражного застереження робить неможливим звернення до державних судових установ. На цих положеннях базується міжнародне право у регулюванні спірних правовідносин.

Укладаючи арбітражне застереження, сторони звичай передбачають передачу в арбітраж будь-яких спорів, включаючи спори щодо дійсності самого контракту (якщо такі спори прямо не виключені зі сфери дії арбітражного застереження). Надалі, якби сторона могла відмовитися від арбітражу і заперечувати компетенцію арбітрів, посилаючись на недійсність контракту, то така можливість завжди використовувалася би недобросовісною стороною для зриву арбітражу.

Необхідно враховувати, що принцип автономності арбітражної угоди від основного договору полягає у тому, що арбітражна угода й основний договір розглядаються як дві окремі угоди, а тому недійсність догово-

ру не може бути підставою для автоматичної недійсності арбітражної угоди.

Таким чином, висновки судів першої та апеляційної інстанцій щодо недійсності арбітражної угоди у зв'язку з недійсністю гарантії є помилковими, оскільки зі змісту наведених рішень господарських судів випливає, що питання дійсності арбітражної угоди окремо від гарантії як правочину не було предметом судового розгляду, це правове питання не вирішувалося окремо судом, в тому числі не було вирішено відповідно до обраного сторонами права Австрійської Республіки, що підлягало застосуванню до зазначеного правочину [1].

2. *Сторона не була належним чином повідомлено про призначення арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших поважних причин вона не могла подати свої пояснення.* Неналежне повідомлення позбавляє сторону можливості повноцінно брати участь у розгляді справи арбітражем, в тому числі при формуванні складу арбітрів, поданні та захисті своєї правової позиції, розгляді справи та поданні доказів. Фактами, що свідчать про наявність підстав для скасування, можуть вважатися неналежне повідомлення сторін про самий арбітражний розгляд, про обрання (призначення) арбітрів, час і місце засідання міжнародного комерційного арбітражу, а також форс-мажорні обставини, що зробили неможливим участь сторони.

Ця підстава розглядається у разі несправедливого поводження однієї із сторін під час розгляду справи в арбітражі. Ця позиція ґрунтується на принципі законності. Як приклад, можна навести справу *Wuzhou Port Foreign Trade Development Corp v. New Chemic Ltd*, яка розглядалася Верховним судом Гонконгу. У даній справі відповідач стверджував, що рішення має бути скасовано на тій підставі, що арбітражна процедура не була проведена у відповідності із угодою сторін, у відповідності до ст. ст. 34 (2) (б) (IV) і 36 (1) (а) (IV) Типового закону ЮНСІТРАЛ. Відповідач також стверджував, що він не міг належним чином надати відповідні заперечення у зв'язку з тим, що в нього не було в наявності документів, які були надані позивачем. Суд, проте, вирішив здійснити своє право знайти трактування ст. 36 (1) Типового закону ЮНСІТРАЛ на користь позивача і постановив, що відповідач без поважних причин не надав заперечення до арбітражного суду і відповідно його відсутність під час арбітражного розгляду не є підставою для скасування арбітражного рішення [2].

3. *Арбітражне рішення винесено щодо не передбаченого арбітражною угодою спору або такого, що не підпадає під її умови, або містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди.*

У цьому випадку арбітраж виходить за межі своєї компетенції, обсяг якої похідний від обсягу угоди сторін, і вирішує спір, підвідомчий іншому юрисдикційному органу. У рішенні арбітражу можуть міститися висновки з питань, охоплених дійсною арбітражною угодою, та з питань, що виходять за його межі. У цьому випадку і за умови, що постанови з питань, охоплених арбітражною угодою, можуть бути відокремлені від тих, що не охоплюються такою угодою, державний суд скасовує тільки ту частину арбітражного рішення, яка містить постанови з питань, що виходять за межі угоди про передачу спору на розгляд міжнародного комерційного арбітражу. При оцінці обставин, що приводяться в обґрунтування необхідності скасування арбітражного рішення, прийнято виходити з презумпції того, що останній діяв у межах своєї компетенції.

У цьому зв'язку необхідно відзначити три можливих сценарії. Так, рішення може бути винесено арбітражем, по-перше, за відсутності у нього компетенції в принципі, по-друге, з перевищенням повноважень (*extra petita*); і, по-третє, без вирішення деяких з пос-

тавлених перед третейським судом вимог (*intra petita*). Останній варіант не стосується окремих рішень (*partial award*) і сьогодні фактично втратив своє значення у зв'язку з прийняттям Нью-Йоркської конвенції та законодавства, заснованого на Типовому законі ЮНСІТРАЛ. Будь-яка із сторін може протягом 30 днів після отримання арбітражного рішення просити третейський суд винести додаткове рішення стосовно вимог, які були заявлені в ході арбітражного розгляду, проте не були відображені в рішенні (ст. 33 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж").

На підтвердження застосування даної підстави для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу можна навести наступну судову практику. Відповідно до Постанови Касаційного цивільного суду від 17.10.2018 р. у справі № 761/10859/17 за заявою Приватного акціонерного товариства "Інгuleцький гірничо-збагачувальний комбінат" про скасування рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 28 жовтня 2016 року у справі АС № 231у/2016 зазначається наступне. Об'їждуючи клопотання, ПрАТ "Інгuleцький гірничо-збагачувальний комбінат" зазначало, що рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 28 жовтня 2016 року містить тлумачення Контракту від 07 квітня 2015 року № 1636-08, що виходить за межі арбітражної угоди, оскільки жодна із сторін з цього приводу до арбітражу не зверталася, а в арбітражному застереженні угоди про тлумачення змісту контракту немає.

Ухвалою Шевченківського районного суду м. Києва від 15 листопада 2017 року, залишеною без змін постановою Апеляційного суду м. Києва від 11 січня 2018 року, в задоволенні узваної заяви відмовлено.

Відмовляючи в задоволенні касаційної скарги, Касаційний цивільний суд зазначає, що пунктом 12.2 укладеного між сторонами контракту визначено (мовою оригіналу): "Все споры, разногласия, или требования, возникающие по настоящему контракту или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, подлежат разрешению в Международном Коммерческом Арбитражном Суде при Торгово-промышленной Палате Украины, г. Киев, в соответствии с его регламентом. Арбитражный суд состоит из трех арбитров. Правом, регулирующим настоящий контракт, является право Украины. Язык арбитражного разбирательства – русский".

Відповідно до частини першої статті 10 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України місцем арбітражу є м. Київ, Україна.

З огляду на викладене, суд першої інстанції, з висновками якого погодився апеляційний суд, дійшов правильного висновку, що ні сторони, ні арбітражний суд не можуть змінити місце знаходження Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. При цьому місце арбітражу слід відрізнити від місця слухань, щодо яких сторони можуть прямо домовитись про їх проведення поза місцем знаходження МКАС. Оскільки підпорядкування спору Міжнародному комерційному арбітражному суду при Торгово-промисловій палаті України унеможливорює вибір будь-якого іншого місця арбітражу, арбітражне застереження, наведене у пункті 12.2 контракту, не потребувало додаткового тлумачення [3].

4. *Склад третейського суду чи арбітражна процедура не відповідали угоді сторін, якщо тільки така угода не суперечить будь-якому положенню цього Закону, від якого сторони не можуть відступати, або, за відсутності такої угоди, не відповідали цьому Закону.* Невідповідність складу міжнародного комерційного арбітражу або арбітражної процедури угоді сторін

тільки в тому випадку може стати підставою для скасування рішення, якщо тільки така угода не суперечить імперативним положенням Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж", від яких сторони не можуть відступати. Невідповідність за своїм характером має бути настільки істотною, що в результаті був спотворений весь хід арбітражного розгляду, що спричинив порушення права на справедливий розгляд спору.

Рішення міжнародного комерційного арбітражу може бути скасовано при встановленні фактів, що свідчать про наявність суттєвих порушень процесуального порядку (арбітражної процедури) розгляду і вирішення спору. У даному випадку мова йде про дотримання в ході арбітражного розгляду мінімальних стандартів процесуальної діяльності. Ці стандарти були вироблені і закріплені в законодавстві для впевненості в тому, що склад арбітражу сформований належним чином; процедура арбітражного розгляду відповідає угоді сторін, яка в свою чергу не суперечить імперативним нормам застосовного законодавства; сторони були належним чином повідомлені щодо арбітражного розгляду їхнього спору і будь-яких засіданнях, що відбулися; спір розглянуто на засадах рівності сторін, з наданням кожної з них в належному порядку повної можливості представити арбітражу свою позицію у справі.

До того ж, п. "Г" ч.2 ст. 459 ЦПК України фактично дублює таку підставу для скасування іноземного арбітражного рішення, яка передбачена в пп. 4 п.2 ч.2 ст. 34 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж", зазначаючи, що рішення міжнародного комерційного арбітражу може бути скасовано у разі, якщо склад міжнародного комерційного арбітражу або арбітражна процедура не відповідали угоді сторін, якщо тільки така угода не суперечить закону, від якого сторони не можуть відступати, або, за відсутності такої угоди, не відповідали закону.

Національна судова практика тлумачить таку підставу для скасування арбітражного рішення наступним чином. Так, Постановою Касаційного цивільного суду від 06.02.2019 р. у справі № 761/5425/16-ц за заявою про скасування арбітражного рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, у складі арбітра Винокурової Л. Ф., від 12 листопада 2015 року у справі за позовом Нусід Сербія д.о.о. (Nussed Serbia d.o.o.) до ПАТ "Компанія "Райз" про стягнення грошових коштів, скасовано Ухвалу Шевченківського районного суду міста Києва від 30 листопада 2017 року та постанову Апеляційного суду міста Києва від 10 січня 2018 року, якими було задоволено заяву про скасування іноземного арбітражного рішення. Касаційний цивільний суд, скасовуючи вказані рішення, зазначає наступне. Пунктами 9.1, 9.3 статті 9 договору купівлі-продажу від 03 січня 2013 року № UA-01-1/01-2013, укладеного між ПАТ "Компанія "Райз" та Nuseed Serbia d.o.o., передбачено, що засідання Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, який має компетенцію на вирішення спорів між сторонами, повинні проводитись відповідно з його Регламентом двома арбітрами, на підставі тексту цього контракту.

Порядок провадження на стадії початку арбітражного розгляду визначено статтями 21-25 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 17 квітня 2007 року.

За правилами частин першої та другої статті 21 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України після отримання належним чином оформленої позовної заяви та після повної сплати позивачем арбітражного збору генеральний секретар МКАС протягом 10 днів надсилає відповідачу копії позовних матеріалів, Регламент та

Рекомендаційний список арбітрів. Одночасно генеральний секретар пропонує відповідачу в 30-денний строк з часу отримання ним позовних матеріалів і документів МКАС повідомити МКАС, залежно від умов арбітражної угоди, ім'я та прізвище призначеного ним (або погодженого з позивачем одноособового) арбітра та подати в 3-х примірниках свої письмові пояснення (відзив на позовну заяву) і всі документи, які підтверджують заперечення щодо позову.

Відповідно до положень статті 26 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України сторони можуть за власним розсудом визначити кількість арбітрів, в тому числі одного. В разі відсутності угоди сторін про кількість арбітрів призначаються три арбітри. Арбітр чи арбітри, які розглядають справу, незалежно від їхньої кількості, іменуються під час розгляду справи складом Арбітражного суду.

Згідно з частинами першої та другої статті 27 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України арбітри згідно з цим Регламентом обираються сторонами або призначаються Президентом Торгово-промислової палати України. Сторони можуть за власним розсудом узгодити процедуру призначення арбітра чи арбітрів за умови дотримання положень цього Регламенту.

Відповідно до частини четвертої статті 11 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж", якщо під час процедури призначення, узгодженої сторонами, одна із сторін не дотримується такої процедури або сторони чи два арбітри не можуть досягти згоди згідно з такою процедурою, будь-яка сторона може просити орган, зазначений у пункті 1 статті 6 Закону (Президента Торгово-промислової палати України), вжити необхідних заходів, якщо тільки угода про процедуру призначення не передбачає інших способів забезпечення призначення.

Порядок призначення арбітра Президентом Торгово-промислової Палати України, відвід арбітра, припинення повноважень арбітра та заміна арбітра визначені у статтях 29-32 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України.

Відповідно до статті 36 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, якщо сторона не заявляє у передбачений строк або, якщо такий строк не встановлено, то без невинуватої затримки, заперечення щодо недотримання протягом арбітражного розгляду, який відбувся у МКАС, будь-якого положення цього Регламенту, арбітражної угоди чи застосовних норм законодавства про міжнародний комерційний арбітраж, від яких сторони можуть відступати, вважається, що вона відмовилася від свого права на заперечення.

За змістом положень статті 4 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" сторона, яка знає про те, що яке-небудь положення цього Закону, від якого сторони можуть відступити, або яка-небудь вимога, згідно з арбітражною угодою, не були дотримані, і проте продовжує брати участь у арбітражному провадженні, не заявивши заперечень проти такого недотримання без виправданої затримки, а якщо для цього передбачено будь-який строк, то протягом цього строку, вважається такою, що відмовилась від свого права на заперечення.

Статтею V Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж передбачена неможливість подання заперечень до державного суду з приводу повноважень арбітра, якщо такі не були заявлені в ході арбітражного процесу.

Ухвалюючи рішення у справі, місцевий суд, з висновками якого погодився суд апеляційної інстанції, вказавши на наявність правових підстав для задоволення заяви ПАТ "Компанія "Райз" про скасування рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 12 листопада 2015 року у справі АС № 218у/2015, не надав оцінки процесуальній поведінці відповідача в ході арбітражного провадження, відсутності з боку ПАТ "Компанія "Райз" заперечень з приводу складу арбітражного суду, повноважень одноособового арбітра, у тому числі і заперечень щодо дотримання процедури призначення сторонами, які реалізували своє право у передбаченому арбітражною угодою порядку, одного і того ж арбітра, не врахував обставин, за яких Президентом МКАС при ТПП України, з урахуванням призначеного кожною із сторін арбітра, визначено склад арбітражного суду. Також судами не враховано, що арбітражний розгляд був проведений арбітражним судом, до складу якого входив арбітр, призначений відповідачем (після того, як арбітра призначив позивач).

Суди також не надали оцінки процесуальній поведінці відповідача в ході арбітражного розгляду на відповідність принципу добросовісності. Відсутність заперечень ПАТ "Компанія "Райз" щодо складу арбітражного суду під час арбітражного провадження свідчить, що відповідач погодився на компетенцію саме одноособового складу МКАС при ТПП України для розгляду спору, який виник між сторонами.

Суд апеляційної інстанції не перевіряв правильність висновків суду першої інстанції, не надав належної оцінки доводам сторін, аргументам апеляційної скарги та формально погодився із висновком суду першої інстанції про наявність правових підстав для задоволення заяви ПАТ "Компанія "Райз" про скасування рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 12 листопада 2015 року у справі АС № 218у/2015, а тому висновок апеляційного суду про те, що місцевий суд правильно вирішив спір, є неправильним.

Колегія суддів вважає, що процесуальна поведінка ПАТ "Компанія "Райз", яке реалізувало своє право на призначення арбітра, висловлювало заперечення по суті спору під час арбітражного провадження, однак не посилялось на дефекти складу арбітражного суду, а отримавши за результатами арбітражного розгляду невинуваті для себе рішення, використало притримані підстави для оскарження у державному суді рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, містить ознаки зловживання правом та не відповідає принципу добросовісності [4].

Правила формування складу арбітражу, порушення яких створюють підстави для скасування арбітражного рішення, містяться у ст.ст. 11, 12, 18, 19 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж". Арбітражне рішення підлягає скасуванню, якщо буде встановлено, що особа, що виступала в якості арбітра, не вправі була здійснювати відповідні повноваження відповідно до законодавства України. Так, наприклад, не може працювати арбітром суддя, що знаходиться у відставці. За цією ж підставою скасовується арбітражне рішення і у випадках, коли при формуванні складу третейського суду були порушені принципи незалежності і неупередженості арбітрів, арбітр був прямо чи опосередковано зацікавлений у результаті справи.

При застосуванні даної підстави як орієнтир може бути використано Керівництво щодо конфлікту інтересів у міжнародному комерційному арбітражі, схвалене Радою Міжнародної асоціації юристів (МАЮ). Зазначене Керівництво містить загальні стандарти, що стосуються неупередженості, незалежності та розкриття фактів, а

також вказівки до їх практичного застосування. Робочою групою за підсумками аналізу судової практики багатьох країн були сформовані переліки можливих випадків (Червоний, Помаранчевий і Зелений переліки), які повинні підказувати арбітрам, сторонам і державним судам, які саме ситуації складають конфлікт інтересів і підлягають розкриттю, а які – ні. Червоний перелік складається з двох частин: Безумовного Червоного переліку та Умовного Червоного переліку. Дані Переліки представляють собою невичерпні перерахування конкретних ситуацій, які з урахуванням обставин кожної конкретної справи викликають обґрунтовані сумніви в неупередженості та незалежності арбітра, тобто мають на увазі обставини наявності об'єктивного конфлікту інтересів з погляду розумної третьої особи, що володіє знаннями відповідних фактів. Помаранчевий перелік являє собою невичерпуючі перерахування конкретних ситуацій, які, з урахуванням обставин кожної конкретної справи і на погляд сторін, можуть викликати обґрунтовані сумніви в неупередженості арбітра. У Зеленому переліку представлено невичерпні перерахування конкретних ситуацій, де з об'єктивного погляду ні зовні, ні фактично не присутній який би то не був конфлікт інтересів. Наприклад, Рекомендації містять можливі випадки наявності конфлікту інтересів – тотожність між стороною і арбітром, суттєві фінансові інтереси останнього з однією зі сторін або в кінцевому результаті справи, що розглядається, той факт, що арбітр володіє керівними повноваженнями, що дозволяють впливати на одну із сторін (безумовний Червоний перелік). Зв'язок арбітра з розглянутим спором, його прямий або непрямий інтерес у даній справі, зв'язок зі сторонами або їх юридичними представниками (умовний Червоний перелік). Поточні послуги однієї зі сторін, зв'язок між арбітром і іншим арбітром або представником (через юридичну фірму, родинні та дружні зв'язки), між арбітром і стороною та іншими учасниками арбітражного процесу, деякі інші обставини (публічний виступ на користь певної позиції по поточному арбітражному розгляду, факт заміщення арбітром посади в арбітражному інституті з повноваженнями призначення арбітра з даного спору та ін.) (Помаранчевий перелік). Ухвалення арбітром раніше юридичних висновків, його попередній виступ проти однієї із сторін, незначні за характером контакти з іншим арбітром, представником і однієї зі сторін (наприклад, членство в одній професійній асоціації чи громадській організації) (Зелений перелік) [5].

Крім того, арбітражне рішення не визнається державою у випадках, якщо в ході розгляду справи мало місце явно упереджене ставлення арбітрів до однієї зі сторін, наприклад тоді, коли арбітри відмовилися досліджувати в засіданні докази однієї зі сторін, відкласти арбітражний розгляд на прохання однієї зі сторін, заснованої з поважної причини, або таким чином проводили розгляд справи, що висловили явне упередження щодо однієї зі сторін.

Суттєві проблемні питання виникають під час застосування судами підстави скасування арбітражних рішень, які передбачені у ст. 34 (2) (б) Типового закону ЮНСІТРАЛ – якщо предмет спору не підлягає арбітражному розгляду за законодавством даної держави, то таке рішення арбітражу підлягає скасуванню. Ця підстава впливає і положення ст. 1 (5) Типового закону, яка зазначає, що цей Закон не зачіпає дію будь-якого іншого закону даної держави, в силу якого певні спори не можуть передаватися до арбітражу або можуть бути передані до арбітражу тільки згідно з положеннями, які не є положеннями цього Закону. Саме при тлумаченні державними судами даної норми виникають певні суперечності.

5. *Об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законодавством України.*

Суд задовольняє заяву про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу, якщо встановить, що рішення стосується питань, що входять у виняткову компетенцію державних судів. По даній підставі суд скасовує рішення третейського суду у разі, якщо між сторонами не було взагалі укладено арбітражна угода (справа невідомча третейському суду), а також в частині, що стосується особи, що не бере участь у третейському розгляді, про права та обов'язки якого було прийнято рішення.

Допустимість передачі спору на вирішення третейського суду (міжнародних рідного комерційного арбітражу) відома в теорії як арбітрабельність. У найбільш загальному вигляді коло справ, допустимих до розгляду міжнародними комерційними арбітражами, визначений у додатку №1 до Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж", згідного якого до Міжнародного комерційного арбітражного суду можуть за угодою сторін передаватися на вирішення:

- спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, які виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін спору знаходиться за кордоном, а також:

- спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України.

Зовнішньоекономічні відносини, спори з яких можуть бути передані на вирішення Міжнародного комерційного арбітражного суду, стосуються, зокрема, відносин купівлі-продажу (поставки) товарів, виконання робіт, надання послуг, обміну товарами та/чи послугами, перевезення вантажів і пасажирів, торгового представництва і посередництва, оренди (лізингу), науково-технічного обміну, обміну іншими наслідками творчої діяльності, спорудження промислових та інших об'єктів, ліцензійних операцій, інвестицій, кредитно-розрахункових операцій, страхування, спільного підприємництва та інших форм промислової і підприємницької кооперації.

6. *Арбітражне рішення суперечить публічному порядку України.*

Скасування арбітражного рішення, що тягне за собою відмову у його визнанні і приведенні до виконання, у зв'язку із суперечністю арбітражного рішення з публічним порядком певної держави. Питання публічного порядку (від французької – *ordre public*) є одною із складних проблем міжнародного комерційного арбітражу. Публічний порядок – це захисний механізм у праві, покликаний захистити ті основи правопорядку, які склалися на певний момент часу, є ефективними і необхідними для функціонування даного суспільства; це юридичний механізм вирішення конфліктів, колізій між двома джерелами юридичних норм. При застосуванні інституту публічного порядку його необхідно відрізнити від сверхімперативних норм (*mandatory provisions, lois de police*). У законодавстві практично всіх держав і відповідних міжнародних угодах закріплено загальновідоме правило: іноземне арбітражне рішення не підлягає виконанню у випадку, якщо суд встановить, що таке виконання може спричинити результат, не сумісний з основами правопорядку даної держави (публічним порядком). Однак при цьому, ні в одній правовій системі не існує більш-менш чіткого законодавчого визначення самого поняття "публічний порядок". Складність і, більше того, недоцільність спроб законодавця дати вичерпний перелік випадків, коли застосування іноземного права визнавалося б таким, що су-

перечить публічному порядку, пов'язані з тим, що в законі неможливо наперед передбачити всі варіанти потенційних колізій між національним і іноземним правом, що можуть виникнути на практиці.

У правозастосовній практиці та юридичній доктрині немає однозначного підходу до визначення змісту публічного порядку. Серед науковців також відсутня єдина позиція щодо того, чи все ж визначення поняття та змісту публічного порядку, і зокрема, підстав, що зумовлюють неможливість виконання судового рішення в іноземній державі, слід передбачати в національному законодавстві, на рівні міжнародних договорів чи, навпаки, такий перелік повинен бути невиключний, зважаючи на об'єктивну неможливість передбачити всі можливі форми порушення публічного порядку, а суди повинні керуватися існуючою правозастосовною практикою.

У науковій літературі доволі часто можна знайти формулювання, що публічний порядок є відображенням фундаментальних суспільних принципів у моральному, релігійному, економічному, політичному та правовому середовищі [6].

В.І. Кисіль виділяє елементи, які здебільшого входять у зміст і можуть бути характеристикою такого поняття, як "основи правопорядку" України:

(а) основні фундаментальні принципи національного права України, які охоплюють такі імперативні норми публічного, приватного та процесуального права, що становлять скелет правопорядку в Україні;

(б) загальновизнані принципи моралі та справедливості, важливі для українського правопорядку і панівні в українському суспільстві;

(в) законні інтереси українських фізичних та юридичних осіб, української держави та українського суспільства, захист яких є основним завданням української правової системи;

(г) загальновизнані принципи та норми міжнародного права, які є частиною української правової системи і особливо міжнародно-правові стандарти прав людини.

Вказаний автор також зазначає, що через неузгодженість доктринальних підходів законодавці більшості країн вдаються лише до загальних формулювань, тому застереження *ordre public* так нагадують одне одного в різних законодавствах. Як правило, роз'яснення щодо правил застосування застереження про публічний порядок дають суди, на підставі тлумачення норм права, кваліфікації фактичного складу справи й доктринальних викладень [7].

Поняття "публічного порядку" знаходить своє відображення у деяких нормативно-правових актах України. Так, відповідно до пп. "б" п.2 ч.2 ст. 459 ЦПК України рішення міжнародного комерційного арбітражу може бути скасовано у разі, якщо суд визначить, що арбітражне рішення суперечить публічному порядку України.

Згідно з п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року № 12 "Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України", згідно з яким під публічним порядком належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу ладу в ній (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо).

У ст. 12 Закону України "Про міжнародне приватне право" також містяться застереження про публічний порядок, відповідно до якого норма права іноземної держави не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. У таких випадках використовується право,

яке найтісніше пов'язане з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України.

У зв'язку із відсутністю чіткого правового регулювання поняття "публічного порядку" в Україні, національні суди намагаються дати певне тлумачення даного інституту. Так, відповідно до Постанови Касаційного цивільного суду від 29.11.2018 року у справі № 760/5924/17 за заявою товариства з обмеженою відповідальністю "СІПІПОРТ" про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 21 січня 2016 року у справі АС № 611р/2015 зазначається, що під публічним порядком необхідно розуміти правопорядок держави, визначені принципи і засади, які становлять основу існуючого у ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності й основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо). Міжнародний публічний порядок будь-якої країни включає фундаментальні принципи і засади правосуддя, моралі, які держава бажає захистити навіть тоді, коли це не має прямого стосунку до самої держави; правила, які забезпечують фундаментальні політичні, соціальні та економічні інтереси держави (правила про публічний порядок); обов'язок держави з дотримання своїх зобов'язань перед іншими державами та міжнародними організаціями. Це ті незмінні принципи, які виражають стабільність міжнародної системи: у тому числі суверенітет держави, невтручання у внутрішні справи держав, непорушення територіальної цілісності тощо.

Крім цього, згідно з Постановою Касаційного цивільного касаційного суду від 05.09.2018 року у справі № 761/46285/16-ц за заявою Акціонерного товариства "Авіа-ФЕД-Сервіс" про надання дозволу на примусове виконання рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації від 03 жовтня 2016 року у справі № 300/2015 зазначається, що Правова концепція публічного порядку існує для того, щоб захистити державу від іноземних арбітражних рішень, які порушують діючі в державі фундаментальні принципи справедливості і правосуддя. Ці положення покликані встановити правовий бар'єр на шляху рішень, ухвалених всупереч кардинальним процесуальним і матеріально-правовим принципами, на яких тримається публічний і державний порядок. Вони також призначені не допустити можливість визнання та надання дозволу на виконання рішень, пов'язаних з корупцією чи неприпустимим невіглаством арбітрів.

Необґрунтована відмова у наданні дозволу на примусове виконання рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду є свого роду блокуванням рішення і буде носити характер штучного нормативного бар'єру, який з погляду міжнародного права є абсолютно недопустимим. Це блокування не тільки не відповідатиме цілям міжнародного арбітражу, але й буде порушувати законні права, які це арбітражне рішення може фактично надавати стягувачу в інших країн [8].

Більш чіткий підхід до розуміння інституту "публічний порядок" відображений в окремій думці Судді Першої судової палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду Карпенко С. О. від 27.03.2019 р. у справі № 756/618/14-ц, яка зазначає, що при визначенні змісту поняття "публічного порядку" варто урахувати рекомендації Асоціації міжнародного права щодо публічного порядку, прийняті у місті Нью-Делі у 2002 році, у яких зазначено, що остаточність арбітражних рішень у міжнародному комерційному арбітражі повинна поважатися за винятком надзвичайних обставин.

Згідно з пунктом 1 (d) цих рекомендацій, міжнародний публічний порядок будь-якої держави включає в себе: (i) фундаментальні принципи, що стосуються справедливості або моралі, які держава бажає захищати, навіть якщо вона не була безпосередньо залучена до участі у спорі; (ii) правила, призначені для обслуговування основних політичних, соціальних або економічних інтересів держави, відомі як *lois de polis* або "правила громадського порядку"; і (iii) обов'язок держави дотримуватися своїх зобов'язань перед іншими державами або міжнародними організаціями.

Порушення публічного порядку матиме місце, якщо визнання і приведення у виконання рішення іноземного арбітражного суду у конкретному випадку так суперечитиме національним нормам, що згідно з національними принципами правопорядку це є неприпустимим.

Відповідно до цього підходу такими, що суперечать публічному порядку і не підлягають виконанню, визнаються іноземні арбітражні рішення, виконання яких може вступити у конфлікт з імперативними нормами національного законодавства країни, де запитується виконання, або з нормами міжнародних договорів такої країни [9].

ВИСНОВКИ. Таким чином, проаналізувавши підстави для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу можна дійти висновку, що правове регулювання даного інституту потребує удосконалення шляхом внесення змін до чинного законодавства і його гармонізації із загальноновизнаними світовими стандартами щодо діяльності міжнародного комерційного арбітражу загалом і питанням визнання та виконання іноземних арбітражних рішень зокрема. Крім того, правозастосовна діяльність національних судів має різновекторні погляди щодо застосування даного інституту, а це є результатом того, що судді, які розглядають клопотання про скасування судових рішень, не усвідомлюють практичне значення реалізації як доктринальних підходів так і не дають оцінку підходам в усталеній світовій практиці, що відповідно знижує довіру світових інвесторів щодо залучення коштів в українську економіку. Крім того, законодавчі зміни, якими було монополізовано порядок розгляду справ щодо оскарження рішень третейських судів, оспорування рішень міжнародних комерційних арбітражів, про видачу виконавчих листів на примусове виконання рішень третейських судів (ч.2 ст. 23 ЦПК України) може суттєво погіршити процесуальний порядок їх реалізації.

Список використаних джерел:

Список використаних джерел:

1. Постанова Касаційного цивільного суду від 27.03.2019 року у справі № 756/618/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82034501> (дата звернення: 20.10.19).
2. Wuzhou Port Foreign Trade Development Corp v. New Chemic Ltd. A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/45; (2001) 3 HKC. 395 p.
3. Постанова Касаційного цивільного суду від 17.10.2018 р. у справі № 761/10859/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77312943> (дата звернення: 20.10.19).
4. Постанова Касаційного цивільного суду від 06.02.2019 р. у справі № 761/5425/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79805738> (дата звернення: 20.10.19).
5. Сковцов О.Ю. Правовое положение арбитров в международном коммерческом арбитраже. *Вестник СПбГУ. Серия 14. Право*. 2011. №1. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoe-polozhenie-arbitrov-v-mezhdunarodnom-kommercheskom-arbitrazhe> (дата звернення: 20.10.19).
6. Winnie (Jo-Mei) Ma. Public Policy In The Judicial Enforcement Of Arbitral Awards: LessonsForAndFromAustralia 2005. URL: <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=theses> (дата звернення: 20.10.19).
7. Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / за заг. ред. А. С. Довгєрта, В. І. Кисіля. К.: Алєрта, 2012. 376 с.
8. Окрема думка Судді Першої судової палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду Карпенко С.О. від 27.03.2019 р. у справі № 756/618/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82885459> (дата звернення: 20.10.19).

Received: 21/10/2019

1st Revision: 07/11/2019

Accepted: 15/11/2019

S. Kravtsov, PhD (Law)

Yaroslav the Wise National Law University, Kharkiv, Ukraine

THE APPEAL OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AWARDS AS A FORM OF JUDICIAL CONTROL BY NATIONAL COURTS

The appeal of the international commercial arbitration awards is a major issue in the dispute settlement mechanism for arbitration governed by multilateral conventions, bilateral treaties and national laws, as well as by the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958. Notwithstanding the importance of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958, it restricts to a certain extent the scope of legal protection of arbitral awards, as it leaves national courts to challenge them by the way of possible annulment, and national courts when considering petitions for annulment decisions are vested in the power to revoke such decisions. In this respect, the resolution of these issues may raise the issue of the correlation between the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 and domestic legislation of the countries in which the relevant decision may be challenged. The specific of the international commercial arbitration decision is that it cannot be appealed to any higher court. However, the absence of any form of control over the arbitral award could lead to the enforcement of such decisions, which, if rendered within the judicial system, would be overturned or modified by a higher court. Therefore, there is an institution for challenging arbitral awards in national courts. Due to the fact that the arbitration award is a form of control by national courts, the regulation of this institution is defined in the legislation of each individual country, and at the international legal level only certain aspects are regulated. These are the European Convention of 1961 and the New York Convention of 1958.

Keywords: international commercial arbitration, public order, arbitrability.

References:

1. Postanova Kasacijnogo civilnogo sudu vid 27.03.2019 roku u spravi № 756/618/14-c. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82034501> (data zvernennja: 20.10.19). (in Ukrainian)
2. Wuzhou Port Foreign Trade Development Corp v. New Chemic Ltd. A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/45; (2001) 3 HKC. 395 r. (in English)
3. Postanova Kasacijnogo civilnogo sudu vid 17.10.2018 r. u spravi № 761/10859/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77312943> (data zvernennja: 20.10.19). (in Ukrainian)
4. Postanova Kasacijnogo civilnogo sudu vid 06.02.2019 r. u spravi № 761/5425/16-c. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79805738> (data zvernennja: 20.10.19). (in Ukrainian)
5. Skvortcov O. Yu. Pravovoe polozhenie arbitrov v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe [назва англійською]. *Vestnik SPbGU. Seriya 14. Pravo*. 2011. №1. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoe-polozhenie-arbitrov-v-mezhdunarodnom-kommercheskom-arbitrazhe> (data zvernennja: 20.10.19). (in Russian)
6. Winnie (Jo-Mei) Ma. Public Policy In The Judicial Enforcement Of Arbitral Awards: LessonsForAndFromAustralia. 2005. URL: <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=theses> (data zvernennja: 20.10.19). (in English)
7. Mizhnarodne privatne pravo. Zagalna chastina: pidruchnik / za zag. red. A. S. Dovgєrta, V. I. Kisilya. – K.: Alєrta, 2012. 376 s. (in Ukrainian)
8. Okrema dumka Suddi Pershoyi sudovoyi palati Kasacijnogo civilnogo sudu u skladі Verhovnogo Sudu Karpenko S. O. vid 27.03.2019 r. u spravi № 756/618/14-c. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82885459> (data zvernennja: 20.10.19). (in Ukrainian)

В. Кройтор, канд. юрид. наук, проф.
ORCID ID: 0000-0002-1849-5721
Харківський національний університет внутрішніх справ, Харків, Україна

ПРОБЛЕМА ОБГРУНТОВАНOSTІ МОРАЛЬНИХ ЗАСАД СУСПІЛЬСТВА ЯК НОРМАТИВНИХ ЧИННИКІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Розглядається проблема науково-практичної обґрунтованості застосування моральних засад суспільства як нормативних чинників цивільного права України. Формулюється висновок про недоцільність застосування положень моралі як нормативних чинників для впорядкування цивільних правовідносин. Автором статті не заперечується застосування положень моралі для впорядкування відносин, що не охоплюються предметом цивільного права.

Висновок про заперечення цивільно-правової нормативності моральних засад суспільства ґрунтується на тезах про те що: моральні правила не піддаються формалізації, чим створюється загроза свавільного тлумачення їх змісту; моральні засади не мають визначеного джерела свого походження; основоположні моральні правила вже враховані змістом принципів справедливості, добросовісності та розумності, чим створюється конкуренція між цими двома видами нормативних чинників.

Невиправдане дублювання нормативних вимог знижує функціональність права, ускладнює сприйняття його вимог. Конкуренція принципів права та моральних засад суспільства має бути усунена шляхом відмови від надання останнім функції нормативних чинників.

Автономне та безпосереднє застосування моральних засад як нормативних чинників буде тільки тоді можливим, коли правозастосовна практика та цивілістична доктрина доведе, що змістом принципів справедливості, добросовісності, розумності чи іншими принципами та нормами не охоплюються певні моральні засади, які заслуговують на увагу для покращення правового режиму впорядкування суспільних відносин. Саме відсутність такої доведеності наразі не дозволяє моральним засадам суспільства бути самостійним нормативним чинником, існуючим поряд із закріпленими у законодавстві правовими принципами.

Ключові слова: моральні засади суспільства, принципи цивільного права, нормативні чинники цивільного права, цивільно-правове регулювання суспільних відносин.

ВСТУП. Постановка проблеми. З дати набрання чинності норм ЦК України, що вказують на необхідність врахування суб'єктами цивільного права моральних засад суспільства як нормативних чинників, сплинуло вже п'ятнадцять років. Втім, деякі проблемні питання принципового характеру не зазнали свого вирішення й дотепер. Відсутні відповіді, зокрема, на питання про те, що розуміти під категорією "моральні засади суспільства", які моральні правила слід брати до уваги: тільки ті, що вироблені традицією українського суспільства, чи й ті, що мають наднаціональне значення? Але найбільш важливим моментом у зазначеній проблематиці, на наш погляд, є конкуренція принципів цивільного права та моральних засад суспільства. Такі принципи цивільного права, як справедливість, добросовісність та розумність (ст. 3 ЦК України) своїм змістом вбирають й моральні правила. Отже, постає проблема конкурентного вибору між принципами цивільного права та моральними засадами суспільства. Саме на цю проблему робиться основний наголос у даній публікації.

Стан дослідження проблеми. Теоретико-практичні питання застосування моральних засад суспільства для впорядкування цивільних правовідносин уже розглядалися у роботах таких дослідників, як О.П. Білан, К.Ю. Валігура, О.В. Грицак, А.І. Дрішлюк, С.І. Шимон та ін. [1; 2; 3; 4; 5]. Автори зазначених досліджень досить критично поставилися до нормативно-правової чинності моральних засад суспільства, але основна акцентуація ними робилася здебільшого на питаннях змістовної невизначеності категорії "моральні засади суспільства" та окремих аспектах правозастосування цієї категорії. Розгляду такого проблемного аспекту, як конкуренція принципів цивільного права та моральних засад суспільства, увага в цих роботах не приділялася або ж це здійснювалося фрагментарно.

Мета і завдання дослідження. Метою цієї публікації є спроба доведення тези про недостатню обґрунтованість моральних засад суспільства як нормативно-правових чинників. Для досягнення означеної мети необхідно провести співвідношення змісту таких принци-

пів цивільного права, як справедливість, добросовісність та розумність, з однієї сторони, і моральних засад суспільства, з іншої.

Наукова новизна дослідження. Висновки сформульовані в даній статті не є абсолютно новими, вони мають характер подальшої розробки наукових положень, які були започатковані дослідниками-попередниками.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ. Поява у ЦК України 2003 року зазначення на моральні засади суспільства як на нормативні чинники стало новелою для вітчизняного цивільного законодавства. За редакцією ч. 4 ст. 13, ч. 1 ст. 19, ч. 1 ст. 203, ч. 2 ст. 319, ч. 2 ст. 1169, ч. 2 ст. 1242 ЦК України моральні засади суспільства мають братися до уваги суб'єктами цивільно-правових відносин при здійсненні ними своїх прав, застосуванні засобів самозахисту та при визначенні змісту вчинюваних правочинів, у тому числі заповітів. Отже, у вказаних нормах про моральні засади суспільства йдеться як про міру поведінки суб'єктів цивільного права в окремих правових ситуаціях.

Подібний підхід не є абсолютно новим, оскільки він давно відомий європейським та деяким іншим правовим порядкам. Так, відповідно до вимог статей 1131, 1133 Цивільного кодексу Франції (Кодексу Наполеона) зобов'язання не буде мати сили, якщо його кауза суперечить вимогам моралі. Ті ж наслідки виникатимуть з приводу спроби породити умовне зобов'язання, коли його умова вступає у конфлікт з мораллю (ст. 1172 Кодексу Наполеона) [6].

Згідно з положеннями параграфу 138 Німецького цивільного укладення правочин, що суперечить морально-етичним нормам, є нікчемним [7]. Аналогічне положення закріплено у ст. 169 Цивільного кодексу Російської Федерації [8].

Відомо, що при розробці нормативних положень Цивільного кодексу Японії були враховані засади приватно-правового регулювання суспільних відносин, які містилися у німецькому праві. Тож, правила про недійсність правочинів, що своїм змістом суперечать вимогам моралі, містяться і в ЦК Японії, зокрема, у ст. 90 [9, с. 158].

Слід відзначити, що про правову нормативність моральних правил вперше стали згадувати не з моменту проведення кодифікації приватного права названими країнами, а далеко раніше. Ще в юриспруденції античного Риму було вироблено поняття "boni mores". Тож, присутність у законодавстві країн континентального права вказівок на необхідність врахування в деяких правових ситуаціях моральних норм є наслідком рецепції відповідних положень римського права.

Разом із тим, усвідомлення того факту, що подібний юридично-технічний прийом пройшов достатньо тривалий період свого історичного становлення та закріплення у законодавстві країн, з якого черпали інформацію й розробники проекту ЦК України 2003 року, не позбавляє можливості критично поставитись до його застосування у теперішніх умовах. Відразу зазначимо, що ми принципово не відкидаємо спроможність морально-етичних норм впорядковувати ті чи інші соціальні відносини. Йдеться про їх недостатню правову обґрунтованість як нормативних чинників у сучасному цивільному законодавстві України.

Однією з головних ознак ефективності того чи іншого нормативного чинника – норми закону чи підзаконного акту, умови договору чи іншого правочину, положення локального нормативного акту, рішення суду тощо – є його *змістовна визначеність*, тобто зрозумілість та несуперечливість. Правило невизначеного характеру не позбавлене ризику щодо його свавільного тлумачення. У суспільствах, де правова культура ще тільки зазнає свого становлення, існує надто висока небезпека зловживання подібними правилами окремими представниками цього суспільства чи певними організаціями (у своїх корпоративних інтересах). Неодноразовість прояву згаданих зловживань та відсутність належної реакції на них з боку держави і громадянського суспільства створює враження того, що так і має бути, що це нормально. З часом це негативне становище закріплюється у свідомості людей. Особливо небезпечна така ситуація у перспективному ракурсі: молодь, яка через брак життєвого досвіду не може критично поставитися до подібного фону суспільного буття, у майбутньому перенесе подібну "традицію" негативного наповнення на наступні покоління.

Як окремий приклад можна пригадати масові випадки цинічного попрання декларативної норми, закріпленої у ст. 324 ЦК України, про те, що земля та інші природні ресурси є об'єктами права власності Українського народу: свавільне захоплення водоохоронних смуг, земель рекреаційного призначення, водойм та інших природних об'єктів для приватної забудови, несанкціоноване видобування корисних копалин, забруднення землі та води, браконьєрство тощо. Помітного обурення з боку суспільства на такі негативні факти не спостерігається, як не спостерігається й адекватної реакції на це з боку держави. Підкреслимо, у цьому прикладі йдеться хоча й про порушення декларативного правила, але все ж такого, яке викає з прямої вказівки закону, а не з моральних уявлень суспільства! Тож, не важко здогадатися, що моральні норми, зміст яких надто "розмитий", ще більше ігноруватимуться.

Наведені вище положення ЦК України (ч. 4 ст. 13, ч.1 ст.19, ч.1 ст. 203, ч.2 ст. 319, ч.2 ст. 1169, ч.2 ст. 1242), де фігурують згадки про моральні засади суспільства, взагалі не містять у собі певні морально-етичні правила, що підлягають застосуванню, а лише вказують на обов'язковість їх врахування. Власне, це й зрозуміло чому так. Аби була можливість сформулювати конкретне правило з цього приводу, то воно б законодавцем було наведене. Подібна "бланкетність", а

точніше застосування відсилки до формально не określеного морального правила (засади) – це вимушений прийом. Через об'єктивну неспроможність формального вираження у позитивному праві всіх можливих критеріїв правомірності здійснення суб'єктивних прав (визначення змісту правочинів, здійснення самозахисту порушених прав), законодавець вимушено дозволяє все, що прямо ним не заборонено та не суперечить моральним засадам суспільства. Моральні засади, при цьому, за задумом законодавця мають виступати самим крайнім мірилом правомірності поведінки суб'єктів цивільно-правових відносин, оскільки більш чітких критеріїв правомірності він, як було зазначено, навести не може через об'єктивні причини. Втім, від усвідомлення подібної об'єктивної вимушеності правопорядок не вирає, адже це не знімає ту небезпеку, про яку йшлося вище, а саме – породжує підґрунтя для свідомого зловживання ситуацією невизначеності правових норм.

Та мабуть на перше місце слід поставити навіть не цей аргумент. Випадки свідомого порушення права – будуть вони спровоковані невизначеністю норм, чи прямим небажанням суб'єкта виконувати цілком чіткі приписи законодавства – завжди існуватимуть у будь-якому суспільстві. Як бути з добросовісними суб'єктами права, тобто тими, які бажають порядку та прагнуть до нього? Перш ніж вимагати від них додержання правових приписів держава має окреслити доступні для сприйняття суб'єктами правові вимоги. У протилежному випадку вона зіштовхнеться з нігілістичним ставленням своїх громадян до права. Тож, запроваджуючи правові вимоги невизначеного змісту, законодавець створює підґрунтя для не порядку. Благі прагнення до порядку може спричинити не порядок.

Власне, не менш актуальним це питання є не тільки для пересічних громадян, але й для професійних правників, особливо для суддів. Суд не може відхилити вимогу потерпілої особи про захист її права (інтересу) через такі причини, як невизначеність правових норм чи їх неясність. Закон же (ч. 4 ст. 13, ч.1 ст.19, ч.1 ст. 203, ч.2 ст. 319, ч. 2 ст. 1169, ч. 2 ст. 1242 ЦК України) велить суду віднайти в моральних засадах суспільства відповідне до ситуації правило і застосувати його як правову норму. При цьому, суд неминує зіштовхується мінімум з двома проблемними моментами, які мають бути ним вирішені, перш ніж застосування моральних засад буде можливим.

Перша проблема пов'язана з віднайденням джерела моральних засад. Які моральні правила слід брати до уваги: 1) ті, що вироблені традицією українського суспільства, 2) ті, що мають наднаціональне значення, 3) чи симбіоз (компроміс) перших та других? Неоднорідність українського суспільства, про що можуть свідчити події останніх років, не дозволяє говорити про наявність у ньому єдиних моральних засад, готових для правозастосування. Окрім того, орієнтованість права України на євроінтеграцію змушує суд водночас оцінити наскільки ті чи інші моральні засади українського суспільства відповідають, так би мовити, середньоєвропейській етичній свідомості. Все сказане підштовхує до висновку про те, що на суд покладається не властива для нього функція – бути творцем, експертом і навіть цензором моралі.

Друга проблема пов'язана з вирішенням конкуренції між моральними засадами суспільства з одного боку та принципами "писаного" права, з іншого (ст. 3 ЦК України). Все право колись вийшло з лона моралі, але саме принципи справедливості, добросовісності та розумності несуть на собі найбільш відчутний відбиток своєї праматері, оскільки для їх змістовного роз-

криття й дотепер доводиться оперувати відповідними етичними категоріями.

Українська цивілістична доктрина новітнього періоду збагатилася низкою робіт, присвячених дослідженню принципів справедливості, добросовісності та розумності [10; 11; 12; 13; 14]¹. Але навіть у цих спеціальних роботах не завжди простежується чітка межа між означеними принципами та моральними засадами суспільства. Зокрема, в одному із досліджень стверджується, що принцип справедливості тісно пов'язаний з етичними категоріями. Більше того, справедливість є одним із аспектів прояву моралі. Відмінність простежується, на думку автора роботи, у тому, що справедливість, порівняно з мораллю, має більш широкую сферу застосування, оскільки є принципом права. У той же час, критеріями справедливого здійснення суб'єктивних прав, вказує автор, є: 1) відповідність поведінки уповноваженої особи умовам договору (якщо він мав місце) або актам цивільного законодавства; 2) врахування публічного інтересу і **моральних засад суспільства**; 3) відсутність **зловживання** правом (тут і далі за текстом виділено мною – К.В.) [10, с.11]. Таким чином, на думку автора цитованої роботи, принцип справедливості розкривається через три аспекти, два з яких мають відверте морально-етичне наповнення.

Наступний принцип (категорія) – добросовісність. Добросовісність навіть своєю назвою видає генетичний зв'язок з мораллю. Серцевиною розуміння принципу добросовісності, вказують дослідники, є прояви суб'єктами цивільно-правових відносин **доброї совісті** стосовно контрагентів чи інших суб'єктів, з якими встановлюється правовий зв'язок. У найбільш загальному вигляді добросовісність вимагає від учасників цивільних правовідносин ставитись із **повагою** до прав та інтересів інших суб'єктів, **дбати** про їх дотримання, поводитись у цивільному обороті **сумлінно** і **чесно**, бути **обачним** щодо недопущення завдання майнової чи особистої шкоди іншим суб'єктам [12, с.8].

В окремих видах цивільних правовідносин прояви добросовісності набувають своєї деталізації. Наприклад, у договірних зобов'язаннях дослідниками розглядається три стадії, на яких можна спостерігати відносно автономний прояв добросовісності. На стадії ведення переддоговірних переговорів поведінка сторін тоді буде вважатись добросовісною, коли вони діють саме з метою укладення договору та без наміру введення іншої сторони **в оману**.

На стадії власне укладення договору добросовісність вимагає від сторін:

а) ухилення від дій, що призводять до виключення своєї договірної відповідальності та необґрунтоване обмеження такої відповідальності;

б) недопущення свідомого включення в договір явно обтяжливих умов для іншого контрагента (зокрема, у договорі приєднання, де споживач не бере участі в розробці договірних умов).

Проявами добросовісності на стадії виконання договору є **турботливість** щодо використання чужого

майна, тобто майна контрагента чи третіх осіб, **заощадження** майна (коштів) контрагента, виконання обов'язку найбільш вигідним (зручним) способом для іншої сторони договору тощо [11, с.14-15].

Розумність, зазначається в одному із вищезгаданих досліджень, вимагає від учасника цивільних правовідносин вияву **турботливості** та **обачності** про права і інтереси інших учасників, **сумлінного** виконання своїх обов'язків [12, с. 9]. А далі автор стверджує, "що розумними є такі дії учасника цивільних відносин, коли вони **справедливо** враховують права і свободи інших учасників: він ставиться до прав і свобод інших учасників як до своїх власних, ставить їх у рівне положення зі своїм положенням..." [12, с. 10].

Не важко помітити, що навіть у спеціальних наукових дослідженнях між справедливістю, добросовісністю та розумністю, з одного боку, та моральними засадами суспільства, з іншого, не проводиться скільки-небудь відчутної понятійної межі². Описання "справедливого", "добросовісного" та "розумного" у поведінці суб'єктів цивільних правовідносин здійснюється дослідниками шляхом застосування саме моральних критеріїв: недопущення зловживання своїм становищем, необхідність прояву доброї совісті, турботливості, обачності, сумлінності, ощадливості тощо.

Отже, суд, або суб'єкти правовідносин, застосовуючи положення ч. 4 ст. 13, ч. 1 ст. 19, ч. 1 ст. 203, ч. 2 ст. 319, ч. 2 ст. 1169, ч. 2 ст. 1242 ЦК України зіштовхуються з необхідністю вибору між чинністю принципів цивільного права та моральними засадами суспільства. Подібна конкуренція має бути вирішена, за нашим переконанням, саме на користь перших, тобто – принципів цивільного права (засад цивільного законодавства ст. 3 ЦК України)³. Для обґрунтування даної позиції наведемо наступні аргументи.

Керуючись відомим принципом "бритви Оккама", щодо недопущення множення сутностей понад необхідне, у правовому регулюванні будь-яких відносин, у тому числі й цивільних, не може існувати два або більше нормативних чинники, що висовують однакові за змістом вимоги до поведінки суб'єктів. (Тут доводиться спостерігати, як принцип "бритви Оккама" зазнає своєї трансформації та набуває вигляду не менш відомого принципу законотворчості – економії правових норм).

Невиправдане дублювання нормативних вимог заважає їх автентичному сприйняттю. Функціональність права підвищується тоді, коли норми мають визначений зміст та є простими для сприйняття. Тож, конкуренція принципів права та моральних засад суспільства, на наш погляд, має бути усунена шляхом відмови від надання останнім функції нормативних чинників.

Моральні засади зазнали своєї імплементації у принципах цивільного права. На це вказують ті наукові дослідження, про які йшлося вище. Отже, прояв моральних велень та заборон набув форми принципів цивільного права (засад цивільного законодавства). Для автономного та безпосереднього застосування мора-

¹ Ю.А. Тоботою стверджується, що "категорії справедливості, добросовісності та розумності, незважаючи на їх відмінності, мають спільні риси і взаємопов'язані, оскільки визначають окремі сторони (грані) поведінки учасників цивільних відносин". Дана обставина обумовлює, на думку Ю.А. Тоботи, необхідність поєднання вказаних категорій в одному принципі цивільного права [12, с. 13]. Не залежно від того, яку позицію з цього приводу зайняти, тобто вважати справедливість, розумність та добросовісність категоріями одного принципу чи трьома відносно автономними принципами, все одно потребує вирішення проблема їх конкуренції з моральними засадами суспільства.

² Більше того, аналіз вищенаведених досліджень ілюструє відсутність понятійної межі навіть між самими цими принципами (справедливості, добросовісності, розумності). Принаймні, автори зазначених робіт не наводять чітких критеріїв їх змістовного розмежування.

³ О.П. Білан, розглядаючи можливість застосування моральних засад суспільства при заповненні прогалин цивільного права, робить висновок, що суд має віддати перевагу все ж принципам права, а не моральним засадам суспільства. Принципи права, на думку О.П. Білан, мають всеохоплюючий характер, а тому у застосуванні моральних засад суспільства немає потреби [1, с.19].

льних засад як нормативних чинників, вважаємо, немає підстав. Такі підстави будуть тільки тоді, коли правозастосовною практикою та цивілістичною доктриною буде доведено, що змістом принципів справедливості, добросовісності, розумності, чи іншими принципами та нормами, не охоплюються певні моральні засади, які застосовують на увагу аби покращити правовий режим впорядкування суспільних відносин. *Саме відсутність такої доведеності наразі не дозволяє моральним засадам суспільства бути самостійним нормативним чинником, існуючим поряд із закріпленими у законодавстві правовими принципами.*

Пріоритет правових принципів визначається також їх *універсальністю*, що дозволяє створити загальнообов'язкові правила, не зважаючи на національні, релігійні, політичні, культурні чи інші відмінності представників соціуму.

ВИСНОВКИ. Переходячи до остаточних висновків ще раз відзначимо, що ми не заперечуємо можливості врахування моральних засад суспільства при регулюванні відносин, які залишилися поза увагою "офіційного права". Хрестоматійними прикладами таких є відносини, що ґрунтуються на товаристві, дружбі, любові тощо. Тобто, йдеться про всі ті відносини, де втручання формалізованих правових приписів (приписів законодавства) буде не доречним та грубим для приватної сфери. Важко собі уявити, скажімо, відносини любові, які б спиралися на необхідність виконання суб'єктивних обов'язків. Для цих відносин навіть моральні засади не є головним мірилом розпізнання "правильної" поведінки, не говорячи про більш суворі норми права. Та все ж мораль тут може слугувати факультативним нормативним чинником.

Ми також можемо погодитися з позицією тих дослідників, які визнають необхідність врахування тенденцій розвитку уявлень про моральність при розробці законопроектів чи інших форм ревізування законодавства. Тут дійсно слід зважати на мораль, аби нові правові норми не були у майбутньому відкинуті суспільством, а навпаки – зазнали своєї соціальної обґрунтованості. Існуван-

ня ж моральних засад суспільства як нормативних чинників поряд із принципами "писаного" права, особливо за обставин, коли змістом останніх охоплюються перші, є прикладом створення зайвої сутності.

Список використаних джерел:

1. Білан О.П. Моральні засади суспільства як цивільно-правова категорія. *Форум права*. 2018. № 1. С. 16-22.
2. Валігура К.Ю. "Моральні засади суспільства" як оціночна категорія цивільного права та її вплив на формування механізму цивільно-правового регулювання цивільних відносин. *Право і суспільство*. 2016. № 1. С. 46-51.
3. Грицак О.В. Моральні засади суспільства як оціночна категорія українського цивільного права. *Адвокат*. 2010. №3. С. 39-43.
4. Дрішлюк А.І. Норми моралі в системі джерел цивільного права України. *Приватне право і підприємництво*. 2014. Вип. 13. С. 35-38.
5. Шимон С.І. Відповідність змісту правочину моральним засадам суспільства як умова його дійсності. *Юриспруденція: теорія і практика*. 2009. №7. С. 24-30.
6. Кодекс Наполеона (Code Napoléon). URL: https://ru.wikisource.org/wiki/Code_de_Napoléon (дата звернення: 15.10.19).
7. Німецьке Цивільне Укладення (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). URL: <https://constitutions.ru/?p=1727&attempt=1> (дата звернення: 15.10.19).
8. Гражданский кодекс Российской Федерации. URL: <http://ivo.garant.ru/#/document/10164072/paragraph/96451804:0> (дата звернення: 15.10.19).
9. Щенникова Л.В., Быкова М.О. Категория "добрые нравы" в гражданском законодательстве и цивилистической доктрине зарубежных стран. *Вестник Пермского университета*. 2011. Выпуск 2(12). С. 153-160.
10. Бабич І.Г. Принцип справедливості в римському праві і у сучасному зобов'язальному праві України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2006. 22 с.
11. Павленко Д.Г. Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2009. 20 с.
12. Тобота Ю.А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2011. 18 с.
13. Шаркова І.М. Принцип добросовісності (bona fides) у римському приватному праві та його рецепція в цивільне законодавство України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. 20 с.
14. Примак В.Д. Теоретичні проблеми відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності у цивільному праві України: автореф. дис... док. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2015. 32 с.

Received: 20/10/2019

1st Revision: 05/11/2019

Accepted: 15/11/2019

V. Kroitor, PhD (Law), Professor
Kharkiv National University of Internal Affairs, Kharkiv, Ukraine

ETHICAL PRINCIPLES OF SOCIETY AS REGULATORY FACTORS OF CIVIL LAW OF UKRAINE: THE ISSUE OF VALIDITY

The article studies the issue of scientific and practical validity of applying ethical principles of society as regulatory factors of civil law of Ukraine.

Taking into account the lack of validity of ethical principles of society as regulatory factors, the author attempts to make a correlation between the content of such principles of civil law as fairness, integrity and reasonableness, on the one hand, and ethical principles of the society, on the other hand.

The author of the paper proves that it is inappropriate to apply the provisions of morality as regulatory factors for the regulation of civil relations. The conclusion on the objection to the civil regularity of ethical principles of society is based on several theses. Firstly, moral rules are not formalized, which creates a threat of arbitrary interpretation of their content. Secondly, ethical principles do not have a definite source of origin. Thirdly, the fundamental ethical rules have already been taken into account in the content of the principles of fairness, integrity and reason, which in turn create competition between the two types of regulatory factors.

Unreasonable duplication of regulatory requirements reduces the functionality of the law, complicates the perception of its requirements. The competition between the principles of law and the ethical principles of society must be eliminated by refusing to give the latter the function of regulatory factors.

The author of the paper does not deny the possibility of taking into account the ethical principles of society while regulating the relations that have been neglected by the "official law".

Key words: ethical principles of society, principles of civil law, regulatory factors of civil law, civil regulation of social relations.

References:

1. Bilan O.P. Moral'ni zasady suspil'stva yak tsivil'no-pravova kategoriya [Moral Principles of Society as Civil Category]. 2018. № 1. S. 16-22. (in Ukrainian)
2. Valigura K.Yu. "Moral'ni zasady suspil'stva" yak otsinochna kategoriya tsivil'nogo prava ta ii vpliv na formuvannya mekhanizmu tsivil'no-pravovogo reguluvannya tsivil'nikh vidnosin ["Moral Principles of Society" as Estimate Category of Civil Law and Its Impact on the Formation of the Mechanism of Civil Regulation of Civil Relations]. *Pravo i suspil'stvo*. 2016. № 1. S. 46-51. (in Ukrainian)
3. Grytsak O.V. Moral'ni zasady suspil'stva yak otsinochna kategoriya ukraïnskogo tsivil'nogo prava [Moral Principles of Society as Estimate Category of Ukrainian Civil Law]. *Advokat*. 2010. №3. S. 39-43. (in Ukrainian)
4. Drishlyuk A.I. Normi morali v sistemі dzhерel tsivil'nogo prava Ukraïni [Moral Norms in the System of Sources of Civil Law of Ukraine]. *Privatne pravo i pidpriemnistvo*. 2014. Vip. 13. S. 35-38. (in Ukrainian)
5. Shimon S.I. Vidpovidnist' zmistu pravochinu moral'nim zasadam suspil'stva yak umova yogo diysnosti [Responsibility of Transaction's Content to Moral Principles of Society as a Condition of Its Force]. *Yurisprudentsiya: teoriya i praktika*. 2009. №7. S. 24-30. (in Ukrainian)
6. Kodeks Napoleona (Code Napoléon). URL: https://ru.wikisource.org/wiki/Kodeks_Napoléon (data zvernennya: 15.10.19). (in Ukrainian)
7. Nimets'ke Tsivil'ne Ukladennya (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). URL: <https://constitutions.ru/?p=1727&attempt=1> (data zvernennya: 15.10.19). (in Ukrainian)

8. Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii [Civil Code of Russian Federation]. URL: <http://ivo.garant.ru/#/document/10164072/paragraph/96451804:0> (data zvernennya: 15.10.19). (in Russian)
9. Shchennikova L.V., Bykova M.O. Kategoriya "dobrye nrayy" v grazhdanskom zakonodatel'stve i tsivilisticheskoy doktrine zarubezhnykh stran [Category of "Good Temper" within Civil Legislation and Civilistic Doctrine of Foreign Countries]. Vestnik Permskogo universiteta. 2011. Vypusk 2(12). S. 153- 160. (in Russian)
10. Babich I.G. Printsip spravedlivosti v rims'komu pravi i u suchasnomu zobov'yazal'nomu pravi Ukraïni [Principles of Fairness in Roman Law and in Current Law of Obligation of Ukraine]: avtoref. dis... kand. yurid. nauk: 12.00.03. Odesa, 2006. 22 s. (in Ukrainian)
11. Pavlenko D.G. Printsip dobrosovisnosti v dogovirnikh zobov'yazannyakh [Principle of Integrity in Treaty Engagements]: avtoref. dis... kand. yurid. nauk: 12.00.03. Kiïv, 2009. 20 s. (in Ukrainian)
12. Tobota Yu.A. Printsip spravedlivosti, dobrosovisnosti i rozumnosti u tsivil'nomu pravi [Principle of Fairness, Integrity and Reason in Civil Law]: avtoref. dis... kand. yurid. nauk: 12.00.03. Kharkiv, 2011. 18s. (in Ukrainian)
13. Sharkova I.M. Printsip dobrosovisnosti (bona fides) u rims'komu privatnomu pravi ta yogo retsepsiya v tsivil'ne zakonodavstvo Ukraïni [Principle of Integrity (bona fides) in Roman Private Law and its Reception into Civil Law of Ukraine]: avtoref. dis... kand. yurid. nauk: 12.00.03. Kiïv, 2011. 20 s. (in Ukrainian)
14. Primak V.D. Teoretichni problemi vidshkoduvannya moral'noi shkodi na zasadakh spravedlivosti, rozumnosti y dobrosovisnosti u tsivil'nomu pravi Ukraïni [Theoretical Problems of Redress for the Non-Pecuniary Damage on the Principles of Fairness, Reason and Integrity within Civil Law of Ukraine]: avtoref. dis... dok. yurid. nauk: 12.00.03. Kiïv, 2015. 32 s. (in Ukrainian)

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
 Legal Studies, №3(110), pp. 20-24(2019)
 УДК 347.999
 DOI: <https://doi.org/10.17721/1728-2195/2019/3.110-4>

ISSN 1728-2195
 © Taras Shevchenko National University of Kyiv,
 Publishing center "Kyiv University", 2019

А. Левченко, асп.
 ORCID ID: 0000-0002-9721-3234

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ САМОРЕГУЛІВНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В МЕХАНІЗМІ ЗАХИСТУ ДІТЕЙ ВІД НЕГАТИВНОГО ВПЛИВУ РЕКЛАМИ

Дослідження має на меті визначити роль органів саморегулювання при здійсненні контролю за рекламною діяльністю і в захисті дитини від негативного інформаційного впливу реклами, а також оцінити поточний стан саморегулювання в цій сфері в Україні та визначити необхідні складові для його впровадження в Україні на системній основі. Для досягнення поставленої мети застосовано методи аналізу, системного аналізу, узагальнення, правового моделювання.

Автором проаналізовано поняття саморегулювання. Оцінено переваги саморегулювання у порівнянні з державним регулюванням, зокрема через призму досвіду Великої Британії, Франції, Сполучених Штатів Америки. Оглянуто умови, необхідні для впровадження системи саморегулювання. Оглянуто стан саморегулювання в Україні, включаючи причини його недостатньої розвинутості. Здійснено аналіз норм законодавства України про рекламу та досліджено питання системи саморегулювання в контексті захисту дітей від негативного впливу інформації в галузі реклами.

Автором було сформульовано висновки про цінність саморегулювання, наявність переваг у порівнянні з державним регулюванням, відсутність у законодавстві норм, які б регулювали правовий статус саморегулівних організацій в галузі реклами; недостатність закріпленого в законодавстві обсягу повноважень громадських організацій; неузгодженість діяльності значної кількості громадських об'єднань у цій сфері і відсутність в неї системоутворюючого характеру. Встановлено зв'язок між відсутністю системних реформ у цій сфері, застарілістю, колізійністю і неповнотою законодавства та зменшенням авторитету закону для суб'єктів рекламної діяльності. Автор пропонує здійснення істотних інституційних змін в правовому регулюванні саморегулівних організацій в Україні, передусім в частині закріплення їхнього правового статусу, правил функціонування та засад здійснення державного контролю за їхньою діяльністю.

Ключові слова: неналежна реклама, саморегулівні організації, шкідлива інформація, суб'єкти рекламної діяльності, контроль, державне регулювання.

ВСТУП. За останнє десятиліття кількість способів поширення реклами суттєво зросла, а контекст подачі рекламних повідомлень істотно трансформувався порівняно з минулим. Особливо на це вплинуло активне використання інформаційних технологій, зокрема Інтернету. Закономірно, що держава в особі суб'єктів владних повноважень, які виконують контрольно-наглядові функції в галузі реклами, вже не може ефективно і одноосібно попереджати негативний інформаційний вплив реклами на дітей. Як наслідок, формуються додаткові механізми протидії протиправній поведінці в галузі реклами.

Одним із таких механізмів у державах з розвинутою системою саморегулювання є діяльність саморегулівних організацій, які паралельно з державою здійснюють захист споживачів від неналежної реклами.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти діяльності саморегулівних організацій в галузі реклами досліджували такі вчені, як А. Вітренко, Н. М. Грицюта, Є. В. Ромат, К. В. Руденко та інші. Однак дослідниками майже не аналізувалися чинники, які сприяють побудові ефективної системи контролю за

діяльністю суб'єктів рекламної діяльності саморегулівних організацій, та значення останніх в механізмі захисту дітей від негативного впливу реклами. Тому вважаємо актуальною необхідність проведення аналізу призначення органів саморегулювання в галузі реклами.

Метою цього дослідження є визначення призначення органів саморегулювання при здійсненні контролю за рекламною діяльністю і в захисті дитини від негативного інформаційного впливу реклами та визначення необхідних складових для побудови системи саморегулювання в Україні.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають, розвиваються і припиняються у сфері рекламної діяльності.

Предметом дослідження є значення саморегулівних організацій в механізмі захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами.

Методологія дослідження. Для досягнення поставленої мети використано наступні методи дослідження. Метод аналізу застосовано для дослідження особливостей успішної діяльності саморегулівних організацій в інших державах. Для виведення закономірностей та

з'ясування причин ефективної діяльності саморегулюваних організацій використовувалися методи узагальнення та системного аналізу. Для окреслення можливих шляхів впровадження системи саморегулювання в Україні використано метод правового моделювання.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ.

Поняття саморегулювання.

Саморегулювання означає надання можливості суб'єктам певного виду професійної діяльності, об'єднуючись на добровільній основі на принципах самоорганізації, самостійно регулювати (шляхом локальної нормотворчості) та контролювати здійснення підприємницької або професійної діяльності [1, с. 143].

Саморегулювання в галузі реклами здійснюється за допомогою органів саморегулювання, під якими розуміються "різні громадські організації (об'єднання), асоціації та спілки юридичних осіб, які регулюють рекламну діяльність через правила поведінки рекомендаційного характеру, що базуються переважно на етичних нормах" [2, с. 75]. Подібна система працює виключно на добровільних засадах, оскільки на законодавчому рівні відсутні норми, які покладали б на суб'єктів рекламної діяльності обов'язок виконувати приписи чи рекомендації громадських організацій.

У галузі реклами на потребі заохочення добровільного контролю саморегулюваними об'єднаннями як інструмента, який може запобігти зверненням до адміністративної або судової процедури, було наголошено ще в 1984 році в тексті Директиви Ради 84/450/ЄЕС від 10 вересня 1984 року про наближення законів, підзаконних актів та адміністративних положень держав-членів щодо реклами, що вводить в оману, яка згодом втратила чинність [3]. Аналогічне твердження також містить текст Директиви Європейського Парламенту та Ради 2006/114/ЄС від 12 грудня 2006 року про введення в оману та порівняльну рекламу [4]. Окрім того, у Директиві 2006/114/ЄС вказується на саморегулювну організацію як додатковий механізм захисту на рівні з судовими та адміністративними процедурами.

Тобто саморегулювання є самостійним механізмом врегулювання поведінки суб'єктів господарювання в окремій галузі економіки, зокрема в рекламі, який одночасно використовується для попередження та усунення наслідків протиправної поведінки учасників ринку реклами.

Л. В. Мамчур пропонує розглядати саморегулювання в якості першого з трьох рівнів нормативного регулювання рекламної діяльності (другий становить діяльність рекламних організацій, третій – державне регулювання) [5, с. 12-13]. І хоча за допомогою наведеного підходу підкреслюється важлива роль саморегулювання у галузі реклами, він все ж не в повній мірі відповідає доктринальним положенням теорії права. Нормативне регулювання є регламентацією загальних суспільних відносин правовими нормами, закріпленими в нормативно-правових актах, нормативно-правових договорах та інших формах права [6, с. 266], тоді як акти саморегулюваних організацій не містять норм права. Більш обґрунтовано видається позиція, за якої саморегулювання та правотворча діяльність розглядаються самостійно, однак підкреслюється їх тісний взаємозв'язок та взаємодоповнююча роль одне для одного [7, с. 32-33].

Переваги саморегулювання у порівнянні з державним регулюванням.

Досвід тривалого успішного функціонування саморегулюваних організацій у Великобританії, Франції, Німеччині

та деяких інших державах свідчить про наявність низки переваг у запровадженні та підтримці такого механізму захисту прав споживачів, в тому числі дітей, в галузі реклами. До таких переваг вважаємо за необхідне відносити наступне.

По-перше, саморегулюваним організаціям не властиві деякі специфічні прояви державного регулювання, зокрема:

- "тривалість процедури прийняття нового законодавства та відставання правового регулювання від реальної рекламної практики, що виникає у зв'язку з цим;
- неможливість на законодавчому рівні врегулювати всі необхідні та постійно змінні аспекти рекламної діяльності;
- неможливість врегулювати з позицій закону питання, що стосуються етичної сторони реклами" [8, с. 18].

Як наслідок, саморегулювну організацію здатні оперативно реагувати на зміни в процесі здійснення рекламної діяльності, появу нових рекламних засобів шляхом внесення змін до відповідних професійних кодексів, які містять етичні стандарти та вимоги до реклами.

По-друге, саморегулювну організацію в державах, де вони відіграють істотну роль на ринку реклами, здатні запропонувати більш оперативне усунення правопорушень та дешевший захист порушених прав порівняно із традиційними судовими та позасудовими механізмами захисту порушених прав [9, с. 2]. До прикладу, у Великобританії більшість скарг, які надходять до Комітету із рекламних стандартів Великобританії (the UK's Advertising Standards Authority, ASA), розглядаються виключно на рівні Комітету. І лише в тих випадках, коли порушник систематично ухиляється від виконання рішень Комітету, матеріали передаються до уповноважених органів державної влади [10].

Фактично, суб'єкти рекламної діяльності у випадку дотримання вимог, що висуваються до них саморегулюваними організаціями, у підсумку отримують низку переваг, а у разі порушення етичних правил втрачають більше, ніж від матеріальних чи організаційних обмежень, які застосовуються державою.

Дієвість заходів впливу, які вживає саморегулювну організація щодо порушника, пов'язана з їхньою специфікою. Так, у більшості випадків вони спрямовані на створення і закріплення в суспільстві негативного іміджу для відповідного суб'єкта рекламної діяльності. До прикладу, у Франції Колегія з професійної рекламної етики (Jury de Déontologie publicitaire), що входить до складу Ради, яка займається професійним регулюванням реклами (Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité), залежно від тяжкості порушень вправі:

1) опублікувати свої висновки на своєму сайті, для надання до них доступу громадськості (перший ступінь тяжкості);

2) опублікувати прес-реліз про порушення та порушника в друкованих ЗМІ (другий ступінь тяжкості);

3) опублікувати негативну рекламу про компанію порушника в друкованих ЗМІ (третій ступінь тяжкості) [11].

До того ж, як показує практика держав з розвинутою системою саморегулювання, наприклад, Великобританії, розроблені саморегулювну організацією етичні норми є обов'язковими не лише для членів цієї організації, але й для галузі загалом [9, с. 10]. Це досягається за рахунок розгалуженої системи санкцій, що передбачає можливість впливу на порушника, який не виконує рішення Комітету із рекламних стандартів. Так, до злісних порушників Комітет застосовує такі санкції, як: відмову від розміщення їх реклами засобами масових ко-

мунікацій, що є членами Комітету; позбавлення знижок чи торгових переваг, які надаються організаціями-членами Комітету [10, с. 9].

Разом із тим відзначимо, що для досягнення подібного рівня саморегуляції вплив професійного громадського об'єднання на галузь має бути загальноовизначним. Крім того, зазвичай до складу такого об'єднання входять не лише суб'єкти рекламної діяльності, але і засоби масової інформації та інші учасники ринку маркетингових комунікацій [12].

По-третє, суб'єкти господарювання та громадські організації безпосередньо зацікавлені в добровільних самообмеженнях. Очевидно, що виробництво та розповсюдження недобросовісної реклами негативно впливає на імідж рекламної галузі загалом, закономірно породжуючи негативну реакцію громадянського суспільства та збільшуючи потребу в посиленні нормативного регулювання цієї галузі. У ролі альтернативи вимушеній ескалації втручання держави у проблеми галузі реклами з метою забезпечення порівняної свободи при регулюванні рекламної діяльності, учасники ринку реклами можуть погодитися на добровільні самообмеження та самостійну протидію зростанню правопорушень з боку суб'єктів рекламної діяльності [13, с. 134].

По-четверте, саморегулювальні організації, на відміну від держави, не стикаються з фінансовими та нормативними обмеженнями при створенні окремих органів, діяльність яких спрямована на контроль за окремим різновидом рекламної діяльності. Так, у випадку з державою, створення будь-яких нових відділів в межах існуючого органу прив'язане до необхідності проведення змін у структурі всього органу (затвердження нового штатного розкладу, відкриття вакансій на посади державної служби) та збільшення видатків з бюджету на оплату праці спеціалістів у цьому органі. Створення ж окремого органу, який би займався певним напрямком рекламної діяльності, не вписується в державну політику, спрямовану на оптимізацію системи органів виконавчої влади.

У свою чергу, саморегулювальні організації мають у розпорядженні виключно кошти власного бюджету і за потреби можуть витратити їх на фінансування новоутворених структур. При цьому відсутні будь-які обмеження щодо утворення нових суб'єктів, які будуть контролювати окремі різновиди реклами, наприклад, рекламу дитячих кондитерських виробів. Наприклад, у Сполучених Штатах Америки Національні програми Бюро кращого бізнесу (National Programs Better Business Bureaus, NP BBB) складаються з цілої низки програм, серед яких окремо слід виділити ті, які займаються захистом прав дітей в галузі реклами. До них належать: Відділ з розгляду дитячої реклами (The Children's Advertising Review Unit, CARU), Ініціатива по рекламі дитячого харчування і напоїв (Children's Food and Beverage Advertising Initiative, CFBAI), Ініціатива по рекламі кондитерських виробів для дітей (Children's Confection Advertising Initiative, CCAI) [14].

Ще одним напрямом роботи саморегулювальних організацій в контексті захисту дітей є проведення досліджень ринку реклами. Так, у Великій Британії за результатами досліджень у цій сфері було опубліковано низку звітів: Звіт щодо суспільного сприйняття шкоди і злочинів у галузі реклами у Великобританії 2012 року (Public perceptions of harm and offence in UK advertising), звіт 2013 року "Діти та реклама в соціальних мережах" (Children and advertising on social media websites), "Га-

ряча тема про дітей і рекламу" 2013 року (ASA Hot Topic on Children and advertising) та інші.

Підсумовуючи все вищевикладене узагальнимо, що в умовах розвиненої системи саморегулювання роль держави зводиться до наступного. Саме в законодавстві закріплюється той мінімум вимог до реклами, який не може бути проігнорованим при розробці кодексів рекламної практики. Також у випадку невиконання рішень саморегулювальних організацій, скарги від останніх можуть передаватися до органів державної влади, уповноважених в імперативному порядку вживати заходів щодо припинення протиправної рекламної діяльності.

Умови, необхідні для впровадження системи саморегулювання

Водночас необхідно зауважити, що існування ефективної та розгалуженої системи саморегулювання можливе лише за умов наявності низки факторів.

У 2006 році Європейською Комісією з охорони здоров'я і захисту споживачів під час круглого стола, присвяченого питанням саморегулювання, було визначено наступні ключові елементи для визнання практики саморегулювання в державі такою, що заслуговує на довіру. Перше – це наявність відкритого діалогу із зацікавленими некомерційними організаціями та їх участь в процесі саморегулювання, друге – забезпечення адекватного моніторингу і відповідальності за виконання та результати саморегулювання [15].

Також слід зауважити, що система саморегулювання може розвиватися тільки за умов, коли на законодавчому рівні створені достатні можливості для цього. У країнах, де рекламна діяльність жорстко регулюється законом, менше можливостей для ефективного саморегулювання, ніж в тих, де дія закону залишається в межах загальних принципів [16].

З іншого боку, саморегулювання впроваджується з метою попередження надмірного втручання держави в конкретну галузь економіки [17, с. 25], а отже, держава все ж має об'єктивно сприйматися як авторитетний регулятор, який може вдатися до жорстких заходів щодо обмеження реклами. Це забезпечить достатній рівень усвідомлення всіма учасниками ринку, що в галузі реклами відсутні умови для безвідповідального зайняття підприємницькою діяльністю.

Стан саморегулювання в Україні.

З огляду на все вищевикладене, а особливо з урахуванням умов, необхідних для формування дієвої системи саморегулювання, доводиться констатувати, що в Україні вплив громадських організацій на галузь реклами та захист прав споживачів, порівняно з діяльністю саморегулювальних організацій за кордоном, є незначним. На сьогоднішній день в Україні відсутнє об'єднання учасників ринку реклами, до якого б входили представники всіх напрямків рекламної діяльності.

Однак можливо констатувати, що на фоні окремих видів реклами в Україні все ж відбувається консолідація учасників рекламного ринку. Так, в галузі телебачення діє Індустріальний телевізійний комітет, який об'єднує провідні телеканали і медійні агенції та представляє інтереси телевізійної галузі України. Серед покладених на комітет завдань слід виділити наступні: розвиток інструментів саморегулювання рекламного ринку та формування згуртованого рекламного співтовариства, яке діє за єдиними ринковими правилами [18].

Також аналогічні процеси відбуваються в галузі інтерактивної реклами. Зокрема в Україні діє організація

під назвою "Interactive advertising bureau Ukraine". Вона, окрім іншого, здійснює дослідження ринку інтерактивної реклами та впроваджує стандарти інтерактивної реклами [19].

Однак аналіз змісту діяльності вищезазначених організацій не дозволяє зробити висновок, що вони є повноцінним аналогом саморегулювних організацій Великої Британії, Франції, Австралії тощо. В Україні такі професійні об'єднання поки що не виконують функції щодо захисту споживачів від недобросовісної реклами.

Досліджуючи причини недостатньої розвинутості саморегулювання в Україні, слід зробити наступні узагальнення. Передусім, законодавство в галузі реклами ніяким чином не врегульовує правовий статус саморегулювних організацій в галузі реклами: таке положення відсутнє як у Законі України "Про рекламу", так і відсутній окремий нормативно-правовий акт [20, с. 9]. Як наслідок, це ускладнює процес формування єдиного суб'єкта, який би об'єднував собою більшість учасників ринку реклами та виконував функції щодо встановлення етичних стандартів в галузі реклами для всіх суб'єктів рекламної діяльності.

Також в чинному законодавстві закріплений недостатній обсяг повноважень громадських організацій для того, щоб вони могли здійснювати відчутний вплив на галузь. У статті 29 Закону України "Про рекламу" закріплене виключно право об'єднань громадян та об'єднань підприємств проводити експертизи, звертатися до суду та органів державної влади/місцевого самоврядування, представляти інтереси своїх членів.

Окрім того, діяльність значної кількості громадських об'єднань в Україні не є узгодженою, а отже, вона не має системоутворюючого впливу на галузь реклами.

До того ж, власне суб'єкти господарювання не зацікавлені у системі саморегулювання, а саме в добровільних самообмеженнях. Цьому сприяє недосконале законодавство, яке містить прогалини та колізії у правовому регулюванні рекламної діяльності, що не усуваються законодавчо і фактично не коригуються правозастосовною практикою. Фактично, з моменту прийняття Закону України "Про рекламу" комплексних реформ у цій галузі не проводилося. Як результат, більш привабливим для багатьох суб'єктів рекламної діяльності є збереження існуючого регулювання, а не створення альтернативи імперативному регулюванню з боку держави.

ВИСНОВКИ.

Таким чином, дослідження питань системи саморегулювання в контексті захисту дітей від негативного впливу інформації в галузі реклами дало змогу встановити наступне.

1. Саморегулювання є самостійним механізмом врегулювання поведінки суб'єктів господарювання в окремій галузі економіки, зокрема в рекламі, який одночасно використовується для попередження та усунення наслідків протиправної поведінки учасників ринку реклами.

2. Досвід розвинених держав показує, що саморегулювання у порівнянні з державним регулюванням має деякі переваги. Так, суб'єкти рекламної діяльності у випадку порушення етичних правил втрачають більше, аніж від матеріальних чи організаційних обмежень, які застосовуються державою. Також запровадження саморегулювання дозволить не витрачати бюджетні кошти держави, не ускладнювати систему органів державної влади і не зменшувати рівень лібералізму в системі координат "суспільство – держава".

3. Запровадження саморегулювання потребує деяких умов, зокрема, що має особливе значення для України – готовності зацікавлених некомерційних організацій до діалогу з державою та створення відповідних можливостей в законодавстві.

4. Стан саморегулювання в Україні характеризується тим, що:

1) у законодавстві відсутні норми, які б регулювали правовий статус саморегулювних організацій в галузі реклами;

2) закріплений в законодавстві обсяг повноважень громадських організацій є недостатнім;

3) діяльність значної кількості громадських об'єднань у цій сфері є неузгодженою, а як наслідок – не має системоутворюючого характеру;

4) відсутність системних реформ у цій сфері зумовила застарілість, колізійність і неповноту законодавства, що загалом зменшує авторитет закону для суб'єктів рекламної діяльності, включаючи готовність ним керуватися.

Це демонструє нагальну необхідність здійснення істотних інституційних змін в правовому регулюванні діяльності саморегулювних організацій в Україні. Вважаємо, що такі зміни мають розпочатися передусім в частині закріплення їхнього правового статусу, правил функціонування та засад здійснення державного контролю за їхньою діяльністю. Це дозволить надалі розширити права та обов'язки громадських організацій в галузі реклами і, відповідно, посилити охорону та захист прав і законних інтересів дітей як споживачів реклами.

Список використаних джерел:

1. Кологойда О. В. Теоретичні проблеми правового регулювання господарських відносин на фондовому ринку України: дис. ... д-ра юр. наук. Київ, 2016. 700 с.
2. Черячукин Ю. В. Проблемы правового регулирования рекламной деятельности в России и зарубежных государствах: автореф. дис. ... д-ра юр. наук. Волгоград, 2002. 41 с.
3. Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising. EUR-LEX. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31984L0450>.
4. Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising. EUR-LEX. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0114>.
5. Мамчур Л. В.. Правове регулювання реклами (цивілістичний аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2006. 203 с.
6. Скакун О. Ф. Теорія права і держави: підручник. 4-те вид. К.: Правова єдність: Алерта, 2014. 524 с.
7. Грицюта Н. М. Чинники формування етики рекламної комунікації: національний та міжнародний досвід. Українське журналістичознавство. 2014. Вип. 15. С. 30-36. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Uzhz_2014_15_8.
8. Чубукова І. В. Адміністративно-правове регулювання рекламної діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2009. 26 с.
9. Muela-Molina C., Perello Oliver S. Advertising self-regulation. A comparative analysis between the United Kingdom and Spain. *Comunicacion y Sociedad*. Vol. XXVII. № 3. 2014. Pp. 1-18. URL: <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Zer/article/download/10609/9851>.
10. Conway L. The role of the Advertising Standards Authority. The House of Commons Library. 2017. URL: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06130/SN06130.pdf>.
11. Teyssier J. P. La réforme du BVP et de l'autodiscipline publicitaire. URL: <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2008/09/Reforme.pdf>.
12. CAP Committees, Panels and Executive. ASA/CAP. URL: <https://www.asa.org.uk/about-asa-and-cap/people/cap-panels-and-committees.html#CAP>.
13. Ромат Є. В. Державне управління рекламною діяльністю в Україні (теоретико-методологічний аспект): дис. ... д-ра наук з держ. управління. Київ, 2004. 435 с.
14. BBB National Programs. URL: <https://bbbprograms.org/programs>.
15. Self-Regulation in the EU Advertising Sector: A report of some discussion among Interested parties. 2006. URL: <http://www.ort.hu/wp-content/uploads/2018/09/self-regulation-in-the-eu-advertising-sector-the-madelin-report.pdf>.
16. Грицюта Н. М. Формирование этики рекламы: национальный и Международный опыт. *Universum: общественные науки*. 2015. №5 (15).

URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/formirovanie-etiki-reklamy-natsionalny-i-mezhdunarodnyy-opyt>.

17. Ромат Є. В. Державне управління рекламою та саморегулювання у рекламній сфері. Київ: Студцентр, 2003. 112 с.

18. Про Індустріальний телевізійний комітет. URL: <http://itk.ua/ua/page/strategy/>.

19. Комітети. IAB Ukraine. URL: <https://iab.com.ua/komitety/>.

20. Зелена книга "Саморегулювання в Україні". Гончарук О., Заблоцький А., Лавриненко І., Малиюска Д., та ін. 2017. 80 с. URL: https://cdn.regulation.gov.ua/b8/48/e7/73/regulation.gov.ua_Саморегулювання%20в%20Україні_12.07.18.pdf.

Received: 15/10/2019

Accepted: 12/11/2019

A. Levchenko, PhD Student

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

FEATURES OF SELF-REGULATORY ORGANIZATIONS' ACTIVITY IN THE MECHANISM FOR CHILD PROTECTION FROM THE ADVERSE EFFECT OF THE ADVERTISEMENT

The research aims to determine the role of self-regulatory bodies in monitoring advertising activities and in protecting the child from their adverse influence, to assess the current state of self-regulation in this area in Ukraine and to determine necessary components for its systematic implementation into domestic legal system.

In order to achieve aforesaid aims the following methods of legal research have been applied: analysis, systemic analysis, generalization, legal modeling. Specifically, the method of analysis has been used to extract the features of the successful activities that are conducted by self-regulatory organizations in other countries. To derive patterns and clarify the reasons for the effective activities of self-regulatory organizations, methods of generalization and systemic analysis have been used. In addition, the method of legal modeling has been elaborated in order to determine the possible ways of self-regulatory system implementation in Ukraine.

The author analyzes the concept of self-regulation. The advantages of self-regulation in comparison with the state regulation are evaluated. Namely, it is done through the prism of the relevant legal experience taken from Great Britain, France, the United States of America. The conditions necessary for the implementation of a self-regulatory system are revealed. The current state of self-regulation in Ukraine is scrutinized. This makes it possible to find out the reasons for its underdevelopment in national legal context. In general, the analysis of Ukrainian legislation on advertising is carried out and the issues of the self-regulatory system in the context of protecting children from the negative impact of advertising information are studied thoroughly.

Approaches and relevant empirical material analyzed within the article allow the author to arrive at following conclusions. The author identifies the value of self-regulation, particularly, its advantages in comparison with the state regulation. Additionally, the author emphasizes the lack of special legislation in Ukraine that regulates the legal status of self-regulatory organizations in the field of advertising; insufficiency of the scope of public organizations powers stipulated in the legislation; the inconsistency of the activities of a significant number of public associations in this area as well as the absence of a certain sustainable reform in outlined domain. In this vein, the connection between the lack of systemic reforms in this area, desuetude, conflict of laws, as well as incomplete legislation and the decrease in the authority of the law for the actors in the advertising industry is established. The author suggests the ways of implementation of significant institutional changes in the legal regulation for self-regulatory organizations' activities in Ukraine, primarily in terms of consolidating their legal status, functioning certain rules and principles of state control over their activities.

Keywords: inappropriate advertising, self-regulatory organizations, harmful information, advertising industry actors, control, state regulation.

References:

- Kolohoida, O. V. *Teoretychni problemy pravovoho rehulivannia hospodarskykh vidnosyn na fondovomu rynku Ukrainy* [Theoretical Issues of the Economic Relations Regulation in the Ukrainian Stock Market]. (Doctor Thesis). Kyiv. 2016. 700 s. [in Ukrainian].
- Cheryachukin, Yu. V. *Problemy pravovogo regulirovaniya reklamnoj deyatel'nosti v Rossii i zarubezhnykh gosudarstvakh* [Problems of legal regulation of advertising activity in Russia and foreign countries]. (Doctor Thesis). Volgograd. 2002. 41 s. [in Russian].
- Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising. (Sept. 10, 1984). EUR-Lex. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31984L0450> [in English].
- Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council concerning misleading and comparative advertising. (Dec. 12, 2006). EUR-LEX. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0114> [in English].
- Mamchur, L. V. *Pravove rehulivannia reklamy (tsyvilistychnyi aspekt)* [Legal regulation of advertising (civil aspects)]. (PhD Thesis). Lviv. 2006. 203 s. [in Ukrainian].
- Skakun, O. F. (2014). *Teoriia prava i derzhavy* [Theory of Law and State]. Kyiv: Pravova yednist : Alerta. 2014/ 524 s. [in Ukrainian].
- Hrytsiuta, N. M. (2014). Chynnyky formuvannia etyky reklamnoi komunikatsii: natsionalnyi ta mizhnarodnyi dosvid [Factors of forming of ethics of advertising communication: national and international experience]. *Ukrainske zhurnalistykoznavstvo* [Ukrainian Journalism]. 2014. Vip. 15. S. 30-36. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/UJRN/Uzhz_2014_15_8 [in Ukrainian].
- Chubukova, I. V. *Administrativno-pravove regulirovanie reklamnoj deyatel'nosti* [Administrative-legal regulation of advertising activity]. (PhD Thesis). Moscow. 2009. 26 s. [in Russian].
- Muela-Molina, C., Perello Oliver, S. Advertising self-regulation. A comparative analysis between the United Kingdom and Spain. *Comunicacion y Sociedad*, XXVII, 3, 1-18. Retrieved from <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Zer/article/download/10609/9851> [in English].
- Conway, L. (2017). *The role of the Advertising Standards Authority*. The House of Commons Library. 2017. Retrieved from <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06130/SN06130.pdf> [in English].
- Teyssier, J. P. *La réforme du BVP et de l'autodiscipline publicitaire* [The reform of BVP and self-regulatory advertising]. Retrieved from <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2008/09/Reforme.pdf> [in French].
- CAP Committees, Panels and Executive. ASA/CAP. Retrieved from <https://www.asa.org.uk/about-asa-and-cap/people/cap-panels-and-committees.html#CAP> [in English].
- Romat, Ye. V. (2004). *Derzhavne upravlinnia reklamnoi diialnistii v Ukraini (teoretyko-metodolohichniy aspekt)* [Public administration in advertising sphere in Ukraine (theoretical and methodological aspects)]. (Doctor Thesis). Kyiv. 2004. 435 s. [in Ukrainian].
- BBB National Programs. URL: <https://bbbprograms.org/programs>. [in English].
- Self-Regulation in the EU Advertising Sector: A report of some discussion among Interested parties. Retrieved from <http://www.ort.hu/wp-content/uploads/2018/09/self-regulation-in-the-eu-advertising-sector-the-madelin-report.pdf>. 2006. [in English].
- Gricyuta, N. M. *Formirovanie etiki reklamy: nacionalny i mezhdunarodnyy opyt* [Forming of Advertising Ethics: National and International Experience]. *Universum: obshchestvennye nauki* [Universum: Social Sciences]. 2015. №5 (15). Retrieved from <https://cyberleninka.ru/article/n/formirovanie-etiki-reklamy-natsionalny-i-mezhdunarodnyy-opyt> [in Russian].
- Romat, Ye. V. *Derzhavne upravlinnia reklamoiu ta samorehulivannia u reklamii sferi* [Public administration of advertising and self-regulation in the advertising sphere]. Kyiv: Studtsentr. 2003. 112 s. [in Ukrainian].
- Pro Industrial'nyi televiziyniy komitet [About Television Industry Committee]. Retrieved from <http://itk.ua/ua/page/strategy> [in Ukrainian].
- Komiteti. IAB Ukraine [Committees. IAB Ukraine]. URL: <https://iab.com.ua/komitety/> [in Ukrainian].
- Zelena knyha "Samorehulivannia v Ukraini" [Green Paper "Self-Regulation in Ukraine"]. Honcharuk, O., Zablotskyi, A., Lavrynenko, I., Maliuska, D. et al. 2017. 80 s. Retrieved from https://cdn.regulation.gov.ua/b8/48/e7/73/regulation.gov.ua_Саморегулювання%20в%20Україні_12.07.18.pdf [in Ukrainian].

О. Погорєлова, канд. юрид. наук, асист.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ДОМАШНЬОЇ ПРАЦІ

Присвячено дослідженню основних міжнародних стандартів у сфері праці домашніх працівників. Визначено поняття домашніх працівників із розмежуванням його від понять "фріланс", "надомна робота", "дистанційна зайнятість", наведено ознаки, що притаманні домашнім працівникам. Розглянуто основні проблеми, з якими стикаються домашні працівники при здійсненні своєї трудової діяльності та проаналізовано основні гарантії захисту трудових прав домашніх працівників: заборона дитячої праці, заборона застосування примусової праці, належних побутових умов, у випадку проживання у домогосподарстві роботодавця, гарантування права на відпочинок, надання часу відпочинку, надання належних умов праці. Визначено необхідність укладення письмового трудового договору та відповідно умови, які мають бути зазначені у трудовому договорі. З'ясовано роль приватних агентств зайнятості у працевлаштуванні домашніх працівників та необхідності законодавчого регулювання їх діяльності. Зазначено щодо необхідності здійснення перевірок інспекціями праці умов роботи та умов проживання домашніх працівників. Метою статті є дослідження ключових трудових стандартів у сфері праці домашніх працівників та внесення пропозицій щодо вдосконалення національного законодавства.

У статті обґрунтовано необхідність ратифікації в повному обсязі Конвенції МОП №189 про гідну працю домашніх працівників для посилення гарантій дотримання трудових прав таких працівників. Автором здійснено пропозиції щодо внесення окремих норм в трудове законодавство для належної регламентації трудової діяльності домашніх працівників, із зазначенням відповідних гарантій, які б забезпечили належний рівень дотримання прав домашніх працівників.

Ключові слова: домашні працівники, правове регулювання, трудові відносини, Конвенції МОП, трудовий договір, трудові правовідносини.

Постановка проблеми: В сучасному світі все більшого поширення набуває тенденція використання праці домашніх працівників, і хоча це явище не є новим, підвищення участі жінок на ринку праці, які традиційно виконували домашні роботи, зумовлює підвищення попиту роботи, яка виконується домашніми працівниками. За даними Міжнародної організації праці в світі сьогодні налічується близько 67 мільйонів домашніх працівників, при цьому більша частка цих працівників становлять жінки (80 відсотків) [1]. Міжнародною організацією праці було визначено, що домашні працівники часто потерпають від порушення своїх трудових прав, працюючи в умовах, що перевищують робочий час нормальної тривалості, з порушенням норм охорони праці, часто порушують їх права в сфері оплати праці. Такий стан речей відбувається здебільшого через відсутність спеціального правового регулювання праці домашніх працівників, в багатьох країнах світу домашні працівники виключені зі сфери дії трудового законодавства. Крім того, часто домашня робота виконується найбільш вразливими категоріями населення – це жінки та мігранти, які більш схильні до експлуатації з боку роботодавців, що потребують додаткових гарантій регламентації їх праці порівняно з іншими працівниками. Трудове законодавство України не містить спеціального регулювання трудової діяльності домашніх працівників, у зв'язку з чим потребується дослідження міжнародних трудових стандартів в даній галузі, на підставі чого можуть бути здійснені пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання праці домашніх працівників.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі питання праці домашніх працівників досліджували М.І. Наньєва С.В. Венідіктов, М.І. Іншин, С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко, Г.І. Городецька, А.Я. Бартків, М. Борисенко, І.В. Лагутіна, Білоус О.Ю. та інші.

Метою цієї статті є дослідження ключових міжнародних норм у сфері застосування праці домашніх працівників відповідно до Конвенцій МОП, стану їх імплементації в Україні, внесення пропозицій щодо вдосконалення національного законодавства з метою ефективної реалізації права працівників на гідну заробітну плату.

Предметом дослідження є сучасний стан та особливості нормативно-правового регулювання праці домашніх працівників.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають в процесі застосування праці домашніх працівників.

Методологія дослідження. Методологічною основою дослідження є сукупність загальних і спеціальних методів наукового пізнання, які використано з урахуванням поставленої мети. Так, догматичний метод у поєднанні з порівняльно-правовим, структурно-логічним методом склали методологічну основу для аналізу та зіставлення норм міжнародних норм та національного трудового законодавства, що сприяло виявленню недоліків та формуванню пропозицій щодо вдосконалення правових норм з погляду їх відповідності міжнародним стандартам.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ.

Основним нормативним актом, який врегульовує питання діяльності працівників Міжнародної організації праці є Конвенція МОП про гідну працю домашніх працівників № 189, прийнятою 16.06.2011 року, яка визнала, що домашні працівники вносять значний вклад у глобальну економіку, проте, на сьогодні є недооціненим, потребує захисту трудових прав із включенням їх праці в сферу дії трудових відносин [2]. Також, МОП видано відповідну Рекомендацію про гідну працю домашніх працівників № 201, яка надає практичні рекомендації для регулювання діяльності домашніх працівників.

Конвенцією МОП № 189 визначено домашнього працівника як особу, що займається працею, що виконується в домашньому господарстві або для домашнього господарства постійно та на професійній основі [2]. Робота домашніх працівників визначається потребами роботодавця – це є няні, прибиральниці, кухарі, садівники, охоронці, водії тощо, в літературі ще зустрічається назва хатні працівники. У трудових кодексах Білорусі та Казахстану мають окремі розділи стосовно роботи домашніх працівників та визначені в них як особи, які виконують за трудовим договором роботу в домашньому господарстві громадян, які надають їм технічну допомогу в літературній, творчій діяльності та інші види послуг, передбачені законодавством [3;57].

Міжнародної організацією праці було надано ознаки домашньої роботи, це: 1) робоче місце домашнього працівника є приватний будинок; 2) виконувана робота домашнього працівника носить побутовий характер (прибирання, приготування їжі, прання, догляд за дитиною, особиста опіка, та інші домашні завдання водіння, патрулювання); 3) робота проводиться під керівництвом та наглядом господаря домогосподарства, в якому працює працівник; 4) працівник отримує винагороду у грошовій та/або натуральній формі; 5) роботодавець не отримує прибутки з роботи працівника [4;9].

В законодавстві України на сьогодні відсутнє визначення домашнього працівника та діяльність таких працівників не врегульована, у зв'язку з чим домашні працівники найчастіше перебувають у неформальному секторі зайнятості. Кабінетом міністрів України 20.12.2015 року № 3734 було подано законопроект "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо регулювання та легалізації зайнятості домашніх працівників", де домашню працю було визначено – як працю, яка спрямована на обслуговування господарства або сім'ї на підставі трудового договору більше 80 годин на місяць [5], із визначенням гарантії діяльності домашніх працівників. Проте даний проект закону був відхилений.

Домашню роботу традиційно відносять до нетипових форм зайнятості [6;19], і у зв'язку з термінологічною невизначеністю, поняття домашніх працівників плутають з поняттям надомної праці, дистанційної праці та фрілансом, які на сьогодні, також, широко застосовуються в Україні, і не визначені законодавством, що є суттєвим недоліком. Так, наприклад, О.Г. Середа в дослідженні щодо аспектів регулювання дистанційної роботи помилково зазначає: "дистанційні працівники в цьому світі забезпечують догляд за членами сім'ї та виконують іншу роботу по дому", посилаючись на Конвенцію МОП № 189 та Рекомендацію МОП № 201, які не містять положень про дистанційних працівників [7]. Домашні працівники відрізняються від надомних працівників місцем виконання трудової функції [8; 413]. Надомними працівниками є особи, які уклали трудовий договір із підприємством про виконання роботи вдома з використанням своїх знарядь та засобів праці або які надаються підприємством [9]. "Дистанційна робота" і "надомна праця" є дуже схожими поняттями та мають однакову юридичну природу, проте дистанційна робота є ширшим поняттям, аніж надомна праця, оскільки може виконуватись будь-де, на відміну від надомної, яка виконується працівником лише вдома [10; 118]. "Фріланс" характеризується виконанням роботи самозайнятою особою (вільний художник, творчі професії), яка, як правило, виконує віддалену роботу та не пов'язана з перебуванням на території роботодавця, на відміну від домашньої роботи, яка характеризується її виконанням саме в приміщеннях роботодавця та відповідно характеризується виконанням роботи на підставі цивільних договорів та не включенням у сферу трудових правовідносин. Домашню роботу (domestic work), що виконується в межах трудових правовідносин, необхідно відрізнити від домашньої роботи (house work) по домашньому господарству, що виконується членами сім'ї без винагородження і не підпадає під дію трудових правовідносин. [11; 62-63].

Конвенція МОП № 189 проголосила, що домашні працівники користуються всіма діючими трудовими стандартами на рівні з іншими працівниками, при цьому рівне забезпечення їх прав потребує доповнення специфічними нормами для можливості рівного ставлення до їх роботи [2]. Кодексом законів про працю України, статтею 3 зазначається, що законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств,

установ, організацій, в тому числі працівників, які уклали трудовий договір із фізичними особами, відповідно діюче трудове законодавство розповсюджується в тому числі на домашніх працівників.

Домашня робота часто пов'язана з використанням дитячої праці, за оцінками МОП, сьогодні в світі налічується близько 250 мільйонів працюючих дітей, більша частина, яких зайняті, як домашні працівники. МОП також зазначено, що найбільша частка зайнятих дівчат до 16 років є домашніми працівниками, які є найбільш вразливими категоріями працівників до порушення своїх прав та експлуатації [12; 3], у зв'язку з чим Конвенція МОП № 189 [2] наголошує звернути увагу на те, що домашніми працівниками не можуть бути особи, вік яких нижче, аніж встановлено національним законодавством, а також, надання можливості неповнолітнім працівникам, які навчаються, можливості здобувати освіту, проголосивши, при цьому, основним принципом застосування праці домашніх працівників, заборону дитячої праці. Українське законодавство, повністю відповідає міжнародним нормам в частині встановлення мінімального віку роботи, КЗпП України встановлює можливість укласти трудовий договір з 16 років, в окремих випадках з 15 (14) років для виконання легкої роботи [13].

Домашні працівники часто стають жертвами психологічного та фізичного насильства на роботі [11; 62], у зв'язку з чим Конвенцією МОП № 189 статтею 5 було закріплено, що кожна держава має приймати міри для забезпечення того, що б домашні працівники користувались дієвим захистом від всіх форм зловживань, посягань та насильства. Крім того, часто домашні працівники виконують примусову працю, а їх робота в деяких випадках може нагадувати рабство, особливо це стосується домашніх працівників-мігрантів, які стикаються з недобросовісними роботодавцями, залежністю членів сім'ї від грошових переказів мігрантів тощо [14; 47]. У даному контексті слід погодитись з О.Ю. Білоус, що не зважаючи на ратифікацію конвенцій МОП № 105 та № 29 щодо примусової праці, національне законодавство не було приведено у відповідність до положень вказаних конвенцій, у зв'язку з чим КЗпП України потребує внесення спеціальних норм щодо заборони примусової праці [6; 131-132].

Для забезпечення дієвого захисту домашніх працівників з ними має укладатись трудовий договір, який буде гарантією реалізації працівниками своїх прав та дотримання зобов'язань роботодавцем, і відповідно вираженням свободи праці. Підхід МОП було направлено на регулювання праці домашніх працівників [15;131-132], через укладення типових трудових договорів (контрактів). Конвенція МОП № 189 зазначає, що трудовий договір з домашнім працівником має містити наступні положення: ім'я та адреса роботодавця та працівника, адреса місця роботи, дата початку дії договору та строк його дії, трудову функцію працівника, розмір винагороди, робочий час, час відпочинку, забезпечення житлом та його умови, випробувальний термін, умови репатріації, умови припинення трудових правовідносин [2]. Також рекомендація МОП № 201 визначає, що трудові договори мають містити в собі умови щодо відпусток у зв'язку із хворобою, умови щодо будь-яких платежів та будь-яких відрахувань із заробітної плати дозволених законодавством [16]. Слід, також зазначити, що в трудовому договорі з домашнім працівником має бути чітко визначено коло обов'язків, які їм мають виконуватись, оскільки трудова функція працівника визначається за домовленістю з роботодавцем і в кожному конкретному випадку можуть бути різними. Обов'язково трудовий договір, у разі, якщо домашній працівник є мігрантом з іншої кра-

їни, він має бути викладений декількома мовами, одна з яких буде відома і зрозуміла працівникові.

У трудовому договорі з домашнім працівником має чітко врегульовуватись питання щодо робочого часу такого працівника, і його робочий час не має перевищувати законодавчо визначених 40 годин. Проте однією з найбільших проблем, з якою стикаються домашні працівники, є перевищення робочого часу. Значна частка (45 %) домашніх працівників не мають вихідних днів хоча б раз на тиждень [17, 313]. У багатьох країнах світу домашні працівники працюють більше 60 годин на тиждень, не мають жодних обмежень робочого дня та права на відпустку [18]. Для запобігання даної проблеми, МОП визначила, що домашні працівники мають забезпечуватись щоденним, щотижневим відпочинком (який має тривати не менше 24 годин поспіль) та відпусткою. Додатково, визначено гарантію, що день не вважається вихідним, коли працівник не може покинути території домашнього господарства та продовжує там перебувати на випадок, якщо знадобиться виконання його роботи. Отже, в трудовому договорі з домашнім працівником має бути чітко визначені його вихідні, і яким чином вони компенсуються у разі застосування роботи у вихідний день.

Трудові договори з домашніми працівниками мають укладатись в письмовій формі для належного інформування працівників про наступні умови праці. Дане положення відображено в КЗпП України ст. 24, де визначено, що трудовий договір має обов'язково укладатись у письмовій формі при укладенні з фізичною особою роботодавцем. Наказом Міністерства праці та соціальної політики України № 260 від 08.06.2001 року було затверджено форму трудового договору між працівником та фізичною особою, яка використовує найману працю та порядок реєстрації трудового договору між працівником і фізичною особою, яка використовує найману працю [19], яке розповсюджується як на фізичних осіб-підприємців, так і на фізичних осіб, які використовують найману працю для ведення домашнього господарства. Згідно з вказаним порядком, трудовий договір має бути зареєстрований у державній службі зайнятості за місцем проживання роботодавця у тижневий строк з моменту фактичного допуску домашнього працівника до роботи. Проте вказана норма суперечить ч. 3 ст. 24 КЗпП України, де визначено, що працівника не може бути допущено до роботи без укладання трудового договору та повідомлення про прийняття на роботу працівника державного органу виконавчої влади, який здійснює адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування [13]. У зв'язку з чим, положення про реєстрацію трудового договору з фізичною особою потребує приведення його у відповідність до положень КЗпП України, і має бути визначено заборону допуску до роботи домашніх працівників без укладеного трудового договору.

Гідні умови домашньої праці не можливі без справедливої винагороди за виконану роботу. Винагорода працівників за виконану працю має становити не менше мінімальної заробітної плати та виплачуватись не рідше одного разу на місяць [2], як визначено Конвенцією МОП № 189, за українським трудовим законодавством має виплачуватись не рідше двох разів на місяць, забороняється дискримінація у виплаті заробітної плати за ознакою статі.

Важливим кроком у забезпеченні дотримання та захисту прав домашніх працівників є належне регулювання діяльності приватних агентств зайнятості [2], які на сьогодні набули широкого розповсюдження, у тому числі і для працевлаштування домашніх працівників, які часто зловживають правами працівників у своїй діяльності, укладаючи з працівниками неправдиві та незро-

зумілі трудові договори, не інформуючи працівників про майбутні умови праці, що може призвести до більшого контролю та експлуатації з боку роботодавців. На сьогодні в Україні діяльність приватних агентств зайнятості неналежним чином врегульовано, містяться лише окремі положення щодо їх діяльності. Так, наприклад, робота приватних агентств зайнятості в Україні не підлягає ліцензуванню, а підлягає ліцензуванню лише у працевлаштуванні працівників за кордон. Не маючи процедури контролю з боку держави такі агентства в більшості випадків здійснюють свою роботу із порушенням прав працівників. Попов О. Г. зазначає, що відсутність дозвільної системи у агентств зайнятості негативно впливають на права та інтереси працівників, оскільки не визначено контролюючий орган діяльності приватних агентств зайнятості [20; 81]. Не врегульовано такі відносини, які мають характер тристоронніх відносин, не визначено, яким чином розподіляються обов'язки між роботодавцями. При цьому слід зауважити, що працівники, які укладають трудові договори з приватним агентством зайнятості і які направляються виконувати роботи в домашнє господарство на непостійній основі, домашніми працівниками вважатись не можуть.

Часто домашні працівники стикаються з обмеженням свого права на вільне пересування, віддаючи роботодавцям або в приватні агентства зайнятості свої особисті документи, у зв'язку з чим Конвенцією МОП № 189 було закріплено необхідність зберігання в себе проїзних документів та відповідні документи, що посвідчують їх особистість.

Працівники стикаються з порушенням своїх прав на безпечні та здорові умови роботи, неналежними умовами проживанням, для деяких категорій домашніх працівників умови роботи збігаються з умовами житла, оскільки часто такі працівники проживають разом із роботодавцем, як правило це стосується працівників, які є зовнішніми мігрантами або внутрішніми переселенцями [21;11]. У забезпеченні цих прав важливе значення мають інспекції праці, які мають контролювати роботодавців у дотримання законодавства з цих питань. Складність таких перевірок полягає в тому, що умови роботи домашніх працівників є приватною власністю, що як правило обмежує можливості здійснення перевірок інспекціями праці без дозволу власників. Для вирішення цих питань державами має бути вирішено, в яких випадках такі перевірки можуть проводитись без дозволу без порушення права на приватну власність, оскільки обмеження можливості втручання в приватне життя не має слугувати причиною недодержання трудового законодавства [22].

Висновки:

Підсумовуючи наведене необхідно зазначити, що українське законодавство не має на сьогодні належного правового механізму захисту діяльності домашніх працівників, у зв'язку з чим потребується провести заходи щодо ратифікації Конвенції МОП про гідну працю домашніх працівників № 189 із впровадженням в національне законодавство міжнародних норм, визначених даною конвенцією.

Зважаючи на те, що в Україні триває прийняття Трудового кодексу, необхідним є внесення до проекту Трудового кодексу окремої глави щодо регулювання праці домашніх працівників, де будуть визначені основні засади їх діяльності та гарантії дотримання трудових прав: 1) має бути визначено поняття домашнього працівника – як працівника, який виконує роботу, яка носить побутовий характер або інші домашні завдання, пов'язані з особистими потребами фізичної особи роботодавця, проводиться під його особистим контролем та без наміру отримати прибуток; 2) гарантії заборони дитячої праці та примусової в домашньому господарстві;

3) гарантії оплати праці не нижче встановленого мінімального рівня; 4) гарантії безпечних умов праці та житлових умов домашніх працівників; 5) можливість контролюючим органам у сфері праці здійснювати перевірки щодо умов праці та житла домашнього працівника.

Необхідно усунути розбіжності між КЗП України та порядком реєстрації трудових договорів із фізичними особами щодо неможливості допуску домашніх працівників до роботи без укладення трудового договору, його реєстрації та відповідних державних органів, що здійснюють адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування.

Список використаних джерел:

1. ILO What Works Research Brief No. 9. Implementation of international labour standards for domestic workers. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_572156.pdf (дата звернення: 23.10.2019)
2. Конвенція МОП № 189 про гідну працю домашніх працівників від 16.06.2011 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/993_530 (дата звернення: 23.10.2019)
3. Нан'єва М.І. Укладення трудового договору за законодавством України та окремих зарубіжних країн: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Національний університет "Одеська юридична академія" 2017. 210 с.
4. Asha D'Souza. Moving towards Decent work for Domestic workers: An Overview of the ILO's work. 2010. URL: <http://courses.ilo.org/A906119/documentation/ilo-studies-papers/Moving%20towards%20DWDW%20Overview%20of%20ILOs%20work.pdf> (дата звернення: 22.10.2019)
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо регулювання та легалізації зайнятості домашніх працівників: проект закону № 3734 від 28.12.2015 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57599 (дата звернення: 22.10.2019)
6. Білоус О.Ю. Конвенції міжнародної організації праці як джерела трудового права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Національний університет "Одеська юридична академія" 2016. 195 с.
7. Середа О.Г. Деякі аспекти впровадження регулювання дистанційної роботи в сучасному законодавстві. Актуальні проблеми юридичної науки на шляху сучасної розбудови держави і суспільства: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. Суми. С. 245–248. URL: <https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/36784/1/legislation.pdf> (дата звернення: 22.10.2019)
8. Курс порівняльного трудового права: підручник / [за ред. А. Р. Мацюка. Х.: НікаНова, 2012. 979 с.
9. Положення про умови праці надомників: постанова Державного комітету СРСР з праці та соціальних питань від 29.09.1981. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v0275400-81> (дата звернення: 22.10.2019)
10. Прилипка О.С. Юридична природа і зміст нестандартних трудових договорів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Київ. нац. ун-т. імені Тараса Шевченка. Київ, 2014. 215 с.

O. Pohorielova, PhD (Law), Assistant
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

INTERNATIONAL STANDARDS FOR THE REGULATION OF DOMESTIC LABOUR

The article deals with the basic international standards in the field of domestic workers. The author defines the concept of domestic workers and distinguishes it from such concepts as "freelancing", "domestic work", "remote employment". The characteristics of domestic workers are given. The article also identifies the main problems faced by domestic workers in carrying out their work and analyzes the basic guarantees for the protection of domestic workers' labor rights: prohibition of child labor, prohibition of forced labor, proper living conditions, in the case of residence in the employer's household, guaranteeing the right to rest, providing rest time, providing proper working conditions. The author stipulates the necessity to form a written employment contract and the relevant conditions. The role of private employment agencies in the employment of domestic workers and the need for legislative regulation of their activities are identified. The author also indicates the necessity to inspect working and living conditions of domestic workers.

The purpose of the article is to examine key labor standards for domestic workers' activity and to make suggestions for the improvement of national legislation.

The article stipulates the need for full ratification of the Convention on Decent Work of Domestic Workers No.189 in order to strengthen the guarantees for the observance of such workers' labor rights. The author proposes to implement certain norms into the labor legislation for the proper regulation of domestic workers' labor activity to ensure a proper level of respect for the rights of domestic workers.

Keywords: domestic workers, legal regulation, labor relations, the Convention concerning Decent Work for Domestic Workers, an employment contract, employment relationship.

References:

1. ILO What Works Research Brief No. 9. Implementation of international labour standards for domestic workers. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_572156.pdf (in English)
2. Конвенція МОП № 189 про гідну працю домашніх працівників від 16.06.2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/993_530. (in Ukrainian).
3. Nan'jeva M.I. Ukladenja trudovogo dogovoru za zakonodavstvom Ukraїny ta okremyh zarubizhnyh kraїn [Conclusion of an employment contract under the legislation of Ukraine and certain foreign countries]: dys. ... kand. juryd. nauk: 12.00.05 / Nacional'nyj universytet "Odes'ka jurydychna akademija" 2017. 210 p. . (in Ukrainian).
4. Asha D'Souza. Moving towards Decent work for Domestic workers: An Overview of the ILO's work. 2010. URL: <http://courses.ilo.org/A906119/documentation/ilo-studies-papers/Moving%20towards%20DWDW%20Overview%20of%20ILOs%20work.pdf> (in English)
5. Pro vnesennja zmin do dejakyh zakonodavchyh aktiv Ukraїny shhodo reguljuvannja ta legalizacii' zajnjatosti domashnih pracivnykiv: proekt zakonu № 3734 vid 28.12.2015. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57599. (in Ukrainian).
6. Bilous O.Ju. Konvencii' mizhnarodnoi' organizacii' pracj jak dzherela trudovogo prava [International Labour Organization as a source of labour law]: dys. ... kand. juryd. nauk: 12.00.05 / Nacional'nyj universytet "Odes'ka jurydychna akademija" 2016. 195 s. . (in Ukrainian).

11. Азбука прав працюючих жінок: друге видання. МОП.2010 URL: http://www.un.org.ua/images/documents/4506/wcms_168910.pdf (дата звернення 15.10.2019).

12. Child domestic work: innocent digest. UNICEF. URL: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest5e.pdf> (дата звернення: 22.10.2019).

13. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/322-08> (дата звернення: 22.10.2019).

14. Eliminating Forced Labour. Handbook for Parliamentarians No. 30. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_723507.pdf (дата звернення: 15.10.2019)

15. Towards a fair deal for migrant workers in the global economy. Report VI. Sixth item on the agenda. International Labour Office Geneva. 2004. URL: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf> (дата звернення 15.10.2019).

16. Domestic Workers Recommendation № 201. 2011. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100_ILO_CODE:R201 (дата звернення 15.10.2019).

17. Ларутіна І. В. Особисті немайнові трудові права домашніх працівників. Вісник Академії правових наук України. 2012. № 2(69). С. 312-317

18. Martine Humblet. Lisa Hult, , The right to rest for domestic workers – Setting a floor. ILO. 2015. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_364744.pdf (дата звернення 15.10.2019).

19. Про затвердження Форми трудового договору між працівником і фізичною особою, яка використовує найману працю, та Порядку реєстрації трудового договору між працівником і фізичною особою, яка використовує найману працю: наказ Міністерства праці та соціальної політики України № 260 від 08.06.2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z0554-01> (дата звернення 15.10.2019).

20. Попов О.Г. Суб'єкти правовідносин із запозиченої праці. Вісник Херсонського державного університету. Юридичні науки. Випуск 3-2. Том 3. 2015. С. 78-81.

21. Asha D'Souza. Moving towards Decent work for Domestic workers: An Overview of the ILO's work. 2010. URL: <http://courses.ilo.org/A906119/documentation/ilo-studies-papers/Moving%20towards%20DWDW%20Overview%20of%20ILOs%20work.pdf> (дата звернення 15.10.2019).

22. Decent work for domestic workers, International Labour Conference, 100th Session, 2011, Report IV (2A), Fourth item on the agenda. ILO, Geneva. 70 p.. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151864.pdf (дата звернення 20.10.2019).

Наукове дослідження проведено в рамках держбюджетної теми №19БФ042-01М "Соціально-правові засади збереження та розвитку трудового потенціалу України".

Received: 05/10/2019

1st Revision: 07/11/2019

Accepted: 15/11/2019

7. Sereda O.G. Dejaki aspekty vprovadzhennja reguljuvannja dystancijnoi' roboty v suchasnomu zakonodavstvi. [some aspects of the implementation of telework regulation in modern legislation]. Aktual'ni problemy jurydychnoi' nauky na shljahu suchasnoi' rozbudovy derzhavy i suspil'stva : materialy Mizhnarodnoi' naukovo-praktychnoi' konferencii. Sumy. S.245–248. URL: <https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/36784/1/legislation.pdf>. (in Ukrainian).
8. Kurs porivnjalnogo trudovogo prava [comparative labour law course] : pidruchnyk / za red. A. R. Macjuka. H. : NikaNova, 2012. 979 s. . (in Ukrainian).
9. Polozhennja pro umovy praci nadomnykiv: postanova Derzhavnogo komitetu SRSR z praci ta social'nyh pytan' vid 29.09.1981. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v0275400-81>. (in Ukrainian).
10. Prylypko O.S. Jurydychna pryroda i zmist nestandardnyh trudovyh dogovoriv [Legal nature and content of non-standard employment contracts]: dys. ... kand. juryd. nauk: 12.00.05 / Kyi'v. nac. un-t. imeni Tarasa Shevchenka. Kyi'v, 2014. 215 s. . (in Ukrainian).
11. Azbuka prav pracujujuchykh zhynok [Alphabet of workig women]: druge vydannja. MOP. 2010 URL: http://www.un.org.ua/images/documents/4506/wcms_168910.pdf. (in Ukrainian).
12. Child domestic work: innocent digest. UNICEF. URL: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest5e.pdf> (in English)
13. Kodeks zakoniv pro praju Ukraïny vid 10.12.1971. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/322-08>. (in Ukrainian).
14. Eliminating Forced Labour.Handbook for Parliamentarians No. 30. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipcc/documents/publication/wcms_723507.pdf (in English)
15. Towards a fair deal for migrant workers in the global economy. Report VI. Sixth item on the agenda. International Labour Office Geneva. 2004. URL: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf> (in English)
16. Domestic Workers Recommendation № 201. 2011. URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R201 (in English)
- 17.. Lagutina I. V. Osobysti nemajnovi trudovi prava domashnih pracivnykiv [personal non-property labor right of domestic workers]. Visnyk Akademii' pravovyh nauk Ukraïny 2012. № 2(69) s. 312-317. (in Ukrainian).
18. Martine Humblet. Lisa Hult, The right to rest for domestic workers – Setting a floor. ILO. 2015. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_364744.pdf. (in English)
19. Pro zatverdzhennja Formy trudovogo dogovoru mizh pracivnykom i fizychnoju osoboju, jaka vykorystovuje najmanu praju, ta Porjadku rejestracij' trudovogo dogovoru mizh pracivnykom i fizychnoju osoboju, jaka vykorystovuje najmanu praju: nakaz Ministerstva praci ta social'noi' polityky Ukraïny № 260 vid 08.06.2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z0554-01>. (in Ukrainian).
20. Popov O.G. Sub'jekty pravovdnosyn iz zapozychenoj' praci.[Subjects of legal relations on borrowed labor] Visnyk Hersons'kogo derzhavnogo universytetu. Jurydychni nauky. Vypusk 3-2. Tom 3.2015. С. 78-81 . (in Ukrainian).
21. Asha D'Souza. Moving towards Decent work for Domestic workers: An Overview of the ILO's work.2010. URL: <http://courses.ilo.org/A906119/documentation/ilo-studies-papers/Moving%20towards%20DWDW%20Overview%20of%20ILOs%20work.pdf> (in English)
22. Decent work for domestic workers, International Labour Conference, 100th Session, 2011, Report IV (2A), Fourth item on the agenda. ILO, Geneva. 70 p. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151864.pdf (in English)

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
 Legal Studies, №3(110), pp. 29-34(2019)
 УДК 347.999
 DOI: <https://doi.org/10.17721/1728-2195/2019/3.110-6>

ISSN 1728-2195
 © Taras Shevchenko National University of Kyiv,
 Publishing center "Kyiv University", 2019

Ю. Притика, д-р юрид. наук, проф.
 ORCID ID: 0000-0001-5992-1144

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна, Київ, Україна,
 Д. Притика, д-р юрид. наук, проф., академік
 Національна академія правових наук України, Київ, Україна

НОВЕЛИ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ ТА ОСПОРЮВАННЯ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ АРБІТРАЖІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

У статті йдеться про новели реформованого процесуального законодавства України щодо оскарження рішення третейського суду та оспорювання рішення міжнародного комерційного арбітражу, а також про нові підходи до визначення правової природи провадження у справах про оскарження (оспорювання) третейських (арбітражних) рішень.

Водночас під час дослідження було встановлено, що конкретні практичні проблеми зумовлені відсутністю єдиних уніфікованих підходів до термінології ("оскарження" щодо рішення третейського суду або "оспорювання" щодо рішення міжнародного комерційного арбітражу) залишаються.

Досліджуються проблеми визначення об'єктів оскарження та розширення кола суб'єктів оскарження рішень третейських судів, а також розглядаються спірні питання, визначення юрисдикції згаданої категорії справ. Особливу увагу приділяється дослідженню процесуальної процедури розгляду заяв про скасування рішень третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу, зокрема початкової стадії провадження, строків для оспорювання третейського та арбітражного рішення.

З огляду на це, у висновках автором визначено шляхи вирішення окреслених практичних проблеми, а також перспективи подальшого реформування інституту судового контролю за виконанням рішень третейських судів та міжнародних комерційних арбітражів.

Ключові слова: цивільний процес, третейське судочинство, перегляд судових рішень, правосуддя в цивільних справах.

ВСТУП. Успіх третейського способу розгляду спорів завдячує саме тому, що він є ефективним та швидким засобом врегулювання приватних спорів. Однак, як свідчить сучасна вітчизняна судова та арбітражна практика, третейський спосіб вирішення спорів у деяких випадках не завжди виявляється пристосованим до потреб суспільства, яке з кожним днем стає все більш і більш складним, технологічно розвинутим та вимагає прагматичного вирішення своїх проблем.

Делегуючи недержавному юрисдикційному органу право вирішувати міжнародні комерційні спори, держава не може залишати його діяльність поза будь якого контролю, а тому закономірно постає питання про межі

та форми втручання держави в цю діяльність. Вітчизняне процесуальне законодавство та правозастосовна практика свідчить про те, що Україна належить до країн, в яких судове втручання в діяльність третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу є мінімальним, що відповідає сучасним міжнародним принципам взаємодії держави та третейських інституцій.

Реформування процесуального законодавства України, здійснене в 2017 році, спрямоване на досягнення ефективного правосуддя в справах, пов'язаних з здійсненням первинного контролю за рішеннями третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу. В цьому аспекті слід констатувати про продовження

"проарбітражної" тенденції змін, що були внесені до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) [1]. Разом із цим, правозастосовна практика виявила певні проблемні питання, на які слід звернути увагу.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ.

Проблеми визначення правової природи провадження у справах про оскарження рішень третейських судів та оскарження (оспорювання) рішення міжнародного комерційного арбітражу у ЦПК.

Правила оскарження рішення третейського суду та оспорювання рішення міжнародного комерційного арбітражу визначені у розділі VIII ЦПК. Об'єднання в єдиний розділ провадження у справах про оскарження рішень третейських судів та оспорювання рішення міжнародного комерційного арбітражу чинним ЦПК є цілком обґрунтованим з огляду на спорідненість наведених інституцій. Так, термін "арбітраж" має французьке походження і вживається в українській юридичній літературі як безпосередньо, так і в такому перекладі, як "третейський суд" (зокрема, і в Законі України "Про міжнародний комерційний арбітраж"), тому незважаючи на відмінність термінів йдеться про єдине правове поняття.

Принципова різниця "національного" третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу полягає в ускладненні відповідних відносин іноземним елементом, обсяг якого визначено ч. 2 ст. 1 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" [3], як передумови звернення до відповідної інституції.

Різна **термінологія**, що використовується у цивільному процесуальному законодавстві, зокрема, одночасне використання термінів "оскарження" та "оспорювання", не змінює змісту процедури, яка полягає у праві суду за наявності передбачених ЦПК, а також спеціальним законодавством підстав, скасувати рішення відповідного органу (третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу). Зазначена термінологічна неузгодженість пояснюється, в першу чергу, історичними традиціями. Відповідні норми ЦПК щодо міжнародного комерційного арбітражу майже дослівно запозичені із Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж", а норми щодо третейських судів – із Закону України "Про третейські суди" [4]. Запозичення відповідних норм у ЦПК було здійснено без їх уніфікації чи перегляду.

Наведений вище підхід вбачається недостатньо обґрунтованим, адже створює штучні перешкоди для визнання спільної юридичної природи національної третейської процедури та міжнародного комерційного арбітражу. При усій специфіці та відмінностях, які існують між національною третейською процедурою та міжнародним комерційним арбітражем, ці інституції є генетично пов'язаними, мають спільну основу правового регулювання і ґрунтуються на спільних принципах. Крім того, за своєю суттю вони відрізняються лише характером спорів, які передаються на їх розгляд. При цьому деякі постійні міжнародні комерційні арбітражі мають змішаний характер і можуть вирішувати спори і без наявності іноземного елементу, тобто виступати при вирішенні окремих спорів як звичайний внутрішній третейський суд. До таких арбітражів належить, наприклад, Морська арбітражна комісія (МАК) при Торгово-промисловій палаті України (див. п. 2 Положення, яке є додатком № 2 до Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж").

Про спорідненість процедур оскарження (оспорювання) свідчить і текст ч. 1 та ч. 2 статті 454 ЦПК, які передбачають право звернення до суду із заявою про скасування рішення відповідної установи.

У спеціальній літературі оспорювання і оскарження рішень арбітражних судів розмежовуються як процедура та результат здійснення такої процедури відповідно [див., напр., 5, с. 418]. Водночас, у ЦПК обидві категорії охоплюються терміном "оскарження", властивим і загальним статтям ЦПК (див., напр., п. 9 ч. 2 ст. 2; ст. 17; п. 5 ч. 1 ст. 43; п. 1 ч. 2 ст. 44; ст. 288; ст. 342 та ін.). Термін "оспорювання рішення" використовується лише у контексті оскарження рішень міжнародного комерційного арбітражу. Таким чином, використання двох термінів для позначення процедури оскарження рішення арбітражу вбачається невиправданим. Зазначимо, що неузгодженість термінології має місце і у інших нормах ЦПК України (зокрема щодо визначення категорії справ, які розглядаються в порядку, передбаченому розділом, що коментується).

Так, у назві розділу VIII ЦПК України використані словосполучення "справи про оскарження рішень третейських судів" та "оспорювання рішень міжнародних комерційних арбітражів", стаття 440 ЦПК України кваліфікує відповідні справи як "справи про скасування рішення третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу", а стаття 456 ЦПК України дає підстави для неоднозначного сприйняття назви відповідної категорії справ.

Зауважимо, що використання неузгодженої термінології, якою позначаються категорії справ, в межах яких розглядаються заяви про скасування рішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, вірогідно, пов'язане з назвою відповідної заяви. Водночас непослідовність у застосуванні наведених вище термінів видається невиправданою. Вбачається, що у наведеному контексті прийнятною родовою категорією є "справи про оскарження рішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу", адже оскарження є процесом визнання відповідності або невідповідності рішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу імперативним нормам цивільного процесуального права, у той час як скасування є лише можливим (потенційним) наслідком такого процесу.

Оскарження рішень третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу допускається у виключному випадку, оскільки арбітражне рішення та рішення третейського суду вважається остаточним і не підлягає оскарженню по суті.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 51 Закону України "Про третейські суди" рішення третейського суду є остаточним і оскарженню не підлягає, крім випадків, передбачених Законом України "Про третейські суди". Більше того, ч. 2 ст. 21 ЦПК передбачає, що будь-які неточності в тексті угоди про передачу спору на вирішення до третейського суду та (або) сумніви щодо її дійсності, чинності та виконуваності повинні тлумачитися судом на користь її дійсності, чинності та виконуваності.

Аналогічні правила встановлені ст. 5 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" відповідно до положень якої з питань, які регулюються Законом України "Про міжнародний комерційний арбітраж", ніяке судове втручання не повинно мати місця, крім як у випадках, коли воно передбачене Законом України "Про міжнародний комерційний арбітраж".

Конкретизація таких випадків міститься у ч. 2 ст. 6 цитованого закону, яка визначає, що апеляційні загальні суди за місцезнаходженням арбітражу здійснюють функції сприяння та контролю арбітражу у випадках, передбачених ч. 3 ст. 16 та ч. 2 ст. 34 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж".

Частина 2 ст. 16 врегульовує порядок винесення третейським судом (арбітражем) постанови щодо заяви про відсутність у третейського суду компетенції

та передбачає, що така постанова може бути винесена як з питання попереднього характеру, або в рішенні щодо суті спору.

Стаття 34 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" визначає клопотання про скасування арбітражного рішення винятковим засобом оспорування. Передбачається, що оспорування в суді арбітражного рішення може бути здійснене тільки шляхом подання клопотання про скасування. Частина 2 ст. 34 даного закону встановлює підстави скасування судом арбітражного рішення.

Зауважимо, що ст. 34 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" оперує такою процесуальною категорією як "клопотання про скасування арбітражного рішення", а стаття 454 ЦПК – категорією "заява про скасування". Разом із тим, сказавши на відмінність у формулюванні, змістовно ці поняття є тотожними.

Окрім цього, підписуючи арбітражну угоду, сторони здебільшого прямо передбачають, що рішення арбітрів буде для них остаточним та обов'язковим. Якщо таке положення відсутнє в угоді сторін, відповідне застереження діє в силу застосування положень більшості арбітражних регламентів і арбітражних законів, зокрема і арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, який, як правило, використовують арбітражні суди, утворені *ad hoc*.

Метою оскарження рішень міжнародного комерційного арбітражу чи третейського суду є недопущення визнання і приведення до виконання рішень, які були винесені із суттєвих порушеннями, перш за все, процесуального характеру та з перевищенням компетенції.

Варто звернути увагу на те, що процедура оскарження (оспорування) таких рішень суттєво відрізняється від процедури оскарження інших рішень у розумінні ЦПК.

Орган судової влади, здійснюючи правосуддя, лише контролює дотримання вимог, передбачених законом. Оскарження зводиться до перевірки рішення лише за обмеженим, вузьким колом питань щодо встановлення наявності або відсутності процесуальних порушень.

Процедура оспорування арбітражних рішень є імперативною – сторони не можуть виключити відповідну можливість своєю угодою.

Ця процедура поширюється як на оскарження рішень інституційних (постійних) третейських судів та міжнародного комерційного арбітражу, так і на оскарження рішень таких установ *ad hoc* (або ізолюваних третейських судів та міжнародного комерційного арбітражу), утворених для розгляду конкретної справи.

Зауважимо, що оспорування рішень арбітражу здійснюється лише в порядку та на підставах, передбачених ЦПК України. В свою чергу, оскарження рішень третейського суду здійснюється як за процедурою, передбаченою ЦПК України, так і за правилами Господарського процесуального кодексу України (залежно від змісту та суб'єктного складу справи, у якій третейським судом було ухвалено рішення).

Визначаючи правову природу провадження у справах про оскарження рішень третейського суду та оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу слід зазначити, що в Україні контроль за рішеннями третейського суду та арбітражу не є їх перевіркою з погляду законності та обґрунтованості. В теорії процесуального права під перевіркою судових актів розуміють ініційована особами, які беруть участь у справі, діяльність судів вищих інстанцій, що здійснюється без поновлення провадження по справі, в передбаченому процесуальним законом порядку, спрямовану на забезпечення законності та обґрунтованості судових актів [6, с.59]. Натомість, норми ЦПК України про оскарження рішень третейських судів та оспорування

рішень арбітражів передбачають порядок, що має на меті здійснення формально-юридичного контролю, а не перевірки рішення по суті.

Об'єкти оскарження (оспорування) до суду.

Важливим є і питання визначення кола рішень, які можуть бути оскаржені до суду. Законом України "Про третейські суди" передбачає такі види рішень: рішення про затвердження мирової угоди (ст. 33); рішення третейського суду по суті спору (ст. 45); додаткове рішення (ст. 47).

Стаття 48 цитованого закону передбачає також можливість роз'яснення рішення, а ст. 49 – виправлення рішення. При цьому, у випадку, якщо заява сторони про прийняття додаткового рішення або заява сторони про роз'яснення резолютивної частини рішення не задовольняються третейським судом, то такий третейський суд постановляє про це ухвалу, яка також вважається рішенням третейського суду у його широкому розумінні.

Стаття 49 встановлює правило, відповідно до якого ухвала, яка виноситься третейським судом з метою виправлення рішення, є складовою частиною рішення. Аналогічні формулювання передбачені ст. 47 та ст. 48 Закону України "Про третейські суди".

Відповідно до ст. 52 Закону України "Про третейські суди" ухвали третейського суду постановляються з питань, що виникають у процесі розгляду справи та не стосуються суті спору. Окрім наведених випадків, постановлення ухвал, зокрема, передбачено у таких випадках: при вирішенні питання про розподіл витрат, пов'язаних із вирішенням спору третейським судом (ч. 2, ч. 5 ст. 25; ч. 2 ст. 26); з питань визначення компетенції третейського суду (ч. 5, ч. 9 ст. 27); при продовженні строку третейського розгляду (ч. 5 ст. 28); на початку розгляду справи третейським судом (ч. 1 ст. 33); при виникненні необхідності отримання документів від підприємств, установ, організацій, які не є учасниками третейського розгляду (ч. 8 ст. 38); при призначенні експертизи для роз'яснення питань, що потребують спеціальних знань (ч. 1 ст. 48); при припиненні третейського розгляду (ст. 53); при видачі виконавчого документа (ч. 3, ч. 7, ч. 8 ст. 56). Водночас, при постановленні наведених ухвал, письмова форма не є обов'язковою, оскільки вимог щодо їх форми спеціальне законодавство не містить. До того ж, Закону України "Про третейські суди" не визначає вимоги до змісту та реквізитів таких ухвал.

Наведене вище дає підстави для висновку, що оскарженню до суду підлягають рішення третейського суду по суті спору та рішення третейського суду про затвердження мирової угоди.

У свою чергу, ухвала про виправлення рішення, ухвала про роз'яснення рішення та додаткове рішення впливають на строки, протягом яких уповноважені особи можуть звернутись до суду з заявою про оскарження рішення третейського суду.

Деякими особливостями вирізняється ухвалення третейським судом рішення (у його широкому розумінні), яким третейський суд врегульовує питання забезпечення позову. Забезпечення позову третейським судом врегульовано ст. 40 Закону України "Про третейські суди" і не містить прямої вказівки на форму процесуального рішення, яке має ухвалити третейський суд. У той же час диспозиція зазначеної норми вказує на те, що третейський суд, якщо сторони не домовились про інше, може за заявою будь-якої сторони розпорядитися про вжиття забезпечувальних заходів щодо предмета спору. З цього слідує, що третейський суд у випадку вжиття забезпечувальних заходів може винести розпорядження, хоча останнє Закону України "Про третейські суди" не передбачено.

З приводу можливості оскарження такого "розпорядження" зазначимо, що, вочевидь, воно може бути оскаржене в тому випадку, якщо воно об'єктивовано в окремому документі (викладено в письмовій формі), а також є останнім процесуальним документом, постановленим третейським судом при розгляді справи.

Закон України "Про міжнародний комерційний арбітраж" передбачає такі види арбітражних рішень: постанови про компетенцію третейського суду (арбітражу) (ст. 16); арбітражне рішення на узгоджених умовах (аналог затвердження мирової угоди) (ст. 30); арбітражне рішення по суті спору (ст. 31); виправлення і роз'яснення рішення, додаткове рішення (ст. 33).

Аналогічно із наведеними вище нормами Закону України "Про третейські суди", врегульовані ст. 33 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" рішення, є складовою частиною арбітражного рішення.

Аналогічним чином, як і у випадку з третейськими судами, врегульовано питання винесення процесуального рішення з приводу забезпечення позову, яке врегульовано ст. 17 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж". Зазначена норма також оперує терміном "розпорядитися", хоча, вочевидь, по суті вирішення зазначеного питання має бути винесена ухвала.

Відповідно до ст. 454 та ст. 461 ЦПК оскарженню підлягають рішення міжнародного комерційного арбітражу по суті та постанови міжнародного комерційного арбітражу щодо наявності у нього компетенції, якщо вона винесена в порядку розгляду питань попереднього характеру (тобто, об'єктивована в окремому документі). Якщо така постанова є частиною рішення міжнародного комерційного арбітражу, окремому оскарженню в порядку, передбаченому ЦПК, вона не підлягає.

Суб'єкти оскарження (оспорювання)

Залежно від інституції, рішення якої оскаржується, змінюється коло суб'єктів оскарження відповідних рішень. Так, з метою оскарження рішення міжнародного комерційного арбітражу до суду можуть звернутися сторони відповідного провадження.

Коло ж суб'єктів звернення до суду для скасування рішення третейського суду є ширшим, оскільки окрім сторін таким правом наділені треті особи, а також особи, які не брали участь у справі у разі, якщо третейський суд вирішив питання про їх права та обов'язки.

Право осіб, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи, інтереси та (або) обов'язки для загальної процедури оскарження рішень національного суду передбачено ст. 17 ЦПК. Наведене положення кореспондується з нормою ч. 5 ст. 4 ЦПК, відповідно до якої жодна особа не може бути позбавлена права на участь у розгляді своєї справи у визначеному ЦПК порядку.

Водночас співставлення ст. 17 та 454 ЦПК дає підстави для висновку, що обсяг порушеного права (в його широкому розумінні, тобто права та інтересу) є різним, адже згадана стаття містить посилання на вирішення питання про права та обов'язки, не визначаючи свободи та інтереси. Таким чином, права та обов'язки, питання про які вирішені рішенням третейського суду, мають бути "прямими" та "безпосередніми" для того, щоб кваліфікувати таке вирішення як таке, що дає право на оскарження відповідного рішення.

Право на оскарження рішення третейського суду як сторонами, так і третіми особами, а також особами, які не брали участь у справі, якщо третейський суд вирішив питання про їх права та обов'язки було передбачено Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності третейських судів та виконання рішень третейських судів" від 5 березня 2009 р. До прийняття цього нормативно-

правового акту таким правом наділялися сторони, аналогічно до того, як врегульовано право на оскарження рішень міжнародного комерційного арбітражу чинною редакцією коментованої статті.

Щоправда, і до прийняття згаданого вище закону суди приймали рішення про скасування рішень третейських судів на підставі ст. 55 Конституції України та п. 1 ст. 6, ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Право захистити в судовому порядку свій охоронюваний законом інтерес передбачено і у рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 у справі № 1-10/2004. Про можливість звернення за захистом охоронюваного законом інтересу зазначається і в Узагальненнях практики застосування судами України Закону України "Про третейські суди" [2], оскільки зазначені узагальнення не втрачають актуальності з прийняттям ЦПК в новій редакції, адже остання майже дослівно запозичила норми відповідних статей із Закону України "Про третейські суди", чинних на момент їх видання.

Зазначимо, що Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ було здійснено узагальнення практики розгляду судами справ про оспорювання рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду України при Торгово-промисловій палаті України та про визнання та виконання рішень міжнародних та іноземних арбітражів [7].

Такий підхід є виправданим з погляду контрольної функції, яку виконує суд щодо третейського суду, недопущення зловживань третейськими судами, а також природи самої угоди про третейський розгляд, яка укладається між сторонами (відповідно, треті особи не погоджують розгляд справи у третейському суді).

Незважаючи на відсутність права осіб, чії права вирішені рішенням міжнародного комерційного арбітражу, на оскарження рішень даної інституції у коментованій статті, такі особи можуть звертатися до суду із заявою про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу на підставі наведених вище норм Конституції України та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Визначення юрисдикції справ про оскарження рішень третейських судів та оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу.

В обох випадках передбачено звернення із заявою до судів апеляційної інстанції, які мають розглянути відповідну справу як суд першої інстанції. Правила про розгляд справи судом апеляційної інстанції є новелою чинного ЦПК, адже відповідно до попередніх правил, оспорювання рішень МКА здійснювалось районними, районними у містах, міськими та міськрайонними судами за місцезнаходженням арбітражу. Водночас сам суд апеляційної інстанції визначається за різними правилами. Так, заява про скасування рішення третейського суду подається до апеляційного суду за місцем розгляду справи третейським судом, а заява про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу подається до апеляційного загального суду за місцезнаходженням арбітражу. Тотожні положення містять ч. 2 ст. 23 ЦПК.

Підвідомість справи визначається за правилами, встановленими ст. 19 ЦПК та ст. 20 ГПК. Рішення міжнародного комерційного арбітражу оскаржується за місцезнаходженням суду, а рішення третейського суду – за місцем розгляду справи.

До рішення арбітражу повинні висуватись жорсткі вимоги, адже оскарженню за правилами ЦПК підлягають рішення лише тих міжнародних комерційних арбітражів, які знаходяться на території України. Таким чином, місцезнаходження арбітражу відіграє значну роль.

Визначення компетентного суду для розгляду справи про оскарження рішення третейського суду є доволі актуальною проблемою. Зокрема, місце розгляду може обиратись цілком довільно. Можливі ситуації, коли один і той самий спір може розглядатись тим же судом або різними судами (особливо це може мати місце при розгляді справ третейськими судами *ad hoc*) декілька разів у різних місцях, внаслідок чого з'являється можливість подати декілька однакових заяв до різних судів. Крім того, неможливо достовірно встановити, чи дійсно розглядалася справа третейським судом у тому чи іншому місці, оскільки вказівка про місце розгляду такої справи міститься у рішенні відповідного суду. Таким чином, третейському суду навіть не потрібно змінювати своє місцезнаходження для того, щоб мати змогу виготовити декілька однакових рішень із зазначенням різних місць розгляду справи.

Випадки розгляду справи не за адресою державної реєстрації третейського суду є непоодинокими. Наведена проблема ускладнюється тим, що у більшості випадків йдеться про скасування рішення третейського суду, який зареєстрований поза межами територіальної юрисдикції компетентного суду. Яскраво ця проблема відображається під час розгляду таких справ, у яких встановлена виключна підсудність, наприклад, спорів, предметом яких є права на нерухоме майно, яке у таких спорах зареєстровано взагалі в іншому регіоні [7].

Більш обґрунтованою вбачається можливість оскарження рішення третейського суду за його місцезнаходженням, а не за місцем прийняття рішення.

Строки оскарження рішень третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу. Законом встановлено різні строки для подання заяви про скасування рішення третейського суду – дев'яностоденний строк, а для подання заяви про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу – тримісячний строк.

Обґрунтованою вбачається уніфікація наведених вище строків.

До того ж, по-різному визначається момент початку перебігу строку для подання заяви про скасування відповідних рішень: (1) для подання заяви сторонами третейського розгляду справи початок перебігу строку подання заяви пов'язується з постановленням рішення третейським судом; (2) для подання заяви особами, які не брали участь у розгляді справи, але третейський суд вирішив питання про їх права та обов'язки, початок перебігу строку пов'язується з днем, коли такі особи дізнались або могли дізнатись про прийняття рішення третейським судом; (3) для подання заяви про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу початок перебігу строку пов'язується з моментом отримання арбітражного рішення.

Слід зауважити, що строк на подання заяви про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу змінюється у разі роз'яснення чи виправлення рішення відповідно до ст. 33 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж". Аналогічна зміна строку відбувається і при поданні заяви про скасування рішення третейського суду на підставі ст. 47 та ст. 48 Закону України "Про третейські суди".

Правові наслідки подання заяви про скасування рішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу у разі пропущення строків їх подання.

Таким наслідком є повернення заяви без розгляду. На випадки повернення заяви про скасування рішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу поширюються загальні правила про повернення позовної заяви, встановлені ст. 185 ЦПК України. Ухва-

ла про повернення заяви про скасування рішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу постановляється протягом п'яти днів з моменту її надходження до суду на підставі ч. 5 ст. 185 ЦПК. Така ухвала може бути оскаржена на підставі ч. 6 ст. 185 ЦПК.

Підстави відмови у відкритті провадження за заявами про оскарження рішень третейського суду або рішення міжнародного комерційного арбітражу.

Норма частини 6 статті 454 є бланкетною та містить відсилку до п. п. 1-3, 6 ч. 1 ст. 186 ЦПК, яка врегульовує загальну процедуру відмови у відкритті провадження у справі. Пункт 1 ч. 1 ст. 186 ЦПК передбачає відмову у відкритті провадження у тому разі, якщо заява не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства. Згідно з п. 6 суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо настала смерть фізичної особи або її оголошено померлою чи припинено юридичну особу, які звернулися із позовною заявою або до яких пред'явлено позов, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва. Враховуючи особливий порядок оскарження рішень третейського суду та рішень міжнародного комерційного арбітражу, у випадку з оскарженням наведених рішень, відмова у відкритті провадження має бути постановлена на підставі п. 6 ч. 1 ст. 186 ЦПК у тому випадку, якщо смерть фізичної особи чи оголошення її померлою, а також припинення юридичної особи відбувається із заявником у справі про оскарження рішень третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу або відповідачем у відповідній справі за умови, якщо такі правовідносини не передбачають правонаступництва.

Пункти 2 та 3 ч. 1 ст. 186 ЦПК врегульовують відмову у відкритті провадження у справі якщо (1) є таке, що набрало законної сили, рішення чи ухвала суду про закриття провадження у справі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, або є судовий наказ, що набрав законної сили, за тими самими вимогами; (2) у провадженні цього чи іншого суду є справа зі спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав.

Враховуючи особливості провадження у справі про скасування рішення третейського суду чи рішення міжнародного комерційного арбітражу, суд відмовляє у відкритті провадження в тому разі, якщо є така, що набрала законної сили (1) ухвала суду про скасування відповідного рішення; (2) ухвала про відмову у скасуванні рішення третейського суду чи рішення міжнародного комерційного арбітражу; (3) ухвала про відкриття провадження у такій справі.

Наведені підстави відмови у відкритті провадження у справі про оскарження рішень третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу можна умовно визначити загальними, тобто такими, які притаманні цивільному процесу в цілому, з урахуванням особливостей, пов'язаних із специфікою відповідних справ.

Водночас стаття, що коментується, містить і специфічні, притаманні лише провадженням у справах про оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу та оскарження рішень третейського суду, підстави відмови у відкритті провадження у таких справах.

Так, частина 8 статті, що коментується, закріпила норму, покликану гарантувати "проарбітражний" підхід у частині неприпустимості державного втручання у діяльність міжнародного комерційного арбітражу та (або) третейського суду.

Так, суд відмовляє у відкритті провадження у справі у разі якщо рішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу оскаржено з підстав, не передбачених законом або міжнародним

договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Такі підстави передбачені статтями 458 та 459 ЦПК України відповідно

Наведена норма є імперативною, оскільки встановлює обов'язок, а не право суду постановити ухвалу про відмову у відкритті провадження у відповідній справі за наявності хоча б однієї з умов, передбачених ч. 8 ст. 454 ЦПК України.

Ухвала про відмову у відкритті провадження у справі про оскарження рішення третейського суду або оспорування рішення міжнародного комерційного арбітражу може бути оскаржена на підставі ч. 4 ст. 186 ЦПК України.

ВИСНОВКИ. Підводячи підсумки проведеного дослідження, варто зазначити таке. Діяльність державних судів у межах провадження, передбаченого Розділом ЦПК України не є перевіркою рішень третейських судів та міжнародних комерційних арбітражів, оскільки державні суди не перевіряють законність та обґрунтованість рішень, не переглядають вирішену справу по суті. у даному випадку йдеться про особливий механізм контролю за перевищенням третейськими суддями та арбітрами повноважень, наданих їм законом та сторонами третейської (арбітражної) угоди на розгляд та вирішення спору. Метою скасування (оспорування) є надання зацікавленій стороні можливості застосувати обмежений судовий контроль за третейським (арбітражним) рішенням.

Yu. Prytyka, Dr. Sc. (Law), Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
D. Prytyka, Dr. Sc. (Law), Professor, academic
National Academy of Legal Science, Kyiv, Ukraine

Список використаних джерел:

1. Цивільний процесуальний кодекс України в редакції закону від 03.10.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 15.10.19).
2. Практика застосування судами Закону України "Про третейські суди": Узагальнення Верховного Суду України від 11 лютого 2009 р. *Вісник Верховного Суду України*. 2009. №10. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n_005700-09/ (дата звернення: 15.10.19).
3. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України в редакції від 15.12.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/4002-12> (дата звернення: 15.10.19).
4. Про третейські суди: Закон України в редакції від 05.10.2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1701-15> (дата звернення: 15.10.19).
5. Притика Ю. Д. Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії та практики: Монографія. К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2005. 516 с.
6. Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М., 2005. 304 с.
7. Про узагальнення практики розгляду судами справ про оспорування рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду України при Торгово-промисловій палаті України та розгляду заяв про їх визнання і примусове виконання: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2015 р. №11. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v0011740-15> (дата звернення: 15.10.19).
8. Конституція України від 26.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/254k/96-vr> (дата звернення: 15.10.19).
9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікована ратифіковано Законом України № 475/97-ВР від 17.07.97. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_004 (дата звернення: 15.10.19).
10. Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 у справі № 1-10/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v018p710-04> (дата звернення: 15.10.19).

Received: 15/10/2019

Accepted: 10/11/2019

NEWLY REFORMED PROCEEDINGS OF THE ARBITRATION AWARDS REVIEW AND INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AWARDS APPEAL IN CIVIL PROCEDURAL LEGISLATION OF UKRAINE

This article deals with the novelties of the reformed procedural legislation of Ukraine on appealing the decision of arbitration court and international commercial arbitration, as well as on new approaches to determining the legal nature of the proceedings in cases of appealing arbitration awards.

At the same time, this study shows that the specific practical problems of a unified approach to terminology absence, in particular, "appeal" by arbitral tribunal or "challenge" by international commercial arbitration, still remain.

In this article the problems of determining the objects of appeal and the expansion of the range of subjects of appeal against the decisions of arbitral tribunals, as well as the disputable issues, determining the jurisdiction of this category of cases are also considered. Special attention is paid to the examining the procedure for reviewing applications for annulment of decisions of the arbitral tribunal and international commercial arbitration, in particular the initial stage of production, time limits for challenging the arbitration award.

Taking this into account, authors identify the ways to resolve the abovementioned practical problems, as well as the prospects for further reform of the judicial review institution over the enforcement of arbitral tribunals and international commercial arbitration decisions.

In conclusion, authors prove, that the activity of national courts does not include the revision of the decisions of arbitration courts and international commercial arbitrations, since national courts do not check the legality and validity of the decisions; they do not review the substantive decision. In this case we consider a special mechanism for the control over the abuse of arbitrators' powers granted to them by law and by the parties to the arbitration agreement during the dispute resolution. The purpose of an appeal is to provide the interested party with the opportunity to apply limited judicial review of the arbitral award.

Keywords: civil procedure, arbitration, review of court decisions and awards, civil cases.

References:

1. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy v redakcii' zakonu vid 03.10.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (data zvernennja: 15.10.19) (in Ukrainian).
2. Praktyka zastosuvannja sudamy Zakonu Ukrainy "Pro tretejs'ki sudy": Uzagal'nennja Verhovnogo Sudu Ukrainy vid 11 ljutogo 2009 r. Visnyk Verhovnogo Sudu Ukrainy. 2009. №10. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n_005700-09/ (data zvernennja: 15.10.19) (in Ukrainian).
3. Pro mizhnarodnyj komercijnyj arbitrazh: Zakon Ukrainy v redakcii' vid 15.12.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/4002-12> (data zvernennja: 15.10.19) (in Ukrainian).
4. Pro tretejs'ki sudy: Zakon Ukrainy v redakcii' vid 05.10.2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1701-15> (data zvernennja: 15.10.19) (in Ukrainian).
5. Prytyka Ju. D. Mizhnarodnyj komercijnyj arbitrazh: Pytannja teorii' ta praktyky [International Commercial Arbitration: Issues of Theory and Practice]: Monografija. K.: Koncern "Vydavnychij Dim "In Jure", 2005. 516 s. (in Ukrainian).
6. Borysova E.A. Proverka sudebnyh aktov po grazhdans'kym delam [Verification of judicial acts in civil matters]. M., 2005. 304 s (in Russian).
7. Pro uzagal'nennja praktyky rozgljadu sudamy sprav pro osporjuvannja rishen' Mizhnarodnogo komercijnogo arbitrazhnogo sudu Ukrainy pry Torgovo-promyslovij palati Ukrainy ta rozgljadu zjav pro ih vyznannja i prymusove vykonannja: Postanova Plenumu Vyshhogo specializovanogo sudu Ukrainy z rozgljadu cyvil'nyh i kryminal'nyh sprav vid 11 grudnja 2015 r. №11. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v0011740-15> (data zvernennja: 15.10.19) (in Ukrainian).
8. Konstytucija Ukrainy vid 26.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/254k/96-vr> (data zvernennja: 15.10.19) (in Ukrainian).
9. Konvencija pro zahyst prav ljudyh i osnovopolozhnyh svobod, ratyfikovana ratyfikovano Zakonom Ukrainy № 475/97-VR vid 17.07.97. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_004 (data zvernennja: 15.10.19) (in Ukrainian).
10. Rishennja Konstytucijnogo Sudu Ukrainy vid 1 grudnja 2004 r. № 18-rp/2004 u spravi № 1-10/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v018p710-04> (data zvernennja: 15.10.19) (in Ukrainian).

Л. Радченко, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

МОДЕЛЮВАННЯ ПРАВОВОЇ КОНСТРУКЦІЇ ШЛЮБУ ТА ШЛЮБОПОДІБНИХ СОЮЗІВ У ПРАВІ КРАЇН ЄС

Стаття присвячена розгляду порівняльно-правових засад визначення категорії "шлюб" у сімейному праві України, тлумаченню поняття "шлюбopodobних союзів" у законодавстві, судовій практиці та правовій доктрині країн-членів ЄС, визначенню ознак та особливостей зазначених понять, окресленню підходів до регламентації сімейних відносин, а також формулюванню висновків і пропозицій, спрямованих на гармонізацію національного законодавства із правом ЄС.

Ключові слова: шлюб, шлюбні відносини, право ЄС, міжнародне сімейне право, сімейний союз, шлюбopodobний союз.

ВСТУП. Обраний Україною шлях євроінтеграційного вектору розвитку та удосконалення сучасного законодавства зумовив прийняття зобов'язань щодо дотримання положень Угоди про асоціацію [1], одним із ключових елементів якої є визнання спільних цінностей, на яких побудований Європейський Союз, – демократія, повага до прав людини і основоположних свобод та верховенство права. При цьому підкреслено беззаперечне значення Загальної декларації прав людини ООН 1948 року [2] та Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [3].

Угодою про асоціацію серед основних напрямів реформування визначено питання внутрішньої політики, яка має ґрунтуватися на спільних принципах, зокрема таких, як стабільність і дієвість демократичних інституцій, верховенство права та повага до прав людини і основоположних свобод.

Серед таких прав людини слід виокремити право на повагу до свого приватного і сімейного життя, право на шлюб, щодо яких виникає ряд правових категорій, юридичний зміст яких вимагає ґрунтовного аналізу за обсягом.

Метою статті є дослідження теоретичних аспектів категорій "шлюб" у сімейному праві України, тлумачення поняття "шлюбopodobних союзів" у законодавстві, судовій практиці та правовій доктрині країн-членів ЄС, визначення ознак та особливостей зазначених понять, окреслення підходів до регламентації сімейних відносин у зазначеній сфері, а також формулювання висновків і пропозицій, спрямованих на гармонізацію національного законодавства у зазначеній галузі із правом ЄС.

Наведені питання були предметом наукового дослідження вітчизняних науковців, зокрема, Т.В. Боднар, А.С. Довгерта, О.В. Дзери, І.В. Жилінкової, В.І. Кисля, В.І. Труби тощо, а також представників правової доктрини вчених країн ЄС.

Методологія дослідження. При написанні статті використовувалися як загальнонаукові, так і спеціально-юридичні методи дослідження правових явищ і юридичних категорій, зокрема, порівняльно-правовий, історичний, формально-логічний та інші методи.

ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ. З огляду на гармонізаційні процеси, до яких спонукає євроінтеграція, виникає ряд важливих питань, на які навряд чи можна надати беззаперечні і однозначні відповіді.

Насамперед, на наш погляд, до основних з таких, належать ключові запитання щодо того:

- чи в усіх приватноправових питаннях можлива гармонізація законодавства України із законодавством країн ЄС (навіть у тому випадку, якщо таке законодавство (правова система), скажімо, видається справедливим);

- чи завжди питання такої гармонізації доцільні та потрібні і чи готове суспільство її сприйняти;

- чи варто сприймати іноземне законодавство як певний умовний зразок, примірник для формування національної правової системи.

Залежно від відповідей, які отримаємо на поставлені запитання, буде зрозумілою реакція українського суспільства на новітні виклики, що відбуваються останнім часом у світі.

Відтак, пропонуємо зупинитись на окремих аспектах можливої гармонізації українського законодавства у сфері шлюбно-сімейних відносин із законодавством країн ЄС, зокрема, на правовій категорії "шлюб".

Відповідно до положень Загальної декларації прав людини (ст.16) право на шлюб і сім'ю мають чоловіки та жінки без будь-яких обмежень за ознакою раси, національності або релігії, вони користуються однаковими правами щодо одруження, під час шлюбу та під час його розірвання.

Окрім того, наголошено, що сім'я є природним і основним осередком суспільства і має право на захист з боку суспільства і держави.

У свою чергу, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод уточнює, що чоловік і жінка, що досягли шлюбного віку, мають право на шлюб і створення сім'ї згідно з національними законами, які регулюють здійснення цього права (ст.12).

Відтак, право на шлюб є загальним, але загальної аксіомою його реалізації, у тому числі у праві країн ЄС, немає.

У той же час, така педантична, інтимна, індивідуальна, і одночасно особливо цінна сфера життя кожної особи – як право на шлюб і розуміння сім'ї та шлюбу як таких, наразі у праві багатьох іноземних країн стало дуже гнучким.

В Україні, як і в будь-якій іншій демократичній державі, розгляд поняття шлюбу зумовлює його глибоке і непросте вивчення. Адже, положення правової категорії шлюбу, його укладення та правові наслідки стосуються кожної фізичної особи та пронизують систему суспільного ладу будь-якої держави. Шлюб є базисом, основою, а подекуди передумовою, для виникнення різного роду правовідносин, що у юридичному контексті має досліджуватися у сукупному, нерозривному зв'язку.

Формування правової категорії "шлюб" в українському праві відбулося на підґрунті його історичного генезису та правової природи. При цьому, розуміння правової природи шлюбу може ґрунтуватися на вироблених наукою теоріях (концепціях) шлюбу та подекуди їх поєднаннях: а) "шлюб – договір"; б) "шлюб – таїнство"; в) "шлюб – інститут особливого роду"; г) "шлюб – союз"; д) "шлюб – статус"; е) "шлюб – партнерство".

Відтак, відповідно до СК України [4] *шлюбом* є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану (ДРАЦС). Одним із принципів регулювання сімейних відносин є

визнання шлюбу, укладеного лише в органах державної реєстрації актів цивільного стану. Даний принцип засновано на конституційному принципі захисту сім'ї державою (ст. 51 Конституції України) [5]. Держава зацікавлена у зміцненні та стабільності шлюбу, а тому здійснює контроль за його укладенням і припиненням та захищає лише шлюби, що укладені в органах ДРАЦСу. Будь-який інший орган не має права на оформлення шлюбу. Таким чином шлюбом в Україні визнається не будь-який союз жінки та чоловіка, а лише той союз, який отримав державне визнання у формі державної реєстрації його укладення в органах ДРАЦСу. Актом реєстрації держава підтверджує, що даний союз отримує суспільне визнання та захист як такий, що відповідає визначеним вимогам.

У теорії сімейного права *шлюб* визначено як моногамний, добровільний та рівноправний союз жінки та чоловіка, що укладений із дотриманням встановленого законом порядку, та такий, що породжує між подружжям взаємні особисті немайнові та майнові права і обов'язки. Поняття шлюбу, як наголошено в юридичній літературі, розглядається у сукупності його наступних ознак [6, с.83-85]: шлюб – це союз; союз жінки та чоловіка; союз моногамний; союз сімейний – його мета створення сім'ї; союз безстроковий; союз добровільний і вільний; союз рівноправний; шлюб має бути належним чином зареєстрований; шлюб породжує сімейно-правовий статус подружжя – статус заміжньої жінки та одруженого чоловіка.

У будь-якій державі укладення шлюбу базується на матеріальних та формальних умовах. Якщо під формальними умовами шлюбу розуміють умови, що відносяться до його форми, тобто до юридичного оформлення шлюбу, то до матеріальних умов укладення шлюбу належить перелік обставин, які визначені законодавством та є вимогою або перешкодою для укладення шлюбу, тобто це умови з наявністю чи відсутністю яких закон пов'язує питання дійсності шлюбу. Відтак, закон містить умови, які мають бути наявними під час реєстрації шлюбу і які забезпечують дійсність шлюбу – так звані "позитивні умови" шлюбу, а також обставини (перешкоди), за наявності яких шлюб не може бути укладеним – "негативні умови" шлюбу.

Формальною умовою шлюбу в Україні є вимога державної реєстрації шлюбу, яка означає, що за українським законодавством ані шлюбна церемонія у церкві, ані шлюб, укладений за місцевими або національними обрядами, не визнаються шлюбом з юридичної точки зору та не породжують жодних правових наслідків. Оформлення шлюбу у церкві є особистою справою осіб, які вступають у шлюб та може мати місце як до, так і в будь-який час після реєстрації шлюбу. Проте у всіх випадках юридично шлюб вважається існуючим тільки після його офіційної реєстрації в органах ДРАЦСу. Державна реєстрація шлюбу є комплексним інститутом, який ґрунтується на його значенні та охоплює такі процедурні моменти, як: подання жінкою та чоловіком заяви про реєстрацію шлюбу; ознайомлення наречених з їхніми правами та обов'язками; взаємна обізнаність наречених про стан здоров'я; реєстрація шлюбу, час та місце державної реєстрації шлюбу; реалізація права на вибір прізвища при реєстрації шлюбу.

До матеріальних умов шлюбу належать: досягнення особами, які вступають у шлюб певного шлюбного віку; різностатевість осіб, які вступають у шлюб; явно виражена (вільна) згода осіб, які укладають шлюб; не перебування в іншому шлюбі; відсутність законодавчо встановленого ступеня споріднення осіб, які вступають у шлюб.

У межах даних матеріалів зупинимось на одній із вищеперерахованих умов – різностатевості осіб, які укладають шлюб.

Ця умова в українському сімейному праві є визначальною, безумовною та безапеляційною. Адже, згідно зі ст.21 СК України шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану.

Дана умова є яскравою ілюстрацією до класичного, історичного, традиційного розуміння шлюбу. Причому ця умова є настільки важливою для українського законодавця, що закон також ніби дозволяє (сприймає факт) проживання однією сім'єю без реєстрації шлюбу лише для різностатевих осіб – жінки та чоловіка (так звані фактичні шлюбні відносини), встановлюючи для таких відносин певні правові наслідки.

За законодавством України окремі правові наслідки також породжує факт проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу (зокрема, виникнення права спільної сумісної власності на майно, набуте ними за час спільного проживання), хоч за законом таке проживання не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя. Такі відносини відомі як "фактичний шлюб" або "незареєстрований шлюб" або "співжиття" або "фактичні шлюбні відносини" – тобто відносини на спільного проживання (співжиття), не оформлені в установленому законом порядку як шлюб. При цьому відсутність термінів та їх якісної характеристики в нормативних актах, не виключає їх застосування на практиці.

Водночас, як було зазначено вище, у праві багатьох держав відбулись радикальні для українського світогляду зміни у галузі сімейного права.

Наразі можна стверджувати, що міжнародна судова практика сформувала різні підходи до суб'єктного складу шлюбу, наслідком чого стало їх юридичне визнання та законодавче оформлення. Окремій увазі заслуговує інтерпретація правових категорій міжнародними судовими інстанціями, зокрема, Європейським судом з прав людини (надалі – Суд). Так, у контексті положень ст.8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [3] (надалі – Конвенція або Європейська конвенція), надаючи розуміння приватного та сімейного життя, Європейський суд з прав людини враховує найрізноманітніші зміни у суспільстві. Практика свідчить, що наразі правова категорія "сімейне життя" піддалась певній трансформації та переосмисленню, адже розуміння цієї категорії стало більш складним та значно ширшим завдяки багатьом чинникам (міграція населення, розвиток ІТ-технологій, новітні медичні розробки та досягнення, створення сімей між особами різної національної приналежності тощо). Постійна динаміка розвитку суспільних відносин безпосередньо впливає на ефективність, дієвість, доволі часто радикальність тлумачень, що надаються Європейським судом з прав людини.

Зокрема, мультиаспектне розуміння поняття "сімейне життя" в контексті ст. 8 Конвенції відображене у конкретних рішеннях. Для прикладу можна навести справи, які послужили підставою для радикальних змін до законодавства певних держав. У 2010 р. Суд вперше розглядав справу щодо права осіб однієї статі на укладення шлюбу – Шелк та Копф проти Австрії (англ. *Schalk and Kopf v Austria* [7]). 24 червня 2010 р. Суд прийняв рішення, яким не визнав такого права, проте Суд вперше визнав, що спільне проживання одностатевої пари в стабільних відносинах підпадає під поняття "сімейне життя" відповідно до ст.8 Європейської конвенції з прав людини.

Слід наголосити, що саме дана справа стала поштовхом для превентивного прийняття парламентом Австрії Закону про цивільні партнерства, яким було надана більшість шлюбно-сімейних прав одностатевим сім'ям. Зокрема, Федеральний закон про зареєстроване партнерство в Австрії (нім. *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*, EPG [8]) було прийнято у грудні 2009 р. (набув

чинності 01.01.2010 р.). Даним законом встановлена можливість зареєструвати цивільне партнерство двом повнолітнім дієздатним особам однієї статі (§ 4). В зареєстрованому партнерстві можуть бути лише дві особи (зареєстровані партнери). Ці особи створюють довгострокове партнерство зі взаємними правами та обов'язками (§ 2).

При цьому наявним є факт, що зареєстроване партнерство тривалий час мало певну схожість зі звичайним шлюбом. Для прикладу можна навести встановлені австрійським законодавцем негативні умови (перешкоди), що унеможливають зареєстроване партнерство і більшою мірою є ідентичними до негативних умов щодо укладення шлюбу. Зокрема, зареєстроване партнерство не допускається із особою, яка вже одружена або зареєструвала партнерство з іншою особою; між родичами по прямій лінії і між повнорідними або напіврідними братами і сестрами, а також між дитиною, усиновленою дитиною і її нащадками, з одного боку, і усиновителем, з іншого боку, до тих пір, поки існують такі правові відносини (§ 5. (1)).

Окрім того, у цьому ж законі окрема увага приділена правам та обов'язкам зареєстрованих партнерів. Причому, враховуючи, що особисті права впливають із концепції природних прав людини, їх регулювання відбувається на першому місці. Так, встановлено, що особисті права та обов'язки зареєстрованих партнерів відносно один до одного є рівними, оскільки ніщо інше не визначено у цьому федеральному законі. Зареєстровані партнери зобов'язані один щодо одного до всебічного партнерства і довірчих відносин, особливо заради спільного проживання, гідних зустрічей та допомоги (§ 8. (1), (2)). Окремому регулюванню піддаються відносини у користуванні житлом. Якщо зареєстрований партнер має право розпоряджатися житлом для задоволення термінової потреби у житлі іншої особи, то остання має право вимагати, щоб особа, яка має право розпоряджатися житлом, не утримувалася від цього (§ 9 (1)).

Згодом, 5 грудня 2017 р. Конституційний суд Австрії прийняв рішення, яке легалізувало з 01.01.2019 р. одностатеві шлюби в країні, а також поширило дію зареєстрованого партнерства на різностатеві пари. Зокрема, своїм рішенням Конституційний суд Австрії визнав, що розрізнення між шлюбом та зареєстрованим партнерством порушує недискримінацію [9].

Відтак вбачається, що наразі в Австрії легально можуть укладатись шлюби та реєструватись партнерства між двома особами, незалежно від їх статі.

Слід додати, що висновок Суду, винесений у справі Шелк та Кофр проти Австрії виявився не випадковим, і був підтверджений аналогічними тлумаченнями ст.8 Конвенції в інших справах: Валліантос та інші проти Греції (англ. Vallianatos and Others v. Greece 07.11.2013. [10]), Оліарі та інші проти Італії (англ. Oliari and Others v. Italy 21.07.2015 [11]), Новрук та інші проти Росії (англ. Novruk and Others v. Russia 15.03.2016 [12]). Крім того, згаданий висновок Суду справедливо вважається важливим відліком для дискусії щодо прав одностатевих сімей.

Відтак даний висновок Суду свідчить, що "Суд ставить на перше місце не законодавче визнання державою тих чи інших відносин, а наявність фактичного сімейного зв'язку, існування якого покладає на державу обов'язок забезпечувати захист та повагу до цих відносин, тому поширює поняття сімейного життя на всі випадки фактичного спільного проживання, коли виникають сімейні за змістом відносини, зокрема і з участю осіб однієї статі (одностатевих партнерств) [6, с. 83], що у свою чергу дозволяє доводити про еволюційний

розвиток розуміння права на сімейне життя у контексті ст.8 Європейської Конвенції.

Серед держав, що останнім часом змінили норми сімейного законодавства щодо традиційного розуміння шлюбу, можна назвати Францію. Ця країна дозволяє створювати одностатеві союзи. Специфікою французького законодавства стало те, що такому союзу надано офіційний статус шлюбу з відповідними правовими наслідками, зокрема, з правами усиновлення дітей. Такі шлюби стали можливими на підставі Закону Франції № 2013-404 від 17 травня 2013 р. про дозвіл на шлюб для одностатевих пар [13], яким були внесені відповідні зміни до ЦК Франції [14], а саме до глави I (Положення, що стосуються шлюбу) розділу V книги I. Зокрема, встановлено, що шлюб укладається між особами різної статі або однієї статі (ст. 143). Крім того, зазначені зміни торкнулись перегляду колізійного французького права. Так, внесено також зміни до Глави IV біс (Правила колізій законів), якими передбачено, що якості і умови, необхідні для вступу до шлюбу, регулюються для кожного із подружжя його особистим законом. Однак двоє осіб однієї статі можуть вступати у шлюб, якщо це дозволено особистим законом або правом держави, в якому має місце проживання або дозвіл на проживання хоча б один із них (ст. 202-1). Шлюб є дійсним, якщо його вчинено відповідно до формальностей, передбачених законодавством держави, в якому відбулося одруження (ст. 202-2).

Відтак, у Франції класична категорія "шлюб" застосовується як до традиційних, так і не традиційних (з точки зору публічного порядку України) пар, які наділяються тотожним комплексом шлюбно-сімейних прав та обов'язків.

Поряд із шлюбом у Франції на законодавчому рівні врегульовані й інші форми спільного співжиття. Зокрема, оформленого Цивільним пактом про солідарність (фр. Du pacte civil de solidarité) (глава I розділу XIII Цивільний пакт про солідарність та співжиття [15]). Під Цивільним пактом про солідарність розуміється договір, укладений двома фізичними особами (які називаються партнерами – фр. Les partenaires), різної статі або однієї статі, для організації їх спільного життя. Окрім того, встановлено, що такий Пакт буде недійсним: між особами, які є родичами по висхідній і низхідній по прямій лінії; між двома особами, принаймні якщо одна з них перебуває у шлюбі або пов'язана Цивільним пактом про солідарність.

Не можна не звернути увагу, що для даної форми встановлені чіткі нормативні вимоги (наприклад, у статтях 515-1, 515-2, 515-3, 515-4). Так, обов'язковою умовою є спільне місце проживання осіб, адже вони зобов'язані подати спільну декларацію реєстратору муніципалітету (що здійснює реєстрацію Цивільного пакту про солідарність), в якій закріплюють своє спільне місце проживання. Цивільний пакт про солідарність не діє між сторонами до його реєстрації. У подальшому партнери беруть участь у спільному житті, а також матеріальній допомозі та взаємній допомозі. Якщо партнери не встановляють певного порядку надання матеріальної допомоги, то така допомога буде пропорційна їх відповідним можливостям. Законом визначено, що кожен з партнерів зберігає управління, користування та вільне розпорядження своїм особистим майном, якщо інше не передбачено у договорі між ними. У договорному порядку партнери також вирішують питання щодо спільної власності. Водночас, законодавцем визначено вичерпний перелік об'єктів, які залишаються власністю кожного партнера (статті 515-5-2, 515-5-3).

Цивільний пакт про солідарність припиняється внаслідок розірвання договору або смерті одного із партнерів або шлюбом партнерів або одного з них. При цьому застосовуються загальні цивільно-правові нас-

лідки відповідно до положень ст.ст. 831, 831-2, 832-3, 832-4 та відповідно ст. 831-3 ЦК Франції.

Ще однією формою спільного проживання осіб у Франції на законодавчому рівні визнано співжиття (фр. *De concubinage*). Так, ст. 515-8 ЦК Франції передбачено, що співжиття – це де-факто союз, що характеризується спільним життям з ознаками стабільності та безперервності між двома особами різної статі або однієї статі, які живуть у парі.

На прикладі законодавства означених вище Австрії та Франції вбачається легальне визнання різних за формою союзів, спрямованих на спільне проживання осіб парою, незалежно від їх статі у такій парі. Такі союзи своїм підґрунтям можуть мати: шлюб, зареєстроване партнерство, Цивільний пакт про солідарність або співжиття.

Щодо останньої форми, то можна додати, що у праві інших держав категорія "співжиття" (англ. *cohabitation*) може мати різні за назвою, але однакові за суттю поняття: спільне життя, "фактичний шлюб", "незареєстрований шлюб". Причому цілим рядом країн прийняті нормативні акти, на підставі яких визнаються правові наслідки, що виникають у результаті фактичного спільного сімейного проживання осіб протягом тривалого часу. Такі відносини за своєю суттю не є шлюбом відповідно до змісту законодавства про шлюб, і називаються найчастіше співжиттям або партнерством. Зокрема, даний інститут врегульовано, наприклад, у Швеції, Нідерландах, Угорщині, Бельгії, Португалії тощо. Слід підкреслити про наявність незначних відмінностей у регулюванні даного інституту у праві різних країн. Наприклад, у ЦК Нідерландів передбачено зареєстроване партнерство з визначенням обов'язкових його умов [16].

Причому для співжиття особливо характерним є не просто факт спільного проживання, а саме встановлення сімейних правовідносин між особами, які обумовлюються тривалим, безперервним веденням спільного сімейного життя та спільного господарства.

ВИСНОВКИ. На підставі викладеного, можна резюмувати, що приклад деяких європейських держав свідчить про новітні законодавчі підходи до праворозуміння сімейних союзів.

Якщо в Україні шлюб – це виключно сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану, і такий сімейний союз конкретних осіб має за мету створення сім'ї, а союз інших осіб не регламентується як сімейний, то у праві окремих країн ЄС вбачаються відмінні та значно ширші критерії для трактування такого союзу.

Наявність законодавчо окреслених різноманітних форм союзів як між особами різної, так і однієї статі засвідчує що іноземне право визнає сімейний союз між особами незалежно від статі та як наслідок визнає такий сімейний союз сім'єю. Для сім'ї характерною ознакою є стабільні відносини – спільне проживання пари та ведення спільного господарства, тобто наявність "сімейного життя". У свою чергу "сімейне життя", як свідчать висновки Європейського суду з прав людини, може виникати не лише у сімейному союзі жінки та чоловіка, а й в інших союзах.

Відтак, на наш погляд, враховуючи той факт, що поряд із традиційним класичним для національного праворозуміння шлюбом існують легально визнані й інші форми сімейних союзів, подібною метою яких, як і

для шлюбу, є створення сім'ї, то імплікація наступна – такі сімейні союзи можна визначити як "шлюбподібні союзи". При цьому до їх числа слід віднести одноставів шлюби, зареєстровані (або цивільні) партнерства, співжиття тощо.

Водночас, на думку автора, гармонізація законодавства України із законодавством країн ЄС у сфері шлюбно-сімейних відносин може мати місце з окремих питань (наприклад, зареєстроване партнерство), проте як зразок іноземне законодавство сприймати не доцільно, адже для формування сімейних правовідносин в Україні характерні відмінні чинники – суто національні традиції, релігія, культура.

Список використаних джерел:

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Угоду ратифіковано із заявою Законом № 1678-VII від 16.09.2014. *Офіційний вісник України* від 26.09.2014. 2014 р. № 75. Том 1. Ст. 2125.
2. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 11.10.2019).
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 11.10.2019).
4. Сімейний кодекс України від 10.01.2002. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14> (дата звернення: 11.10.2019).
5. Конституція України від 28.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA%96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 11.10.2019).
6. Сімейне право України: підручник / Т.В. Боднар, В.С. Гопанчук, О.В. Дзера [та ін.]; за заг. ред. Т. В. Боднар та О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2016. 520 с.
7. *Schalk and Kopf v. Austria* (Application no. 30141/04). 24.06.2010. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#> (дата звернення: 11.10.2019).
8. Федеральний закон про зареєстроване партнерство в Австрії. *Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG)*. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20006586> (дата звернення: 11.10.2019).
9. Рішення Конституційного суду Австрії. *VfGH Pressemittelungen* 2017. 05.12.2017 G 258/2017 ua – Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft verletzt Diskriminierungsverbot. Der VfGH hebt die unterschiedlichen Regelungen für verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare mit Ablauf des 31. Dezember 2018 auf. URL: https://www.vfgh.gv.at/medien/news_2017.de.html (дата звернення: 11.10.2019).
10. *Vallianatos and Others v. Greece* (N 29381/09, 32684/09). 07.11.2013. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (дата звернення: 11.10.2019).
11. *Oliari and Others v. Italy* (N 18766/11, 36030/11). 21.07.2015. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (дата звернення: 11.10.2019).
12. *Novruk and Others v. Russia* (N 31039/11). 15.03.2016. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (дата звернення: 11.10.2019).
13. Закон Франції № 2013-404 від 17 травня 2013р. про дозвіл на шлюб для одностатевих пар. *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&categorieLien=id> (дата звернення: 11.10.2019).
14. Code civil. Version consolidée au 25 mars 2019. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (дата звернення: 11.10.2019).
15. Code civil (Dernière modification: 25 mars 2019). URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=713E594F238DD817F504025669FF9C65_3?idSectionTA=LEGISCTA000006136536&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190515 (дата звернення: 11.10.2019).
16. Цивільний кодекс Нідерландів. Титул 5A "Зареєстроване партнерство". *Burgerlijk Wetboek Boek 1. Geldend van 29-01-2019 t/m heden*. URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2019-01-29> (дата звернення: 11.10.2019).

Received: 11/10/2019

Accepted: 13/11/2019

L. Radchenko, PhD (Law), Associate Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

LEGAL MODELS FOR MARRIAGE AND MARRIAGE-LIKE UNIONS IN THE LAW OF EU STATES

The article considers the comparative and legal grounds for the definition of the category "marriage" in family law of Ukraine, interpretation of the concept of "marriage-like unions" in legislation, judicial decisions and legal doctrine of EU states. The author defines the characteristics and peculiarities of these concepts, outlines the approaches to the regulation of family relations in this field and formulates conclusions and proposals aimed at the harmonization of national legislation with EU law.

In the article, both general scientific and special legal methods of research have been used. In particular, comparative-legal, historical, formal-logical and other methods have been applied.

The article concludes that the example of some European states proves the existence of the advanced legislative approaches to the legal understanding of family unions.

In Ukraine the marriage is exclusively a family union of a female and a male registered with the state registration authority for civil status acts.

In the laws of EU states different and much broader criteria for treating such unions can be applied.

The presence of various legal forms of unions indicates that foreign law recognizes a family union between persons irrespective of their genders and recognizes such family union as a family. It is said that a characteristic feature for a family is a stable relationship.

At the same time, harmonization of the Ukrainian legislation with the EU legislation in the field of marriage and family relations may take place on specific issues (for example, a registered partnership), but it is not advisable to adopt a foreign legal model, since in Ukraine there are distinctive factors for the formation of family relationships, such as traditions, religion, culture.

Keywords: a marriage, marital relations, EU law, international family law, a family union, a marriage-like union.

References:

1. Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odnii storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony. Uhodu ratyfikovano iz zaiavoiu Zakonom № 1678-VII vid 16.09.2014. *Ofitsiyni visnyk Ukrainy* vid 26.09.2014. 2014 r. № 75. Tom 1. St. 2125 [in Ukrainian].
2. Zahalna deklaratsiia prav liudyny vid 10.12.1948. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 [in Ukrainian].
3. Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod vid 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004_015 [in Ukrainian].
4. Simeinyi kodeks Ukrainy vid 10.01.2002. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14_015 [in Ukrainian].
5. Konstytutsiia Ukrainy vid 28.06.1996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA%96-%D0%B2%D1%80_015 [in Ukrainian].
6. Simeine pravo Ukrainy [Family Law of Ukraine]: pidruchnyk / T.V. Bodnar, V.S. Hopanchuk, O.V. Dzera [ta in.]; za zah. red. T. V. Bodnar ta O. V. Dzery. K.: Yurinkom Inter, 2016. 520 s. [in Ukrainian].
7. Schalk and Kopf v. Austria (Application no. 30141/04). 24.06.2010. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-99605"\]}.015](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) [in English].
8. Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG). URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20006586>. [in German].
9. VfGH. Pressemitteilungen 2017 . 05.12.2017 G 258/2017 ua. Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft verletzt Diskriminierungsverbot. Der VfGH hebt die unterschiedlichen Regelungen für verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare mit Ablauf des 31. Dezember 2018. URL: https://www.vfgh.gv.at/medien/news_2017.de.html [in German].
10. Vallianatos and Others v. Greece (N 29381/09, 32684/09). 07.11.2013. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng> [in English].
11. Oliari and Others v. Italy (N 18766/11, 36030/11). 21.07.2015. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng> [in English].
12. Novruk and Others v. Russia (N 31039/11). 15.03.2016. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng> [in English].
13. LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&categorieLien=id> [in French].
14. Code civil. Version consolidée au 25 mars 2019. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> [in French].
15. Code civil (Dernière modification: 25 mars 2019). URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=713E594F238DD817F504025669FF9C65.tplgfr34s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006136536&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190515 [in French].
16. Burgerlijk Wetboek Boek 1. Geldend van 29-01-2019 t/m heden. URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2019-01-29> [in Dutch].

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, №3(110), pp. 39-44(2019)
UDK 347.999
DOI: <https://doi.org/10.17721/1728-2195/2019/3.110-8>

ISSN 1728-2195

© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2019

X. Pionidze, asp.

ORCID ID: 0000-0003-2982-1390

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна

ПРИНЦИП ГЕНДЕРНОЇ РІВНОСТІ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ: ВИМІРИ ТА ЇХ ЗМІСТ

Європейський Союз заснований на принципах, зокрема рівності, який віднесений до рівня цінностей ЄС. Проголошення гендерної рівності цінністю передбачає досягнення рівного становища жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства шляхом правового забезпечення рівних прав і можливостей жінок і чоловіків, ліквідації гендерної дискримінації, застосування спеціальних тимчасових заходів, спрямованих на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права. Кожна країна, що прагне набути членства в ЄС, повинна поважати цінності, на яких заснований Союз, та реалізовувати ті права, які гарантуються правом ЄС. Рівність жінок і чоловіків є одним із фундаментальних принципів функціонування Європейського Союзу. Протягом багатьох років принцип гендерної рівності регулюється правом ЄС, що зобов'язує держав-членів забезпечити рівні можливості та рівне ставлення до чоловіків і жінок, а також боротися з будь-якою формою дискримінації за ознакою статі. Хоча ЄС досягнув позитивних результатів із захисту прав людини, робота в цьому напрямку продовжується. На національному рівні гендерна рівність гарантована, передусім, Конституцією України, Кодексом законів про працю України, а також окремим Законом України "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків" (2005 р.), Державною соціальною програмою забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 року та іншими законодавчими актами. Статтю присвячено дослідженню вимірів принципу гендерної рівності в Європейському Союзі, який має актуальне значення у сучасних умовах євроінтеграції України. Розглянуто формування вимірів гендерної рівності в ЄС та визначення правових аспектів регулювання кожного з них. Надано визначення поняттю "вимір" та висвітлено формування вимірів гендерної рівності. Проаналізовано виміри гендерної рівності, які охоплюють політичні, економічні, громадянські, соціальні та культурні сфери життя, зокрема досягнення гендерної рівності в сфері зайнятості, рівна оплата за однакою працю, гендерний баланс у процесі прийняття владних рішень, гармонізація професійного і сімейного життя, освіта і навчання та "гендерний мейнстрімінг".

Ключові слова: гендерна рівність, Європейський Союз, дискримінація, права жінок, права людини, гендерний мейнстрімінг, виміри.

ВСТУП. Рівність жінок і чоловіків є одним із фундаментальних принципів функціонування Європейського Союзу (далі – ЄС). В державах-членах ЄС відбувся суттєвий прогрес щодо усунення гендерних нерівностей на законодавчому рівні, однак у повсякденному житті реалізація жінками і чоловіками своїх прав на рівних умовах все ще стикається з проблемами. Так, у деяких кра-

їнах політична та економічна участь жінок рухається на спад. Велика кількість статистичних даних свідчить про те, що жінки, які складають половину нашого населення, недостатньо представлені на керівних посадах в політиці та бізнесі і все ще заробляють в середньому на 15 % менше, ніж чоловіки в ЄС [7, с. 3]. Ці

факти є неприйнятними та суперечать фундаментальним цінностям і принципам ЄС.

Саме тому, метою дослідження є дослідження вимірів гендерної рівності в ЄС, що має актуальне значення для правової системи України у сучасних умовах євроінтеграції. Також за мету дослідження поставлено аналіз формування вимірів гендерної рівності в ЄС та визначення правових аспектів регулювання кожного з них.

Слід зауважити, що гендерна рівність стосується не лише жінок, а так само відноситься і до чоловіків, що сприймається як передумова сталого розвитку.

На сучасному етапі євроінтеграційного процесу головним орієнтиром для нашої держави виступає Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Глава 21 Угоди "Співробітництво у галузі зайнятості, соціальної політики та рівних можливостей" вказує на зобов'язання Сторін посилити діалог та співробітництво щодо забезпечення гідної праці, політики зайнятості, безпечних та здорових умов праці, соціального діалогу, соціального захисту, соціального залучення, гендерної рівності та недискримінації (стаття 419). На шляху до досягнення цієї мети – забезпечення гендерної рівності та рівних можливостей для чоловіків та жінок у сфері зайнятості, освіти та навчання, економічної та суспільної діяльності, а також у процесі прийняття рішень. Відповідний додаток до Угоди наводить перелік ключових Директив ЄС у сфері забезпечення недискримінації і гендерної рівності [9, с. 57].

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ. Сьогодні в міжнародному праві існує досить розгалужена система універсальних та регіональних міжнародних організацій, а також організацій на національному рівні, які займаються забезпеченням і захистом прав людини, в тому числі й прав жінок. За словами К. Б. Левченко: "Жінки складають понад половину людства. Це найбільша соціально-демографічна група, що виділяється при вивченні питань прав людини" [4, с. 37].

Одним з основних принципів міжнародного захисту прав людини є рівноправність жінок і чоловіків. Вона полягає в забороні будь-якої дискримінації за статеву ознакою". Саме термін "дискримінація" використовується під час розгляду питання захисту прав жінок і в більшості міжнародно-правових актів у цій сфері [1, с.203].

Гендерні відносини в Україні вивчалися такими науковцями як В. Акуленко, В. Буткевич, О. Вороніна, Л. Воронько, Л. Гонюкова, Н. Грицяк, Л. Гуслякова, Г. Даудова, О. Дашковська, І. Жеребкіна, Т. Омельченко, Т. Ісаєва, В. Корженко, І. Лазар, О. Левченко, Т. Мельник, В. Сичова, О. Харитонова, О. Уварова та ін. Але слід відмітити, що більшість досліджень стосувалися теоретичного осмислення принципу гендерної рівності та його реалізації в Україні. На жаль, українськими науковцями недостатня увага приділена розвитку принципу гендерної рівності на рівні ЄС, хоча це є вкрай актуальним у світлі імплементації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС та тими зобов'язаннями, які Україна взяла відповідно до неї. Серед іноземних дослідників слід виділити С. Айвазову, В. Брайсона, Е. Гхані, Д. Гом'єна, Ж. Мертуса, Д. Томаса, Р. Дебнатха, І. Рубіна, М.С. Румянцеву, А. Чеботарьову та інші.

Європейський Союз заснований на принципах, зокрема рівності, який віднесений до рівня цінностей ЄС. Відповідно до ст. 2 Договору про Європейський Союз (далі – ДЄС) мета Союзу – підтримувати свої цінності, включаючи рівність жінок і чоловіків [10]. Кожна держава, що прагне набути членства в ЄС, повинна поважати цінності, на яких заснований Союз, та реалізовувати ті права, які гарантуються правом ЄС.

Протягом багатьох років принцип гендерної рівності регулюється правом ЄС, що зобов'язує держав-членів забезпечити рівні можливості та рівне ставлення до чоловіків і жінок, а також боротися з будь-якою формою дискримінації за ознакою статі. Питання рівних прав і можливостей жінок і чоловіків є одним із провідних у діяльності сучасного Європейського Союзу. ЄС, затверджуючи принцип рівних можливостей з початку 80-х років, головну увагу зосередив на новій гендерній концепції, суть якої полягає в переході від принципу однакового ставлення, що передбачає рівні права і можливості для всіх громадян – до стратегії позитивної дії. Ця стратегія передбачає зміщення акцентів із забезпечення рівних можливостей до забезпечення відповідних соціальних умов, які сприяли б утвердженню фактичної гендерної рівності.

На початку європейської інтеграції у Договорі про заснування Європейського економічного співтовариства 1957 р. (ДЄЕС), існувало лише єдине положення, яке стосувалося гендерних питань. Це – ст. 119 ДЄЕС, яка після набрання чинності Амстердамським договором 1999 року була трансформована у ст. 141 Договору про ЄС 1992 р. (ДЄС). У сучасному Договорі про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС) аналогічне положення відображене у ст. 157 та покликане ліквідувати дискримінацію за ознакою статі, а саме закріплений принцип рівної оплати працівникам чоловічої та жіночої статі за однакову роботу або роботу, що має однакою вартість [3, с. 95].

Крім того, принцип рівних можливостей закріплювався і в інших джерелах права Співтовариств та Союзу, починаючи з 1982 р. Зазвичай це були акти м'якого права. В рамках ЄС періодично затверджуються Програми дій щодо рівних можливостей для жінок і чоловіків, створено Дорадчий комітет з питань рівних можливостей. Головні цілі цих заходів та інституцій – сприяти ефективній імплементації чинного законодавства ЄС задля повної інтеграції жінок до ринку праці та покращення їх соціального статусу [16, с. 21].

Вперше, в законодавстві ЄС такий термін як "гендерний підхід" виникає у Третій програмі дій стосовно рівних можливостей для різних статей (1991–1995 рр.). У лютому 1996 р. Європейська Комісія офіційно взяла на себе зобов'язання проводити політику, засновану на гендерному підході [2, с. 9]. У зв'язку з цим Комісією було застосовано комплексний підхід впровадження гендерних пріоритетів у політику. Це – так званий "гендерний мейнстрімінг" (англ. *gender mainstreaming*).

"Гендерний мейнстрімінг" пов'язаний із заходами, спрямованими на поліпшення гендерної рівності та зрештою повною реалізацією дослідженого принципу в політиці ЄС. Стратегія "гендерного мейнстрімінгу" орієнтована на трансформацію суспільних інституцій та організацій, які служать бар'єром на шляху досягнення гендерної рівності [13, с. 74].

З набуттям чинності Амстердамським договором у 1999 р. сприяння рівності між чоловіками і жінками по всій території ЄС стало одним з найважливіших завдань Союзу. Крім того, Договір запровадив розглянутий зобов'язання втілення "гендерного мейнстрімінгу", яке спрямоване як на Союз, так і на держави-члени. Це проявляється у зобов'язанні активно враховувати принцип рівності між чоловіками та жінками при формулюванні та запровадженні актів, правил, адміністративних процедур, політики та будь-якій іншій діяльності всіма суб'єктами європейської інтеграції.

Лісабонський договір, що набув чинності 1 грудня 2009 р., та який вважається суттєвим кроком у процесі демократизації ЄС, призвів до подальшого розвитку принципу гендерної рівності. Договір підкреслює важливість принципів недискримінації та рівності як осно-

воположних принципів права ЄС. Стаття 10 ДФЄС закріплює, що "визначаючи та реалізуючи політики та дії, Союз спрямовується на боротьбу проти дискримінації на підставі статі, расового або етнічного походження, релігії або віри, [фізичної або психічної] недієздатності, віку або сексуальної орієнтації" [3, с. 40]. Крім того, ст. 19 ДФЄС містить правову регламентацію процедури вжиття відповідних заходів для боротьби з дискримінацією на підставі статі, расового або етнічного походження, релігії або віри, [фізичної або психічної] недієздатності, віку або сексуальної орієнтації [3, с. 42].

Не можна не згадати про те, що Лісабонський договір наділив Хартію про основоположні права Європейського Союзу 2000 р., юридично обов'язковою силою, а Хартія, серед іншого, забороняє дискримінацію на будь-яких підставах, включаючи стать (ст. 21). Хартією визнається право на гендерну рівність у всіх сферах, а отже, не тільки у сфері зайнятості, а також необхідність позитивних дій для його просування (ст. 23). Крім того, Хартією захищаються права, що стосуються захисту сім'ї та гендерної рівності. Хартія гарантує, зокрема, право на оплачувану відпустку у зв'язку з вагітністю та на відпустку по догляду за дитиною після народження або усиновлення дитини (ст. 33) [3, с. 214].

Слід відмітити, що втілення в життя принципів гендерної рівності було підсилено створенням у 2006 р. Європейського інституту з питань гендерної рівності (European Institute for Gender Equality), метою діяльності якого є інтегрування принципів рівності в політику ЄС та країн-членів, подолання дискримінації за статевою ознакою, сприяння підвищенню обізнаності громадян з питань гендерної рівності [14, с. 18].

Ключовим документом щодо розвитку гендерної рівності в ЄС є Європейський консенсус з розвитку 2017 р. (The European Consensus on Development). Консенсус визначає загальні цінності, цілі, принципи та зобов'язання, які виконують Європейська Комісія та держави-члени ЄС у межах політики сприяння розвитку до 2030 р..

Європейський консенсус з розвитку є спільною заявою держав-членів ЄС, Ради Європи, європейських парламентів і Європейської Комісії стосовно політики сприяння розвитку, що проводиться ЄС. Ця заява відображає прихильність принципам підвищення ефективності наданої допомоги та закликає до посилення її координації та гармонізації [8, с. 120]. ЄС та його держави-члени діють відповідно до принципів зовнішньої дії ЄС, викладених у статті 21 ДЄС: демократія, верховенство права, універсальність та неподільність прав людини та основоположних свобод, повага до людської гідності, принципів рівності та солідарності, а також дотримання принципів Статуту ООН та міжнародного права [10]. Ці універсальні принципи цінності покладені в основу Порядку денного 2030 р.

У контексті співробітництва з метою розвитку Європейський консенсус визнав досягнення гендерної рівності окремою ціллю, викладеною у розділі 1.3 "Принципи та цінності, які керують дією розвитку" (Principles and values guiding development action). Політичний діалог є важливим способом просування принципів розвитку, а також має профілактичний вимір забезпечення підтримки цінностей ЄС. ЄС та його держави-члени інтегруватимуть гендерну рівність в їх політичному діалозі. Цей діалог буде вестись із та за межами урядів-партнерів і стане основною платформою для дій, де буде пропагуватися спільне розуміння, прогрес буде регулярно переглядатися та визначатися відповідні підтримуючі заходи [11].

Гендерна рівність лежить в основі цінностей ЄС і закріплена в його правовій та політичній базі. ЄС та його держави-члени будуть сприяти розвитку прав жінок та дівчат, гендерної рівності, розширення прав і можливо-

стей жінок та дівчат, їх захист є пріоритетним завданням у всіх сферах діяльності. Визнаючи, що Порядок денний на 2030 р. повинен виконуватись повністю, а не вибірково, ЄС та його держави-члени розглядатимуть низку наскрізних елементів для досягнення сталого розвитку та прискорення трансформації, такі як: гендерна рівність, демократія, верховенство права та права людини тощо [11].

Практика дотримання засад гендерної рівності в країнах ЄС дедалі більше набуває пріоритетного значення, стає невід'ємною частиною державної політики та складовою дієвого громадянського суспільства [8, с. 117].

Паралельно із запровадженням гендерних пріоритетів у політику ЄС на нормативному рівні, забезпечення гендерної рівності вимагає запровадження специфічних заходів на користь жінок. В зв'язку з цим Європейська Комісія сформулювала Стратегію щодо забезпечення гендерної рівності в Європейському Союзі. Гендерна стратегія Європейського Союзу, перш за все, окреслює ті сфери, в яких існує гендерна дискримінація та пропонує специфічні механізми для її усунення [4, с. 76].

Стратегічне залучення до гендерної рівності на 2016–2019 рр. встановлює основу для роботи Комісії щодо покращення рівності між жінками та чоловіками в Європі. Вона зосереджується на п'яти тематичних пріоритетах, включаючи підвищення економічної незалежності жінок, зменшення гендерних розривів у виплатах та пенсіях та подолання бідності серед жінок, одночасно сприяючи рівності жінок і чоловіків у процесі прийняття рішень.

Для прикладу, у 2019 р. (II квартал) жінки складали 31 % членів парламенту в країнах ЄС. Кількість жінок, що займаються бізнесом є досить низькою: станом на квітень 2019 р. жінки склали лише 27,8 % членів правління найбільших компаній, зареєстрованих у країнах ЄС [15].

Принцип гендерної рівності охоплює заборону дискримінації та прийняття спеціальних заходів для "просування" жінок в усіх сферах суспільного життя, так званих "вимірах", які задають напрямок руху ЄС, яким він керується при реалізації даного принципу. Під виміром розуміється врахування інтересів обох соціально-статевих груп суспільства та боротьба за рівність у політичних, економічних, громадянських, соціальних і культурних правах як жінок, так і чоловіків [12, с. 162]. Це відносно новий концепт, який лише з XX ст. став стандартом соціальної справедливості, демократії і умовою для реалізації прав людини, який запровадив їх поширення на жінок.

Виміри гендерної рівності в ЄС – це стратифікаційні категорії аспектів потенційної дискримінації, які проявляються в порушенні прав людини, у тому числі жінок, в усіх сферах життя. Під виміром розуміється врахування інтересів обох соціально-статевих груп суспільства та боротьба за рівність у політичних, економічних, громадянських, соціальних і культурних правах як жінок, так і чоловіків.

Таким чином, виміром гендерної рівності в сфері прав людини є усвідомлення на практиці порушень і відображення в механізмі захисту, того, як певні процеси і явища впливають різним чином на здійснення прав чоловіків і жінок. В основі порушень розглядається гендерна дискримінація, яка зводить нанівець визнання прав людини і основних свобод та/або направлена на ослаблення можливості їх реалізації. Одним із варіантів її запобігання може бути розвиток гендерної толерантності, яка визначається як неупереджене ставлення до представників іншої статі.

Для того, щоб розкрити зміст та надати аналіз вимірам гендерної рівності в ЄС, необхідно виділити підстави

для їх загальної класифікації. Відомо, що будь-яка класифікація прав людини є умовною, оскільки деякі права з рівними підставами можуть бути віднесені до різних видів або перетинатися в різних сферах. У правовій доктрині усталений поділ вимірів гендерної рівності в ЄС за сферою прояву в суспільних відносинах на політичні, громадянські, економічні, соціальні та культурні.

Вимір досягнення гендерної рівності в сфері зайнятості включає в себе підвищення зайнятості жінок, зменшення рівня жіночого безробіття, скорочення сегрегації на ринку праці й рівну оплату за рівну працю. Важливою є також політика реінтеграції жінок, які повертаються до роботи після декретної відпустки.

Рівна оплата за працю рівної вартості для працівників чоловічої й жіночої статі є базовим принципом для ЄС. Незважаючи на це, жінки продовжують заробляти менше, ніж чоловіки. Гендерна різниця в заробітній платі останніми роками залишається досить високою в 28 державах, які є членами ЄС. Вона вища в приватному секторі порівняно з державним сектором. Тому ліквідація цієї різниці досі залишається пріоритетом європейської політики.

У процесі прийняття рішень Європейська Комісія приділяє велику увагу досягненню гендерного балансу. Жінки, як і раніше, недостатньо представлені в політичній та економічній сферах. Це свідчить про дефіцит демократії як на європейському рівні, так і в ширшому міжнародному контексті. Кількість європейських країн, в яких жінки досягли вищих політичних посад, можна перелічити на одній руці. По всій Європі тільки одна з п'яти міністрів є жінкою.

Іншим аспектом зайнятості є проживання за межами роботи. Залучення жінок до ринку праці не може відбуватися без перегляду домашніх і сімейних обов'язків як жінок, так і чоловіків. Баланс між роботою та життям – гармонізація часу, витраченого на сімейні та робочі обов'язки є ключовим моментом для зайнятості жінок і чоловіків. Допомога людям у гармонізації їхнього життя на роботі і вдома збільшує фактор оплачуваної зайнятості, знижує ризик зuboжіння та зменшує потреби в різного роду соціальних допомогах [7, с. 4].

У рамках стратегії, спрямованої на зростання економіки й зайнятості, ЄС працює над усуненням фінансових і нефінансових бар'єрів, що сприяє посиленню участі жінок на ринку праці. Ця стратегія включає усунення податкових бар'єрів і фінансової допомоги, що зумовлюють довгі перерви в кар'єрі й мають негативні наслідки для особистого розвитку та пенсійного забезпечення, а також перешкоди для переходу від допомоги до оплачуваної зайнятості. У цьому контексті Європейська Комісія презентувала успішні національні проекти, які використовують соціальний захист для досягнення балансу між професійним і сімейним життям.

Останніми десятиліттями в Європі відбулися суттєві зміни в галузі освіти. Сьогодні в більшості країн ЄС кількість жінок із закінченою середньою й університетською освітою перевищує кількість чоловіків і становить 58 % у рамках усього ЄС. Жінки також подолали гендерний розрив на академічному рівні: їх показник становить 41 % серед докторів наук. Однак в окремих сферах освіти досі панують традиційні гендерні стереотипи – чоловіки все ще домінують у математиці, інформатиці та інженерній справі [4, с. 79].

Важливо зазначити, що рекомендації щодо реалізації рівних можливостей між жінками й чоловіками адресуються не лише державам-членам, а й усім соціальним партнерам. Наприклад, для жіночих неурядових організацій України гендерна стратегія ЄС може бути інструментом, на який слід орієнтуватися при формуванні гендерних пріоритетів у державній політиці.

Наявність гендерного балансу є суттєвою ознакою стабільної і прозорої демократії. Вона не тільки заохочує економічний розвиток, але й сприяє загальному добробуту і веде до більш справедливої Європи як для жінок, так і для чоловіків.

ВИСНОВКИ. Ідея гендерної рівності є невід'ємним складовим елементом рівності, розвитку та миру в усьому світі. Без неї неможливе утвердження засад демократії, свободи, справедливості і толерантності. Сьогодні питання забезпечення рівних прав чоловіків і жінок є одним із ключових у загальному контексті утвердження прав і свобод людини. Діяльність міжнародних організацій, прийняття міжнародних актів значною мірою спрямовано на досягнення цієї мети.

Незважаючи на значний масив міжнародно-правових актів у сфері захисту прав людини, зокрема жінок, недостатньо дослідженим залишається питання визначення принципу гендерної рівності в сучасному міжнародному праві. Увага, яку приділяє сьогодні міжнародне співтовариство реалізації принципу гендерної рівності й у зв'язку із цим гендерній проблематиці, свідчить про актуальність даної тематики [4, с. 4].

Рівність не означає, що жінки та чоловіки стануть однаковими, але права, обов'язки та можливості жінок та чоловіків не залежатимуть від того, народилися вони жінками чи чоловіками. Гендерна рівність означає, що інтереси, потреби та пріоритети як жінок, так і чоловіків, враховуються, тим самим визнаючи різноманітність різних груп населення. Гендерна рівність не є проблемою лише жінок, але має стосуватися і повністю залучати чоловіків також. Рівність між жінками та чоловіками розглядається і як питання прав людини, і як передумова стійкого розвитку.

Відповідно до Індексу гендерної рівності 2019 р. (Gender Equality Index), представленого Європейським інститутом гендерної рівності (European Institute for Gender Equality) 15 жовтня, ЄС та його держави-члени мають попереду довгий шлях, перш ніж їхні товариства досягнуть рівності між чоловіками та жінками. Зважаючи на це, EIGA здійснює моніторинг просування гендерної рівності в ЄС з 2013 р., вимірюючи прогрес через шість основних сфер: робота, гроші, знання, час, сили та здоров'я.

Виміри гендерної рівності в ЄС – це певні сфери діяльності людини, які підлягають потенційній дискримінації, що проявляються в порушенні прав людини, у тому числі жінок. Вони поділяються за сферою прояву в суспільних відносинах на політичні, громадянські, економічні, соціальні та культурні. Крім того, виміри гендерної рівності в ЄС розглядаються через досягнення гендерної рівності у сфері зайнятості, рівної оплати за однакову працю, гендерний баланс у процесі прийняття владних рішень, гармонізація професійного і сімейного життя, освіта і навчання та "гендерний мейнстрімінг". Останній у свою чергу сприймається на міжнародному рівні як стратегія реалізації гендерної рівності. Гендерний мейнстрімінг передбачає інтеграцію гендерної перспективи у підготовку, розробку, реалізацію, моніторинг та оцінку політики, регуляторних заходів та програм з метою сприяння рівності між жінками та чоловіками та протидії дискримінації.

Рівність є тим європейським стандартом, за допомогою якого вимірюється розвиток людини і суспільства: загальний принцип рівності являє собою принцип побудови суспільства. Волевиявлення ж обох статей, як жінок, так і чоловіків, щодо їхніх можливостей і прав, правових принципів, розбудови суспільних та державних структур є нормою для цивілізованої держави.

Принцип гендерної рівності має велике значення у сучасних умовах євроінтеграції України. Гендерна рів-

ність суттєво пов'язана зі сталим розвитком і є життєво важливою для реалізації прав людини. Загальною метою гендерної рівності є суспільство, в якому жінки та чоловіки користуються однаковими можливостями, правами та обов'язками у всіх сферах життя. Рівність між чоловіками та жінками існує тоді, коли обидві статі здатні рівномірно функціонувати у розподілі влади, мати рівні можливості для фінансової незалежності через роботу або за допомогою створення власного бізнесу, користуватися рівним доступом до освіти та можливості розвивати особисті амбіції, інтереси та таланти.

Список використаних джерел:

1. Міжнародне право: навч. посібник/ за ред. М. В. Буromенського. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 336 с.
2. Руднева О.М. Гендерна рівність у праві України: автореф. дис. канд. юрид. наук /12.00.01 Харків, 2002. 20 с.
3. Основи права Європейського Союзу: нормативні матеріали/ М.В. Буromенський, Т.М. Анакіна, Т.В. Комарова та ін./ за заг.ред. М.В. Буromенського. Харків: Право, 2015. 328 с.
4. Гончарова Ю.А. Роль та місце принципу гендерної рівності в сучасному міжнародному праві: дисерт. канд. юрид. наук / 12.00.11. Харків, 2017. 200 с.
5. Рівність за ознакою статі в економічній сфері: зобов'язання України перед ЄС (ключові Директиви ЄС щодо забезпечення гендерного балансу на ринку праці та в професійній діяльності, їх розвиток у практиці Суду Справедливості) / Упор. Уварова О.О. Харків: NTMT, 2015. 150 с. URL: http://www.recpc.kpi.ua/images/news/Uvarova_2015.pdf (дата звернення 30.10.2019).
6. Стратегія гендерної рівності Ради Європи на 2018-2023 роки URL: <https://rm.coe.int/prems-041318-gbr-gender-equality-strategy-2023-ukr-new2/16808b35a4> (дата звернення 30.10.2019).
7. Гендерна політика Європейського Союзу в Україні: за ред. О. Кисельової URL: https://ua.boell.org/sites/default/files/lsi_gender_analyse_ukr.pdf (дата звернення 30.10.2019)

Kh. Rionidze, Ph.D. Student
Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

THE PRINCIPLE OF GENDER EQUALITY IN THE EUROPEAN UNION: DIMENSIONS AND THEIR CONTENT

The topicality of this issue is related to the fact that the EU is founded on a set of values, including equality. Nowadays the attitude towards women in the society is significantly different from that of men. Unfortunately, inequality does not decline over time. The basic idea of gender equality is to provide both women and men with the same rights, opportunities and conditions for full-fledged development.

The article is devoted to the dimensions of the principle of gender equality in the European Union, which is important for Ukraine due to the conditions of European integration. The dimensions of gender equality cover the political, economic, civil, social and cultural spheres of our life activity, including achieving gender equality in employment, equal pay for equal work, gender balance in decision making, harmonization of professional and family life, education and «gender mainstreaming».

That is why research and analysis of gender equality's dimensions in the EU and defining the legal aspects of their regulation are relevant to the legal system of Ukraine.

Over the past few decades, the EU has notably worked for equal treatment legislation, gender mainstreaming and specific measures for the advancement of women. Moreover, the EU has defined the following dimensions of gender equality: equal economic independence for women and men; equal pay for work of equal value; equality in decision-making; dignity, integrity and ending gender-based violence; and promoting gender equality beyond the EU.

The dimension of gender equality is a strategy for making women's as well as men's concerns and experiences an integral dimension of the design, implementation, monitoring and evaluation of policies and programmes in all political, economic and social spheres, so that women and men benefit equally and the inequality is not perpetuated.

Although the EU has achieved positive results in protecting human rights, the work is still continuing in this direction. The idea of gender equality is an integral part of equality as a general principle, development and peace in the world. Without this principle, it is impossible to establish the basis for democracy, freedom, justice and tolerance.

Recently, the principle of gender equality is getting paramount importance for Ukraine, as one of the conditions for successful European integration.

Key words: gender equality, the European Union, discrimination, women rights, gender mainstreaming, dimensions of gender equality.

References:

1. Mizhnarodne pravo [International law]: navch. posibnyk/ za red. M. V. Buromenskoho. Kyiv. Yurinkom Inter, 2006. 336 s. (in Ukrainian)
2. Rudnieva O.M. Henderna rivnist u pravi Ukrainy [Gender Equality in Law of Ukraine]: avtoref. dys. na zdobutia nauk. stupenia kandydata yuryd. nauk:12.00.01 Kharkiv, 2002. 20 s. (in Ukrainian)
3. Osnovy prava Yevropeiskoho Soiuzu: normativni materialy [Fundamentals of European Union law: regulatory material]/ M.V. Buromenskyi, T.M. Anakina, T.V. Komarova ta in./ za zah.red. M.V. Buromenskoho. – Kharkiv: Pravo, 2015. 328 s. (in Ukrainian)
4. Honcharova Yu.A. Rol ta mistse prynstypu hendernoi rivnosti v suchasnomu mizhnarodnomu pravi [The role and place of the principle of gender equality in modern international law]: dys. k.i.u.n. 12.00.11 Kharkiv, 2017. 200 s. (in Ukrainian)
5. Rivnist za oznakoiu staty v ekonomichnii sferi: zoboviazannia Ukrainy pered YeS [Gender equality in the economic area: Ukraine's commitment to the EU] (kluchovi Dyrektyvy YeS shchodo zabezpechennia hendernoho balansu na rynku pratsi ta v profesiinii diialnosti, yikh rozvytok u praktitsi Sudu Spravedlyvosti) / Upor. Uvarova O.O. Kharkiv: NTMT, 2015. 150 s. (in Ukrainian) URL: http://www.recpc.kpi.ua/images/news/Uvarova_2015.pdf (last accessed 30.10.2019)
6. Stratehiia hendernoi rivnosti Rady Yevropy na 2018-2023 roky [Council of Europe gender equality strategy 2018-2023] (in Ukrainian) URL: <https://rm.coe.int/prems-041318-gbr-gender-equality-strategy-2023-ukr-new2/16808b35a4> (last accessed 30.10.2019)
7. Henderna polityka Yevropeiskoho Soiuzu v Ukraini [Gender Policy of the European Union in Ukraine]: za red. O. Kyselovoi (in Ukrainian) URL: https://ua.boell.org/sites/default/files/lsi_gender_analyse_ukr.pdf (last accessed 30.10.2019)
8. Henderna rivnist i rozvytok: pohliad u konteksti yevropeiskoi stratehii Ukrainy [Gender equality and development: look at the context the European strategy of Ukraine]. – K.: Zapovit, 2016. 244 c. (in Ukrainian) URL: <http://lib.rada.gov.ua/LibRada/static/about/text/Gender-FINAL-S.pdf> (last accessed 30.10.2019)
9. Uvarova O. O. Prava zhinok ta henderna rivnist [Women's rights and gender equality]: navch. posib./ Kyiv: Vydavnytstvo "FOP Holembovska O. O.", 2018. 204 s. (in Ukrainian)
10. Genderna rivnist i rozvytok: pohliad u konteksti yevropeiskoi stratehii Ukrainy. – K.: Zapovit, 2016. 244 c. URL: <http://lib.rada.gov.ua/LibRada/static/about/text/Gender-FINAL-S.pdf> (дата звернення 30.10.2019)
11. Уварова О. О. Права жінок та гендерна рівність: навч. посіб./ Київ: Видавництво "ФОП Голембовська О. О.", 2018. 204 с.
12. Договір про Європейський Союз від 07.02.1992 (тест зі змінами та доповненнями від 13.12.2007 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029 (дата звернення 30.10.2019).
13. Joint statement by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the Commission (2017/C 210/01) p. 24 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:210:FULL&from=EN> (дата звернення 30.10.2019)
14. Ріонідзе Х.Т. Виміри гендерної рівності в Європейському Союзі: поняття та різновиди. "Правова доктрина: міжнародний досвід та практична реалізація в Україні": матер. міжнар. наук.-практ. конф., м. Маріуполь, 22 травня 2019 р. Маріуполь: МДУ, 2019. 564 с. http://mdu.in.ua/Nauch/Konf/2019/zbirnyk_npk_pravo_2019.pdf (дата звернення 30.10.2019).
15. Основи гендерної політики: навчально-методичний посібник / ДП "Укртехінформ". Київ, 2013. 234 с.
16. Пищуліна О.М. Гендерні аспекти зайнятості в ЄС та Україні. URL: http://razumkov.org.ua/upload/Gender_Pyshchulina_30_03.pdf (дата звернення 30.10.2019).
17. Gender balance in decision-making positions URL https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-balance-decision-making-positions_en (дата звернення 30.10.2019).
18. Христова Г. О., Кочеміровська О. О. Позитивні дії в механізмі забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: міжнародний досвід та українські перспективи. Харків: Райдер, 2010. – 200 с. URL: https://genderindetail.org.ua/netcat_files/46/53/Posytyvni_dii.pdf (дата звернення 30.10.2019).

Received: 30/10/2019
1st Revision: 10/11/2019
Accepted: 15/11/2019

10. Dohovir pro Yevropeyskyi Soiuz [Treaty on European Union] vid 07.02.1992 (test zi zminamy ta dopovnenniamy vid 13.12.2007 r.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029 (last accessed 30.10.2019) (in Ukrainian)
11. Joint statement by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the Commission (2017/C 210/01) p. 24 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:210:FULL&from=EN> (last accessed 30.10.2019)
12. Rionidze Kh.T. Vymiry hendernoї rıvnosti v Yevropeiskomu Soiuzi: poniattia ta riznovydy [Gender equality measures in the European Union: concept and risk wıdes]. "Pravova doktryna: mızhnarodnyi dosvid ta praktychna realizatsiia v Ukraini": mater. mızhnar. nauk.-prakt. konf., m. Mariupol, 22 travnia 2019 r. Mariupol: MDU, 2019. 564 s. URL: http://mdu.in.ua/Nauch/Konf/2019/zbirnyk_npk_pravo_2019.pdf (last accessed 30.10.2019) (in Ukrainian)
13. Osnovy hendernoї polityky [Fundamentals of gender policy]: navchalno-metodychnyi posibnyk / DP "Ukrtekhinform". Kyiv, 2013. 234 s. (in Ukrainian)
14. Pyshchulina O.M. Henderni aspekty Zainiatosti v YES ta Ukraini [Gender aspects of employment in the EU and Ukraine]. URL: http://razumkov.org.ua/upload/Gender_Pyshchulina_30_03.pdf (last accessed 30.10.2019) (in Ukrainian)
15. Gender balance in decision-making positions URL https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-balance-decision-making-positions_en (last accessed 30.10.2019) (in English)
16. Khrystova H. O., Kochemyrovska O. O. Pozytyvni dii v mekhanizmi zabezpechennia rıvnykh prav ta mozhlyvostei zhinok i cholovikiv: mızhnarodnyi dosvid ta ukrainski perspektyvy [Positive actions in the mechanism of equal rights and opportunities for women and men: international experience and Ukrainian perspectives]. Kharkiv: Raider, 2010. – 200 s. URL: https://genderindetail.org.ua/netcat_files/46/53/Pozytyvni_dii.pdf (last accessed 30.10.2019) (in Ukrainian)

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
 Legal Studies, №3(110), pp. 44-46(2019)
 УДК 347.999
 DOI: <https://doi.org/10.17721/1728-2195/2019/3.110-9>

ISSN 1728-2195
 © Taras Shevchenko National University of Kyiv,
 Publishing center "Kyiv University", 2019

Ю. Цветкова, канд. юрид. наук, доц.
 ORCID ID 0000-0001-7557-7048

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

СВОБОДА ВІРОСПОВІДАННЯ ТА ПРАВОВА РЕЛІГІЙНА ТОЛЕРАНТНІСТЬ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ В АСПЕКТІ ДЕРЖАВНОГО ГАРАНТУВАННЯ ТА ПРАКТИЧНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ

Метою статті є удосконалення застосування категоріального апарату при правовому аналізі закріплення у внутрішньодержавних та міжнародних актах, гарантування державою та практичної реалізації у правовідносинах основних понять із правового інституту прав людини. Застосування герменевтичного, порівняльно-правового, історико-правового, формально-правового та діалектичних методів наукового дослідження дозволяє дійти висновків, що при аналізі регулювання суспільних правовідносин, що виникають при нормативно-правовому закріпленні та гарантуванні особам права сповідувати обрану ними релігію, термін "правова релігійна толерантність" краще відповідає реаліям правової системи, ніж "свобода віросповідання". Зміст поняття "свобода віросповідання" як основної категорії прав і свобод людини, закріпленої у міжнародних актах та у законодавстві більшості держав західної традиції права ґрунтується на філософських ідеях ранньо-модерного періоду. При усій гуманності та просвітницькій ліберальності цих ідей, вони залишилися занадто ідеалізованими, що ускладнює їх практичне правове застосування. Правовий зміст поняття "релігійна толерантність", при усіх недоліках розпліччатості його формулювання, за рахунок своєї герменевтичної м'якості створює значно більш практичний досконалий простір правозастосування. Воно допускає існування в державі категорії "державна релігія", або "релігія більшості населення", не вимагає від державних органів абсолютної відстороненості від регулювання релігійних правовідносин результати, нівелиє колізії застосування цього права разом з іншими демократичними правами та свободами людини та громадянина. Категорія "релігійна толерантність" в результаті більшої узгодженості її змісту з канонами релігійного права різних релігій, природного права та історичної правової традиції тривалого розвитку суспільства, значно більше відповідає практиці регулювання релігійних правових відносин у державах з різними релігійними громадами.

Ключові слова: права людини, природне право, ідеальне та практичне правозастосування.

Вступ. Свобода віросповідання є одним із основних загальносоціальних прав людини. Ця базова, політична та громадянська свобода включена за класифікацією К. Васака до категорії прав і свобод людини I покоління, [1] визнаного як невід'ємне у західній традиції права починаючи з часів Французької революції. Зміст права на свободу віросповідання викладений в основних декларативних нормативно-правових актах міжнародного та національного права держав західної правової традиції, починаючи від Загальної декларації прав людини ООН 1948 р. та завершуючи відповідними статтями у конституціях різних держав, у тому числі й України (ст. 35). [2] В усіх цих актах свобода віросповідання зводиться до права людини сповідувати свою релігію особисто або спільно з іншими особами, змінювати її та не зазнавати обмежень від держави в цій сфері, якщо тільки це не відповідає інтересам громадської безпеки та захисту прав інших осіб. [2; 3; 4] Інколи, як у випадку законодавства України, додається змістовний елемент "право не сповідувати жодної релігії", що на нашу думку є поступкою багаторічній традиції атеїзму, популярній у Радянському Союзі. Саме дослідники з пострадянського простору, як правило, наполягають на виділенні окремо цієї категорії у зміс-

ті права на свободу віросповідання.[5; 6] Міжнародні нормативно-правові акти та конституції інших держав це формулювання традиційно пропускають, адже включають атеїзм до концепту "свободи совісті" [7] або взагалі вважають його підвидом віросповідання [9; 10].

Аналіз досліджень та публікацій. Ідеально задеклароване у міжнародних та національних актах та теоретично обґрунтоване у багатьох працях юристів-науковців, зокрема, таких як Д. Белов, Ю. Бисага, Й. Ван Дер Вальт, М. Данканич, І. Дахова, О. Лаврик, М. Палінчак та інших, [11; 12] поняття "свобода віросповідання" на практиці створює велику кількість правозастосовних проблем та викликає бурхливі дискусії як серед юристів та політиків, так і серед пересічних громадян та громадських організацій. Найбільша проблема при реалізації та гарантуванні з боку держави свободи віросповідання для населення полягає в тому, що правові інтереси самої держави та більшості її населення можуть не збігатися з інтересами та релігійними уподобаннями груп меншості. Ситуація набуває особливої гостроти, коли зазначені групи меншості крім релігійної відокремленості мають окрему етнічну самоідентифікацію, скупчене проживання та, тим

більше, правові підґрунтя для створення власної правової системи, що є типовим для суб'єктів федерації. В такій ситуації участь населення у органах місцевого самоврядування створює для них практичні можливості по впровадженню в практику таких механізмів дії права, які створюють правову практику для регулювання їх релігійних правовідносин навіть всупереч правовим ініціативам та інтересам вищої державної влади. Органи державної влади в такій ситуації, опинившись в вимушеному конфлікті інтересів титульної більшості та впливової меншості, не зможуть в повній мірі не тільки реалізувати на своїй території свободу віросповідання в її абсолютній формі, але й створити реальні дієві передумови для її реалізації хоча б з мінімально допустимим дотриманням ідеалізованих міжнародно-правових стандартів.

Метою статті є доведення можливості усунення існуючих доктринальних протиріч між концептом абсолютної свободи віросповідання та правової держави через застосовувати для державної та суспільної правової політики терміну "правова релігійна толерантність".

Виклад основного матеріалу. Західна традиція права тлумачить поняття "релігійна толерантність" через законодавчу незаборону або мовчазний дозвіл суспільства та державних органів сповідання недержавних або релігій меншості. [13; 14] На відміну від права на свободу віросповідання, концепт релігійної толерантності не вимагає від держави активних дій по реалізації на її території заходів по сприянню сповідання інших релігій. Інколи, особливо коли в державі існує певна державна релігія, правове поле створює можливість сповідання недержавних релігій тільки у приватно-правовій сфері (privacy).

Проблема державного втручання у релігійні правовідносини. Зміна термінологічних концептів із "гарантування державою свободи віросповідання" на "існування в державі та суспільстві правової традиції релігійної толерантності" переводить регулювання релігійних правовідносин із позитивістського звуженого тлумачення на значно ширший природно-правовий рівень. У більшості теоретичних визначень право "свободи віросповідання" визначається як "негативне право", тобто таке, яке не залежить від державних ресурсів та зосереджено у захисті особи від втручання у її життя. [15] Однак тут вже закладається певне протиріччя, адже будь яка правова поведінка суб'єктів правовідносин все одне ґрунтується на діяльності державних структур. Саме вони мають своїми активними діями гарантувати дотримання цього права для усього населення держави. Як мінімум, це гарантування повинно бути закріплене в законодавстві держави, тобто схвалене її законодавчими органами, виконане її виконавчими, та у випадку спірності прийнято до провадження судовими органами. Отже, навіть негативна природа цього права на практиці все одне вимагає державної волі. На відміну від свободи віросповідання, релігійна толерантність у своїй правовій реалізації в більшій мірі спирається на дії та ставлення до чужих релігій усіх членів суспільства, [16] тобто залежить від волевиявлення державного апарату значно менше. Коли населення через свої правосвідомісні та менталітетні погляди або через усвідомлення об'єктивної потреби для безконфліктного існування суспільства та держави готово приймати існування в державно-територіальному просторі інших релігій, учасники правового регулювання своєю правовою поведінкою творять простір правової толерантності навіть всупереч нормативно-правовій діяльності дер-

жави. В такій ситуації як занадто дискримінаційне, так і занадто ліберальне законодавство державних органів буде виконуватися тільки в тій мірі, в який воно буде відповідати поглядам інших суспільних учасників регулювання правовідносин. Таким чином, право буде повноцінно реалізовуватися виходячи з його природної природи, хоча в очах прихильників нормативістського усвідомлення сутності права описана ситуація буде характеризуватися як "правовий нігілізм".

Проблема ідеалізації, суспільної природи та особливості предмету релігійних правовідносин. Правовий зміст принципу свободи віросповідання ґрунтується на ідеалізованій ситуації, коли усі соціально-правові гравці виокремлюють релігійну сферу від інших правових, політичних, економічних та культурних явищ в державі та суспільстві. Кожна особа при гіпотетичній реалізації цього принципу має бути носієм не тільки високих особистісних якостей моралі та справедливості, але й "без гніву та пристрасті" оцінювати вчинки інших у релігійних відносинах та автоматично займати нейтральну позицію у будь-яких конфліктах у релігійній сфері. На практиці механізму дії реального права ані перше, ані друге є недосяжним. Держава в цій ідеалізованій моделі може займати виключно категорично секуляризовану, нейтральну позицію, адже тільки так вона може гарантувати свою неупередженість, що на практиці реалізується тільки у глибоко секулярних суспільствах. Щодо суспільства, то тут втіленню такої ідеалізованої нейтральної правової поведінки заважає сам предмет свободи віросповідання – правовідносини в релігійній сфері. Сама сутність більшості релігій ґрунтується на сприйнятті їх віруючими своєї конфесії як виключно єдиної, з монополією на істинність. [17] Інші релігії в очах щирих вірян автоматично займають вторинне становище, а інколи взагалі вважаються хибними в результаті еволюції історико-правової доктрини їх власної релігії та складних обставин історичного минулого. Правовий концепт релігійної толерантності і тут створює можливість розв'язання цієї ситуації: доктрини більшості релігій хоча й не допускають рівності релігій, чого вимагає теоретичний підхід свободи віросповідання, але припускають існування інших віруючих при умові їх часткової дискримінації. [17, 179] Так, іслам сприймає юдеїв та християн як "Ахль-аль-Кітаб" – "народи Книги", які хоча й є невірними, але мають право на існування, на відміну від язичників. [18] Християнство різних гілок хоча й розрізняє одна одну, часто не визнає проведені іншою конфесією таїнства, але все одне визнає їх одновірцями. Правова релігійна толерантність не зрівнює вірян, що неймовірно важко реалізувати на практиці, але лише закликає до безконфліктного існування та пошуку правових шляхів взаємодій.

Висновки. В умовах складних глобалізаційних процесів, що відбувають у світовому розвитку суспільства, права та держави задекларований принцип права людини на свободу віросповідання як базовий та доктринальний у існуванні демократичної правової держави практично неможливий до виконання через свою ідеалістичність. Концепт "релігійної толерантності", у її правовому аспекті існування, завдяки своїй некатегоричності, ґрунтуванні на природно-правовій та історичній школі права, більшій узгодженості з канонами релігійного права різних релігій та історичній правовій традиції тривалого розвитку значно більше відповідає практиці регулювання релігійних правових відносин у державах з різними релігійними громадами.

Список використаних джерел:

- Vasak K. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *Vasak K. UNESCO Courier* 30:11. Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization. November 1977.
- Конституція України 28.06.1996. Офіц. Текст. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. №30.
- Загальна декларація прав людини. Генеральна Асамблея ООН. 1948. Офіц. Текст. Ст. 18.
- Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1953 р. Офіц. Текст. Ст. 9. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення 15.10.2019).
- Лупарев Г.П. Светское государство: теоретико-методологические основы, признаки и принципы. *Десять лет по пути свободы совести. Проблемы реализации конституционного права на свободу совести и деятельность религиозных организаций*. М. 2002. С. 122-136.
- Кочикян Н.С. Содержание конституционного права на свободу совести и вероисповедания. *Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России*, № 3, 2008, С. 65-70.
- Atheism. URL: <https://www.britannica.com/topic/atheism> (дата звернення 15.10.2019).
- The Constitution of the USA 1887. App. 1. URL: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm (дата звернення 15.10.2019).
- McGrath Alistair, Collicutt McGrath Joanna. The Dawkins Delusion? Atheist Fundamentalism and the Denial of the Divine. *Society for Promoting Christian Knowledge*, February 15, 2007.
- Осипов А. И. Бог. 5-е издание. М.: Православное братство св. ап. Иоанна Богослова, 2015. 103 с.
- Дахова І.І. Зміст права на свободу совісті та віросповідання. *Форум права*. 2016. №4. С. 107-112.
- Лаврик О.А. Свобода віросповідання людини як суб'єктивне юридичне право, його забезпечення в Україні. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2011. №1. С. 68-75.
- Van Der Walt, Johannes L. Religious tolerance and intolerance: 'Engravings' on the soul. *In Skriflig (Online)*. 2016, vol.50, n.1, pp.1-8. ISSN 2305-0853.
- Powell Russell, Clarke Steve. Religion, Tolerance and Intolerance: Views from Across the Disciplines. Oxford. URL: <https://pdfs.semanticscholar.org/c3a5/fbb13527a8e5b56b44481e39cfed821046e9.pdf> (дата звернення 15.10.2019).
- Бисага Ю.М., Палінчак М.М., Белов Д.М., Данканич М.М. Основні права людини. Ужгород, 2003. 67 с. С. 3
- Нартдинова С.С. Религиозная толерантность как онтологическая проблема. *Вестник КГУ им. А.Н. Некрасова*. №1, 2013. С. 43-46.
- Сосоковец Л.И. Религиозная толерантность и свобода совести: история и теория вопроса. *Известия Томского политехнического университета. Социально-экономические и гуманитарные науки*. 2004. Т.307. С. 177-180.
- Піотровський М. Б. Ахл ал-кітаб. *Іслам: енциклопедичний словник*. Відп. ред. С. М. Прозоров. М.: Наука, ГПБЛ, 1991. С. 28-29.

Received: 18/10/2019
Accepted: 16/11/2019

Yu. Tsvietkova, PhD (Law), Associate Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

FREEDOM FOR FAITH AND LEGAL RELIGIOUS TOLERANCE: A RELATIONSHIP OF THESE CONCEPTS IN TERMS OF PUBLIC GUARANTEE AND PRACTICAL IMPLEMENTATION

The article proposes to improve using of the concepts "freedom of religion" or "freedom of faith" and "legal religious tolerance". Such categories as "freedom of religion" or "freedom of faith" are more popular now in the state and international legal acts.

The application of hermeneutic, comparative, historical, formal legal and dialectical methods of scientific research allows concluding that the term "legal religious tolerance" is better suited to the realities of the legal system than the concept of "freedom of religion" or "freedom of faith". The content of the concept of "freedom of religion" as one of the main categories of human rights and freedoms enshrined in international acts and in the legislation of the most states of the Western Legal Tradition is based on the philosophical ideas of the early modern period. Despite the humanity and the enlightening liberality of those ideas, they remain too idealized and complicated in their practical legal application. The legal content of the concept of "religious tolerance", with all the disadvantages of its vagueness, due to its hermeneutic flexibility leaves much more space for the practical law enforcement.

The categories of "state religion" and "religion of the majority population" are supposed to exist. It does not require absolute detachment of public authorities from regulating religious relationships. Moreover, it mitigates collisions between the application of this right and other civil rights. The author states that using of the legal category of "religious tolerance" is much more suitable. Since its content is in line with the canons of the religious laws of the different religions, natural law, and the historical legal tradition of the long development of society, the concept of "religious tolerance" should be used for the regulation of the religious legal relations in the states with different religious communities.

Keywords: human rights, natural law, ideal and practical law enforcement.

References:

- Vasak K. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *Vasak K. UNESCO Courier* 30:11. Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization. November 1977. (in English)
- Konstytsiya Ukrainy. 28.06.1996. Official text. *Vidomosti Berkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. №30 (in Ukrainian)
- Zagal'na deklaratsiya prav lyudini. General'na Asambleya OON. 1948. Ofits. Tekst. St. 18 (in Ukrainian)
- Konventsiya pro zakhyst prav lyudini i osnovopolozhnykh svobod 1953 r. Ofits. Tekst. St. 9. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (from 15.10.2019) (in Ukrainian)
- Luparev G.P. Svetskoe gosudarstvo: teoretiko-metodologicheskie osnovy. [The Laic State: Theoretical and Methodological Bases]. *Desyat let po puti svobody sovesti. Problemy realizatsii konstitutsionnogo prava na svobodu sovesti i deyatelnost religioznykh organizatsii*. Moscow, 2002. P. 122-136 (in Russian)
- Kochikyan N.S. Soderzhanie konstitutsionnogo prava na svobodu sovesti i veroispovedaniya. [The Content of the Constitutional Right for the Freedom of Faith and Worship]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii*. #3, 2008. P. 65-70 (in Russian)
- Atheism. URL: <https://www.britannica.com/topic/atheism> (from 15.10.2019) (in English)
- The Constitution of the USA 1887 p. App 1. URL: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm (from 15.10.2019) (in English)
- McGrath Alistair, Collicutt McGrath Joanna. The Dawkins Delusion? Atheist Fundamentalism and the Denial of the Divine. *Society for Promoting Christian Knowledge*, February 15, 2007. (in English)
- Osipov. A.I. Bog [The God] 5-th edition. Moscow: Pravoslavnoe bratstvo sv. Ap. Ioanna Bogoslova, 2015. 103 p. (in Russian)
- Dakhova I.I. Zmist prava na svobodu sovisti ta virospovidannya. [The Content of the Freedom of Faith and Worship] *Forum prava*. 2016. №4. P. 107-112. (in Ukrainian)
- Lavryk O.A. Svoboda virospovidannya lyudyny yak subiektyvne yurydychne parvo, iogo zabezpechennya v Ukraini [The Freedom of Faith of Human as a Subject Legal Right and Its Providing in Ukraine] *Filosofski ta metodologichni problemy prava*. 2011. №1. P. 68-75 (in Ukrainian)
- Van Der Walt, Johannes L. Religious tolerance and intolerance: 'Engravings' on the soul. *In Skriflig (Online)*. 2016, vol.50, n.1, pp.1-8. ISSN 2305-0853. (in English)
- Powell Russell, Clarke Steve. Religion, Tolerance and Intolerance: Views from Across the Disciplines. Oxford. <https://pdfs.semanticscholar.org/c3a5/fbb13527a8e5b56b44481e39cfed821046e9.pdf> (дата звернення 15.10.2019) (in English)
- Bysaga Yu.M., Palinchak M.M., Bielov D.M., Dankanych M.M. Osnovni prava lyudyny. [The Basic Human Rights]. Uzhgorod, 2003. 67 p. P. 3 (in Ukrainian)
- Nartdinova S.S. Religioznaya tolerantnost kak ontologicheskaya problema. [The Religious Tolerance as the Ontology problem]. *Vestnik KGU im. A.N. Nekrasova*. №1, 2013. P. 43-46 (in Ukrainian)
- Sosokovets L.I. Religioznaya tolerantnost i svoboda sovesti: istoriya i teoriya voprosa. [The Religious Tolerance and the Freedom of Faith: History and Theory of the Question]. *Izvestiya Tomskogo politehnicheskogo universiteta. Sotsialno-ekonomicheskie i humanitarnye nauki*. 2004. V.307. P. 177-180 (in Russian)
- Piotrovskiy M.B. Ahl al-Kitab. *Islam: entsiklopedychnyi slovnyk*. Ed. Prozorov S.M. Moscow: Nauka, 1991. P. 28-29. (in Ukrainian)

Наукове видання



ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 3 (110)

Редактор Т. Мельник

Оригінал-макет виготовлено ВПЦ "Київський університет"

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей.
Редколегія залишає за собою право скорочувати та редагувати подані матеріали.



Формат 60x84^{1/8}. Ум. друк. арк. 5,5. Наклад 300. Зам. № 219-9539.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю 3.
Підписано до друку 02.12.19

Видавець і виготовлювач
ВПЦ "Київський університет"

Б-р Тараса Шевченка 14, м. Київ, 01030

☎ (38044) 239 32 22; (38044) 239 31 72; тел./факс (38044) 239 31 28

e-mail: vpc_div.chief@univ.net.ua; redaktor@univ.net.ua

http: vpc.univ.kiev.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1103 від 31.10.02