

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

ДІЯЛЬНІСТЬ В ІНТЕРЕСАХ ІНШОЇ ОСОБИ В УМОВАХ ВІЙНИ: ЦИВІЛІСТИЧНІ АСПЕКТИ

Колективна монографія

За редакцією
проф. Є. О. Харитонова, проф. І. В. Давидової

Одеса
Фенікс
2022

УДК 347.41: 347.462: 347.12: 35.073.1
Д44

Рекомендовано до друку вченою радою
Національного університету «Одеська юридична академія»
(протокол № 1 від 7 вересня 2022 р.)

Рецензенти:

Булеца С. Б. – д.ю.н., професор, зав. кафедри цивільного права та процесу ДВНЗ «Ужгородський національний університет»;

Бігняк О. В. – д.ю.н., професор, зав. кафедри міжнародного та європейського права Національного університету «Одеська юридична академія»;

Діденко Л. В. – д.ю.н., професор кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету.

Діяльність в інтересах іншої особи в умовах війни: цивілістичні аспекти : кол. монографія / за ред. проф. Є. О. Харитонов, проф. І. В. Давидової. – Одеса : Фенікс, 2022. – 180 с.

ISBN 978–966–928–835–6

Монографія присвячена розгляду питань правового регулювання цивільних відносин, що виникають при здійсненні діяльності в інтересах іншої особи в умовах війни. Об'єкти дослідження: проблеми колізії й солідарності цивільних прав та інтересів в умовах війни; надання допомоги іншим особам фактичними та юридичними діями; особливості виникнення цивільно-правових зобов'язань внаслідок ведення чужих справ без доручення; рятування життя, здоров'я, фізичної особи; рятування майна юридичної особи; вчинення інших дій, спрямованих на відвернення шкоди; порядок і способи розгляду спорів, що виникають у згаданих випадках. Розглядаються випадки діяльності в інтересах іншої особи, які мали місце на практиці, надається правова оцінка відносин, що виникають при цьому.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, суддів, юристів-практиків.

УДК 347.41: 347.462: 347.12: 35.073.1

ISBN 978–966–928–835–6

© Є. О. Харитонova, І. В. Давидова, 2022

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Харитонов Євген Олегович – доктор юридичних наук, професор, Заслужений діяч науки і техніки України, член-кореспондент Національної академії правових наук України, завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»: передмова (у співав. з Харитоновою О. І.), розділ 1;

Харитонova Олена Іванівна – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, завідувач кафедри права інтелектуальної власності та патентної юстиції Національного університету «Одеська юридична академія»: передмова (у співав. з Харитоновим Є. О.), розділ 2;

Давидова Ірина Віталіївна – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»: розділ 4;

Галупова Лариса Ігорівна – кандидат юридичних наук, асистент кафедри права інтелектуальної власності та патентної юстиції Національного університету «Одеська юридична академія»: розділ 6;

Журило Сергій Сергійович – кандидат юридичних наук, начальник управління державної реєстрації Юридичного департаменту Одеської міської ради: розділ 5;

Зубар Володимир Михайлович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»: розділ 3.

ПЕРЕДМОВА

Восьмий рік наша держава живе в умовах неоголошеної війни, вже кілька місяців – в умовах воєнного стану. Війна кардинально змінила життя українців, одночасно змінивши пріоритети, плани, цілі, та саме буття.

24.02.2022 року Президентом України підписано Указ № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні». Відповідно до нього воєнний стан запроваджується з 05:30 24.02.2022 року строком на 30 діб. 15 березня цей строк був продовжений ще на 30 діб, потім 25 квітня знов на 30 діб, 25 травня – на 90 діб.

Таке рішення ухвалено у зв'язку з військовою агресією російської федерації проти України, а фактично початком війни на території нашої держави.

Час, що вже минув, і події, що розгортаються зараз, свідчать про неможливість залишати надалі поза увагою Виклики Часу, ігноруючи проблеми адекватного регулювання суспільних відносин, особливо у галузі цивільного права, в умовах Війни.

Зайве наголошувати, що Війна вже сама по собі є Викликом у соціальному сенсі як окремій особі, так і суспільству в цілому.

При цьому вона за своєю сутністю, передусім, є вирішенням збройним шляхом конфліктів інтересів між суб'єктами публічних відносин.

Як зазначав К. фон Клаузевиц, «Війна є зіткненням великих інтересів, що розв'язується кровопролиттям, і тільки цим вона відрізняється від інших суспільних конфліктів»¹. Він також наголошував на тому, що війна «є не що інше, як продовження державної політики іншими засобами»², а відтак – це «акт насильства, який має на меті змусити противника виконати нашу волю»³.

Ця класична характеристика війни доповнюється інтерпретаціями її поняття, як комплексу заходів, спрямованих на захоплення чужих природних, енергетичних та людських ресурсів, де перетинаються такі категорії як «збройний конфлікт», «військова експедиція», «освоєння нових територій», «інцидент», «інтервенція», «репресалії», «повстання» та ін.

¹ Клаузевиц К. О войне: в 2 т. М.: СПб., 2002. Т. 1. С. 163.

² Клаузевиц К. О войне: в 2 т. М., 2002. Т. 1. С. 11.

³ Клаузевиц К. О войне: в 2 т. М., 2002. Т. 1. С. 23.

Додамо до цього згадку про те, що погляди на війну та її соціально-політичний зміст постійно еволюціонують, а відтак потребують адаптації до сучасних військових трансформацій⁴.

Ми у подальших дослідженнях у цій монографії виходимо з того, що у міжнародно-правових документах термін «війна» не має чіткого змістовного наповнення (Гаазькі конвенції 1907 р., Женевський протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних чи інших подібних газів і бактеріологічних засобів 1925 р.), а у деяких документах поряд з терміном «війна» фігурують терміни «міжнародний збройний конфлікт» і «неміжнародний збройний конфлікт» (Женевські конвенції 1949 р. ст. 2 та ст. 3). Крім того, зауважимо, що з появою і поширенням концепції «гібридна війна» дефініції у цій галузі стають дедалі більш непевними⁵.

Більшість дослідників пов'язують початок війни з моментом фактичного відкриття воєнних дій або формального оголошення війни, навіть якщо за цим практично не почалися воєнні дії⁶.

Однак, на практиці це положення часто не відображає дійсний стан речей. До прикладу, хоча фактично, війна між Україною та російською федерацією почалася ще у 2014 році, формального оголошення війни не відбулося до цього часу, попри те, що багатьма повномасштабне російське вторгнення в Україну⁷, яке почалося 24 лютого 2022 року, розглядається як частина російсько-української війни⁸.

⁴ Валіулліна З.В. Військова теорія К. Клаузевіца в теоретичному дискурсі. Ефективна економіка. 2017. № 11. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=5881>

⁵ Власюк В.В., Карман Я.В. Право і громадянське суспільство – деякі основи поняття “гібридна війна” в міжнародному праві. URL: <http://lcslaw.knu.ua/index.php/item/207-deyaki-osnovy-ponyattya-hibrydna-viyna-v-mizhnarodnomu-pravi-vlasiuk-v-v-karman-ya-v>

⁶ Концептуальні засади та понятійно-категоріальне визначення «гібридної війни» в контексті загроз національній безпеці України. здобувач Довженко А.А.. URL: Allbest.ru; Поняття війни та збройного конфлікту – Міжнародне публічне право – Навчальні матеріали онлайн. URL: https://pidru4niki.com/1393051846768/pravo/ponyattya_viyini_zbroynogo_konfliktu

⁷ Російське вторгнення в Україну (2022). Вікіпедія. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%BE%D1%81%D1%96%D0%B9%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%BE-%D1%83%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%BE%D1%81%D1%96%D0%B9%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B5_%D0%B2%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B3%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F_%D0%B2_%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%83_(2022))

⁸ <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%BE%D1%81%D1%96%D0%B9%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%BE-%D1%83%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1>

Можна припустити, що внаслідок такої «неформалізованості», а також «гібридності» війни⁹, усі ці вісім років правове регулювання цивільних відносин відбувалося на тих самих засадах, що й раніше, без врахування того, що Україна фактично перебувала у стані війни.

Однак ситуація докорінно змінилася, коли війна перейшла у фазу загострення, що висунуло вимоги суттєвого підвищення ефективності механізму правового регулювання, зокрема, адекватного регулювання цивільних відносин в умовах запровадження воєнного стану.

На період дії воєнного стану уряд має право впроваджувати певні обмеження, суспільні відносини можуть регулюватись із окремими нюансами та особливостями. Таким чином, воєнний стан – це особливий правовий режим, який може впроваджуватись на певних територіальних одиницях держави, або ж охоплювати усю її територію. Відповідно до статті 64 Конституції України в умовах воєнного стану можуть встановлюватись окремі обмеження щодо прав і свобод громадян. Слід зазначити, що не всі права та свободи можуть бути обмежені. Зокрема, Конституцією України встановлено, що в період дії воєнного стану не можуть бути обмежені: право на життя, право на повагу до гідності особи, право на свободу та особисту недоторканність, право на житло, право на шлюб тощо.

Детально права цивільних осіб під час воєнних конфліктів регулює так зване «Право Женеви», – частина міжнародного гуманітарного права, норми якого спрямовані на полегшення страждань жертв збройних конфліктів. «Право Женеви» отримало таку назву у зв'язку з низкою Конвенцій, які були підписані ще у середині XX століття у місті Женева. Вони покликані захищати: права цивільного населення, військовополонених та поранених під час ведення воєнних дій.

Конвенція про захист цивільного населення під час війни (дата підписання – 12 серпня 1949 року, дата ратифікації Українською РСР – 03.07.1954 року) та Додаткові протоколи до неї встановлюють основні права цивільних осіб, які Держави-учасниці повинні забезпечувати під час збройних конфліктів. Зокрема, у Конвенції встановлені чіткі за-

%97%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D0%B2%D1%96%D0%B9%D0%BD%D0%B0_(%D0%B7_2014)

⁹ Власюк В. В., Карман Я. В. Право і громадянське суспільство – деякі основи поняття “гібридна війна” в міжнародному праві. URL: <http://leslaw.knu.ua/index.php/item/207-deyaki-osnovy-ponyattya-hibrydna-viyna-v-mizhnarodnomu-pravi-vlasiuk-v-v-karman-ya-v>

борони, які не можуть мати винятків будь-коли та будь-де. Вони стосуються тортур, насилля, каліцтва та принизливого відношення щодо цивільних осіб та щодо осіб, які склали зброю.

Водночас, міжнародне гуманітарне право встановлює основні гарантії, які повинні забезпечуватись Державами-учасницями конфлікту. Зокрема із цивільними особами: потрібно поводитись гуманно, поважати їхні переконання та релігійні обряди. Заборонені: акти тероризму, взяття заручників, колективні покарання, грабежі тощо¹⁰.

Тому, не заглиблюючись далі у проблему визначення поняття та характеристики правових аспектів розуміння війни, вже маємо підстави для висновку, що ключовими у концепті «війна» є категорії «інтереси» та «зіткнення /конфлікт інтересів». При цьому слід зауважити, що «зіткнення /конфлікт інтересів» тут може існувати у різних площинах.

По-перше, це зазвичай «зіткнення інтересів» суб'єктів міжнародного права у публічній сфері – між державами, їхніми збройними силами, громадянами держав, які перебувають у стані війни тощо.

По-друге, «зіткнення інтересів» відбувається і «усередині» воюючих держав.

Зокрема, це колізії приватного та публічного інтересів, обмеження прав людини (цивільних прав приватної особи), пов'язані із запровадженням воєнного стану.

Крім того, може виникати й колізія приватних інтересів, пов'язана з користуванням житлом, транспортом, розпорядженням спільним майном, виконанням договорів тощо.

Ситуація, що склалася, робить нагальною проблему визначення особливостей регулювання цивільних відносин в умовах (війни, воєнного стану тощо), коли виникають згадані колізії приватного та публічного, приватного та приватного інтересів.

Першочерговим завданням є вирішення колізії між правами та інтересами приватної особи, з одного боку, і колективними інтересами, – з іншого. Метою при цьому є максимальний захист прав та інтересів приватної особи, але, водночас, із запобіганням зловживанню нею цими правами.

Зростання в умовах надзвичайних ситуацій (зокрема, війни, воєнного стану тощо) значення імперативного елементу цивільно-правового

¹⁰ Права цивільних осіб під час війни: основи, особливості. URL: <https://yristpro.com/prava-civilnih-osib-pid-chas-viini-osnovi-osoblivosti/>

методу правового регулювання, зумовлене утрудненнями в укладенні договорів, дотриманням їхніх умов тощо. Звернімо також увагу на те, що ця обставина може мати не лише негативне значення (зменшуючи простір договірних стосунків, типових для цивільної сфери), але й виконувати позитивну роль, активізуючи використання недоговірних цивільних зобов'язань, котрі можуть виступати правовим засобом забезпечення належної реалізації прав і виконання обов'язків учасників цивільних відносин, навіть, у ситуаціях, які вони самі не передбачали наперед.

У такому контексті має формуватися тенденція до більш активного впорядкування цивільних відносин публічно-правовими методами, однак з метою послідовного захисту прав приватної особи. Зазначене стосується, передусім, недоговірних цивільно-правових зобов'язань.

Зауважимо, що, хоча категорія недоговірних зобов'язань у цілому і окремі види останніх були об'єктом наукових досліджень, однак особливості їхнього виникнення та значення в умовах війни (воєнного стану) практично ще майже не піддавалися науковому аналізу.

Таким чином, відповідна проблематика потребує спеціальних наукових розвідок з метою визначення напрямків підвищення ефективності законодавчого регулювання у цій сфері та удосконалення концепції недоговірних зобов'язань, що забезпечить зростання їхньої ролі у захисті прав приватної особи з одночасним залагодженням конфлікту приватного та публічного інтересів.

Монографія підготована в час, коли воєнна російська агресія триває, йдуть масовані обстріли, в тому числі, мирного населення, а відтак повсякчасно відбуваються порушення агресорами майнових та немайнових прав та інтересів жителів України. Разом із тим, відбувається поступове вдосконалення цивільного законодавства, поволі накопичується практика діяльності в інтересах інших осіб, виникають нові колізії, і водночас формується солідарність інтересів.

Автори цієї монографії прагнули звернути увагу на низку важливих аспектів процесів, що відбуваються, і сподіваються, що ця проблематика не залишить байдужими колег. Будемо раді вашим відгукам і продовженню обговорення проблем, що розглядалися у цій науковій праці.

З вірою в нашу перемогу. Слава Україні!

Є. О. Харитонов
О. І. Харитонova

Розділ 1

ВІЙНА: КОНФЛІКТ ТА СОЛІДАРНІСТЬ ЦИВІЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ

Права людини та права приватної особи в умовах воєнного стану

У зв'язку з військовою агресією російської федерації проти України з 5:30 24 лютого 2022 року по всій території України Указом Президента України № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні», затверджений потім Верховною Радою України, був запроваджений воєнний стан.

Відтак із запровадженням воєнного стану на період його дії стали можливі обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина, передбачених статтями 30–34, 38, 39, 41–44, 53 Конституції України. Стали також можливі тимчасові обмеження прав і законних інтересів юридичних осіб в межах та обсязі, необхідних для здійснення правового режиму воєнного стану, передбачені частиною 1 ст. 8 Закону України «Про правовий режим воєнного стану»¹¹.

Оскільки обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина формально може розглядатися як порушення прав людини, необхідно з'ясувати, чи є тут такі порушення і про які, власне, порушення йдеться. Це тим більш доцільно, що за кілька місяців до запровадження воєнного стану теза омбудсмена про те, що примусова вакцинація від коронавірусу є порушенням Конституції, активно використовувалася «антивакцинаторами» для організації протестів¹². Ми не порівнюємо ставлення українців до повномасштабного вторгнення агресора та пандемії, але загрозу спроб російських спецслужб «розхитати» ситуацію не варто применшувати, а тому необхідно бути готовими до протистояння і на цій ділянці війни.

¹¹ Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12.05.2015 № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19>

¹² Обмеження прав невакцинованих є порушенням Конституції – Омбудсмен. 26.10.2021. URL: https://zib.com.ua/ua/149476-obmezheniya_prav_nevakcinovanih_e_porushenniyam_konstitucii_.html

Отже маємо визначитися щодо розуміння категорії «права людини» та кореспондуючим їй на галузевому рівні поняттям «цивільна правоздатність», котрі гіпотетично мають зазнавати негативного «обмежувального» впливу під час воєнного стану.

Найбільш зручними з різноманітних визначень поняття «права людини» для характеристики його з точки зору практичного використання здається наступне: «права людини – це певні можливості людини, які необхідні для її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку людства (економічним, духовним, соціальним) і мають бути загальними та рівними для всіх людей»¹³.

Права людини не є безмежними, хоча обмежування їх супроводжується низкою проблем, які мають долатися¹⁴. Але якщо порушення прав людини під час збройного конфлікту виглядає категорією з більш віддаленими наслідками і можливістю захисту, то з погляду цивілістичного юридичний захист прав людини, як приватної особи, може відбуватися більш оперативно, навіть, без відкладення його до закінчення бойових дій. Тому ці аспекти проблеми обмеження і захисту цивільних прав заслуговують на спеціальне вивчення.

Варто зауважити, що в теорії цивільного права категорія «права людини» використовується з певними застереженнями, як не властива безпосередньо цій галузі. Натомість, йдеться про немайнові та майнові «права фізичної особи».

Однак це не означає відсутності певного кореспондування згаданих понять. Так, серед регулятивних правовідносин можна розрізняти загальні та конкретні правовідносини, враховуючи, що загальні регулятивні правовідносини пов'язані з дотриманням членами суспільства законів, правопорядку, конституційних норм, прав людини. В межах загальних правовідносин реалізуються основні (природні) права людини, зафіксовані у міжнародних актах, Загальній декларації прав людини, інших документах.

¹³ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. К., 1995. С. 7.

¹⁴ Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / Редкол.: П. М. Рабінович (гол. ред.) та ін. Серія І. Випуск 3. Львів, 2001. С. 32–96.

Що стосується конкретних правовідносин, то вони виникають на підставі конкретних юридичних фактів, чому й отримали таку назву. Їх завданням є обслуговування щоденних потреб, запитів та інтересів суб'єктів права. Такі правовідносини суворо індивідуалізовані¹⁵. Отже цивільні правовідносини за своєю сутністю є конкретними правовідносинами.

З традиційного цивілістичного погляду, «права людини» можуть бути віднесені до загальних цивільних відносин, а «суб'єктивні права фізичної особи» – до конкретних.

При цьому маємо враховувати можливість характеристики категорії правовідносин на трьох рівнях: 1) як категорії загальної теорії права; 2) як категорії приватного права; 3) як категорії певної (конкретної) галузі права¹⁶.

Відтак враховуємо й те, що права приватної особи (другий рівень розуміння) від прав фізичної особи у цивільних правовідносинах (третій рівень розуміння) відрізняються більш високим ступенем узагальнення, врахування засад і норм природного права тощо

Під таким кутом зору права людини можемо оцінювати як права приватної особи, котрі на рівні національному регламентуються та захищаються нормами цивільного законодавства. Разом із тим, зауважимо, що йдеться саме про «права приватної особи», а не про правоздатність останньої. Правоздатність є характеристикою загального правового становища приватної особи, що найбільш точно відображається у понятті «цивільна правоздатність», яке може бути застосоване щодо кожної «абстрактної» людини. Натомість, «суб'єктивне цивільне право» має певна, конкретна людина, що, власне, відображається і у позначенні «суб'єктивне цивільне право, тобто, «право, що належить певному суб'єкту».

Звідси випливає висновок, що основна проблема у демократичному суспільстві полягає у виникненні колізії не лише публічних і приватних прав (інтересів), але й у «зіткненні» прав (інтересів) приватних осіб (суб'єктів цивільних прав (правовідносин)).

¹⁵ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Регулятивні правовідносини: приватноправовий та публічно-правовий виміри: монографія. Одеса, 2018. С. 136.

¹⁶ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Приватне право як концепт. Т. IV: Від ідеї до реалізації: монографія. Одеса, 2021. С. 335.

Що стосується проблеми «зіткнення» суб'єктивних прав учасників цивільних відносин, то вона, як здається, значною мірою стала результатом хибного розуміння тези про існування загрози «звикання» соціуму до підміни індивідуалістичних, приватно-правових цінностей цінностями колективістськими із застосуванням публічно-правових засобів визначення і забезпечення останніх, а відтак виникнення «побічного ефекту» у вигляді виникнення психологічного підґрунтя для звикання і влади, і людей, до розширення повноважень правоохоронних органів¹⁷.

Тому влада при проведенні заходів, пов'язаних із забезпеченням воєнного стану не може ігнорувати багатоаспектності проблеми, яка стосується обмеження прав приватної особи та неврахування інтересів останньої.

При цьому маємо на увазі, що коли проблема забезпечення прав людини може розглядатися під кутом доцільності абсолютного захисту права окремої людини як приватного інтересу проти інтересу публічного, то з погляду цивілістичного важливою є також проблема подолання колізії приватних інтересів.

Не викликає сумніву, що можливість взаємодії держави із громадянським суспільством (правове забезпечення його функціонування), навіть поза екстремальними ситуаціями, значно більшою мірою забезпечується через публічне право, ніж через право приватне. Такий стан речей є природним, оскільки приватне право і громадянське суспільство є однопорядковими концептами, які не лише не можуть існувати одне без одного, але й не можуть бути достатньо повно охарактеризовані поза їхнім взаємним зв'язком, що пов'язано з однотипністю підґрунтя їхнього виникнення та існування. Натомість, публічна влада має забезпечувати умови функціонування громадянського суспільства та реалізацію і захист цивільних прав приватної особи.

Враховуючи викладене, маємо встановити, що мається на увазі під поняттям «інтерес», а відтак і під поняттям «цивільний інтерес».

¹⁷ Анатолій Амелін. «Влада сильніше контролюватиме народ, прикриваючись його безпекою». URL: https://gazeta.ua/articles/opinions-journal/vlada-silnishe-kontrolyuvatime-narod-prikrivayuchis-jogo-bezpekoyu/958662?utm_source=gravitec&utm_medium=push&utm_campaign

Інтерес та правомірні очікування

На перший погляд, категорії «інтерес» в українській цивілістиці приділялася значна увага: тільки за останні десять років були захищені докторська¹⁸ та кандидатська дисертації, присвячені дослідженню категорії охоронюваного законом інтересу в цивільному праві України, а також у праві деяких зарубіжних країн¹⁹. Низка публікацій стосувалася також «конфлікту інтересів» у галузі боротьби з корупцією, котра не стосується проблематики цієї монографії.

Разом із тим, останнім часом з'явилися праці, присвячені проблемам зіткнення інтересів в умовах пандемії²⁰, тобто в умовах надзвичайної ситуації, до яких також належать війна та воєнний стан.

Зауважимо, що спрямованість нашого дослідження вимагає також встановлення загального підходу до розуміння сутності категорії інтерес, надто, в умовах, коли цим позначенням охоплюються (або вживаються як феномени одного порядку) такі різні концепти як «бажане набуття», «очікування», «прагнення», «устремління» тощо.

Останнім часом у дослідженнях практики ЄСПЛ активно використовується концепція правомірного очікування (англ. – *legitimate expectation*), згідно якій дії або рішення органу публічної влади вважаються такими, що суперечать принципу верховенства права, не тільки у тих випадках, коли такими діями порушуються суб'єктивні права

¹⁸ Венедіктова І.В. Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві: дис... докт. юрид. наук. К., Ун-т ім. Тараса Шевченка, 2013. 430 с.

¹⁹ Катренко А.А. Охоронюваний законом інтерес як категорія цивільного права України та деяких зарубіжних країн: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2020. 201 с.

²⁰ Харитонов Є.О. Пандемія: право особи чи право держави. Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: проблеми здійснення і захисту: монографія / За ред. Харитонova Є.О., Харитонovої О.І., Некіт К.Г. Одеса, 2020. С. 9–15; Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Примус і цивільно-правова відповідальність як засоби подолання конфлікту інтересів при COVID-19. Цивілістичні проблеми колізії приватних та публічних інтересів в умовах пандемії COVID-19: матер. Всеукр. наук.–практ. конференції / за заг. ред. Є.О. Харитонova. Одеса, 2020. С. 6–11; Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Конфлікт та солідарність інтересів в умовах пандемії COVID-19. Часопис цивілістики. 2021. № 40. С. 5–11; Харитонов Є.О. Приватні, публічні та суспільні інтереси в умовах пандемії: неминуха колізія. Приватні та публічні інтереси в умовах пандемії COVID-19: колізії та правові шляхи вирішення: монографія; за ред. проф. Є.О. Харитонova, проф. О.І. Харитонovої, доц. К.Г. Некіт. Одеса, 2021. С. 16–27. (Серія: Право і подолання кризи, пов'язаної з пандемією COVID-19).

і процесуальні гарантії, прямо передбачені чинним законодавством, але й у тих випадках, коли такі дії не задовольняють правомірних очікувань осіб, стосовно яких вони вчиняються (ухвалюються).

Деякі вітчизняні автори прямо пов'язують «очікування» та «інтереси». Так, М. М. Слободін зазначивши, що наразі вітчизняна практика з розгляду приватних спорів не сформувала сталого визначення інституту законних очікувань, його змісту та умов застосування, перифразуючи Єринга зауважує, що в разі надання судом захисту суб'єктивного інтересу такий інтерес можна назвати правом. «Тому, – робить він висновок, – визначення «права законного очікування» також має право на існування»²¹.

Не поділяючи таку позицію, але враховуючи її існування, маємо з'ясувати, про який «інтерес» тут йдеться (якщо може йтися).

Правомірне очікування виникає у тому випадку, коли внаслідок заяв чи обіцянок від імені органу публічної влади, або внаслідок усталеної практики в особи сформувалося розумне сподівання, що стосовно до неї орган публічної влади буде діяти саме так, а не інакше.

У практиці ЄСПЛ матеріальні правомірні очікування визнаються «майном» за умови, що такі очікування (1) стосуються певних благ, котрі мають економічну цінність, (2) є цивільними за галузевою належністю і (3) достатньо визначені для того, аби бути забезпеченими можливістю судового захисту.

Відповідно до усталеної практики Європейського суду ««майном» може бути «наявне майно», або активи, включно з вимогами, стосовно яких заявник здатен довести, що він мав принаймні «правомірне очікування» дієвої реалізації його майнового права»²².

Зауважимо, що у контексті проблематики дослідження категорії інтересу важливе значення має розуміння (обрання найбільш точного відповідника при перекладі) терміну «legitimate».

Legitimate expectation найчастіше перекладають як «правомірні очікування», але також і як «законні очікування», «правомірні=законні очікування» тощо²³.

²¹ Слободін М. М. Законні очікування: pro et contra. Правомірні очікування очікування: зб.ст.; за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків, ЕКУС, 2020. С. 130.

²² Карнаух Б. П. Правомірні очікування в практиці Європейського суду з прав людини. URL: <http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/12647/1/Karnaukh.pdf>

²³ Правомірні очікування: зб. ст.; за ред. І. В. Спасибо- Фатєєвої. Харків, 2020. 250 с.

У зв'язку з цим зауважимо, що позначення очікувань, як «законних», здається некоректним, оскільки це може створити враження можливості відступу від принципу верховенства права. Тому позначення «правомірні очікування» виглядає більш привабливим. Крім того, враховуємо, що «legitimate» це не лише «правомірний», але також і «обґрунтований», «справжній», «розумний», «офіційно», «чинники» та ін. Тому, як на наш погляд, більш точним було б вести мову про «обґрунтовані» або «розумні» очікування.

Розуміння інтересу, як «очікування», очевидно, завдячує своєю появою цивілістичній традиції, котра веде свій початок від часів римського права, де терміном «інтерес» позначалася різниця між бажаним і реальним (тим, що вже є): «Інтерес – це те, чого мені бракує, і те, що я міг набути» (Д.46.8.13). У такому сенсі поняття «інтерес» виступає, очевидно, категорією об'єктивною. Відлуння зазначеного підходу зберігається до цього часу не лише у практиці ЄСПЛ, але й у вітчизняних правових доктринах: дещо меншою мірою – у приватно-правовій, більшою – у публічно-правовій²⁴.

Відтак маємо з'ясувати, чи слід вважати «цивільний інтерес» категорією суб'єктивною, чи категорією об'єктивною. Зауважимо, що й те, й інше її розуміння є достатньо поширеним в юриспруденції²⁵. Крім того, існує оцінка цієї категорії як такої, що має подвійну сутність, внаслідок чого визнається, що «в цивільному праві враховуються як об'єктивні, так і суб'єктивні інтереси»²⁶.

У теорії права інтерес може розглядатися як феномен, що має об'єктивні і суб'єктивні характеристики, а тому, з деякими застереженнями, можна вести мову про «об'єктивні» та «суб'єктивні» інтереси.

У цивілістиці з часом бачення сутності інтересу змінилося і його почали розглядати як категорію, радше, суб'єктивну, ніж об'єктивну, що зближає це поняття з категорією «суб'єктивне право».

²⁴ Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: моногр. К., 2003. С. 14–16.

²⁵ Грибанов В.П. Интерес в гражданском праве. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 234–244; Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М., 2001. С. 52–57.

²⁶ Ткачук А.Л., Дрішлюк А.І. Цивільно-правовий захист охоронюваних законом інтересів. Актуальні проблеми держави і права. 2003. Вип. 23. С. 123.

Враховуючи викладене, можемо констатувати, що «обгрунтовані очікування» (можливість отримати щось, яка не реалізувалася) та «інтерес» (прагнення отримати щось) опинилися у різній площині, тоді як «інтерес» та «суб'єктивне право» у сучасній цивілістиці зазвичай розглядаються, як поняття одного порядку.

«Цивільний інтерес» та «суб'єктивне право»

Можна вважати, що цивілістична традиція розглядати «інтерес» та «суб'єктивне право» як кореляти, а іноді, навіть, як практично тотожні поняття, веде свій початок від концепції Рудольфа фон Єринга, котрий характеризував суб'єктивне право як «юридично захищений інтерес». Він зазначає, що воля не є метою та рушійною силою прав, поняття волі і влади не в змозі дати нам практичне розуміння права. Право, як продукт народного життя, що утворюється внаслідок боротьби між різними елементами цього життя, з ціллю встановлення людського гурту, існує не тільки для того, щоб здійснити ідею абстрактної правової волі, а для того, щоб служити інтересам і цілям цивільного обігу²⁷.

На такому підґрунті у сучасній німецькій правовій доктрині суб'єктивне право розглядається як «своєрідна правова влада, що надана існуючим правопорядком суб'єктам права для задоволення певних інтересів»²⁸.

Критики такого підходу наполягають на тому, що суб'єктивне право існує й без «захищеного» інтересу, а останній є лише своєрідною передумовою виникнення права, рушійним елементом його реалізації, встановлення, зміни і припинення правовідносин, але не є суб'єктивним правом. На їх думку, «цивільно-правовий охоронюваний законом інтерес не можна ототожнювати з суб'єктивним правом, оскільки реалізація суб'єктивного права передбачає можливість уповноваженої особи здійснювати дії в межах свого права, можливість вимагати здійснення певних дій від зобов'язаної особи, можливість звернутися до компетентних органів за охороною порушеного права. У свою чергу, інтересу, на відміну від суб'єктивного права, не кореспондує зустрічний обов'язок. Таким чином, реалізація приватного охоронюваного законом інтересу передбачає здійснення дій в правовому полі – це умова

²⁷ Ihering. Geist des romanischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. III. Leipzig, 1865. P. 327.

²⁸ Жалинский А. Э., Рёрихт А. А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 304.

поширення законного захисту і можливості звернутися до компетентних органів у випадку виникнення незаконних перешкод. Отже інтерес є первинним щодо суб'єктивного права, яке є від нього похідним. Інтерес є унікальним юридичним феноменом, перетворюючись на спосіб реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків»²⁹.

Варто зауважити існування у цьому твердженні внутрішнього протиріччя. З нього випливає, що інтерес з первинного стає похідним, опосередковуючи реалізацію суб'єктивних прав. Однак, швидше, суб'єктивні права стають способом реалізації інтересу, оскільки він передуює їх виникненню.

Таким чином, суб'єктивні права та законні інтереси особи, як правові можливості, мають як спільні, так і відмінні риси, що зумовлює певну непослідовність концепції інтересу в цивільному законодавстві. Це зумовлює доцільність більш детального розгляду категорії інтересу у ЦК України.

Передусім, зауважимо, що визначення поняття «інтерес» або «цивільний інтерес» ЦК України не містить. Хоча згадка про цю категорію зустрічається у низці статей глави 3, ст. 67, 69 та ін. цього Кодексу, але при цьому частина друга ст. 15 ЦК України обмежується вказівкою на те, що «кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства».

Таким чином, замість визначення поняття «інтерес» маємо лише вказівку на можливість правового захисту інтересу та формулювання вимоги такого захисту – інтерес має «не суперечити загальним засадам цивільного законодавства».

Втім, на наш погляд, у такому підході немає нічого дивного, якщо взяти до уваги, що ЦК України не містить також визначення ключового для цивільного законодавства поняття «цивільне право», котре у цьому Кодексі у більшості випадків нерозривно пов'язане з поняттям «інтерес». Відтак припускаємо, що в ЦК України свідомо не включене легальне визначення цієї категорії з метою достатньо широкого її розуміння при застосуванні на практиці.

Враховуючи зазначене, проаналізуємо визначення поняття та розуміння сутності категорії «інтерес» у вітчизняному цивільному законодавстві, послуговуючись при цьому поняттям цивільного права як мож-

²⁹ Венедиктова И. В. Охраняемый законом интерес в гражданском праве: моногр. Х., 2012. С. 134–135.

ливої поведінки суб'єкта цивільних відносин, котрий діє у правовому полі.

Разом із тим, такий висновок сам по собі не дає критеріїв встановлення співвідношення категорій цивільного права та інтересу і таким шляхом визначення поняття останнього. Отже, будемо спиратися на аналіз норм Глави третьої ЦК України «Захист цивільних прав та інтересів», котрі містять згадку про «інтерес» Таким чином можемо отримати уявлення про концепцію вітчизняного законодавства щодо останнього.

Слід зауважити, що вказана глава містить більше питань, ніж відповідей на них.

Передусім виникає питання, про який саме «інтерес» йдеться у ЦК України: про «інтерес в цивільному праві» чи про «цивільний інтерес»? Таке питання пов'язане з тим, що і у назві Глави третьої ЦК, і у ст. 15–17 ЦК України вживається вираз «цивільні права та інтереси». Тобто, якщо стосовно того, що «права» є «цивільними», сумнівів не виникає, то щодо «інтересів» цього сказати не можна. Залишається припускати, що у нормах ЦК України, де йдеться про «цивільні права та інтереси», маються на увазі «цивільні права та цивільні інтереси», але слово «цивільні» у другому випадку випущене з міркувань економії місця. Хоча конструкція ст. 15–17 ЦК України не здається вдалою, однак шляхом такого припущення, ми отримуємо першу відправну точку для подальшої характеристики вже не інтересу, але «цивільного інтересу» як категорії, пов'язаної з цивільними правовідносинами. При цьому маємо на увазі, що елементи останніх можуть характеризуватися також за допомогою категорії «інтерес», що поділяється на публічний та приватний³⁰.

У контексті дослідження колізії інтересів нас цікавить не «інтерес» взагалі, як абстрактна категорія, а розуміння цього поняття у концепції українського цивільного законодавства.

Розглядаючи поняття інтересу під таким кутом зору, шляхом логічного і системного тлумачення норм ЦК України можна зробити висновок, що «інтерес» розуміється в Кодексі як категорія суб'єктивна. На користь такої позиції свідчить та обставина, що вираз «цивільних прав та інтересів», який вживається у назві Глави третьої ЦК Украї-

³⁰ Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. К., 2003. С. 8–28.

ни, у назві та тексті ст. 15–17, у частині 4 ст. 67, частині 3 ст. 69 та інших нормах ЦК України, є усталеним, стабільним, тоді як у сукупності з термінами «об’єкт», «предмет» тощо вживання слова «інтерес» не зустрічається. Більш того, у Розділі третьому Книги першої ЦК України «Об’єкти цивільних прав» поміж таких об’єктів (у тому числі поміж «матеріальними та нематеріальними благами») інтереси не згадуються.

Разом із тим, у випадках, коли термін «інтерес» вживається поза усталеним виразом «цивільні права та інтереси», ним позначаються поняття, які мають достатньо чітко виражене суб’єктивне забарвлення. Наприклад, у ст. 237 ЦК України зазначається, що «не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені». У частині 3 ст. 238 ЦК України говориться, що «представник не може вчиняти правочини від імені особи, яку він представляє, у своїх інтересах або в інтересах іншої особи, представником якої він одночасно є.»

Аналіз змісту та спрямованості вказаних норм свідчить про те, що «інтерес» розуміється тут як суб’єктивна категорія, оскільки цілком логічно виглядає вираз «діяти, враховуючи чужі (свої) прагнення». Слушність такого припущення можна перевірити на прикладі вживання відповідного позначення у главі 79 ЦК України, котра регулює відносини, що виникають при вчиненні дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення.

На перший погляд, може здатися, що категорія «інтерес» тут містить об’єктивні елементи. Таке враження виникає, коли виходити з того, що особа, яка вчиняє дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення, захищає «благо» останньої. Проте, таке враження є хибним. Це стає помітним вже тоді, коли ми спробуємо розкрити поняття «інтерес», яке вживається у контексті ст. 1158–1160 ЦК України, через згадуване поняття «благо». Таке визначення одного поняття через інше ще якоюсь мірою виглядає припустимим у частині першій ст. 1158 ЦК України: вираз «Якщо майновим інтересам іншої особи загрожує небезпека...» з деяким ступенем умовності можна замінити виразом «Якщо майновим благам іншої особи загрожує небезпека...».

Водночас, ні стосовно назви глави 79 ЦК України, ні стосовно змісту інших її норм таке тлумачення поняття «інтерес» не виглядає прийнятним. Наприклад, якщо спробувати внести відповідні зміни в назву глави 79 ЦК України, то замість «Вчинення дій в майнових *інтересах* іншої особи без її доручення» отримаємо «Вчинення дій в майнових

благах іншої особи без її доручення», що виглядає досить дивно. Аналогічний результат отримуємо і при спробах зробити відповідні заміни у частинах 2 та 3 ст. 1158, ст. 1159, 1160 ЦК України.

Більш виправданим виглядає у цьому контексті розуміння «інтересу» як прагнень, бажань, устремлінь особи. Тоді назва глави 79 ЦК України могла б виглядати таким чином: «Вчинення дій відповідно до *прагнень (бажань)* іншої особи без її доручення» або «Вчинення дій по захисту майнових *прагнень* іншої особи без її доручення».

Попри деякі уточнення така заміна термінів виглядає більш прийнятною і такою, що відповідає баченню законодавцями сутності зазначеного інституту ЦК України. Принагідно зазначимо, що й у наукових дослідженнях інституту вчинення дій в інтересах іншої особи без її доручення терміни «інтереси» та «блага» розуміються не як тотожні, а як такі, що знаходяться в різній площині. Цим пояснюється вживання виразів «діяльність в інтересах володільця блага» тощо³¹.

Таким чином, можна зробити висновок, що «інтерес» у концепції ЦК України розуміється, передусім, як категорія суб'єктивна.

Проте, від остаточної та однозначної оцінки позиції українських законодавців нас змушують утримуватися деякі положення Цивільного кодексу. Зокрема, до таких положень може бути віднесене формулювання виразу, вжитого у частині першій ст. 1158 ЦК України: «Якщо майновим інтересам іншої особи загрожує небезпека...».

Звісно, можна припустити, що тут має місце виняток із загального правила вживання термінології у ЦК України. Однак, зауважимо, що існування винятків ще не є достатньою підставою для розгляду інтересу як категорії «суб'єктивно-об'єктивної», тим більше, що створення таких конструкцій тягне порушення відомого принципу «лезо Оками», а тому є небажаним.

Інша річ, що може йтися про «цивільний інтерес у суб'єктивному значенні» та «цивільний інтерес у об'єктивному значенні». Однак у такому випадку мають бути відповідні термінологічні уточнення для кожного випадку їхнього вживання.

З врахуванням міркувань, викладених вище, **цивільний інтерес** відповідно до концепції українського цивільного законодавства розуміється як прагнення, устремління, потреби особи, котрі не визначені

³¹ Зазначені зобов'язання досліджуються детально у спеціальному розділі цієї монографії

законом або угодою сторін, як цивільні права, але спрямовані на виникнення або збереження останніх.

При такому розумінні його сутності «інтерес» виступає як категорія, що доповнює категорію «суб'єктивне право», будучи своєрідним вторинним, похідним елементом структури цивільних правовідносин. За цієї умови можлива постановка питання про колізії, узгодження, протиставлення, конфлікт інтересів тощо. Адже, якщо ототожнювати категорії «інтерес» і «блага», то маємо брати до увагу ту обставину, що останні не можуть ні конфліктувати, ні узгоджуватися (звісно, якщо не йдеться про припущення змагання «кращого з іще кращим»).

«Охоронюваний законом інтерес» і суб'єктивне право

Характеризуючи «інтерес», як категорію, що перебуває у перманентному зв'язку з категорією «суб'єктивне право», маємо з'ясувати, чи існуючим у правовому полі визнається кожен інтерес, чи лише, так званий, «охоронюваний законом інтерес».

Під «охоронюваним законом інтересом у цивільному праві» у вітчизняній юриспруденції пропонується розуміти усвідомлені суб'єктом права претензії на те, щоб отримати певне матеріальне (нематеріальне) благо або змінити свій правовий статус, що спонукає суб'єктів права вчиняти конкретні дії або, навпаки, утримуватися від них, котрі перебувають у правовому полі, забезпечені в реалізації підтримкою держави, котрі реалізуються у формі «дозволу», представленого у конкретному правовідношенні.

При цьому охоронюваний законом інтерес може бути як закріпленим у суб'єктивному праві, так і не закріпленим ним. Однак відсутність трансформації у суб'єктивне право не означає відсутності охорони або захисту існуючого інтересу юридичними способами або засобами. Єдине, що відрізняє незакріплений у суб'єктивному праві інтерес від суб'єктивного права, – це відсутність вимоги від іншої особи вчинення певних дій з можливістю застосування примусу щодо конкретної поведінки з боку держави³².

З останнього твердження випливає, що сутність інтересу становить «право на власні дії», але це, як раніше зазначала й сама І. В. Венедиктова, є реалізація приватного охоронюваного законом інтересу.

³² Венедиктова І. В. Охраняемый законом интерес в гражданском праве: монография. Х., 2012. С. 137.

Проте, якщо визнати, що охоронюваний законом інтерес опосередковується суб'єктивним правом, хоч би і охоронюваним, то проблема охоронюваного законом інтересу знімається зовсім, оскільки існує відповідне суб'єктивне право.

У зв'язку з викладеними вище положеннями варто звернути увагу на некоректність вживання виразів «законний інтерес», «інтерес, що охороняється законом», «охоронюваний законом інтерес» тощо. Особливо, коли йдеться про розуміння законного інтересу як відображення в об'єктивному праві або такого, що впливає з його загальних засад і певною мірою гарантований державою, простий юридичний дозвіл, спрямований на отримання певного соціального (задоволення певних соціальних потреб), що не суперечить публічному інтересові³³.

Але у галузі приватного права цивільний інтерес, так само як і суб'єктивне право, сам по собі не може бути «законним» або «незаконним» (якщо, звісно, не оцінювати його з суто позитивістських позицій). Адже прагнення, бажання людини, якщо вони не виражені у діях, не мають юридичного значення.

Натомість, більш точним здається вести мову про «правомірність» або «неправомірність» здійснення цивільних прав та інтересів, що визначається із врахуванням норм, встановлених договором суб'єктів відповідних відносин, актами цивільного законодавства, звичаями, а також положень доктрини права.

Звідси впливає логічна конструкція: якщо інтереси здійснюються правомірно, то вони підлягають правовому захисту; якщо – ні, то захист заінтересованій особі не надається.

Але відтак виникає і проблема, котру можна іменувати «проблемою допустимості поширювального тлумачення поняття шикани (зловживання цивільним правом).

Чинником її виникнення є вже згадувана непевність у визначенні співвідношення понять «цивільний (охоронюваний законом) інтерес» та «суб'єктивне цивільне право».

Посилюється ця непевність розбіжностями (як здається часто недостатньо мотивованими а іноді взагалі немотивованими) у найменуваннях та змісті глав другої та третьої Книги першої ЦК України (а також окремих статей цих глав).

³³ Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: моногр. К., 2003. С. 18.

Так, глава 2 ЦК називається «Підстави виникнення цивільних прав та обов'язків. Здійснення цивільних прав та виконання обов'язків».

При цьому «Цивільні інтереси» не згадуються ні у назві глави 2, ні у назвах статей 11–14 ЦК України, що включені до цих глав. Звідси, нібито, випливає вже згадуваний вище висновок, що цивільний інтерес фактично «поглинається» цивільним правом, а відтак не має самостійного юридичного значення.

Проте цей висновок одразу породжує сумнів у зв'язку з найменуванням глави 3, ст.ст. 15–17 ЦК України, а також положеннями згаданих статей.

Так, глава 3 ЦК України називається «Захист цивільних прав та інтересів»³⁴. Такі самі формулювання вживаються у назвах та змісті ст.ст. 13–17 ЦК України.

Більш того, частина 2 ст. 15 ЦК України містить спеціальне положення щодо захисту інтересу: «Кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства». Таким чином, наведена норма «виокремлює інтерес» зі, здавалося б, нероз'ємного формулювання «цивільні права та інтереси».

Не менш чітко «сепаровані» категорії «цивільне право» та «інтерес» у останньому реченні частини 2 ст. 16 ЦК України: «Суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом». Отже не «право та інтерес», а саме «право або інтерес».

Втім, чіткість позиції щодо можливості відокремлення захисту «права та інтересу» на цьому, практично, закінчується, оскільки у ст. 18 ЦК України йдеться про захист нотаріусом лише «цивільних прав», взагалі без згадки про можливість захисту нотаріусом «інтересів».

Так само не згадуються інтереси і у ст. 19 ЦК України «Самозахист цивільних прав».

Усе зазначене в сукупності дає підстави для досить вірогідного висновку, що законодавці свого часу просто залишили це питання поза увагою, а відтак вирішення його залежить від інтерпретації цього положення користувачами (особами, що мають юрисдикцію) у кожному випадку окремо.

При тій методологічній максимі, що при спорах та колізіях кожен сумнів у галузі приватних відносин має вирішуватися на користь при-

³⁴ Тут і далі підкреслено мною – Є.Х.

ватної особи на підставі презумпції правомірності та добросовісності її інтересів, намірів та дій.

Виходячи з цього, припускаємо, що положення норм глав 2 і 3 ЦК України рівною мірою стосуються здійснення та захисту як цивільних прав, так і цивільних інтересів. На такому методологічному підґрунті розглянемо далі проблему «зловживання інтересом» у сфері цивільних відносин.

Зловживання цивільними правами та цивільним інтересом

Не будемо зупинятися тут на проблемі зловживання правами, яка досліджувалася вітчизняними науковцями, зазвичай, у контексті більш загальної проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав³⁵, а натомість, констатуємо, що конкретні питання здійснення цивільних прав в умовах війни, поки що, є практично не вивченими, а відтак потребують спеціального самостійного дослідження.

Почати варто з аналізу положень ст. 13 ЦК України, яка називається «Межі здійснення цивільних прав». Наведемо її положення, що стосуються проблематики нашого дослідження, дослівно, водночас, опускаючи ті положення, які не мають безпосереднього стосунку до здійснення цивільних прав та створення загрози їхнього здійснення. При цьому спираємось на висловлену вище тезу, згідно якій у змісті глави 2 та 3 ЦК України, незалежно від формулювань, не проводиться чітка межа між термінами «цивільне право» та «інтерес».

Отже ст. 13 ЦК встановлює, що:

³⁵ Кот О.О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: моногр. К., 2017. 494 с.; Кот О.О. Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав: дис...докт. юрид. наук. К., 2017. 550 с.; Красицька Л.В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей: моногр. К., 2014. 628 с.; Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин: моногр.; За заг. ред. академіка НАПрН України В.В. Луця. К., 2011. 320 с.; Приватноправові механізми здійснення та захисту суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб: колект. моногр.; За ред.. В.Л. Яроцького. Х., 2013. 272 с.; Стефанчук М.О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: моногр. К., 2008. 184 с.; Стефанчук М.О. Цивільна правосуб'єктність фізичних осіб та особливості її здійснення: монографія. Київ, 2020. 429 с.; Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): моногр. Хмельницький, 2007. 626 с.

«1. Цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства.

2. При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, ...

3. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

4. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства.

5. ... (не стосується безпосередньо проблематики, яка нас цікавить).

6. У разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, які встановлені частинами другою – п'ятою цієї статті, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом».

Розглянемо далі наведені положення більш детально, враховуючи, що у загальному вигляді вимога до належного здійснення суб'єктивних прав виражена у ст. 68 Конституції України, яка передбачає, що кожний зобов'язаний неухильно дотримуватися Конституції України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей. Норми Конституції України містять і більш конкретні вимоги щодо здійснення окремих видів важливих цивільних прав.

Відповідно до цього, здійснення цивільного права має відбуватися у межах, встановлених договором або актами цивільного законодавства.

Стаття 23 Конституції України передбачає, що кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей. Це положення Конституції є підґрунтям правила ч. 2 ст. 13 ЦК, яке полягає в тому, що при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині.

Частина 3 ст. 13 ЦК розрізняє два види зловживанням правом:

1) зловживання правом шляхом навмисного завдання шкоди іншій особі; 2) зловживання правом, пов'язане з використанням недозволених форм його реалізації, але у рамках загального дозволеного типу поведінки щодо даного права.

Навмисне завдання шкоди іншій особі є цивільним правопорушенням, що може тягти за собою відповідальність у вигляді відшкодування шкоди, стягнення штрафу тощо.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що ці положення, стосується також ситуацій «зловживання» інтересами у сфері цивільних відносин, що, власне, і є одним з чинників виникнення колізії інтересів (у цьому разі – інтересу неправомірного з інтересами правомірними). Оскільки останні можуть стосуватися, як окремої особи, так і спільноти, далі маємо розглянути засади їхнього співіснування, співвідношення і взаємодії.

Інтереси індивідуальні та суспільні, приватні та публічні

Оцінюючи особливості формування, реалізації та розбіжностей приватних і публічних інтересів в умовах війни, скористаємося у якості методологічної основи диференціації інтересів концепцією Георга Єлінека (не поділяючи загалом його позитивістські уподобання), яка здається найбільш придатною для вирішення колізій в умовах надзвичайних ситуацій, коли має місце об'єктивний процес зростання ролі держави.

Відмінності між приватним і публічним правом, як зазначав Г. Єлінек, можуть бути зведені до тієї головної ідеї, що у приватному праві окремі індивіди протистоять одне одному як принципово супідрядні, воно регулює тому взаємні стосунки індивідів як таких, тоді як публічне право нормує стосунки між різними суб'єктами влади або організацію та функції суб'єктів влади та їхнє ставлення до підлеглих цій владі.

При цьому носієм приватних прав є не абстрактний, ізольований від соціальних відносин індивід, а член суспільства, який держава визнає особою. Тому приватне право є правом соціальним

Відтак у кожному окремому правовому стосунку (відношенні) йти-ся може лише про те, чи переважає при регулюванні його об'єктивним правом індивідуальний або соціальний інтерес. Усі соціальні, а тому й державні інтереси, також неможливо уявити абсолютно відокремленими від інтересів індивідуальних. Будь-яка громадська і державна діяльність у кінцевому підсумку забезпечує або, у кожному разі, має забезпечувати блага індивіда.

Сфера публічно-правова враховує інтереси, перш за все, публічні, загальні, а отже – державні. У цій сфері суб'єктивне право формується за нормативним, вольовим принципом, оскільки, коли йдеться про публічне право, саме держава визначає публічний інтерес. Він домінує у цих відносинах. Тут виражається воля держави і відбувається узгодження індивідуальних інтересів у інтересі публічному³⁶.

Враховуючи викладене, далі виходимо з того, що всю систему суб'єктивних прав із врахуванням інтересів їхніх носіїв можна розділити на публічні та приватні суб'єктивні права, а інтереси – на приватні та публічні.

Оскільки останні в умовах надзвичайних ситуацій, зокрема, війни, набувають переважно соціального забарвлення, маємо також враховувати доцільність використання категорії «суспільні інтереси», виокремлення якої пов'язане з ідеєю «інтегрального суспільства, в якому протилежні чи суперечливі інтереси не протиставляються один одному, а взаємодіють на партнерській основі. Це сприяє посиленню ринкової стратегії соціально відповідальної держави, яка в сучасних постіндустріальних суспільствах є переважаючою юридичною формою здійснення концепції основних (природних) прав людини... З огляду на це, суспільний інтерес являє собою гармонізований інтерес публічних і приватних партнерів та може кваліфікуватися як суспільна користь, соціальний ефект від здійснення партнерства в будь-якій сфері права. ...Таке партнерство має ґрунтуватися на засадах принципу пропорційності (*principle of proportionality*), який українською часто перекладають як принцип співрозмірності, і який передбачає співрозмірне обмеження прав та свобод людини для досягнення публічних цілей»³⁷.

На думку Р. А. Майданика, згідно з принципом пропорційності / співрозмірності органи влади, зокрема, не можуть покладати на громадян зобов'язання, які перевищують межі необхідності, які впливають із публічного інтересу, для досягнення цілей, які вимагається досягнути

³⁶ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 376.

³⁷ Хитку межу балансу суспільних і приватних інтересів слід визначати з урахуванням усталених принципів дозволеного правомірного втручання – Голова Верховного Суду України Ярослав Романюк. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/A3E272EC3B6249C8C2257EF300271D92](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/A3E272EC3B6249C8C2257EF300271D92)

за допомогою застосовуваної міри (або дій владних органів). Відповідно, застосовувана міра має бути пропорційна (має відповідати) цілям³⁸.

Розглядаючи співвідношення категорій суспільного, державного та приватного інтересів на прикладі боротьби із подоланням пандемії коронавірусу, М. В. Савчин зазначав, що проблему суспільних інтересів вітчизняні вчені (Д. О. Гетманцев) переважно аналізували через галузеві юридичні дисципліни, доводячи, що обмеження, які визначені у Конституції, мають бути адекватними, пропорційними, необхідними та співвідноситися із цілями обмежень, встановлених Конституцією, тоді як конституціоналісти висловлюють міркування, що публічні інтереси є найбільш значущими інтересами у суспільстві та державі, від реалізації яких залежить забезпечення конституційного ладу, розмежовуючи при цьому суспільні і державні інтереси (І. П. Андрушко).

Можна погодитися з М. В. Савчиним у тому, що останні думки мають більш вагоме значення у світлі субстантивного та процедурного аспектів розуміння поняття «суспільний інтерес». У субстантивному значенні суспільні інтереси виражаються у гарантованості доступу до матеріальних і духовних благ, які є надбанням усього суспільства. Якщо йдеться про духовні блага, то такі становлять спільну інтелектуальну спадщину і є цінністю для всього суспільства. Якщо йдеться про співвідношення між суспільним і державним/муніципальним публічними інтересами, то слід говорити про відносини підзвітності та підконтрольності публічної влади суспільству.

Процедурний момент розуміння суспільного інтересу проявляється насамперед у визначенні балансу приватних та публічних інтересів, При цьому важливим є досягнення узгодження цих інтересів таким чином, щоб цінність вищого порядку отримала свій захист. Забезпечення суспільного інтересу за рахунок приватного інтересу можливе лише за умови, якщо таке сприяє забезпеченню конституційної демократії³⁹.

³⁸ Хитку межу балансу суспільних і приватних інтересів слід визначати з урахуванням усталених принципів дозволеного правомірного втручання. – Голова Верховного Суду України Ярослав Романюк. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/A3E272EC3B6249C8C2257EF300271D92](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/A3E272EC3B6249C8C2257EF300271D92)

³⁹ Савчин М. В. Суспільний інтерес як критерій обмеження прав людини та боротьба із пандемією коронавірусу. Публічне право. 2020. № 2 (38). С. 7–8. URL: https://www.publichne-pravo.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=349%3Asavchyn-m-v-suspilnyi-interes-iak-kryterii-obmezhenia-prav-liudyny-ta-borotba-iz-pandemiiei-koronavirusu&catid=97&Itemid=483&lang=uk

Викладена позиція, безумовно, є цікавою з погляду деталізації класифікації інтересів, а надто, у «інтегральному суспільстві». Разом із тим вона не перешкоджає створенню загальної конструкції узгодження приватних та публічних інтересів відповідно до сентенції «Право однієї особи закінчується там, де починаються права інших людей».

Зауважимо, що так само вона не заперечує значення дихотомії «публічний – приватний» інтереси, оскільки з погляду такої дихотомії індивідуальний, колективний, суспільний тощо інтереси за своєю сутністю є інтересами приватними, тоді як державний, муніципальний, соціальний інтереси є публічними.

Значення згаданої дихотомії інтересів (котрі розуміються тут як суб'єктивна категорія) зумовлене тим, що характер встановлення або набуття суб'єктивних прав, ступінь свободи дій і залежності від волевиявлення суб'єктів, шляхи та засоби захисту публічних та приватних суб'єктивних прав істотно відрізняються⁴⁰. У свою чергу, це впливає також і на вибір правових засобів залагодження колізії інтересів.

У сфері публічних суб'єктивних прав у випадку колізії інтересів, їх залагодження відбувається, головним чином, шляхом застосування публічно-правових засобів уповноваженими на те органами державної влади та їх посадовими особами.

Що стосується сфери приватних прав, то тут залагодження колізії інтересів може відбуватися за допомогою приватно-правових засобів (самоврядування тощо). Правоможності, що входять до змісту суб'єктивного цивільного права, призначені забезпечити задоволення відповідних інтересів фізичних осіб – учасників цивільних відносин. За їхньою сутністю правоможності є правами на власні дії, охоплюючи при цьому також і право на самозахист.

Конфлікт та колізія інтересів

Послугуючись розумінням «інтересу», як прагнень, бажань, устремлень, пов'язаних з категорією суб'єктивних прав, як передумова і результат останніх, можна було б дати визначення «конфлікту інтересів», як процесу зіткнення протилежно спрямованих прагнень.

Однак, маємо зауважити, що останнім часом спостерігається звуження цього поняття. Це змушує більш обережно ставитися до викори-

⁴⁰ Харитонova О.І. Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії): моногр. Одеса, 2004. С. 87–88.

стання його у контексті проблематики подолання суперечностей приватних та публічних інтересів.

Значною мірою звуженню розуміння поняття «конфлікту інтересів» сприяла Конвенція ООН 2003 року, прийнята проти корупції, де вимоги щодо запобігання конфлікту інтересів встановлюються не лише до державних управлінців, а й до держав. Згідно з Конвенцією кожна держава, що входить до складу ООН, має прагнути відповідно до принципів свого внутрішнього законодавства створювати, підтримувати та укріплювати такі системи, які сприяють прозорості та запобігають виникненню колізії інтересів.

Відтак це поняття змістилося, головним чином, до проблем запобігання таким конфліктам, у сферу боротьби з корупцією тощо. (Абзац четвертий ч. 1 ст. 1 в редакції Закону № 224-VII від 14.05.2013 року; Абзац сьомий ч. 1 ст. 1 Закону № 1700-VII від 14.10.2014)⁴¹. Враховуючи цю обставину, доцільно у загальному сенсі вести мову не про «конфлікт», а про «колізію» інтересів.

Колізію визначають практично так само як «конфлікт», розуміючи її як зіткнення протилежних поглядів, прагнень, інтересів⁴².

Разом із тим, попри констатацію того, що термін «колізія» використовується в юридичній науці в різних словосполученнях («юридична колізія», «колізія у праві», «колізія в законодавстві» тощо), про таку можливість як «колізія інтересів» не згадується⁴³.

І навіть, у тих випадках, коли розрізняються юридичні/правові колізії у широкому і вузькому значенні цього поняття з констатацією того, що у широкому розумінні юридична колізія розглядається як різновид юридичних суперечностей усередині правової системи держави; у вузькому розумінні – як суперечність між чинними нормами права, з яких необхідно обрати одну норму, для її подальшого застосування,

⁴¹ Державна антикорупційна політика і запобігання та протидія корупції на публічній службі в органах державної влади і органах місцевого самоврядування: монографія / автор. кол.; за ред. проф. Ю.В. Ковбасюка і проф. В.Л. Федоренка. К., 2016. 524 с. Нестерович В.Ф. Законодавче урегулювання конфлікту інтересів в Україні в контексті досвіду Канади. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2011. № 1. Спец. випуск. С. 23–32.

⁴² Словник української мови: в 11 томах. Том 4, 1973. С. 223.

⁴³ Погребняк С. Про колізії в законодавстві. Вісник Академії правових наук України. 2003. 1 (32). С. 26–33; Погребняк С. Про підходи до поняття колізій в юридичній науці. Вісник Академії правових наук України. 1999. № 4 (19). С. 204–211.

про «колізію інтересів», знов-таки не йдеться⁴⁴. Тому тут залишається припускати, що колізія інтересів входить до складу згаданих «юридичних суперечностей усередині правової системи держави».

Відтак виникає ситуація, при якій ми маємо два терміни-синоніми, якими позначаються фактично тотожні конструкти. Разом із тим, кожен з них набув свого усталеного «звучання» та певної, практично традиційної «сфери ужитку». При цьому жоден з них не виокремлює чітко «конфлікт інтересів» чи «колізію інтересів» таким чином, щоби це стосувалося лише проблематики дослідження зіткнення інтересів в умовах надзвичайних ситуацій (у томі числі, епідемії, пандемії, війни, воєнного стану тощо).

Вихід з ситуації, що склалася, вбачається у тому, аби для дотримання принципу «лезо Оками» послуговуватися зазвичай виразом «колізія інтересів», котрий, на відміну від «конфлікт інтересів», менш пов'язаний з усталеним у праві та законодавстві поняттям. Втім, ще більш нейтральним є позначення «суперечність інтересів», котрим ми і будемо послуговуватися час від часу.

Разом із тим, нерозважливим було б намагатися обійтись взагалі без використання терміну «конфлікт» і пов'язаних з ним концептів, оскільки дослідження зіткнення, суперечностей тощо інтересів в умовах воєнного стану неможливі без врахування хоча б базових засад соціальної конфліктології.

Не торкаючись тут проблемних питань, визначимось лише щодо розуміння концептів, які стосуються проблематики нашого дослідження: конфлікт, суспільний та соціальний конфлікт, управління конфліктами тощо.

Отже, найчастіше конфлікт визначають як активні взаємоспрямовані дії опонентів для реалізації своїх цілей, забарвлені сильними емоційними переживаннями. Натомість соціальний конфлікт – це відкрите протистояння, зіткнення двох і більш суб'єктів і учасників соціальної взаємодії, причинами якої є усвідомлені несумісні потреби, інтереси і цінності⁴⁵.

При цьому з погляду соціальної конфліктології інтерес розглядається як усвідомлене і зацікавлене ставлення суб'єкта до об'єкта, який

⁴⁴ Шевченко Т. В. Юридична колізія: теоретико-правовий аспект. Розбудова держави і права: питання теорії та конституційної практики. 2013. № 3. С. 13–18.

⁴⁵ Гуменюк Л. Й. Соціальна конфліктологія. Львів, 2015. С. 48.

є засобом задоволення тієї або іншої потреби індивіда або соціальної спільноти. Тому причиною конфлікту може бути тільки усвідомлена потреба, яка виступає у формі інтересу. Отже, остаточною причиною всякого соціального конфлікту є суперечність усвідомлених інтересів між його суб'єктами: індивідами, соціальними групами, спільнотами і суспільствами

Причини конфлікту поділяють на дві основні групи: об'єктивні та суб'єктивні. Об'єктивними є причини, які є поза свідомістю і волею людей, соціальних спільнот, інститутів, організацій і виникають не з проявів свідомості або волі суб'єктів, а містяться в надсуб'єктивних чинниках, хоча їхні дії проходять через свідомість, набуваючи відповідної суб'єктивної форми (мотив, бажання, прагнення, очікування та ін.).

До об'єктивних причин належать: зіткнення матеріальних і духовних інтересів людей під час життєдіяльності; слабкість нормативно-правової бази, що регулює безконфліктне вирішення проблем; відсутність достатніх для нормальної життєдіяльності людей матеріальних і духовних благ.

Суб'єктивні причини конфліктів є виразом об'єктивних причин та їх інтерпретацій суб'єктами. Найчастіше це суперечності між інтересами людей і нормами поведінки в суспільстві; суперечності між однаковими інтересами різних суб'єктів, спрямованими на той самий предмет; протилежні інтереси різних суб'єктів; нерозуміння інтересів, намірів, дій суб'єктами, які починають бачити в них загрозу собі та своєму оточенню⁴⁶.

Названі вище суперечності/колізії/конфлікти приватних та публічних інтересів в умовах війни значною мірою можуть бути усунені цивілістичними засобами, до яких, зокрема, належать норми цивільного законодавства, що регулюють діяльність в інтересах іншої особи – на її прохання, або в силу припису норми права, або з власної ініціативи особи, яка вчиняє рятувальні дії тощо.

Проблема «зобов'язань з відвернення шкоди/ небезпеки»

Передусім, зауважимо зростання в умовах надзвичайних ситуацій (зокрема, війни, воєнного стану тощо) значення імперативного елементу цивільно-правового методу правового регулювання, зумовлене

⁴⁶ Гуменюк Л. Й. Соціальна конфліктологія. Львів, 2015. С. 63.

утрудненнями в укладенні договорів, дотриманням їхніх умов тощо. Звернімо також увагу на те, що ця обставина може мати не лише негативне значення (зменшуючи простір договірних стосунків, типових для цивільної сфери), але й виконувати позитивну роль, активізуючи використання недоговірних цивільних зобов'язань, котрі можуть виступати правовим засобом забезпечення належної реалізації прав і виконання обов'язків учасників цивільних відносин, навіть, у ситуаціях, які вони самі не передбачали наперед.

У такому контексті має формуватися тенденція до більш активного впорядкування цивільних відносин публічно-правовими методами, однак з метою послідовного захисту прав приватної особи. Зазначене стосується, передусім, так званих, недоговірних цивільно-правових зобов'язань.

Зауважимо, що, хоча категорія недоговірних зобов'язань у цілому і окремі види останніх були об'єктом наукових досліджень, однак особливості їхнього виникнення та значення в умовах війни (воєнного стану) практично ще майже не піддавалися науковому аналізу.

Таким чином, відповідна проблематика потребує спеціальних наукових розвідок з метою визначення напрямків підвищення ефективності законодавчого регулювання у цій сфері з метою удосконалення концепції недоговірних зобов'язань, що забезпечить зростання їхньої ролі у захисті прав приватної особи з одночасним залагодженням конфлікту приватного та публічного інтересів.

Звертаючись до аналізу категорії недоговірних зобов'язань, котрі розуміємо тут як цивільні правовідносини, що виникають не внаслідок договору, а з інших підстав (як передбачених, так і непередбачених законом), маємо, передусім, встановити їхню систему.

У Книзі п'ятій ЦК України «Зобов'язальне право» розрізняються: 1) договірні зобов'язання (ст. 655–1143); 2) недоговірні зобов'язання (ст. 1144–1215). При цьому норми підрозділу 2 Книги п'ятої Кодексу передбачають існування кількох видів різних за підставами виникнення, засадами регулювання та за сутністю зобов'язань: 1) публічна обіцянка винагороди; 2) вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення; 3) рятування здоров'я, життя, майна (правомірна юридична або фактична дія; мета дій – відвернення шкоди; 4) створення загрози; 5) завдання шкоди; 6) набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

Оскільки систематизація норм підрозділу 2 Книги п'ятої ЦК України є досить умовною, для наукового аналізу необхідною є їхня інституціональна структуризація. У зв'язку з цим згадаємо, що у вітчизняній цивілістиці пропонувалося виокремлення категорії недоговірних регулятивних зобов'язань, під якими пропонується розуміти «ті, що покликані врегулювати нормальні в непорушеному стані відносини між суб'єктами цивільного права і при цьому виникають із правомірних підстав за межами договору, серед яких публічна обіцянка винагороди (публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу і публічна обіцянка вигороди за результатами конкурсу); вчинення дій у майнових інтересах третьої особи без її доручення, зобов'язання з рятування (здоров'я та життя фізичної особи; майна іншої особи); зобов'язання із заповідального відказу та заповідального покладення»⁴⁷. Таким чином йдеться про регулятивні правовідносини, які виникають в результаті вчинення правомірних дій, спрямованих на досягнення результату, корисного, як правило, для іншої особи.

Оцінюючи запропонований перелік недоговірних регулятивних зобов'язань з погляду його значення для функціонування останніх в умовах війни зауважимо, що два з названих вище різновидів зобов'язань, навряд чи, мають якісь особливості в умовах війни. А, якщо й мають, то надто незначні, аби бути об'єктом окремого дослідження у контексті з'ясування цивільно-правових засобів, актуальність застосування яких в умовах війни зростає. Йдеться про публічну обіцянку винагороди без оголошення конкурсу та публічну обіцянку вигороди за результатами конкурсу (глава 78 ЦК України) і заповідальний відказ та заповідальне покладення (ст. 1237–1240 ЦК України), котрі В. М. Ігнатенко, як зазначалося вище, також відносить до підстав виникнення недоговірних регулятивних зобов'язань. Що стосується заповідального відказу та заповідального покладення, то, як нашу думку, обґрунтованість віднесення правовідносин, що при цьому виникають, до недоговірних зобов'язань взагалі є дуже сумнівною (можна припустити, що саме тому законодавець і обмежився тут лише тими спеціальними нормами, які вміщені у Книзі шостій ЦК України «Спадкове право»).

Тому, враховуючи суспільну корисність та значення діяльності, спрямованої на відвернення шкоди, здасться доцільним виділення

⁴⁷ Ігнатенко В. М. Виконання недоговірних регулятивних зобов'язань. URL: http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/tipp/2012_1/Ignaten.pdf

з числа регулятивних недоговірних зобов'язань в окрему категорію зобов'язань, що виникають з дій, вчинених особою без повноваження для запобігання загрози завдання шкоди іншій особі. Згідно з концепцією Цивільного кодексу України до цієї категорії належать: 1) зобов'язання, що виникають внаслідок вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення (глава 79 ЦК України), та 2) зобов'язання, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи; майна фізичної або юридичної особи (глава 80 ЦК України).

Тут варто згадати, що у проєкті ЦК України 1996 року коло недоговірних зобов'язань, що виникають у зв'язку із відверненням шкоди, планувалося ширшим. Проте, хоча розробники Проєкту наголошували при його обговоренні на значенні таких зобов'язань, зокрема на тому, що «серед норм, які регулюють зазначені відносини, необхідно виділити норми щодо запобігання шкоди та захисту їх від небезпеки», зазначаючи, що ці норми мають превентивно-виховний характер, бо стимулюють бережливе ставлення до чужого життя, здоров'я, власності, а відшкодування шкоди особі, яка вчиняла такі дії, до того ж, й гарантує поновлення майнового стану осіб, що піклуються про чужі майнові інтереси⁴⁸, у чинному ЦК України «Зобов'язання, що виникають внаслідок відвернення шкоди (запобігання шкоді)», як окрема (узагальнена) категорія, не згадується.

Зауважимо, що розробники проєкту ЦК України у питаннях регулювання недоговірних відносин, що виникають внаслідок вчинення дій, спрямованих на запобігання шкоді, яка загрожує інтересам іншої особи, певною мірою прагнули слідувати концепції ст. 118 Основ цивільного законодавства 1991 року, котра передбачала, що особа, яка уклала угоду в інтересах іншої особи, не маючи на це повноважень, вправі вимагати відшкодування понесених у цій угоді витрат за умови подальшого схвалення угоди цією особою. За відсутності схвалення необхідні витрати компенсуються особою, в інтересах якої укладалася угода, лише в межах отриманої по угоді вигоди. Крім цього, якщо особа без відповідних повноважень запобігла реальній загрозі збитків майну інших осіб в умовах, які виключають можливість попередження їх про таку загрозу, вона вправі вимагати від цих осіб відшкодування збитків, зазнаних у зв'язку з запобіганням шкоди. Розмір збитків, що

⁴⁸ Боброва Д. Недоговірні зобов'язання у проєкті Цивільного кодексу України 1996 р. Українське право. 1997. № 3. С. 180.

підлягають відшкодуванню, не повинен перебільшувати розміру відвернутої шкоди.

Таким чином, наведена стаття Основ фактично об'єднувала два види зобов'язань, що виникали внаслідок відвернення шкоди: 1) ведення справ без доручення, 2) запобігання загрозі реальних збитків майну інших осіб особою, яка діяла без відповідних повноважень.

Однак, вітчизняні законодавці у остаточній редакції Цивільного кодексу від аналогічного рішення відмовились, передбачивши можливість виникнення лише згаданих вище зобов'язань внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення (глава 79 ЦК України) та внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи (глава 80 ЦК України).

Власне, ними наразі й обмежується перелік регулятивних зобов'язань, які можуть виникати і є актуальними в умовах війни.

Очевидно, оптимальним варіантом вирішення проблем, що виникають при діях відвернення небезпеки, яка загрожує інтересам іншої особи, було б запровадження у Цивільному кодексі України узагальненої категорії недоговірних зобов'язань – «Зобов'язання, що виникають внаслідок усунення небезпеки (відвернення шкоди)»⁴⁹. Таким чином можна було б повністю зняти проблему захисту особи, яка рятувала життя, здоров'я чи майно іншої особи, майно організації, діяла в інтересах іншої особи без її доручення, вчиняла дії у загальнокорисних цілях тощо.

Це дало б можливість захистити інтереси усіх учасників цивільних відносин на випадок не лише війни, але й виникнення будь-яких надзвичайних ситуацій у майбутньому. А надто, коли поставатиме питання про захист солідарних інтересів усіх учасників цивільних відносин, що виникають при відверненні небезпеки/ загроз та відшкодування, зазваної при цьому діючими особами шкоди.

Враховуючи значення відповідних відносин, особливості умов та наслідків діяльності в майнових інтересах іншої особи без її доручення та рятування життя, здоров'я, майна людей та організацій в умовах

⁴⁹ Харитонов Є.О. Система зобов'язань, що виникають внаслідок відвернення шкоди, за Цивільним кодексом України. Актуальні проблеми приватного права України: Збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової / Відп. ред. Р.А. Майданик, О.В. Кохановська. К.: ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 461–480.

війни будуть предметом спеціального дослідження у окремих розділах цієї монографії.

Наостанок зауважимо, що проблема відшкодування шкоди, завданої правомірними діями, спрямованими на відвернення шкоди в умовах воєнного стану, може також розглядатися під кутом зору оцінки їх, як вчинених в стані крайньої необхідності.

Стаття 1171 ЦК України передбачає, що шкода, завдана особі у зв'язку із вчиненням дій, спрямованих на усунення небезпеки, що загрожувала цивільним правам чи інтересам іншої фізичної або юридичної особи, якщо цю небезпеку за даних умов не можна було усунути іншими засобами (крайня необхідність), відшкодовується особою, яка її завдала.

Хоча наведена стаття ЦК не містить визначення крайньої необхідності, вона, натомість, дає загальну характеристику цього феномену. Аналіз змісту частини 1 ст. 1171 ЦК дозволяє зробити висновок, що під «крайньою необхідністю» розуміється ситуація, коли завдання шкоди охоронюваним правам та інтересам однієї особи відбувається з метою усунути небезпеку, яка загрожує права та інтересам іншої особи, і яка не може бути усунута іншими засобами.

Звідси випливає, що ознаками крайньої необхідності є: 1) існування небезпеки, реальної загрози цивільним правам та інтересам учасника цивільних відносин (при цьому не має значення, від кого чи від чого походить небезпека; 2) завдання з метою відвернення зазначеної загрози шкоди цивільним правам та інтересам іншої особи (не пов'язаної зі створенням небезпеки); 3) неможливість усунення загрози виникнення шкоди іншим способом (засобами); 4) завдана шкода не обов'язково має бути меншою, ніж та, що загрожувала (тобто, від діючої особи не вимагається оцінка співвідношення завданої шкоди і шкоди відверненої).

Суб'єктом, який завдає шкоду у стані крайньої необхідності, може бути як той, кому загрожує шкода, так і інша особа. Потерпілою є особа, котрій завдано шкоду.

У зобов'язаннях відшкодування шкоди, завданої у стані крайньої необхідності, кредитором є потерпілий або інші особи, вказані у законі. Боржником, за загальним правилом, є особа, яка завдала шкоду у стані крайньої необхідності, незалежно від того, в чиїх інтересах (своїх чи іншої особи) вона діяла.

Оскільки, попри визнання дій, вчинених в стані крайньої необхідності, правомірними, обов'язок відшкодування шкоди покладається на особу, яка її завдала (частина 1 ст. 1171 ЦК), цю норму не можна визнати такою, що достатньо повно захищає інтереси особи, котра намагалася запобігти шкоді. Власне, йдеться про особливий випадок відшкодування шкоди на загальних засадах.

У цьому сенсі більш гнучкими (і більш перспективними з погляду забезпечення інтересів учасників цивільних відносин, що виникають при запобіганні шкоди в умовах воєнного стану) виглядають правила частини 2 ст. 1171 ЦК України. Ця норма встановлює винятки із загального правила про відшкодування шкоди особою, яка її завдала, надаючи суду широкі можливості для врахування обставин справи, особистості того, хто завдав шкоди, визначення співвідношення інтересів сторін тощо.

Зокрема, суд має право:

1) покласти обов'язок відшкодування шкоди на особу, в інтересах якої діяла особа, яка завдала шкоди у стані крайньої необхідності;

2) зобов'язати особу, в інтересах якої вчинялися дії, і особу, яка завдала шкоди у стані крайньої необхідності, відшкодувати шкоду в певній частці;

3) звільнити частково від відшкодування шкоди особу, яка її завдала, і особу, в інтересах якої вчинялися дії в стані крайньої необхідності (тобто, залишити частково шкоду на потерпілому);

4) звільнити повністю від відшкодування шкоди особу, яка її завдала, і особу, в інтересах якої вчинялися дії в стані крайньої необхідності (тобто, повністю перекласти негативні наслідки завдання шкоди на потерпілого)⁵⁰.

Разом із тим, варто зауважити, що зазначена норма, передусім, має метою розподіл (перерозподіл) шкоди, завданої при відверненні загрози, але не компенсацію шкоди особі, яка відвертала шкоду.

Можна припустити, що тут йдеться про використання правових засобів, аби найбільш повною мірою забезпечити досягнення солідарності інтересів усіх учасників відповідних відносин. Для перевірки такого припущення корисним був би аналіз практики вирішення відповідних справ в умовах воєнного стану, але остання, на жаль, наразі відсутня.

⁵⁰ Волков О. А. Зобов'язання відшкодування шкоди, завданої в стані крайньої необхідності за цивільним законодавством України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03, Одеса, 2009. 20 с.

Розділ 2

ВІДВЕРНЕННЯ ЗАГРОЗИ (ШКОДИ) В УМОВАХ ВІЙНИ

Права особи, яким несе загрозу війна

Як свідчить досвід війни, міжнародне гуманітарне право не діє, оскільки ворог веде не просто війну, але здійснює стосовно народу України геноцид. Російська федерація порушує у цій війні всі встановлені міжнародним законом правила. Воєнна необхідність, яка передбачає використання воюючими сторонами законних засобів насильства для досягнення у війні бажаної мети, не може виправдати тих дій, що здійснюються військовими росії на території України проти мирного населення. Воюючі сторони не повинні завдавати своєму противникові збитків, що не відповідають цілям війни, які закінчуються знищенням або послабленням військової могутності противника. Тому заборонено вести бойові дії чи нападати: на медичні формування; санітарно-транспортні засоби; цивільні об'єкти; культурні цінності; особливо небезпечні об'єкти; об'єкти цивільної оборони; санітарні зони (місцевості); місцевості, що не обороняються; демілітаризовані зони.

У жодному випадку застосування сили не може перевищувати необхідних меж або спрямовуватися на будь-який невоєнний об'єкт. Продовження війни після того, як супротивник заявив про своє бажання капітулювати, є порушенням міжнародного права. Важливим доповненням до визначення воєнної необхідності є те, що засоби застосування сили не повинні перевищувати необхідних меж у конкретній ситуації. Закони людяності ґрунтуються на універсальних приписах суспільної моралі та принципах гуманності, які вимагають від воюючих сторін разом утримуватися від надмірно жорстоких засобів насильства, оскільки порушення принципу доброї волі може призвести до знищення основ людських взаємин і повернення до миру стане неможливим⁵¹.

Українці не забудуть Бучанську різанину, Ірпінську трагедію, вбивства на Чернігівщині та Сумщині, жахи Маріуполя з авіаударами по

⁵¹ Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К., 1998. Воєнна необхідність. URL: https://leksika.com.ua/16990821/legal/voyenna_neobhidnist

пологовому будинку та Драмтеатру, безжальний розстріл на вокзалі в Краматорську, звірства на окупованих територіях.

З 24 лютого кожен день несе нові жахи. В останній час рашисти посилили ракетні обстріли цивільних об'єктів. Географія уражень – вся Україна. Систематичність та масовість обстрілів, методи звірств, підбурювання до вбивств і катувань і меседжі кремлівської пропаганди свідчать про наявність у керівництва росії конкретної мети. І ця мета – знищення українців як таких. Збройна агресія російської федерації проти України може кваліфікуватися як геноцид⁵².

Геноцид українців російськими військами під час вторгнення 2022 року визнаний, станом на 11 травня 2022 рішеннями парламентів країн Балтії, Польщі, Канади, Чехії, Ірландії та України.

Таким чином, виникає ситуація створення загрози правам та інтересам осіб⁵³. Відтак виникає питання захисту прав осіб, яким створюється загроза. Або цей захист бере на себе держава, або у тих випадках, коли державні інституції просто не справляються внаслідок масштабності подій, то тоді постає питання про участь у відверненні загрози самих учасників цивільних відносин. В зв'язку з цим набувають значення такі категорії, як крайня необхідність, необхідна оборона, рятування тощо.

Зобов'язання, що виникають внаслідок відвернення шкоди.

Загальні питання

З погляду проблематики цієї монографії тут варто було б вести мову про «зобов'язання, що виникають внаслідок відвернення загрози», Однак, оскільки зобов'язання з таким найменуванням, у цивільному законодавстві України не передбачені, про них може йтися лише у порядку *de lege ferenda*. Отже виправданим здається вести мову про відносини, що виникають внаслідок відвернення шкоди, маючи на увазі, що після врегулювання їх нормами законодавства, вони виступають як правовід-

⁵² Наміри Кремля: чому війна Росії проти України є геноцидом українського народу. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/rosiya-henotsyd-proty-ukrayintsiv-dokazy/31928332.html>

⁵³ Детальніше див.: Харитонов Є.О. Створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід ред.. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2005. Т. II. 1088 с. (Гл. 82 (ст. 1163–1165). С. 863–866.

носини (зобов'язання). При цьому зазначені норми, будучи об'єднані та впорядковані на певних засадах і з більшим чи меншим ступенем узагальнення можуть утворювати відповідні інститути та субінститути, що, власне, і дозволяє вести мову про «зобов'язання, що виникають внаслідок відвернення шкоди / загрози інтересам», як родову категорію та їхні різновиди⁵⁴.

Слід зазначити, що про «Зобов'язання, що виникають внаслідок відвернення шкоди (запобігання шкоді)», йшлося ще у 50-х – 60-х рр. ХХ ст., коли СРСР так іменувалися зобов'язання, які виникають внаслідок рятування майна соціалістичних організацій, а також життя та здоров'я громадян⁵⁵. Пізніше пропонувалося розглядати це поняття як родове, поширюючи його на всі правовідносини, що виникають у випадках запобігання шкоди, яка загрожувала правам та інтересам іншої особи⁵⁶.

У проєкті ЦК України 1996 р. коло недоговірних зобов'язань порівняно з ЦК УРСР 1963 р. було значно розширене. Проте, хоча розробники Проєкту наголошували при його обговоренні на тому, що «серед норм, які регулюють зазначені відносини, необхідно виділити норми щодо запобігання шкоди та захисту їх від небезпеки», зазначаючи, що ці норми мають превентивно-виховний характер, бо стимулюють бережливе ставлення до чужого життя, здоров'я, власності, а відшкодування шкоди особі, яка вчиняла такі дії, до того ж, й гарантує поновлення майнового стану осіб, що піклуються про чужі майнові інтереси⁵⁷, у чинному ЦК України «Зобов'язання, що виникають внаслідок відвернення шкоди (запобігання шкоді)», як окрема (узагальнена) категорія, не згадуються.

⁵⁴ Харитонов Є.О. Зобов'язання, що виникають внаслідок відвернення шкоди, за цивільним законодавством України. Актуальні проблеми цивільного права та процесу: матер. між нар. наук. конф., присвяченої пам'яті Ю.С. Червоного (Одеса, 16 грудня 2011 р.). Одеса, 2011. С. 5–9.

⁵⁵ Ставиский П. Обязательства из предотвращения вреда. Социалистическая законность. 1952. № 2. С. 16; Майданик Л.А. Обязательства из предотвращения вреда, угрожающего социалистической собственности или жизни человека. Социалистическая законность. 1961. № 5. С. 39–41.

⁵⁶ Ставиский П.Р., Харитонов Е.О. Обязательства из ведения дел без поручения и некоторые смежные обязательства в советском гражданском праве. Проблемы социалистической законности. Вып. 4. Харьков, 1979. С. 104–111.

⁵⁷ Боброва Д. Недоговірні зобов'язання у проєкті Цивільного кодексу України 1996 р. Українське право. 1997. № 3. С. 180.

Враховуючи зазначене, коротко розглянемо тут вчинення дій, спрямованих на запобігання шкоди (відвернення загрози), що загрожує іншій особі. Розглянувши окремі випадки виникнення таких зобов'язань, зможемо з'ясувати наявність у них спільних рис та відмінностей, а відтак встановити, чи є вони однорідними чи ні.

Підставою виникнення зобов'язань у зв'язку із вчиненням дій, спрямованих на запобігання виникненню шкоди, було «ведення справ без доручення» (*negotiorum gestio* – «ведення справ»; слова «без доручення» були додані до назви зобов'язання вже пізніше, аби підкреслити його позадоговірний характер). У класичному римському приватному праві *negotiorum gestio* породжувало зобов'язання внаслідок того, що одна сторона (гестор) піклується про майновий інтерес іншої особи (господаря) без спеціального на те доручення.

Зобов'язання, що виникають внаслідок ведення справ іншої особи без її доручення, з часом були рециповані у цивільному праві багатьох країн, передусім, європейських, а також тих, де сучасні правові системи формувалися під впливом останніх.

Слід зазначити, що ЦК України у питаннях регулювання недоговірних відносин, що виникають внаслідок вчинення дій, спрямованих на запобігання шкоді, яка загрожує інтересам іншої особи, передбачає можливість виникнення зобов'язань внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення (глава 79) та внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи (глава 80). Обмежимось тут лише зауваженням, що не надто вдалим здається обмеження законодавцем можливості застосування норм глави 79 ЦК України сферою лише «майнових інтересів іншої особи». Очевидно, що в умовах війни діяльність, спрямована на відвернення загрози іншій особі, яка здійснюється без її доручення, може полягати у вчиненні дій по захисту як майнових, так і немайнових інтересів. Зокрема, при діях, спрямованих на відвернення загрози життю або здоров'ю людини, які вчиняються іншою особою без спеціального на те доручення.

Можна припустити, що вітчизняні законодавці мали на увазі, що правові наслідки зазначеної ситуації можуть бути визначені за допомогою норм глави 80 ЦК України, оскільки іншою підставою виникнення недоговірних регулятивних зобов'язань відповідно до положень згада-

ної глави Кодексу є рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи.

При цьому зобов'язання із вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення (ст. 1158–1160 ЦК) та зобов'язання з рятування здоров'я, життя, майна іншої особи (ст. 1161–1162 ЦК) споріднює те, що вони виникають внаслідок вчинення дій, спрямованих на відвернення загрози виникнення шкоди іншій особі.

У зв'язку з цим є сенс визначити характерні риси згаданих зобов'язань. Враховуючи, що діяльності в майнових інтересах іншої особи без її доручення досліджується в окремому розділі, тут розглянемо властивості лише «рятувальних» зобов'язань⁵⁸.

«Рятувальні» зобов'язання

При цьому враховуємо, що норми глави 80 ЦК України передбачають можливість виникнення двох різновидів зобов'язань внаслідок вчинення рятувальних дій: 1) зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи (ст. 1161 ЦК); 2) зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи (ст. 1162 ЦК). Відрізняються вони об'єктом, якому загрожувала небезпека, та суб'єктами, на яких покладається обов'язок відшкодування шкоди.

Хоча між зазначеними однорідними зобов'язаннями, які виникають на підставі ст. 1161 та ст. 1162 ЦК України, існує низка видових відмінностей⁵⁹, однак їх об'єднує те, що підставою їхнього виникнення є вчинення рятувальних дій, спрямованих на відвернення загрози, яка загрожувала інтересам іншої особи. Зазначене стосується і співвідношення зобов'язань із вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення (ст. 1158–1160 ЦК) та зобов'язань з рятування здоров'я, життя, майна іншої особи (ст. 1161–1162 ЦК). Попри наявність

⁵⁸ Харитонов Є. О. Зобов'язання, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи, у структурі ЦК України: до проблеми вдосконалення цивільного законодавства. Правове життя сучасної України: матер. Міжнар. наук. конф. проф-викл. складу, присвяченої 15-річчю Національного університету «Одеська юридична академія» та 165-річчю Одеської школи права, 20–21 травня 2012 року. Т. 3. Одеса, 2012. С. 130–140.

⁵⁹ Чернат В. А. Місце зобов'язань із рятування здоров'я та життя фізичної особи у системі недоговірних зобов'язань. Актуальні проблеми держави і права: 36. наук. праць. 2006. Вип. 28. С. 252–259.

між ними низки відмінностей, об'єднує зазначені зобов'язання те, що вони виникають внаслідок вчинення дій, спрямованих на відвернення шкоди, яка загрожувала іншій особі.

Що стосується норм глави 80 ЦК України, то вони стосуються лише відносин, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи. Отже у випадках вчинення неуповноваженою особою в інтересах іншої особи дій, котрі не мають ознак саме «рятування» (хоча і є корисними, доцільними тощо) ст. 1161 ЦК України застосовуватися не може⁶⁰.

Зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи (ст. 1161 ЦК України).

Враховуючи ту обставину, що воєнні дії створюють безпосередню загрозу здоров'ю і життю людини, з'ясуємо далі основні риси зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи (ст. 1161 ЦК України).

За допомогою зобов'язань, передбачених ст. 1161 ЦК, відшкодовується шкода, завдана особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи від реальної загрози для неї.

Випадків таких дій з початку збройної агресії росії проти України можна назвати безліч. Особливо багато їх там, де відбуваються активні бойові дії і тому є необхідність рятування життя і здоров'я мирного населення. Так, зокрема, 2 травня 2022 року російські війська протягом кількох днів жорстоко обстрілювали село Бородянка на Київщині. Багато осіб залишилися без даху над головою. Про це повідомило ДСНС. Воно також повідомило про те, що рятувальники й волонтери евакуювали понад 200 жителів, які протягом двох діб були у підвалах і льохах через завали від обстрілів населеного пункту загарбниками⁶¹. При цьому якщо рятувальники здійснювали свої службові обов'язки (мали відповідні повноваження) і стосовно них термін «рятування» за-

⁶⁰ Рятування здоров'я життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. 5-те вид., перероб. і допов./ за ред.. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2013. Т. II. 1120 с. (Гл. 80 (ст. 1161–1162). С. 893–895.

⁶¹ Рятувальники і волонтери евакуювали понад 200 жителів Бородянки. URL: <https://ua.korrespondent.net/ukraine/4453513-riatuvalnyky-i-volontery-evakuuivaly-ponad-200-zhyteliv-borodianky>

стосований не у значенні ст. 1161 ЦК, то стосовно осіб, яких названо «волонтерами» не все так однозначно. Судячи з усього, під волонтерами тут маються на увазі фізичні особи, які з альтруїстичних міркувань здійснювали рятувальні дії разом з рятувальниками. І, відповідно, вони можуть підпадати під дію норм глави 80 ЦК України, за наявності шкоди, яка виникла внаслідок таких дій.

Коли йдеться про «волонтерів», слід розрізняти тих з них, хто належить до волонтерських організацій (доброчинних громадських організацій, створених з відповідною метою) та пересічних громадян, які здійснюють рятувальні та інші дії з мотивів альтруїзму. І перших, і других називають волонтерами, оскільки під час війни розмилися межі доброчинної «професійної» діяльності і дій, здійснюваних пересічними громадянами задля допомоги іншим особам, які потерпають від війни, рятування їх життя, здоров'я та майна.

«Волонтер» (фр. «volontaire», лат. «voluntarius») – «доброволець», «той, що має бажання». Поняття «волонтерство» застосовується для позначення діяльності, що здійснюється людьми добровільно на безоплатній основі і спрямована на вирішення проблем суспільства.

Відповідно до Загальної декларації волонтерів, яку прийнято на XI Конгресі Міжнародної асоціації волонтерів 14 вересня 1990 року, волонтерство є добровільною, активною, спільною або особистою участю громадянина в житті людських спільнот для реалізації його основних людських потреб та покращення якості життя, економічного і соціального розвитку⁶². Волонтери, ризикуючи власним життям, відправляються у бойові точки, щоб врятувати десятки інших життів. Сьогодні важко порахувати тих, хто змінив професію, залишив роботу і комфортне життя та відправився допомагати людям.

В Україні волонтерська діяльність регулюється відповідним законом, який визначає волонтерську діяльність як добровільну, соціально спрямовану, неприбуткову діяльність, що здійснюється волонтерами шляхом надання волонтерської допомоги. Волонтерська допомога – це роботи та послуги, що безоплатно виконуються і надаються волонтерами. Волонтерська діяльність є формою благодійної діяльності і відповідно до ст. 7 Закону «Про волонтерську діяльність» волонтери надають волонтерську допомогу на базі організації чи установи, що залучає до своєї діяльності волонтерів на підставі договору про провадження

⁶² Волонтерство. URL: <https://www.bitlex.ua/uk/blog/terms/post/volonterstvo>

волонтерської діяльності, укладеного з такою організацією чи установою, або без такого договору. Волонтери можуть надавати волонтерську допомогу індивідуально, при цьому вони зобов'язані повідомляти отримувачів волонтерської допомоги про те, що вони не співпрацюють з організаціями та установами, що залучають до своєї діяльності волонтерів⁶³.

З метою з'ясування того, чи можуть волонтери здійснювати рятувальні дії, звернемося до норм закону, що регулюють напрямки волонтерської діяльності. Ними є:

- надання волонтерської допомоги з метою підтримки малозабезпечених, безробітних, багатодітних, бездомних, безпритульних, осіб, що потребують соціальної реабілітації;
- здійснення догляду за хворими, особами з інвалідністю, самотніми, людьми похилого віку та іншими особами, які через свої фізичні, матеріальні чи інші особливості потребують підтримки та допомоги;
- надання допомоги громадянам, які постраждали внаслідок надзвичайної ситуації техногенного чи природного характеру, дії особливого періоду, правових режимів надзвичайного чи воєнного стану, проведення антитерористичної операції, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях (підкреслено мною – О.Х.), у результаті соціальних конфліктів, нещасних випадків, а також жертвам кримінальних правопорушень, біженцям, внутрішньо переміщеним особам;
- надання допомоги особам, які через свої фізичні або інші вади обмежені в реалізації своїх прав і законних інтересів;
- проведення заходів, пов'язаних з охороною навколишнього природного середовища, збереженням культурної спадщини, історико-культурного середовища, пам'яток історії та культури, місць поховання;
- сприяння проведенню заходів національного та міжнародного значення, пов'язаних з організацією масових спортивних, культурних та інших видовищних і громадських заходів;
- надання волонтерської допомоги для ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру;

⁶³ Про волонтерську діяльність: Закон України від 19.04.2011 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3236-17>

- надання волонтерської допомоги Збройним Силам України, іншим військовим формуванням, правоохоронним органам, органам державної влади під час дії особливого періоду, правових режимів надзвичайного чи воєнного стану, проведення антитерористичної операції, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії російської федерації у Донецькій та Луганській областях;

- сприяння уповноваженому органу з питань пробації у здійсненні нагляду за засудженими та проведенні з ними соціально-виховної роботи;

- надання волонтерської допомоги за іншими напрямками, не забороненими законодавством.

Аналіз положень закону «Про волонтерську діяльність» дає підстави для парадоксального висновку, що волонтери можуть здійснювати надання волонтерської допомоги Збройним Силам України, іншим військовим формуванням, правоохоронним органам, органам державної влади під час дії особливого періоду, правових режимів надзвичайного чи воєнного стану, проведення антитерористичної операції, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії російської федерації, а також надання допомоги громадянам, які постраждали внаслідок надзвичайної ситуації техногенного чи природного характеру, дії особливого періоду, правових режимів надзвичайного чи воєнного стану, проведення антитерористичної операції, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії російської федерації, лише у Донецькій та Луганській областях. Таким чином, надання зазначеної допомоги (а отже і рятувальних дій) волонтерами у інших областях України, у яких відбуваються бойові дії, або які зазнають ракетних та інших атак (а це зараз практично вся територія країни) не вважається за чинним законом напрямом волонтерської діяльності.

Крім цього, на даний час існує порядок формування та ведення Реєстру волонтерів антитерористичної операції та/або здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії російської федерації у Донецькій та Луганській областях, що здійснюються шляхом проведення операції Об'єднаних сил (ООС), затверджений наказом Міністерства фінансів від 30.10.2014 № 1089. До речі, у цьому Наказі визначається поняття «волонтер АТО

та/або ООС» – фізична особа – благодійник (громадянин України або іноземець чи особа без громадянства, яка перебуває в Україні на законних підставах), яка досягла вісімнадцятирічного віку, провадить волонтерську діяльність на добровільній та безоплатній основі, внесена до Реєстру волонтерів антитерористичної операції та/або здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії російської федерації у Донецькій та Луганській областях, що здійснюються шляхом проведення операції Об'єднаних сил (ООС) згідно з Податковим кодексом України (далі – Кодекс) та Законом, надає благодійну допомогу на користь осіб, визначених у підпункті «а» підпункту 165.1.54 пункту 165.1 статті 165 розділу IV Кодексу⁶⁴.

Тому, наразі існує нагальна необхідність внесення змін до Закону України «Про волонтерську діяльність» і формулювання норми статті 1 таким чином, щоби поширити відповідні напрямки волонтерської діяльності на всю територію України.

Безоплатне виконання робіт або надання послуг особами, що здійснюється на основі сімейних, дружніх чи сусідських відносин, не є волонтерською діяльністю.

Дуже часто під час війни виникають ситуації, коли особа здійснювала рятувальні стосовно життя, здоров'я або майна інших осіб дії спочатку як свідомий громадянин і в такому статусі могла бути суб'єктом зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи, її майна, а потім, почавши займатися цим як волонтер, такий статус втратила. Наприклад, Отець Сергій Дмитрієв – священник, капелан 30-ї окремої механізованої бригади ім. Костянтина Острозького, керівник громадської організації Синодального управління соціального служіння ПЦУ «Елеос-Україна». *Отець Сергій Дмитрієв як капелан та волонтер щомісяця долає на своєму авто в середньому майже 12 тис. км.* З 2014 року мережа «Елеос-Україна» займалася підтримкою нужденних, хворих, родин учасників АТО\ООС, жінок-ВПО тощо. З по-

⁶⁴ Про затвердження Порядку формування та ведення Реєстру волонтерів антитерористичної операції та/або здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях, що здійснюються шляхом проведення операції Об'єднаних сил від 30.10.2014 № 1089. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1471-14>

чатку війни їм знадобився тиждень, щоб запустити ще й евакуаційний проєкт. На початку березня автобус «Елеос-Україна» поїхав до Харкова. Зупинився на в'їзді в місто. Люди бачили його і під обстрілами забігали всередину. Капелан і його помічники вивозили їх прямо з-під бомбардувань. Потім організували евакуацію з Бучі, Ірпеня. Пізніше – з Донецької, Луганської, Запорізької областей. Везли людей до Дніпра, де діє їх волонтерський хаб. Їхні авто також брали участь в гуманітарному коридорі з Маріуполя.

Ризикуючи життям і власним майном, волонтери щоразу їдуть в район бойових дій, щоб врятувати десятки життів. Від початку березня волонтерам «Елеос-Україна» вдалося вивезти майже 3 тисячі людей. Сьогодні «Елеос-Україна» має 5 екіпажів для евакуації цивільного населення. І ще 4 авто швидкої допомоги, що перевозять дітей з хронічними хворобами з лікарень у ті лікарні, де вони можуть отримати спеціалізовану допомогу. Також вони евакуюють важкохворих і допомагають їм потрапити в лікарні, де вони будуть під наглядом фахових спеціалістів.

В'ячеслав Запорожець – в мирному житті власник будівельної компанії, зараз – активіст гуманітарної організації «Центр спасіння життя». Починалося все з того, що з 9 березня 2022 року Запорожець з друзями щодня їздили до Чернігова евакуювати людей до Києва. Згодом заснував гуманітарну організацію «Центр спасіння життя», в якій зараз працюють 11 парамедиків, 6 анестезіологів та 8 фахівців, які надають першу допомогу. Мають 21 авто. Від початку війни вони врятували з гарячих точок понад 1000 осіб⁶⁵.

Ігор Логвінов – викладач французької мови у Чернівецькому національному університеті, засновник та ідейний лідер благодійного фонду «ФріДом Траст». Практично з самого початку повномасштабного вторгнення він віз в гарячі точки гуманітарку, а звідти забирав людей. Спочатку це була його персональна ініціатива, яка згодом переросла в благодійний фонд «Фрідом траст»⁶⁶.

З початком війни мільйони українців стали допомагати один одному. По всій країні зараз створюються локальні спільноти взаємодопо-

⁶⁵ Дорога з пекла: як волонтери рятують життя. URL: https://24tv.ua/doroga-peklayak-volonteri-ryatuyut-zhittya_n2052876

⁶⁶ «Витягаємо з-під обстрілів»: як волонтери рятують маломобільних людей з Луганщини. URL: <https://v-variant.com.ua/article/volonter-vakuatsiya/>

моги – починаючи від спільнот під'їзду та закінчуючи районними. Допомога від сусідів стає необхідністю. Іноді, за надзвичайних обставин, вона переростає у рятування життя та здоров'я.

Село Сукачі у Вишгородському районі Київської області в перші ж дні війни, як і десятки населених пунктів навколо, опинилося в російській окупації. Ворожі танки так швидко опинилися в цих краях, що жителі тутешніх сіл навіть не встигли подумати, тікати їм чи залишатися вдома. Коли перші ракети полетіли в будинки, БТри «паркувалися» у дворах, а військові ЗС рф почали обходити хати, вибору вже не було. Життя перетворилося на пекло. Ні світла, ні зв'язку. За кілька тижнів окупації тисячам людей загрожував ще й справжній голод – магазини не працювали. І тут на допомогу землякам прийшло сукачівське рибне господарство, «Хутір на околиці». За кілька днів люди мусили виходити зі своїх обійсть. Почали приходити на роботу й працівники рибгосподарства.

Попри ризики, хлопці діставалися до ставків манівцями – там, де їх не могли побачити російські військові. Евакуювали техніку. А потім почали рятувати рибу, адже через відсутність електрики рівень води став критичний.

«Щодня дорогою на роботу ми витримували перевірки від росіян. Нас обшукували, роздягали, – розповідає Віктор Омельчук. – На тілі шукали татування, сліди від бронежилетів, синці від автоматів. І лише тоді пускали на роботу».

А вже за тиждень до рибного господарства почали приходити люди – просили дати риби, бо не мали що їсти.

За словами рибовода, за період окупації було роздано 75 тон риби – товстолобик, короп, білий амур. Кожній людині давали по дві-три рибини⁶⁷.

Разом із тим, варто зауважити, що, попри «рятувальний» характер зазначених дій, зобов'язання, передбачені нормами глави 80 ЦК України тут не виникають, оскільки є не все необхідні для цього умови.

Отже, суб'єктами зобов'язань в цьому випадку є особа, котра здійснювала рятувальні дії (рятувальник), і держава.

⁶⁷ Ткачук М. «Біблійна» історія про те, як рибгосп врятував тисячі людей під час російської окупації. URL: <https://novynarnia.com/2022/07/13/biblijna-istoriya-sukachiv/>

Рятувальником може бути як фізична, так і юридична особа, оскільки законом не передбачені якісь обмеження щодо можливості останньою вчиняти рятувальні дії. Найчастіше, як свідчить судова практика, рятувальником виступає фізична особа, яка, рятуючи іншу фізичну особу, може зазнати як майнової, моральної шкоди, так і шкоди для свого здоров'я. Наприклад, рятуючи особу на пожежі, рятувальник може зазнати опіків різного ступеню тяжкості, ушкодити одяг, взуття, а також зазнати моральних травм: витягуючи особу з-під завалів будинку, рятувальник також може зазнати травм, як фізичних, так і моральних.

Юридична особа також може стати рятувальником, наприклад, беручи на себе витрати, пов'язані з невідкладним лікуванням хворого, його транспортуванням до медичної установи, відповідно набуваючи права вимагати їх відшкодування від держави. У такому випадку діями юридичної особи мають вважатися дії її працівників, вчинені під час виконання ними своїх трудових (службових) обов'язків. Таке рішення можливе на основі застосування аналогії закону (ст. 1172 ЦК).

Змістом зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи, є право рятувальника на відшкодування завданої йому шкоди і обов'язок держави відшкодувати цю шкоду.

Умовами виникнення таких зобов'язань є:

1) наявність реальної загрози для здоров'я та життя фізичної особи. Стосовно цієї умови, то вона може бути піддана сумніву у мирний час і це є виправданим. Але, реальність такої загрози в умовах війни стає на порядок вищою. Так, наприклад, за даними ООН, Україна є однією з найбільш замінованих країн світу. Як не прикро, але пересічних українців така нова реальність зобов'язує відповідальніше ставитися до питання особистої безпеки у контексті мінної небезпеки⁶⁸. У зоні бойових дій існує реальна небезпека життю і здоров'ю мирного населення, така небезпека існує також і на інших територіях, які зазнають ракетних та бомбових атак. Крім цього, російсько-окупаційні війська руйнують інфраструктуру, порушуючи екологічну рівновагу, що призводить до небезпечних змін стану довкілля, екологічні та соціальні наслідки, що мають системний характер і можуть розглядатися як нова загроза національній безпеці в екологічній сфері. Руйнування інфраструктури,

⁶⁸ Інформує ДСНС – Кобеляцька міська громада. URL: <https://kobelyaky-miskrada.gov.ua/news/31903-informuje-dsns>

пов'язаної з водопостачанням і водовідведенням, хімічне забруднення, відключення електроенергії об'єктів, що скидають стічні води, також становлять загрозу не тільки для водних ресурсів, а й для екосистеми в цілому. Наявною також є небезпека, яка ще не виникла, але її виникнення очевидне і невідворотне, а тому вимагається вжиття відповідних заходів для її відвернення і відверненню тих шкідливих наслідків, які вона може принести;

2) відсутність у рятувальника відповідних повноважень (обов'язку) рятувати життя та здоров'я фізичної особи. Особа-рятувальник не повинна мати відповідних повноважень на рятування здоров'я та життя фізичної особи. Відповідними повноваженнями особа може наділятися, зокрема, в силу виконуваних нею функцій. Іншими словами, особа не повинна бути професійним рятувальником, який, відповідно до Кодексу цивільного захисту України є особою, атестованою на здатність до проведення аварійно-рятувальних та інших невідкладних робіт, гасіння пожеж і яка безпосередньо бере в них участь, має відповідну спеціальну, фізичну, психологічну та медичну підготовку. Громадяни України отримують статус рятувальника на підставі рішення відповідних атестаційних органів за результатами атестації. Рятувальники входять до сил цивільного захисту. Сили цивільного захисту – це аварійно-рятувальні формування, спеціалізовані служби та інші формування цивільного захисту, призначені для проведення аварійно-рятувальних та інших невідкладних робіт з ліквідації надзвичайних ситуацій. Цивільний захист забезпечується з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про основи національної безпеки України», суб'єктами, уповноваженими захищати населення, території, навколишнє природне середовище і майно, згідно з вимогами Кодексу цивільного захисту України – у мирний час, а також в особливий період – у межах реалізації заходів держави щодо оборони України. До сил цивільного захисту належать: 1) оперативно-рятувальна служба цивільного захисту; 2) аварійно-рятувальні служби; 3) формування цивільного захисту; 4) спеціалізовані служби цивільного захисту; 5) пожежно-рятувальні підрозділи (частини); 6) добровільні формування цивільного захисту⁶⁹.

Шкода, заподіяна особам о силу виконання ними трудових обов'язків із рятування, відшкодовується не на підставі ст. 1161 ЦК, а за прави-

⁶⁹ Кодекс цивільного захисту України від 02.10.2012 № 5403-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5403-17>

лами спеціального законодавства – наприклад, згідно зі ст. 118 Кодексу цивільного захисту України особи рядового та начальницького складу служби цивільного захисту підлягають обов’язковому державному особистому страхуванню на випадок загибелі (смерті) або поранення (контузії, травми чи каліцтва), захворювання або інвалідності, одержаних у період проходження служби.

Ще одна категорія осіб, які мають обов’язок рятування життя і здоров’я – лікарі. З початку війни українські лікарі рятують життя цілодобово.

Отже, лікарі, професійні рятувальники, тощо не визнаються суб’єктами вказаних зобов’язань;

3) спрямованість дій рятувальника на відвернення загрози здоров’ю та життю фізичної особи. Якщо рятування виявилось лише побічним результатом діяльності особи, яка виявилася рятувальником, то зазначені зобов’язання не виникають. Під час війни росії проти України практично всі рятувальні дії, які здійснюються не рятувальниками, мають спрямований рятувальний характер. Так, наприклад, Маріуполець Віталій Ситніков до початку повномасштабного конфлікту працював таксистом. Він полюбляв екстремальні види спорту, їздив на змагання у Турцію і Крим до його окупації. У перші дні повномасштабного вторгнення росії масованих обстрілів зазнав мікрорайон «Східний», що розташований найближче до лінії розмежування. Служби таксі у місті майже не працювали, а поодинокі таксисти, що готові були їхати на «Східний», брали по тисячі гривень, замість 150 гривень у мирні часи. Віталій не зміг залишатися осторонь. Його мама Світлана розповідає, що він з перших днів обстрілів їздив у найгарячіші точки міста, щоб перевезти людей у більш безпечне місце. Хлопець робив це безплатно⁷⁰. Метою його дій було саме рятування життя і здоров’я людей;

4) завдання рятувальнику шкоди внаслідок вчинення ним рятувальних дій щодо здоров’я та життя фізичної особи. Якщо рятувальні дії мали місце, але рятувальнику не була завдана шкода, то зазначені зобов’язання не виникають⁷¹.

⁷⁰ «Звичайні люди, які рятували інших». У «днр» українських волонтерів хочуть засудити за тероризм. URL: <https://v-variant.com.ua/article/volontery-zaruchnyky/>

⁷¹ Харитонов С. О. Зобов’язання, що виникають внаслідок відвернення шкоди, за цивільним законодавством України. Актуальні проблеми цивільного права та процесу: матер. міжнар. наук. конф., присвяченої пам’яті Ю. С. Червоного (Одеса, 16 грудня 2011 р.). Одеса, 2011. С. 7.

Позитивний результат («врятування») не є умовою виникнення зобов'язань внаслідок завдання шкоди особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи, оскільки у ст. 1161 ЦК йдеться про те, що особа «рятувала» (а не «врятувала») здоров'я та життя фізичної особи⁷².

Зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи (ст. 1162 ЦК)

За допомогою зобов'язань, передбачених ст. 1162 ЦК відшкодовується шкода, завдана особі, яка рятувала майно іншої особи.

Однак ст. 1162 ЦК, у свою чергу, передбачає можливість виникнення двох різновидів зобов'язань одного роду, критерієм розмежування яких є характер шкоди, завданої рятувальнику (життю та здоров'ю чи майну).

Так, у разі завдання шкоди каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю рятувальника, який без відповідних повноважень рятував від реальної загрози майно іншої особи, що має істотну цінність, зобов'язання відшкодування шкоди виникають між потерпілим та державою. Потерпілим (кредитором) у таких зобов'язаннях може бути лише фізична особа: рятувальник, його спадкоємці або інші особи, вказані у законі.

Умовами виникнення зазначеного зобов'язання є:

1) наявність реальної загрози знищення або пошкодження майна іншої особи;

2) відсутність у рятувальника відповідних повноважень (обов'язку) вчиняти рятувальні дії щодо згаданого майна. Так, наприклад, подібним випадком є рятування врожаю колеги-фермера спільнотою фермерів⁷³;

3) спрямованість дій на рятування майна іншої особи. Іноді рятувальні дії здійснюються, але стосовно власного майна, при цьому рятування майна інших осіб є побічною дією. Наприклад, у багатоповерхівку в Ірпені не раз влучали російські міни, від вибуху автомобіля вогонь охопив кілька поверхів. Громадянин М., квартира якого вціліла,

⁷² Чернат В. А. Зобов'язання, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2006. 20 с.

⁷³ Як спільнота фермерів врятувала врожай хворого колеги. URL: <https://www.unian.ua/multimedia/video/news/10224572-kak-soobshchestvo-fermerov-spaslo-urozhay-bolnogo-kollegi.html>

свідчить «Найбільші пошкодження в моїй квартирі – це осколок, що прилетів і розбив раму. Він пробив холодильник і всередині залишився. Грубо кажучи, замінити віконний блок і в квартирі можна жити. Це якщо не прийде вода з дощем». Щоби врятувати від дощів уціліле майно – М. розробив план та об'єднав сусідів. Під час пожежі майже вигорів дах та мансардні квартири. Там він пропонує з плівки облаштувати спеціальну конструкцію, яка не дасть затопити житло. «Є люди, які вважають, що хтось завтра дасть багато грошей і хтось зробить нам будинок. І відшкодує збитки, але я в це не дуже вірю. Я на це звичайно сподіваюся, але думаю, якщо ми самі щось не зробимо, нас чекають дуже великі збитки», – каже чоловік⁷⁴. В даному випадку рятування майна сусідів не є основною метою, а лише є побічним ефектом від рятування власного майна.

Зазначені обставини, в цілому, є аналогічними тим, що названі у ст. 1161 ЦК. Однак, для виникнення зобов'язань внаслідок рятуванні майна іншої особи необхідні ще й дві спеціальні умови.

По-перше, майно, якому загрожує небезпека, має істотну цінність. Істотність цінності майна може визначатися договором сторін зобов'язання (рятувальника і відповідного державного органу, через який здійснюється відшкодування), актами законодавства (наприклад, спеціальний акт законодавства відносить майно до пам'яток історії, культури тощо) тощо. При цьому однієї лише впевненості рятувальника у цінності майна, недостатньо. У випадку розбіжності при встановленні цінності майна між потерпілим і відповідними органами держави, його оцінка провадиться судом. Відшкодування шкоди, завданої рятувальнику, державними органами не позбавляє особу, якій належало майно, права надати рятувальнику спеціальну винагороду. Так само відмова держави у відшкодуванні рятувальнику шкоди не позбавляє особу, якій належало майно, надати рятувальнику добровільну компенсацію шкоди або сплатити винагороду.

Поширеним прикладом майна, якому загрожує небезпека і яке має істотну цінність, під час цієї війни став врожай зернових 2022 року. У зоні бойових дій вже згоріло майже 350 000 га сільгоспугідь. Остан-

⁷⁴ Експерти обстежують понівечені будинків у війні: компенсація планується новим житлом, а не грошима. URL: <https://tsn.ua/ato/eksperti-obstezhuyut-ponivecheni-budinkiv-u-viyni-kompensaciya-planuyetsya-novim-zhitlom-a-ne-groshima-2050891.html>

німи днями надходить дедалі більше повідомлень про те, що російські військові знищують український врожай, спеціально підпалюючи поля.

Зокрема, поліція Херсонської області відкрила кримінальні провадження щодо цілеспрямованого знищення врожаю у цій області російськими військами.

За словами поліцейських, росіяни обстрілюють сільськогосподарські угіддя запалювальними снарядами. Щодня виникають масштабні пожежі, уже вигоріли сотні гектарів пшениці, ячменю та інших зернових культур, вигорають полезахисні смуги та ліси, кажуть у поліції. Подібна ситуація і в інших областях⁷⁵.

Рятувальні роботи здійснюють як професійні рятувальники⁷⁶, так і звичайні громадяни. Саме вони і можуть бути суб'єктами, у яких відсутні повноваження на рятування зазначеного майна.

Другою спеціальною умовою виникнення таких зобов'язань є завдання рятувальнику шкоди внаслідок вчинення ним рятувальних дій. При цьому юридичне значення має лише шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю рятувальника. Відшкодування її проводиться відповідно до правил параграфа 2 глави 82 ЦК.

Зобов'язання відшкодування шкоди, завданої майну особи, яка без відповідних повноважень (обов'язку) рятувала майно іншої особи, котре має істотну цінність

Різновидом зобов'язань, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи, є зобов'язання відшкодування шкоди, завданої майну особи, яка без відповідних повноважень (обов'язку) рятувала майно іншої особи, котре має істотну цінність. У цьому випадку зобов'язання виникають між рятувальником (котрим тут може бути як фізична, так і юридична особа) і володільцем майна (боржником). На останнього покладається обов'язок відшкодування шкоди, завданої рятувальнику, але із урахуванням матеріального становища боржника.

Згідно з ч. 2 ст. 1162 ЦК, зазначенні зобов'язання виникають за наявності таких умов:

⁷⁵ Випалені поля. Як росіяни знищують український врожай у фото – BBC News Україна. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/features-62107821>

⁷⁶ Вогнеборці Миколаївщини рятують урожай від російських обстрілів. URL: <https://armyinform.com.ua/2022/07/10/vogneborczy-mykolayivshhyni-ryatuyut-vrozhaj-vid-rosijskyh-obstriliv/>

- 1) існувала реальна загроза завдання шкоди майну;
- 2) рятувальником були вчинені дії, спрямовані на рятування майна, якому існувала загроза. Наприклад, якщо особа, рятуючи своє життя і майно, врятувала також майно іншої особи (автомобіль, що слугував засобом рятування), це не буде визнане рятуванням майна іншої особи, оскільки це виявилось лише побічним ефектом рятувальної дії іншого спрямування;
- 3) рятувальнику в результаті вчинення ним рятувальних дій була завдана шкода;
- 4) у рятувальника були відсутні повноваження на рятування майна (відсутність обов'язку вчиняти рятувальні дії);
- 5) майно, відносно якого вчинялися рятувальні дії, мало істотну цінність;
- 6) наявність у власника (володільця) майна можливості надати відшкодування шкоди тому, хто відвертав загрозу майну.

Шкода відшкодовується з урахуванням майнового становища як власника (володільця) майна, котрому виникла загроза, так і рятувальника, котрому була завдана шкода при рятуванні майна. У кожному разі розмір відшкодування шкоди не може перевищувати вартості майна, щодо якого здійснювалися рятувальні дії. Разом із тим, особа, якій належало майно має право додатково винагородити рятувальника⁷⁷.

Проблематика відшкодування збитків, заподіяних агресією росії проти України, міцно закріпилась у суспільному порядку денному України. Обговорюються і способи документування таких злочинів, і практичні механізми отримання компенсації. Найчастіше мова йде про перспективи звернення до існуючих міжнародно-правових механізмів та про створення нових, альтернативних механізмів відшкодування. Очевидно, що без створення нових механізмів Україна не зможе повною мірою компенсувати збитки, завдані війною, і необхідно використовувати всі ці шляхи⁷⁸.

⁷⁷ Шапошников Д. Поняття та характеристика зобов'язань, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи, за Цивільним кодексом. Актуальні проблеми політики: Збірник наук. праць. Одеса, 2004. С. 115–121; Шапошников Д. С. Відшкодування шкоди, завданої здоров'ю та життю особи, яка без відповідних повноважень рятувала майно іншої особи: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2005. 25 с.

⁷⁸ Маркіян Бем. Кримінальні провадження як інструмент відшкодування збитків заподіяних війною. URL: <https://dc.org.ua/news/kriminalni-provazdzena-ak-instrument-vidskoduvanna-zbitkiv-zapodianih-vijnou>

20 березня 2022 року Кабінетом Міністрів України була прийнята постанова № 326 «Про затвердження Порядку визначення шкоди та збитків, завданих Україні внаслідок збройної агресії російської Федерації»⁷⁹. Знищення та пошкодження майна підприємств усіх форм власності – це один із напрямків, за яким визначаються шкода та збитки, завдані Україні внаслідок збройної агресії російської федерації. Кожне підприємство, майну якого була завдана шкода, може розраховувати на відшкодування збитків. Як зазначається практиками, теоретично, існують шляхи відшкодування шкоди: 1) за рішенням органів судової влади України або 2) за рішенням міжнародних судових органів. Цьому відповідає і позиція Офісу Генерального прокурора⁸⁰ про те, що задокументовані докази завданої шкоди будуть використані для кримінального переслідування причетних до злочинів відповідно до українського законодавства, у Міжнародному кримінальному суді в Гаазі та в спеціальному трибуналі після його створення.

Щодо відшкодування шкоди за рішенням українських судів, то відповідно до ч. 2 ст. 1166 ЦК України шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала. Для реалізації даної норми, необхідно розпочати кримінальне провадження, встановити осіб, які пошкодили майно конкретного підприємства і коли обвинувальний акт буде передано до суду, то підприємство матиме право пред'явити до потенційного злочинця цивільний позов про відшкодування шкоди.

Кримінальне провадження не лише дає можливість засудити осіб, винуватих у вчиненні агресії, нехай і заочно, – воно дає змогу з'ясувати факти заподіяння збитків та встановити їх розмір. Іноземні держави – якщо це передбачено міжнародним договором або за принципом взаємності – можуть визнавати та виконувати рішення кримінального чи цивільного суду про задоволення позову про відшкодування збитків, завданих діями конкретної особи, яке має здійснити або ця особа, або

⁷⁹ Про затвердження Порядку визначення шкоди та збитків, завданих Україні внаслідок збройної агресії Російської Федерації: Постанова КМУ від 20.03.2022 р. N326. URL: https://ips.ligazakon.net/document/kp220326?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress01

⁸⁰ Якщо ви стали потерпілим або свідком воєнних злочинів Росії – фіксуйте та надсилайте докази! URL: <https://warcrimes.gov.ua/>

держава (якщо, наприклад, це посадова особа). Те саме стосується і рішень про арешт активів росії та росіян, розміщених за межами росії⁸¹.

Однак, і на це неодноразово зверталась увага, зараз майну підприємств шкода завдається незаконними діями громадян російської федерації. Очевидно, що ці особи фізично ніколи не постануть перед українським судом і тим більше не виконають рішення суду про відшкодування збитків українським підприємцям. Прем'єр-міністр України Денис Шмигаль у своїх виступах заявляв, що український уряд буде працювати над тим, щоб кошти і майно росії за кордоном були заарештовані. Відновлення держави планується за рахунок репатріації рф і за рахунок коштів партнерів⁸².

Можливо, урядом України буде розроблено механізм відшкодування певних збитків за рахунок майна резидентів російської федерації у межах дії Закону України 2116-IX від 03.03.2022 «Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів»⁸³.

Стосовно Міжнародного кримінального суду в Гаазі, то згідно ст. 5 Римського статуту МКС до його компетенції віднесено розгляд злочинів геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів (до яких відноситься пошкодження об'єктів цивільної інфраструктури) та злочинів агресії (стаття 5 Римського статуту МКС).

Так склалося, що у повній мірі ані Україна, ані росія не ратифікували Римський статут Міжнародного кримінального суду, тому розслідування злочинів агресії в Україні не підпадають під юрисдикцію МКС. Вірніше, Україна ратифікувала Римський статут, але він відповідно до Висновку Конституційного Суду України від 11.07.2001 р. був визнаний таким, що не відповідає Конституції України в частині, що стосується положень абзацу десятого преамбули та статті 1 Статуту, за яки-

⁸¹ Маркіян Бем. Кримінальні провадження як інструмент відшкодування збитків заподіяних війною. URL: <https://dc.org.ua/news/kriminalni-provazdzenna-ak-instrument-vidskoduvanna-zbitkiv-zapodianih-vijnou>

⁸² Плискань І. Пошкодження майна підприємства внаслідок воєнних дій: чи варто розраховувати на відшкодування та як підтвердити втрати? URL: https://biz.ligazakon.net/analytics/210240_poshkodzhennya-mayna-pdprimstva-vnasldok-vonnikh-dy-chi-varto-rozrahovuvati-na-vdshkoduvannya-ta-yak-pdtverditi-vtrati

⁸³ Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів: Закон України від 03.03.2022 № 2116-IX. URL: https://ips.ligazakon.net/document/t222116?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress01

ми «Міжнародний кримінальний суд... доповнює національні органи кримінальної юстиції»⁸⁴.

Однак Україна все ж таки визнала юрисдикцію Міжнародного кримінального суду двома заявами Міністерства закордонних справ відповідно до пункту 3 статті 12 Римського статуту, поданими 17 квітня 2014 року щодо справ Майдану та 8 вересня 2015 року відносно злочинів проти людяності та воєнних злочинів, вчинених на її території, а після 24 лютого 2022 року близько 39 держав-учасниць Римського Статуту звернулися до МКС щодо розслідування злочинів в Україні. Наслідком цього було прийняття рішення 2 березня 2022 року Прокурором МКС Карімом Ханом рішення про початок повноцінного розслідування воєнних злочинів, актів геноциду та злочинів проти людяності на території України.

Відповідно до ст. 75 Римського статуту МКС суд встановлює принципи щодо відшкодування збитків потерпілим. Суд може визначити у своєму рішенні масштаби та розмір будь-якої шкоди, збитків, завданих потерпілим особам. Таким чином, на даний час маємо, як мінімум, теоретичне підґрунтя для відшкодування завданих збитків. Проте, невідомо, рішення якого саме органу змусить російську федерацію виплатити шкоду за всі зруйновані чи пошкоджені об'єкти⁸⁵.

Тут слід згадати також про те, що Верховний Суд ухвалив постанову від 14 квітня 2022 року у справі № 308/9708/19, відповідно до якої російська федерація не може посилатися на імунітет щодо позовів, які пред'являються жертвами російсько-української війни. Юрисдикційний імунітет держави означає, що одна держава не може бути притягнута як відповідач у справі, яку розглядає суд іншої держави. В Україні правило про імунітет іноземних держав передбачено статтею 79 Закону України «Про міжнародне приватне право». До 14 квітня 2022 року Верховний Суд суворо додержувався приписів відповідної статті

⁸⁴ Висновок Конституційного Суду України У справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11.07.2001 р. URL: https://ips.ligazakon.net/document/KS01016?an=97&ed=2001_07_11

⁸⁵ Плискань І. Пошкодження майна підприємства внаслідок воєнних дій: чи варто розраховувати на відшкодування та як підтвердити втрати? URL: https://biz.ligazakon.net/analitics/210240_poshkodzhennya-mayna-pdprimstva-vnasldok-vonnikh-dy-chi-varto-rozrahovuvati-na-vdshkoduvannya-ta-yak-pdtverditi-vtrati

і визнавав за російською федерацією імунітет у справах за позовами українських громадян про відшкодування шкоди, завданої вторгненням, яке почалося у 2014 році. Та невдовзі по тому, як 24 лютого 2022 року російська агресія проти України перейшла в нову фазу – фазу повномасштабної війни – Верховний Суд таки змінив свою думку. При цьому у науковій літературі стосовно цього рішення робиться, як на мою думку, слушний висновок про те, що насправді використав український Верховний Суд, – це не територіальний деліктний виняток, а радше «права людини/jus cogens-виняток». Крім цього, справа перед українським Верховним Судом відмінна від тих, що розглядалися Міжнародним Судом ООН і ЄСПЛ, і в яких було постановлено, що незважаючи на кричущі порушення прав людини держава, однак, повинна користуватися імунітетом. На відміну від цих справ, українська справа розглядалась безпосередньо під час війни, коли ще не укладено жодних угод про репарації, і легітимна мета «забезпечення взаємовічливості й добрих відносин», будучи цілковито знівельованою, вже більше не може виправдовувати обмеження прав позивачів на доступ до суду⁸⁶.

Шкода, завдана майну українських підприємств, носить масовий характер. Згідно з попередніми розрахунками, на відновлення України після війни з росією знадобиться 565 млрд. доларів. Такі розрахунки представив прем'єр-міністр України⁸⁷. Отже, нагальною потребою вже зараз є механізм відповідно до якого держава Україна в інтересах усіх приватних осіб зможе пред'явити майнові вимоги до держави-агресора.

Для фіксування шкоди слід користуватися нормами Постанови № 326⁸⁸, згідно яких основні показники, за якими оцінюються шкода та збитки, визначаються відповідно до напрямків. Зокрема, економічні втрати підприємств. Цей напрям включає втрати підприємств усіх форм власності внаслідок знищення та пошкодження їх майна, а також

⁸⁶ Карнаух Б. Територіальний деліктний виняток? URL: https://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1657357152.pdf

⁸⁷ Широкун К. На відновлення України після війни знадобиться 565 млрд. доларів, – Шмигаль. URL: <https://www.rbc.ua/ukr/news/vosstanovlenie-ukrainy-voyny-ponadobitsya-1647396632.html>

⁸⁸ Про затвердження Порядку визначення шкоди та збитків, завданих Україні внаслідок збройної агресії Російської Федерації: Постанова Кабінету Міністрів України URL: від 20.03.2022 № 326. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/326-2022-вр>

упущену вигоду від неможливості чи перешкод у провадженні господарської діяльності.

Основні показники, які оцінюються:

- вартість втраченого, знищеного чи пошкодженого майна державних підприємств;
- вартість втраченого, знищеного чи пошкодженого майна підприємств недержавної форми власності;
- упущена вигода державних підприємств;
- упущена вигода підприємств недержавної форми власності;
- втрати державних підприємств від неоплачених товарів, робіт та послуг, наданих та спожитих на тимчасово окупованих територіях;
- втрати підприємств недержавної форми власності від неоплачених товарів робіт та послуг, наданих та спожитих на тимчасово окупованих територіях.

Визначення шкоди та збитків підприємств здійснюється відповідно до методики, затвердженої спільним наказом Мініекономіки та Фонду державного майна, за погодженням з Мінреінтеграції.

До затвердження такої методики у літературі пропонується керуватися загальними правилами підтвердження збитків:

- Зібрати копії всіх документів, що підтверджують право власності на майно (договори купівлі-продажу, витяги з реєстрів, свідоцтва про реєстрацію транспортних засобів тощо). Якщо документи не збереглися, то потрібно зайнятися їх відновленням одразу після скасування воєнного стану.
- Провести інвентаризацію відповідно до вимог наказу Міністерства фінансів України від 02.09.2014 № 879 «Про затвердження Положення про інвентаризацію активів та зобов'язань»⁸⁹ та документально підтвердити наявність майна, його стан, відповідність критеріям тощо.
- Провести експертну оцінку збитків, завданих майну підприємства.
- Прописати упущену вигоду (доходи, які підприємство могло б отримати, якби майно не було пошкоджене). Пізніше, упущена

⁸⁹ Про затвердження Положення про інвентаризацію активів та зобов'язань: Наказ Міністерства фінансів України від 02.09.2014 № 879. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/RE26142>

вигода буде офіційно розрахована за методикою, зазначеною вище.

- Зібрати максимально точну інформацію про дату та обставини пошкодження майна. Цю інформацію можна дізнатися з новин, в яких прописують приблизний час та вид обстрілу. Також, можна спробувати зв'язатися з особами, які залишилися у вашому регіоні і можуть знати більш точну інформацію.
- Зафіксувати пошкоджене майно за допомогою фото- та/або відеозйомки. У майбутньому це надасть можливість експертам встановити причини пошкодження.

Якщо у регіоні, де розташоване майно, ведуться активні бойові дії, то, звичайно, вчинити всі описані дії можна після закінчення військової агресії.

Як додатковий варіант, можна залишити інформацію про пошкоджене майно на ресурсі, створеному Офісом Генерального прокурора для належного документування воєнних злочинів та злочинів проти людяності, скоєних російською армією в Україні.

Тобто, на даний час варто зайнятися фіксуванням завданої шкоди та збором доказів, у тому числі з відкритих джерел, що пошкодження майна сталося в результаті військової агресії російської федерації⁹⁰.

Зазначене стосується і знищеного чи пошкодженого майна фізичних осіб. Важливо збирати всі можливі докази руйнування, які надалі знадобляться – акти про руйнування майна, складені ДСНС та органами місцевої влади, детальна фото / відеофіксація нерухомості чи іншого майна до і після подій, інформація зі ЗМІ, свідчення сусідів, очевидців, в яких детально описано обставини пошкодження і їх характер.

До того ж варто звернутися до місцевого відділення поліції із заявою про відкриття кримінального провадження за фактом руйнування чи пошкодження чи розграбування оселі, транспортного засобу. До заяви необхідно додати фото акти і пояснення сусідів. У відповідь представники поліції мають надати витяг з Єдиного Реєстру Досудових Розслідувань про відкриття провадження.

⁹⁰ Плискань І. Пошкодження майна підприємства внаслідок воєнних дій: чи варто розраховувати на відшкодування та як підтвердити втрати? URL: https://biz.ligazakon.net/analitics/210240_poshkodzhennya-mayna-pdprimstva-vnasldok-vonnikh-dy-chi-varto-rozrakhovuvati-na-vdshkoduvannya-ta-yak-pdtverditi-vtrati

Для належної та професійної оцінки слід звернутись до експертів державних спеціалізованих установ (центрів/інститутів), які є у кожному регіоні⁹¹.

Висновки

Аналіз зазначених зобов'язань свідчить, що вони цілком можуть бути засобом забезпечення інтересів особи, котра нагально потребувала допомоги.

Оцінюючи у комплексі можливість застосування норм зобов'язань, що виникають внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення (глава 79 ЦК України), та зобов'язань, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи (глава 80 ЦК України), варто зауважити, що вони «не перекривають» усі можливі ситуації необхідності відвернення загроз, які виникають в умовах війни.

У першому випадку особа, яка вела справи іншої особи без її доручення, може отримати відшкодування витрат лише у випадках, коли вона діяла у майнових інтересах цієї особи (ст. 1160 ЦК України). Оскільки в умовах війни може виникати необхідність допомоги у забезпеченні захисту життя та здоров'я людини, тобто її немайнових прав, які нормами глава 79 ЦК України не охоплюються, відповідні відносини залишаються поза межами правового поля.

Що стосується норм глави 80 ЦК України, то вони стосуються лише відносин, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи. Отже у випадках вчинення неуповноваженою особою в інтересах іншої особи дій, котрі не мають ознак саме «рятування» (хоча і є корисними, доцільними тощо) ст. 1161 ЦК України застосовуватися не може.

Таким чином щодо випадків дій в умовах війни в інтересах іншої особи без її доручення і без будь-яких повноважень має місце прогалина у законодавстві, котра тимчасово може долатися за допомогою аналогії права⁹².

⁹¹ Гайченко А. Як експертно зафіксувати збитки внаслідок агресії рф. Зафіксувати збитки самостійно чи найняти експерта для оцінки збитків від війни? URL: <https://www.epravda.com.ua/columns/2022/07/5/688847/>

⁹² Харитонов Є. О. Зобов'язання, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи. Правове життя сучасної України: матер. Міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу (Одеса, 20–

Розділ 3

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ВНАСЛІДОК ВЧИНЕННЯ ДІЙ В МАЙНОВИХ ІНТЕРЕСАХ ІНШОЇ ОСОБИ БЕЗ ЇЇ ДОРУЧЕННЯ

В умовах війни непоодинокими є випадки втручання одних осіб у справи інших. Далеко не завжди мова йде про деліктні правовідносини, де однією з умов відповідальності є протиправність. Світова цивілістика за багато століть запропонувала низку інститутів щодо правових наслідків діяльності у чужому інтересі. Чинний ЦК України передбачає наявність кількох видів зобов'язань такого типу: 1) зобов'язання, що виникають внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення (глава 79 ЦК України); 2) зобов'язання, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи (глава 80 ЦК України). У свою чергу, глава 80 ЦК охоплює дві підстави виникнення зобов'язань внаслідок вчинення рятувальних дій, завдяки чому розрізняють: 1) зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи (ст. 1161 ЦК); 2) зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи (ст. 1162 ЦК). Розрізняють їх за об'єктом, якому загрожувала небезпека, та суб'єктами, на яких покладається обов'язок відшкодування шкоди⁹³.

На наш погляд, інститут зобов'язань, що виникають внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення в умовах ведення воєнних дій можуть отримати нове звучання та широко використовуватися у подальшій юридичній практиці. У юридичній літературі та законодавстві різних країн досліджуване зобов'язання

21 квітня 2012 р.) Т. 3 /відп.за випуск. д.ю. н., проф.. В.М. Дрьомін. Одеса, 2012. С. 5–7.

⁹³ Харитонов Є.О. Система зобов'язань, що виникають внаслідок відвернення шкоди, за Цивільним кодексом України. Актуальні проблеми приватного права України: збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнєцової / Відп.ред. Р.А. Майданик, О.В. Кохановська. К., 2014 С. 461–480.

відоме під різними назвами. Найчастіше використовувалися терміни «діяльність у чужому інтересі без доручення», «ведення чужих справ без доручення», «ведення справ без доручення». Етимологічно цей термін походить від римського *negotiorum gestio*, що дослівно означає ведення справ. В подальшому до нього було додане уточнення – «без доручення» і підкреслено, що саме йдеться не про власні справи, а про чужі. Тим самим було вказано на його позадоговірний характер. Власне ведення полягало в здійсненні різноманітних дій на користь домінуса (одна або кілька справ або управління майном). Не мали значення обсяг справи, характер і її зміст. Важливо було його здійснення, вияв піклування про чужу справу фактично, а не на словах⁹⁴.

Розробники проекту ЦК України в редакції від 1996р. пропонували використовувати термін «ведення чужих справ без доручення», що, на наш погляд є більш вдалим, але після доопрацювання кодексу у парламенті України цей інститут у чинному ЦК отримав назву «діяльність у чужому інтересі без доручення».

Negotiorum gestio у римському праві

Як вже зазначалося, *negotiorum gestio*, що означає таке відношення, коли одна особа (гестор) веде справи іншої особи (домінуса), управляє його майном і т.п., не маючи на те доручення від цієї другої особи. Ідея *negotiorum gestio* формулювалася наступним чином: в принципі ніхто не повинен піклуватися про справи іншої особи і не має права втручатися у чужі справи. Однак, право захищає інтереси того, хто добровільно займається справами іншого. Воно визнає за ним право на відшкодування витрат і, таким чином, заохочує людей до ведення справ інших осіб. Наприклад, за відсутності відсутності господаря будинку інша особа проводить необхідний ремонт будинку. Якщо втручання у чужі справи буде визнано виправданим, то господар (домінус) повинен відшкодувати усі витрати гестора.

Відомий німецький юрист Ф. К. Савінії ще у XIX столітті розглядав цей інституту як різновид аномальних та природних прав, відносячи *negotiorum gestio* до аномальних прав суб'єктів. Він зазначав, що існує немала кількість прав, до яких в більший чи менший мірі незастосовні встановлені правила для правоздатності та *capitis deminutio*. Причина

⁹⁴ Підопригора О.А., Харитонов Є.О. Римське право: підручник. 2-ге вид. К.: Юрінком Інтер, 2009. С. 417.

такого незастосування полягає у тому, що такі права хоч і подібні по своїй формі іншим правам, все ж стосуються в більшій мірі природного ніж юридичного (носія приватноправових відносин). Такі аномалії, на думку вченого, зустрічаються так, що в результаті цього стає можливим подання позову там, де цього неможливо було б очікувати згідно загальних правил. *Negotiorum gestio* він відносив до таких аномальних прав, котрі самі по собі володіють лише фактичною природою і тільки завдяки тісному зв'язку зі справжніми правами приймають участь в юридичній природі цих прав⁹⁵.

У сучасній цивілістиці зазначається, що юридична сутність (природа) цивільно-правових аномалій полягає в існуванні відхилень від загальних правил в змісті, суб'єктному складі, будь-якому іншому елементі цивільно-правових відносин. Особливість ризикового правочину зумовлена включенням ризику до юридичних умов зобов'язань⁹⁶.

Закріплення *negotiorum gestio* у Стародавньому Римі як різновиду квазіконтракту через надання права на позов стало можливим перш за все завдяки *jus gentium*, а не строгим нормам *jus civile*. Та й сам позов мав іншу природу. В цих позовах суддю не зв'язував ні претор, ні сам предмет, а його розсуд був дуже вільним⁹⁷.

Римські юристи навіть у класичний період не дають ясного визначення квазіконтрактів, хоча і вважають разом з контрактами і деліктами джерелом зобов'язань. Під квазіконтрактами розумілися такі відносини, що, не будучи ні договірними, ні деліктними, створюють зобов'язання подібні договірним: «Ті зобов'язання, що, хоча не встановлюються договорами, тобто угодами двох чи декількох осіб, але виникають з дозволених діянь і породжують наслідки, подібні до наслідків договірних зобов'язань»⁹⁸. Римляни міркували так, що ці відносини не зобов'язальні договори (не контракти), але і не делікти, а тому складають особливу групу *quasi ex contractu*⁹⁹. Основні види квазіконтрактів — це *condictio* та *negotiorum gestio*.

⁹⁵ Савиць Ф. К. фон. Система современного римского права: В 8 т. Т. II. Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.; Одесса, 2012. С. 53, 77.

⁹⁶ Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посібник. 2-ге вид., перероб. та доп.; за заг. ред. Р. А. Майданика. К.: Юстініан, 2020. С. 44.

⁹⁷ Савиць Ф. К. фон. Система современного римского права: В 8 т. Т. II. Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.; Одесса, 2012. С. 55.

⁹⁸ Хвостов В. М. История римского права. М., 1910. С. 464.

⁹⁹ Боголепов Н. Учебник истории римского права. М., 1895. С. 485.

У XIX столітті йточилася полеміка по питанню історичного виникнення ведення чужих справ без доручення (*negotiorum gestio*), існувало дві думки з цього приводу: «... в одному затверджують, що *negotiorum gestio* у Римі зобов'язана була своїм виникненням ще стародавньому у цивільному праву; в іншому – приписують походження цього інституту преторському едикту»¹⁰⁰.

Гай говорив: «Якщо хто-небудь вів справи відсутнього, хоча б цей відсутній і не знав про цьому, і поніс витрати з користю для чи справи прийняв на себе перед іншою особою зобов'язання, зв'язані зі справами відсутнього, то він має на цій підставі позов. Отже, у цьому випадку для обох сторін виникає позов, що називається позовом з ведення справ»¹⁰¹.

Виникнення цього зобов'язання у римському праві допускалося за наявністю декількох умов.

Так, важливо щоб особисто перед домінісом на гесторі нікого обов'язку вчиняти дані дії ні за договором, ні за законом не було. Отже, не може бути *negotiorum gestor* на особі, що має доручення від домінуса. Також не виникає це зобов'язання у опікуна господаря справи, тому що опікун зобов'язаний у силу закону піклуватися про свого підопічного.

Крім цього, для виникнення права на позов, ведення справи повинне відбуватися за рахунок хазяїна справи. Ведення справи «за рахунок іншої особи» потрібно розуміти таким чином, що ведучий справи має намір відвести витрати, зв'язані з веденням справи, на цю іншу особу, а також, що у ведучого справи (гестора) немає наміру своєю діяльністю виявити щедрість стосовно домінуса. Якщо домінісом справи є не той, кого вважав домінісом гестор, це не є перешкодою для визнання юридичних наслідків *negotiorum gestio*, але тільки у відношенні справжнього домінуса справи. Як вказується у першоджерелах, якщо я вів справи, думаючи, що це справи Тіція, тоді як це були справи Семпронія, то один Семпроній відповідає переді мною в силу позову про ведення справ...»¹⁰².

¹⁰⁰ Гамбаров Ю. С. Добровольная и безвозмездная деятельность в чужом интересе. Вып. 2. М., 1880. С. 80.

¹⁰¹ Памятники римского права: Законы XII таблиц, Институции Гая, Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. С. 212–213.

¹⁰² Памятники римского права: Законы XII таблиц, Институции Гая, Дигесты Юстиниана. М.: 1997. С. 213.

Також для виникнення зобов'язань, ведення справ повинне бути безоплатним.

Гестор повинний відноситися до чужої справи з повною старанністю, увагою і дбайливістю, тобто він відповідає за всяку провину.

Бувають, утім, виняткові випадки, коли відповідальність гестора обмежується наміром (і, звичайно, за прирівнювану до нього важку провину). Так, якщо ти взявся за мої справи під впливом почуття особливого до мене розташування в зв'язку з виниклою небезпекою для мого майна, то справедливо покласти на тебе відповідальність тільки за намір (і, мається на увазі, за важку провину). Виконавши справу, за яку він узявся, гестор зобов'язаний представити в цій справі звіт і зда-ти цінності, що приєднуються хазяїну справи.

Своїми діями він створює обов'язок домінусу в тому випадку, якщо можна визнати дії гестора такими, що відповідають інтересам домінуса. Обов'язок домінуса схвалити дії гестора і відшкодувати йому понесені при веденні справи витрати визначається винятково цією ознакою господарської доцільності дій, незалежно від досягнутого результату чи ефекту: «Хто пред'являє позов, що впливає з ведення справ, може скористатися цим позовом не тільки в тих випадках, коли справа, що вела особа, дало сприятливий результат, але досить і того, що ведення справи бути господарсько доцільно, хоча б результату і не вийшло. Тому якщо він улаштував підпірки будинку чи лікував хворого раба, то він може пред'явити позов з ведення справ, хоча б будинок згорів чи раб помер»¹⁰³.

Серед римських юристів викликало суперечку питання про те, чи має істотне значення суб'єктивне відношення до даного майна з боку домінуса: в подальшому прикладі приведенного уривка Дигест Ульпіан бере такий варіант казусу, що власник залишив будинок без ремонту, тому що вважав, що він не коштує того, щоб затратити на нього скільки-небудь значні засоби, чи не вважав цей будинок для себе необхідним. Лабеон думав, що власник будинку зобов'язаний відшкодувати гестору витрату навіть і в цьому випадку; але Цельз не згодний такою думкою: на його думку, не можна вважати ведення справи, коли гестор виконує справа, що не є для хазяїна необхідним, чи яке тільки обтяжить його.

¹⁰³ Памятники римського права: Законы XII таблиц, Институции Гая, Дигесты Юстиниана. М.: 1997. С. 214.

Таке рішення дає й Ульпіан, навіть притім у тому випадку, коли гестор думав, що його дії хазайновито доцільні.

Казуїстику римських юристів можна узагальнити такою формулою: дії гестора вважаються зробленими і тому зобов'язують, для якого ці дії виконувалися, якщо по конкретних обставинах справи, з огляду на й об'єктивний і суб'єктивний моменти, гестор міг припускати, що і сам домінус виконав би дані дії, якби мав до того можливість.

По релігійно-побутових умовах одна категорія витрати відшкодовувалася гестору навіть тоді, коли він діяв у супереччя прямій забороні: це – витрата на поховання померлого.

У тих випадках, коли домінус позитивно схвалює діяльність гестора, питання про доцільність дій гестора відпадає; своїм схваленням домінус вже дозволив його в позитивному сенсі і визнав себе зобов'язаним відшкодувати понесені гестором витрати. До цього випадку застосовне правило – схвалення прирівнюється до доручення.

Взагалі, як у тільки що названому випадку прямо вираженого домінусом схвалення дій гестора, так і в тих випадках, коли, на основі викладених вище принципів, домінус зобов'язаний визнати дії гестора для себе обов'язковими, відносини між ними визначаються по тим же правилам, як і відносини між мандантом і мандатарієм.

Італійський романіст Чезаре Санфіліппо відмічав, що *actio negotiorum gestio* в юстиніановському праві знайшов нову форму. Саме, відсутність іншого позову (тобто як «субсидіарний позов») його стали використовувати для реалізації принципу «ніхто не може збагатитися у результаті чужої невдачі» в якості загального засобу переслідування за безпідставне збагачення. Це означало, що за допомогою *actio negotiorum gestio* ті особи, які наживалися на чужих бідах, незалежно від існування вимог щодо ведення чужих справ, зобов'язані були повернути несправедливо отримане, так, якби збагачення здійснилося в інтересах потерпілого збитки¹⁰⁴.

Зобов'язання, що виникають внаслідок ведення справ іншої особи без її доручення, з часом були рециповані у цивільному праві багатьох країн, передусім, європейських, а також тих, де сучасні правові системи формувалися під впливом останніх.

¹⁰⁴ Санфіліппо Чезаре. Курс римского частного права: учебник; Под ред. Д. В. Дождева М., 2000. С. 260.

Наукові дослідження щодо ведення чужих справ без доручення

Аналіз праць у цій галузі дозволяє дійти висновку, що значна увага дослідженню *negotiorum gestio* приділялася в романістичній літературі, особливо зарубіжній. Проте слід зазначити, що праці зарубіжних авторів за зазначеною тематикою майже не перекладалися, а тому є недостатньо використаними сучасними російськими та вітчизняними науковцями.

Разом з тим доробок у цій галузі цивілістів Російської імперії (Ю. С. Гамбарова¹⁰⁵, А. Гордона, М. Л. Дювернуа, С. Й. Покровського, Г. Ф. Шершеневича, Штейнберга А¹⁰⁶. та ін.) був досить великим, що як наслідок значно вплинуло не лише на розуміння сутності інституту ведення чужих справ без доручення в дореволюційній Росії, але й на трактування його в радянському та пострадянському цивільному праві у країнах, що входили до складу колишньої Російської імперії, а потім до складу колишнього СРСР. Концепція зобов'язань, яку вони запропонували, що виникають з ведення чужих справ без доручення, виходила значною мірою з того, що зобов'язання із ведення чужих справ без доручення можна розглядати як результат колізії правомірних інтересів і втручання в чужу сферу з метою запобігти загрози виникнення шкоди. Вона була досить прогресивна для свого часу й досить конструктивна, проте не отримала втілення в законодавстві того періоду, хоч і вплинула на зміст проекту Цивільного Уложення Російської імперії, який до того ж містив низку положень, реципованих з німецької концепції інституту ведення чужих справ без доручення.

Ю. С. Гамбаров одним з перших у вітчизняній літературі зробив спробу здійснити комплексне дослідження інституту ведення чужих справ без доручення. Автор у зазначеній роботі розглядає стан літератури за темою дослідження, мотиви добровільної та безоплатної діяльності у чужому інтересі, історію виникнення *negotiorum gestio*, а також робить огляд існуючих теорій щодо цього інституту. Проводячи аналіз мотивів та форм людської діяльності автор приходить до висновку, що усю сукупність юридичних дій можна розділити, в залежності від їх

¹⁰⁵ Гамбаров Ю. С. Добровольная и безвозмездная деятельность в чужом интересе. М., 1880. Вып. 2. С. 80.

¹⁰⁶ Штейнберг А. Деятельность в чужом интересе без поручения. Сов. юстиция. 1940. № 14. С. 18–21.

мотивів та цілей, на три великі групи: 1) дії егоїстичні індивідуального типу; 2) дії егоїстичні товариського типу та 3) дії альтруїстичні, як індивідуального, так і товариського типу. До третьої групи відносить Ю. Гамбаров інститут ведення чужих справ без доручення. Він відзначає, що значення таких альтруїстичних дій постійно збільшується разом з прогресом суспільства, який обумовлює, і в свою чергу, обумовлюється розвитком альтруїстичних почуттів¹⁰⁷.

А. Гордон розглядає зазначені правовідносини в розрізі представництва. Ведення чужих справ він відносить до «фактичного представництва». Він відзначає, що по загальним правилам, одна особа може здійснювати юридичну діяльність від імені іншої лише в силу точної та ясної юридичної підстави. Але в житті існує немало обставин (відсутність, хвороба, невміння та ін.), які можуть спонукати одну особу вмішуватися у справи другої без її згоди та без законних підстав. Ці потреби спонукають до життя існування інституту *negotiorum gestio*. Досить детально автор аналізує права та обов'язки гестора (фактичного представника), співвідношення фактичного представництва з довіреністю¹⁰⁸.

Особливо актуальним питання про регламентацію діяльності у чужому інтересі без доручення стало у роки другої світової війни, коли така діяльність у цілях захисту майнових та інших інтересів громадян та організацій набула масовий характер. Це, звичайно, обумовило і збільшення уваги до досліджуваних зобов'язань в юридичній літературі.

Саме під час другої світової війни виходить ціла низка статей відомих радянських цивілістів, в яких автори обґрунтовують необхідність спеціального законодавчого врегулювання зобов'язань, що виникають внаслідок ведення чужих справ без доручення.

В. Рясенцев зазначав, що в умовах війни, коли значна кількість населення, а також державні та кооперативні організації евакуювалися з місць, що знаходяться під загрозою німецької окупації, багато громадян та організацій ведуть без доручення чужі справи. При цьому ав-

¹⁰⁷ Гамбаров Ю. С. Добровольная и безвозмездная деятельность в чужом интересе, Вып. 2. М., 1880. С. 69–70.

¹⁰⁸ Гордон А. Представительство в гражданском праве. СПб. 1879.

тор пропонував законодавчо врегулювати зобов'язання, що виникають з ведення чужих справ без доручення¹⁰⁹.

Д. Генкін дійшов інших висновків. Він вважав, що норми інституту ведення чужих справ без доручення можуть бути виведені з загальних засад радянського цивільного права без спеціальних законодавчих постанов. Проте, бажаним було б мати керівні вказівки Пленуму Верховного Суду СРСР щодо застосування цього інституту, значення якого так зросло в умовах війни¹¹⁰.

Пізніше В. О. Рясенцев, обґрунтовуючи свою позицію щодо законодавчого врегулювання досліджуваного інституту, зазначав, що вигода може бути отримана від користування чужим майном та від здійснення іншою особою певних дій в інтересах збагаченого. Ці дії можуть здійснюватися навмисно та помилково. Якщо дії свідомо здійснюються на користь іншої особи – маємо ведення чужих справ без доручення. За відсутності в ЦК спеціальних норм, що відносяться до цього інституту, у низці випадків той, хто веде справу, може бути вдоволений в межах безпідставного збагачення. Однак, природа цих відносин зовсім інша і підведення їх під статті глави, що регулює інститут безпідставного збагачення є штучним способом правового регулювання¹¹¹.

С. Н. Ландкоф виступив проти застосування до відносин, які виникають при діяльності в інтересах іншої особи, правил зобов'язань із ведення чужих справ без доручення, зазначаючи, що краще було б ввести до радянського цивільного законодавства окрему категорію зобов'язань, які мали б підставою свого виникнення вчинення благородних дій. Він підкреслював, що будь-яка діяльність громадян в чужому інтересі, зумовлена товариськими благородними мотивами. В радянському соціалістичному суспільстві, що ґрунтується також і на дружбі народів, почуття товариського співробітництва і взаємної допомоги між громадянами є високо розвиненим. Благородні дії спрямовуються не тільки на збереження майна громадян, а, головним чином, на охорону суспільної соціалістичної власності, на врятування життя громадян

¹⁰⁹ Рясенцев В. Ведение чужих дел без поручения в условиях Отечественной войны. Социалистическая законность. 1944. № 2. С. 23.

¹¹⁰ Генкин Д. М. Великая отечественная война и вопросы гражданского права. Ученые записки Всесоюзного института юридических наук. 1944. Вып. 3. С. 22–23.

¹¹¹ Рясенцев В. А. Обязательства из так называемого неосновательного обогащения в советском гражданском праве. Ученые записки Московского ун-та, вып. 144, труды юр. фак-та; книга 3; 1949. С. 97.

тощо. Отже, тут потрібна не давня інституція римського права щодо ведення чужої справи без доручення (*negotiorum gestio*), а створення нової інституту радянського цивільного права: зобов'язань, що виникають внаслідок благородних дій для охорони суспільної та особистої власності та життя громадян, вчинення, яке дає право виконавцеві вимагати повернення розумно зроблених витрат незалежно від наслідків цих дій, але не дає права вимагати винагороди за труд¹¹².

І. Б. Новицький розглядав ведення чужих справ без доручення через призму солідарності інтересів у соціалістичному суспільстві. Він зазначав, що буржуазне право та буржуазна наука говорять про ведення «чужих» справ без доручення. Але така термінологія не відповідає сутності взаємовідносин у соціалістичному суспільстві. Оскільки інтереси окремих осіб та всього цілого у соціалістичному суспільстві гармонійно поєднується, для соціалістичного права термін «чужі справи» є непідходящим. Для соціалістичного права більш доречніше говорити про ведення справ іншої особи або про діяльність в інтересах іншої особи (без її доручення). Поряд з цим, І. Б. Новицький погоджувався, що відсутність у законодавстві інституту ведення справ іншої особи без її доручення є прогалиною у законодавстві, яку необхідно заповнити¹¹³.

Такий інтерес до досліджуваного інституту у радянській літературі у 40–50-ті роки минулого століття можна пояснити декількома факторами. По-перше, велась розробка нового цивільного кодексу, що неодмінно вплинуло на ступінь наукового дослідження недоговірних зобов'язань взагалі та зобов'язань, що виникають внаслідок ведення чужих справ без доручення, зокрема. По-друге, випадки із судової практики показували, що до наслідків ведення чужих справ не завжди можна було застосовувати норми, які регулюють виникнення зобов'язань з безпідставного збагачення або внаслідок заподіяння шкоди. По-третє, в цей період почала формуватися ідея зобов'язань, що виникають внаслідок рятування соціалістичного майна. Необхідно було відмежувати цей вид зобов'язання від зобов'язань, що виникають внаслідок ведення чужих справ без доручення, так як певна подібність між ними була.

¹¹² Ланкоф С. Н. Основи цивільного права. К., 1948. С. 207–208.

¹¹³ Новицький І. Б. Солидарность интересов в советском гражданском праве. М., 1951. С. 74–81.

Загалом же, в літературі існувала тенденція оцінювати *negotiorum gestio* як інститут «старого права». Очевидно, саме тому, незважаючи на позитивні оцінки інституту ведення чужих справ без доручення А. Штейнбергом та В. О. Рясенцевим, ці зобов'язання не отримали підтримки законодавців більшості союзних республік, у тому числі України. Ведення чужих справ без доручення не було включено до Основ цивільного законодавства СРСР 1961 року. З цього приводу О. С. Іофе та Ю. К. Толстой писали, що нажаль відсутній у новому ЦК РРФСР такий інститут як зобов'язання, що виникають внаслідок ведення чужих справ без доручення. Ці зобов'язання можуть бути врегульовані за допомогою норм, що регулюють представництво з перевищенням повноважень чи за допомогою зобов'язань, що виникають з безпідставного придбання або збереження майна¹¹⁴.

Ж. Моранд'єр розглядає історію виникнення інституту, область його дії, юридичну природу та умови ведення чужих справ без доручення. Особлива увага приділяється наслідкам ведення чужих справ без доручення, відмінності ведення чужих справ без доручення від договору доручення. Автор зазначає, що у XIX столітті юридична література та судова практика дуже часто застосовувала положення про ведення чужих справ без доручення, наприклад, до відносин нотаріуса та клієнта, коли нотаріус діяв в інтересах останнього без його доручення, до відносин між лікарем, котрий без дозволу хворого звернувся до іншого фахівця, та хворим, котрому цим фахівцем була надана лікарська допомога... Оскільки Кодекс не встановив загальних правил про безпідставне збагачення, то з'явилася тенденція вбачати ведення чужих справ без доручення в будь-якому випадку, коли одна особа без належних підстав збагатилася за рахунок іншої. Але наприкінці XIX століття судова практика виробила відповідні загальні положення, і ведення чужих справ без доручення було введено у більш скромні межі¹¹⁵.

У вітчизняній цивілістичній науці дослідження інституту *negotiorum gestio* не провадилися аж до кінця 70-х років XX ст., коли появилася кандидатська дисертація Є. О. Харитонова.

¹¹⁴ Іоффе О. С., Толстой Ю. К. Новый ГК РСФСР. Изд. ЛГУ, 1965. С. 23, 74.

¹¹⁵ Ж. Моранд'єра (Гражданское право Франции, Т. 2. М., 1960. С. 475–476.

До цієї теми зверталися також В. М. Зубар¹¹⁶, Н. Ю. Голубева¹¹⁷, В. М. Ігнатенко, О. Я. Кузьмич¹¹⁸, О. І. Чепис¹¹⁹, загалом в аспекті характеристики відповідних зобов'язань.

Дисертація Є. О. Харитонова була присвячена дослідженню зобов'язань, що виникають з ведення справ без доручення, виключно в радянському цивільному праві, що визначило предмет і характер дослідження. Автор зосередив свою увагу головним чином на аналізі правових наслідків ведення чужих справ без доручення за радянським цивільним правом, насамперед із врахуванням досвіду деяких союзних республік СРСР (Азербайджанська РСР, Латвійська РСР, Казахська РСР, Молдавська РСР, Таджикицька РСР, Узбекицька РСР)¹²⁰.

В дисертації проаналізовані запропоновані у радянській науковій літературі можливі варіанти рішення питань внесення змін до чинного цивільного законодавства, зокрема, за допомогою застосування при веденні чужих справ без доручення правил ст. 63 ЦК УРСР або правил зобов'язань, що виникають із безпідставного набуття майна. Автор відмічав, що за допомогою ст. 63 ЦК не можна повною мірою врегулювати відносини ведення чужих справ без доручення, оскільки дана норма регулює лише «зовнішні» стосунки сторін при представництві без повноважень і тому внутрішні відносини залишаються врегульованими. Застосування ж норм стосовно відносин, що виникають з безпідставного збагачення, можливе лише у порядку аналогії закону і лише у тих випадках, коли набувачем набувається або зберігається майно без належної правової підстави. Крім того, як наголошував Є. О. Харитонов у своїй дисертації, застосування правил кондиційних зобов'язань дозволяє лише відшкодувати виконавцю у певних випадках здійснені

¹¹⁶ Зубар В. М. Зобов'язання, що виникають з ведення чужих справ без доручення: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2001. 178 с.

¹¹⁷ Голубева Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання: моногр. Одеса: Фенікс, 2013. С. 98–99.

¹¹⁸ Кузьмич О. Я. Зобов'язання у зв'язку із вчиненням дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення: проблеми кваліфікації в судовій практиці. Право і суспільство. 2016. № 3. С. 58–64.

¹¹⁹ Чепис О. І. Інститут negotiorum gestio в сучасному цивільному праві України. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 1. С. 119–122.

¹²⁰ Харитонов Е. О. Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1980. 26 с.

видатки, але не дозволяє у повній мірі вирішити всі проблемні питання, що виникають у процесі здійснення діяльності в чужому інтересі.

Тому автором запропоновано ще у 1980 році врегулювати всі питання ведення чужих справ без доручення на законодавчому рівні¹²¹.

С. О. Харитонов та В. М. Зубар відносять ведення чужих справ без доручення до зобов'язань, що виникають з ніби договорів, дії гестора є осмисленим цілеспрямованим юридичним вчинком. Це юридичний вчинок особливого роду, оскільки не спрямований на виникнення, зміну чи припинення правовідносин з домінусом, обов'язковою є наявність суб'єктивного моменту – спрямованість дій на попередження шкоди, відвернення шкідливого результату.

В. М. Ігнатенко розглядає згаданий інститут у контексті недоговірних зобов'язань з односторонніх правомірних дій¹²².

Як зазначає О. І. Чепис, сьогодні вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення розглядається як вид правомірних дій, спрямованих на усунення загрози виникнення шкоди та які служать підставою виникнення особливого виду так званих «превенційних зобов'язань», а співвідношення прав та обов'язків сторін – як результат узгодження інтересів суб'єктів цих відносин.

Натомість низка науковців, таких як О. І. Антонюк, Е. Л. Страунінг відносять вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення до самозахисту. Так, О. І. Антонюк згадує про дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення в контексті можливості здійснення самозахисту не лише своїх, а й чужих прав та інтересів¹²³.

Е. Л. Страунінг також в якості способу самозахисту називає дії в чужому інтересі без доручення¹²⁴. Він виходить із того, що самозахист

¹²¹ Харитонов Е. О. Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1980. С. 16–17.

¹²² Ігнатенко В. М. Квазі-інститут недоговірних зобов'язань з односторонніх правомірних дій. Теорія і практика правознавства. 2018. Вип. 2 (14). С. 1–16; Ігнатенко В. М. Понятие и условия возникновения обязательства по ведению чужих дел без поручения. Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. 2001. Вип. 48. С. 48–54.

¹²³ Антонюк О. І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 Харків., 2004. С. 44.

¹²⁴ Страунинг Э. Л. Самозащита гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02; 12.00.03. Москва, 1999. С. 115.

може реалізовуватися як особою, чиї права порушені, так і іншими особами шляхом так званої товариської взаємодопомоги¹²⁵.

Відносить вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення до самозахисту у своїх дослідженнях і Л. Л. Стецюк¹²⁶.

Досліджуються у науковій літературі також і окремі аспекти зобов'язань, що виникають внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення, зокрема, умови їх виникнення.

Суханов Є, аналізуючи відповідні умови, зазначає, що: 1) будь-які дії в чужому інтересі повинні здійснюватися не за розсудом особи, яка їх учиняє, а виключно для досягнення однієї з передбачених законом мети, а саме: а) запобігання шкоди, яка реально загрожує заінтересованій особі або її майну; б) виконання майнового обов'язку, існуючого у такої особи (наприклад зі сплати квартирної плати, внесення податкових або інших обов'язкових платежів тощо); в) дотримання інших не протиправних інтересів, існуючих на момент учинення відповідних дій (наприклад, отримання виконання, яке слідує відсутній заінтересованій особі від її боржників); 2) дії повинні вчинятися за відсутності не лише прямого доручення заінтересованої особи (оформленого договором або довіреністю), й будь-якої іншої (хоча б і усної) вказівки або наперед обіцяної згоди із цими діями; 3) дії в чужому інтересі мають здійснюватися з огляду на очевидну вигоду або користь заінтересованої особи з можливим урахуванням її дійсних або припустимих намірів¹²⁷.

Серед вітчизняних науковців О. Дзера й Д. Боброва виокремлюють п'ять підстав виникнення розглядуваних зобов'язань: а) дії в інтересах іншої особи (заінтересованої сторони) відбуваються з власної ініціативи особи, яка їх вчиняє (діюча сторона), тобто за відсутності доручення, договору чи будь-якої іншої вказівки заінтересованої сторони; б) дії вчиняються на користь заінтересованої особи, тобто мають бути об'єктивно вигідними останній; в) діючій стороні належить враховувати дійсні або вірогідні наміри заінтересованої особи, вона не повинна виступати проти волі останньої; г) за неможливості отримати згоду

¹²⁵ Страунинг Э.Л. Самозащита гражданских прав: дис. ... канд.юрид. наук: 12.00.02; 12.00.03. Москва, 1999. С. 116.

¹²⁶ Стецюк Л.Л. Щодо можливості недієздатної фізичної особи бути гестором – суб'єктом самозахисту способом вчинення юридичних вчинків у майнових інтересах іншої особи без її доручення. Форум права. 2010. № 4. С. 865–868.

¹²⁷ Гражданское право: учеб.: в 4 т.; отв. ред. Е. А. Суханов. 3е изд., перераб. и доп. М., 2006. Т. 4. Обязательственное право. С. 600–601.

іншої особи, наприклад у випадку її тимчасової відсутності чи втрати нею свідомості; г) діюча сторона усвідомлює спрямованість дій на користь іншої особи й не має на меті виникнення будь-якого іншого зобов'язання¹²⁸.

Ігнатенко В. у своїх працях, присвячених даному інституту, дійшов висновку про існування семи умов виникнення зобов'язань, що виникають внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення. Це: 1). Дії в інтересах іншої особи вчиняються без її доручення. Це означає лише власну ініціативу гестора, тобто відсутність договору, вказівки або наперед обіцяної згоди заінтересованої особи, а також обов'язку в силу закону вчинити певні дії в інтересах іншої особи. Такими, наприклад, є дії опікуна, піклувальника в інтересах підопічних, працівників служби соціального захисту населення, які надають допомогу громадянам похилого віку, інвалідам та ін. 2). Наявність небезпеки настання невігідних майнових наслідків і спрямованість дій на їх попередження, усунення або зменшення. Небезпека повинна існувати на час учинення дій, а не бути уявною. Законодавець указує на спрямованість дій щодо періоду нейтралізації негативного впливу на майнові інтереси. Залежно від ситуації, що склалася, це може бути: а) попередження – відвернення невігідних майнових наслідків; б) усунення – коли негативні чинники почали впливати на майнові інтереси домінуса, але гестор шляхом своїх дій їх усунув; в) зменшення – якщо негативні наслідки не вдалося відвернути, а тільки зменшити 3). Оскільки законодавець говорить про небезпеку настання для домінуса невігідних наслідків, дії гестора повинні бути націленими на отримання вигоди заінтересованою особою (збереження майна, виконання зобов'язання перед третьою особою). За своїм характером це можуть бути як фактичні дії (ремонт речі, захист майна від протиправних дій інших осіб), так і юридичні (укладення правочину, сплата боргу). Дії гестора також не повинні суперечити інтересам домінуса, якщо останній не бажає, наприклад, піклуватися щодо свого майна. 4). Гестор не має можливості отримати згоду заінтересованої особи на вчинення дій в її інтересі. Це, приміром, відсутність останньої в місці її постійного проживання, а обставини вимагають термінового втручання у справи домінуса. Коли ж такої терміновості немає й у гестора була можливість

¹²⁸ Цивільне право України: підруч.: у 2 кн. / кер. авт. кол. О. В. Дзера. К., 2004. Кн. 2. С. 557.

отримати згоду домінуса, зобов'язання по веденню чужих справ без доручення не виникає. 5). Особа, яка діє в чужих інтересах, усвідомлює, на що спрямовані її дії й не має на меті виникнення іншого цивільно-правового зобов'язання. Так, якщо поведінка особи, яка звільняє боржника від майнового обов'язку перед третьою особою, свідчить про те, що вона вчиняє дії не тільки на безкоштовній, а й на безповоротній основі, має місце її бажання здійснити дарування. 6). Наявність витрат, понесених особою у зв'язку з учиненням нею дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення, саме і означає ведіння чужої справи за чужий рахунок. 7). Особа, яка вчинила дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення, повинна при першій же нагоді повідомити останню про свої дії¹²⁹.

Отрадна О. вирізняє теж три умови: 1) якщо інтересам іншої особи загрожує небезпека настання не вигідних для неї майнових наслідків; 2) коли дії іншої особи, спрямовані на усунення небезпеки, здійснюються нею без доручення; 3) такі дії мають бути вчинені суб'єктом на користь іншої особи¹³⁰.

На думку Н. Ю. Голубєвої вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення належить до недоговірних зобов'язань регулятивного характеру, що виникають з односторонніх правочинів.

Я. Шевченко і Є. Рябоконт називають такі ознаки цих зобов'язань, серед яких основною визначальною є перша: 1) дії однієї особи (гестора) здійснюються на користь іншої (домінуса) з власної ініціативи першої, а не у зв'язку з укладенням договору доручення чи іншого цивільно-правової угоди, а також взагалі без будь-якої попередньої вказівки другої особи; 2) дії вчиняються з огляду на їх очевидну користь для заінтересованої особи; 3) усвідомлення гестором спрямованості своїх дій в інтересах домінуса: перший здійснює їх в інтересах другого свідомо, не маючи на меті надати тому безоплатні послуги; 4) вчинюючи необхідні дії, гестор очікує відшкодування понесених ним витрат з боку домінуса в майбутньому¹³¹.

¹²⁹ Ігнатенко В. Визначення умов виникнення зобов'язань з учинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення. Право України. 2010. № 12. С. 68–73.

¹³⁰ Отрадна О. О. Недоговірні зобов'язання у цивільному праві України: навч. посіб. К., 2009. 240 с.

¹³¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. 2ге вид., перероб. і доп.; за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. К., 2006. Т. 2. С. 858–859.

Пеструєв Д. М. запропонував приведення норм глави 79 ЦК України у відповідність з положеннями DCFR, сформулювавши висновок про те, що зобов'язання, які виникають внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення (ведення чужих справ без доручення), у сучасних умовах набувають нового звучання, виступаючи як важливий засіб правового забезпечення активізації громадянського суспільства, спрямований на захист інтересів його членів¹³².

Поняття та правова природа ведення чужих справ без доручення

Як вже зазначалось, що суб'єктами зобов'язання виступають особи, що здійснює без доручення дії в інтересах іншої особи – гестор, та особа (домінус), справи якої ведуться гестором. Так, якщо за загальним правилом юридичні вчинки можуть здійснюватися як дієздатними, так і недієздатними особами, то вести справи без доручення може лише особа дієздатна, оскільки дії тут здійснюються з метою запобігання шкоди.

Під вчиненням дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення розуміється недоговірне зобов'язання, що виникає в силу навмисного здійснення особою (гестором) добровільних, необхідних, доцільних юридичних та/або фактичних дій в інтересах іншої особи (домінуса), якщо майновим інтересам іншої особи загрожує небезпека настання невігідних для неї майнових наслідків та породжує обов'язок домінуса відшкодувати витрати гестора.

Предметом зобов'язання можуть бути як фактичні дії, так і юридичні, причому вони обмежуються сферою майнових інтересів заінтересованої особи і полягають у попередженні, усуненні або зменшенні невігідних майнових наслідків.

Доцільність означає, що дії мають бути виправдані в ситуації, яка склалась, що особою, яка веде справу, обрано варіант дій, який враховує інтереси володільця блага, інших заінтересованих осіб, а також інтереси суспільства. Доцільність дій має оцінюватися за об'єктивними критеріями, однак при цьому мають бути враховані й особисті якості особи, яка діє (вік, досвід, навички тощо).

¹³² Пеструєв Д. М. Зобов'язань, що виникають внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення, за законодавством України та Польщі: дис. ... кандидата юрид. наук (доктора філософії): 12.00.03. Одеса, 2020. С. 7.

Оскільки гестором припускається можливість як позитивного, так і негативного результату своїх дій, можна зробити висновок, що діяльність його у певному ступені пов'язана з ризиком. Ризику притаманні як об'єктивні, так і суб'єктивні ознаки. До об'єктивних необхідно віднести такі складові як результат (наслідок, події, дії) та ймовірний характер настання такого результату (наслідку), невизначеність. До суб'єктивних – усвідомлення факторів ризику, визначення ступеню ймовірності та рівня ризику, передбачення можливих результатів своєї діяльності (інтелектуальний критерій), що є суб'єктивним сприйняття ризику, та вибір варіанта поведінки у конкретній ситуації (вольовий критерій) як альтернативність¹³³. Елементами ризику є об'єкт, суб'єкт та джерела (фактори).

Слова «без доручення» нерозривно пов'язані з найменуванням цього інституту, і означають не тільки відсутність договору або згоди укласти договір у майбутньому. Правила цього зобов'язання не застосовуються у разі діяльності організацій, для яких такі дії є метою їх діяльності (наприклад, служба пожежної охорони, благодійні фонди), а також в тих випадках, коли ведення чужих справ є обов'язком відповідно до закону, адміністративного акту або по інших підставам (наприклад, опіка, піклування).

Судова практика щодо справ про ведення чужих справ без доручення підтримують таку ж позицію. Так, у Постанові Вишого господарського суду України від 11 березня 2014 року зазначається, що дії гестора щодо запобігання попередженню, усунення або зменшення небезпеки настання невідгідних майнових наслідків здійснюються ним за власною ініціативою, а не у зв'язку з укладенням договору доручення чи іншого цивільно-правового договору, а також відповідні дії не мають бути пов'язаними з виконанням службових чи інших, покладених відповідно до вимог закону, обов'язків¹³⁴.

Дії в майнових інтересах іншої особи, вчинені без її доручення, породжують зобов'язання по відшкодуванню понесених у зв'язку з цим витрат не в будь-яких випадках, а за наявності наступних умов¹³⁵:

¹³³ Великанова М.М. Ризики в цивільному праві: монографія. Київ: Алерта, 2019. С. 107.

¹³⁴ Постанова ВГСУ від 11.03.2014 року у справі № 5002-6/2091-2012. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_vgsu_vid_11_03_2014_roku_u_spravi_5002_6_2091_2012/

¹³⁵ Ігнатенко В. Визначення умов виникнення зобов'язань з учинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення. URL: <http://pravoznavec.com.ua/period/article/6185/%C2>

1) дії в інтересах іншої особи вчиняються без її доручення, що означає лише власну ініціативу гестора, тобто відсутність договору, вказівки або наперед обіцяної згоди заінтересованої особи, а також обов'язку в силу закону вчинити певні дії в інтересах іншої особи. Такими, наприклад, є дії опікуна, піклувальника в інтересах підопічних, працівників служби соціального захисту населення, які надають допомогу громадянам похилого віку та інвалідам і т. ін.

2) наявність небезпеки настання невігідних майнових наслідків і спрямованість дій на їх попередження, усунення або зменшення. Небезпека повинна існувати на час вчинення дій, а не бути уявною. Законодавець вказує на спрямованість дій щодо періоду нейтралізації негативного впливу на майнові інтереси, і залежно від ситуації, що склалася, це може бути попередження – відвернення невігідних майнових наслідків, усунення – коли негативні фактори почали впливати на майнові інтереси домінуса, але гестор шляхом своїх дій їх усунув; зменшення – коли негативні наслідки відвернути не вдалося, а вдалося їх зменшити.

3) оскільки законодавець говорить про небезпеку настання для домінуса невігідних наслідків, то дії гестора повинні бути націленими на отримання вигоди заінтересованою особою (збереження майна, виконання зобов'язання перед третьою особою). За своїм характером це можуть бути як фактичні дії (ремонт речі, захист майна від протиправних дій інших осіб), так і юридичні (укладення правочину, сплата боргу). Також дії гестора не повинні суперечити інтересам домінуса, коли останній, наприклад, не бажає піклуватися про своє майно. Слід враховувати вимоги до дій в чужому інтересі, які мають вчинятися, виходячи із очевидної вигоди або користі та дійсних або можливих намірів заінтересованої особи і з необхідною за обставинами справи турботливістю і обачністю.

4) гестор не має можливості отримати згоду заінтересованої особи на вчинення дій в її інтересі. Це, наприклад, відсутність такої особи в місці її постійного проживання. Разом із тим обставини вимагають термінового втручання у справи домінуса. Коли ж такої терміновості немає, і у гестора була можливість отримати згоду домінуса, зобов'язання з ведення чужих справ без доручення не виникає.

5) особа, яка діє в чужих інтересах, усвідомлює, на що спрямовані її дії, і не має на меті виникнення іншого цивільно-правового зобов'язання.

зання. Так, якщо із поведінки особи, яка звільняє боржника від майнового обов'язку перед третьою особою, випливає, що вона робить це не тільки на безкоштовній, а й на безповоротній основі, то має місце її бажання здійснити дарування.

Крім цього, називають також наступні умови:

6. Наявність витрат, понесених особою у зв'язку з учиненням нею дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення, саме і означає ведіння чужої справи за чужий рахунок.

7. Особа, яка вчинила дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення, повинна за першої же нагоди повідомити останню про свої дії¹³⁶.

Зміст зобов'язання складають права і обов'язки гестора і домінуса. Зміст зобов'язань, що виникають внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення визначають ч. 2 ст. 1158 та ст. 1159–1160 ЦК.

Гестор зобов'язаний при першій нагоді повідомити зацікавлену особу про вчинення дій в його інтересах. Ця умова пов'язана з тим, що хоч гестор і вчиняє дії, спрямовані на попередження, усунення або зменшення небезпеки, він все ж таки втручається у справи іншої особи (домінуса), чим в певній мірі обмежує права домінуса та створює для нього обов'язки.

У разі, коли домінус не ухвалить дії гестора, то останній зобов'язаний їх припинити. Якщо ж заінтересована особа схвалить ці дії, надалі до відносин сторін застосовуються правила відповідного договору. В залежності від характеру дій це можуть бути правила договору поруки, підряду, схову та ін. Цей факт надасть можливість гестору, що змінив свій статус і став відповідно повіреним, виконавцем, хранителем та ін., вимагати укладення відповідного договору і обговорювати умови оплати своїх послуг.

Якщо гестор вже розпочав дії в майнових інтересах домінуса, але не має можливості повідомити про це домінуса, він зобов'язаний вжити усіх залежних від нього заходів щодо попередження, усунення або зменшення невиконання майнових наслідків для домінуса. При цьому гестор зобов'язаний взяти на себе всі обов'язки, пов'язані із вчиненням цих дій, зокрема обов'язки щодо вчинених правочинів. Невиконання

¹³⁶ Ігнатенко В. Визначення умов виникнення зобов'язань з учинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення. Право України. 2010. № 12. С. 73.

цих обов'язків з боку гестора може нанести шкоду майновим інтересам домініуса, оскільки, розпочавши дії, він вже показав третім особам, що майнові інтереси домініуса захищаються. Тому вони (треті особи) не будуть здійснювати необхідні заходи, щодо захисту майнових інтересів домініуса.

Негайно після закінчення дій в інтересах іншої особи без її доручення, особа, що вела справу (гестор), зобов'язана надати зацікавленій особі (домінусу) звіт про свої дії. У звіті зазначаються усі данні про здійсненні дії та про їх результати. До звіту необхідно додати документи, що підтверджують розмір понесених витрат, на відшкодування яких претендує гестор (чеки, квитанції, договори тощо). Крім цього, домініусу необхідно передати майно, що було отримано в результаті вчинених правочинів в інтересах домініуса або виконання певної роботи (послуг), а також документи, що підтверджують факт отримання для домініуса певних прав.

Інститут вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення з одного боку, забезпечується захист інтересів власника майна або володаря майнових благ від безпідставного втручання в його справи, а з іншого, – створені стимули та гарантії для осіб, що здійснюють дії по запобіганню шкоди, яка загрожує чужим майновим правам.

Крім дії в майнових інтересах домініуса, особа, що здійснює діяльність в чужому інтересі, повинна здійснювати такі дії в умовах наявної небезпеки настання невігідних майнових наслідків для домініуса. Дії гестора при цьому мають бути спрямовані на їх попередження, усунення або зменшення. При цьому, небезпека повинна існувати на час вчинення дій, а не бути уявною.

Відповідно до рішення по справі № 759/5486/14-ц Святошинського районного суду м. Києва, Позивач ОСОБА_3 звернувся до суду з позовною заявою до ОСОБА_4 про стягнення понесених витрат на утримання об'єкту нерухомості – квартири АДРЕСА_1. В судових засіданнях неодноразово уточнював позовні вимоги, остаточно уточнив 28.10.2014р. Просив суд стягнути з ОСОБА_4 на його користь частини понесених ним витрат на утримання вищезазначеної квартири. Відповідачка проти позову заперечувала, посилаючись на те, що зважаючи на відсутність між позивачем та відповідачем договору стосовно оплати комунальних послуг, відносини між останніми щодо здійснення комунальних платежів, регулюються Главою 79 ЦК України, а саме вчинен-

ня дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення. Зі змісту положень ч. 1 ст. 1158, ч. 1 ст. 1160 ЦК України вбачається, що дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення породжують зобов'язання по відшкодуванню понесених у зв'язку з цим витрат не у будь-яких випадках, а при наявності певних законодавчо визначених умов.

Для отримання права вимагати від відповідача повернення витрат на оплату комунальних послуг позивач має довести, що оплата останнім комунальних послуг здійснювалася за наявності викладених вище умов, а саме, в даному конкретному випадку: існувала реальна, а не уявна небезпека настання невігідних для відповідача наслідків. Натомість позивачем не згадуються жодні обставини, які б свідчили про реальну можливість настання невігідних наслідків для відповідача. Позивач знав де проживає відповідач та мав достатньо часу, щоб повідомити її про суми нарахованих до сплати комунальних платежів. Разом з тим, позивачем не надано жодного доказу, який вказував би на наявність законодавчо визначених умов, вказаних вище, для відшкодування витрат, здійснених при вчиненні дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення.

Так, з кінця червня 2008 року та протягом усього періоду, за який позивач вимагає відшкодування понесених витрат на комунальні послуги, відповідач проживала у Луганську, що підтверджується наявними в матеріалах справи документами та самим сторонами по справі. Адреса місця проживання Відповідача та її номер телефону були відомі позивачу.

Таким чином, позивач мав практичну можливість повідомити відповідача про необхідність оплатити частину комунальних послуг, пропозиційну до частини квартири, право власності на яку належить Відповідачу (пояснення стосовно права власності викладені в запереченнях на позовну заяву від 02.07.2014 р.), надіславши лист з квитанціями або зателефонувавши. Натомість, позивач з власної ініціативи вирішив самостійно оплатити комунальні послуги не поставивши відповідача до відома про свої дії.

З викладеного вбачається, що позивач мав можливість узгодити свої дії по оплаті комунальних послуг з відповідачем, проте всупереч вимогам законодавства здійснював все на власний розсуд. Стосовно уточнення позовної заяви вважаємо за необхідне зазначити наступне. Позивач вказує, що судові рішення про поділ спільного майна подружжя

вступило в законну силу з дати набрання чинності ухвали Апеляційного суду м. Києва (тобто з 23.05.2013 р.) Проте, при перегляді справи про поділ майна позивача та відповідача ВСС України з розгляду цивільних та кримінальних справ 25 грудня 2013 року змінив ухвалу Апеляційного суду м. Києва, визнавши за ОСОБА_3 право власності на 1/40 частини квартири, а за ОСОБА_4 – на 39/40 частини квартири (а.с. 18–20). Таким чином, лише з 25 грудня 2013 року, а не з 23.05.2013 р. як вказує позивач, частки позивача та відповідача в праві власності на квартиру становлять відповідно 1/40 та 39/40. Окрім того, відповідно до ч. 3 ст. 267 ЦК України, якби Позивачем були доведені його позовні вимоги, до вимог про стягнення з відповідача понесених ОСОБА_3 витрат на утримання квартири.

В судовому засіданні представником відповідача не доведено, що оплата останнім комунальних послуг здійснювалася за наявності викладених вище умов, а саме, що:

- існувала реальна, а не уявна небезпека настання невігідних для відповідача наслідків. Натомість позивачем не згадуються жодні обставини, які б свідчили про реальну можливість настання невігідних наслідків для Відповідача;

- у позивача не було можливості повідомити відповідача про необхідність сплати конкретної суми комунальних послуг чи узгодити з відповідачем оплату комунальних послуг самим позивачем. Позивач знав де проживає відповідачка та мав достатньо часу, щоб повідомити її про суми нарахованих до сплати комунальних платежів.

Відповідно доказів на підтвердження того, що позивач повідомляв відповідачку про суми нарахованих до сплати комунальних послуг та відповідно направляв їй квитанції на сплату комунальних послуг.

Разом з тим, позивачем не надано жодного доказу, який вказував би на наявність законодавчо визначених умов, вказаних вище, для відшкодування витрат, здійснених при вчиненні дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення.

Враховуючи докази, оцінку яким суд надав вище, суд приходить до висновку про необґрунтованість та безпідставність вимог позивача ОСОБА_3 до ОСОБА_4, в задоволенні яких суд відмовляє¹³⁷.

¹³⁷ Справа № 759/5486/14-ц Святошинського районного суду м.Києва від 05 листопада 2014 року . URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41482855>

Якщо гестор, діючи в інтересах домінуса, поніс у зв'язку з цим певні витрати, він має право на відшкодування фактично зроблених витрат. При цьому необхідно мати на увазі, що дії повинні бути виправдані обставинами справи. Положення цієї статті передбачають, що захист інтересів домінуса здійснюється за його ж рахунок.

Під фактично зробленими витратами, які виправдані обставинами справи, розуміються такі витрати, без яких майнові інтереси домінуса зазнали би шкоду. Ці витрати повинні бути необхідними, доцільними та здійснюватися навмисно на користь іншої особи. За наявності таких обставин та за відсутності вини гестора, право на відшкодування витрат зберігається і в тому випадку, якщо зберегти майно та інші майнові інтереси домінуса не вдалося.

Необхідність ведення чужих справ виникає тоді, коли цивільним правам та інтересам іншої особи загрожує небезпека, тобто існує потреба у захисті майнових інтересів іншої особи. При цьому необхідність втручання зумовлена не тільки існуванням небезпеки чужим майновим інтересам, а ще й тими обставинами, що гестор не може сповістити господаря й одержати згоду на зазначені дії.

Право на відшкодування витрат виникає у гестора за певних умов. По-перше, підлягають відшкодуванню витрати, які фактично вже були зроблені, а не лише планувалися на майбутнє. По-друге, відшкодування витрат можливе, якщо вони були необхідними, виправдані обставинами, за яких були вчинені дії. Це означає, що витрати, які не здійснив би за даних обставин сам господар, відшкодуванню, як правило, не підлягають. Винятком є ситуація, коли гестор доведе, що, відмовляючись від компенсації витрат, господар неналежним чином здійснює своє цивільне право.

Якщо особа, яка вчинила дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення, при першій нагоді не повідомила цю особу про свої дії, вона не має права вимагати відшкодування зроблених витрат. У даному випадку особа, що вчинила дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення, порушила свій обов'язок про необхідність при першій нагоді повідомити про свої зацікавлену особу (ч. 2 ст. 1158 ЦК України). Не виконавши свій обов'язок, особа фактично втрутилася в справи іншої особи. При цьому вона позбавила зацікавлену особу самотійно вжити заходи для захисту своїх прав. Як наслідок особа, яка вчинила дії

в майнових інтересах іншої особи без її доручення, втрачається право вимагати відшкодування зроблених витрат.

Слід відмітити, що навмисне здійснення дій у чужому інтересі не породжує виникнення відповідних зобов'язань, якщо дії ці здійснювалися з метою обдарувати (у широкому значенні цього слова) домінуса, наприклад, – ведення чужих справ без доручення носило характер безоплатної дружньої послуги.

Розділ 4

ПРЕДСТАВНИЦТВО

Повномасштабний початок ведення війни країною-агресором проти нашої держави став не лише несподіванкою для більшості, а й спонукав до необхідності швидкого реагування представників влади, державних органів, населення з метою вирішення великої кількості питань, з якими раніше ми не стикалися (принаймні в такому масштабі).

Введення воєнного стану на території України є наслідком великої кількості змін, в тому числі правового характеру. Відбулося стрімке превалювання публічного інтересу над приватним, необхідність жити за «новими правилами» з різного роду обмеженнями, зокрема, інтересів приватних осіб. Разом з тим, необхідно пам'ятати, що в правовій державі, якою є Україна, не можна допустити порушення законних прав та інтересів суб'єктів правовідносин, зокрема, суб'єктів цивільних правовідносин. В даному контексті інститут представництва відіграє важливу роль, адже дає можливість великій кількості осіб вступати в правовідносини, що з різних причин було б неможливо без за діяння представника.

Поняття та підстави представництва

У загальному вигляді представництво може бути охарактеризоване як використання правосуб'єктності одних осіб для реалізації прав і обов'язків та захисту прав інших осіб. За допомогою представництва створюються додаткові можливості для здійснення прав і виконання обов'язків учасниками цивільних правовідносин, забезпечується більш повний захист їх суб'єктивних прав, підвищується ефективність налагодження економічних зв'язків між суб'єктами права тощо.

Згідно ст. 237 ЦК України представництво це правове відношення, у якому одна сторона (представник) зобов'язана за повноваженнями вчинити правочин від імені іншої сторони, яку вона представляє.

Безпосередньо зі ст. 237 ЦК України впливає вимога наявності таких характерних ознак представництва: представництво – це правове відношення; учасниками правовідносин представництва є дві сторони: представник та особа, яку він представляє; представник «зобов'язаний або має право» діяти від імені особи, яку він представляє; діяльність

представника провадиться обов'язково «від імені» особи, яку він представляє; діяльність представника в інтересах і від імені особи, яку він представляє, полягає у вчиненні правочинів.

Для того, щоб дії представника створили юридичні права і обов'язки для особи, яку представляють, необхідно, щоб представник мав відповідні повноваження, котрими визначається зміст і межі дій, які представник може вчиняти від імені особи, котру він представляє.

Коло дій, які можуть бути здійснені за допомогою представництва, не є безмежним. Зокрема, частина 1 ст. 238 ЦК України вказує, що представник може бути уповноважений на вчинення лише тих правочинів, право на вчинення яких має особа, яку він представляє. Однак, це не означає, що опікун, призначений малолітньому, може вчиняти лише дрібні побутові правочини. Навпаки, він, ніби, доповнює недостатню дієздатність малолітнього, а тому може вчиняти за останнього будь-які правочини, крім тих, що заборонені законом.

Крім того, не допускається укладення через представника правочину, який за своїм характером може вчинятися тільки особисто, а також інших правочинів, вказаних в законі. Наприклад, договір довічного утримання, заповіт, трудовий договір, реєстрація шлюбу, усиновлення тощо – це ті юридичні дії, які мають здійснюватися лише особисто.

Усі юридичні дії представник зобов'язаний здійснювати в інтересах того, кого представляє. З метою захисту цивільних прав та інтересів того, кого представляють, законом встановлена заборона укладення правочину представником відносно себе особисто, або відносно іншої особи, представником якої він одночасно є. Наприклад, опікун не може укладати угод зі своїм підопічним, а також представляти його при укладенні угод або веденні судової справи між підопічним і своїми близькими родичами.

Право на вчинення дій від імені іншої особи може ґрунтуватися на різних юридичних фактах, з якими закон (частина 3 ст. 237 ЦК України) пов'язує виникнення повноваження. Такими юридичними фактами (підставами виникнення повноважень) можуть бути:

- договір (наприклад, договір доручення),
- закон (батьки є представниками своїх малолітніх дітей за законом),
- акт органу юридичної особи (призначення на певну посаду, пов'язану із здійсненням представницьких дій),

- інші підстави, встановлені актами цивільного законодавства (наприклад, факт спільного ведення господарства, спільності майна – при здійсненні одним з подружжя правочинів для спільного сімейного господарства, він виступає як особа, що діє від імені і в інтересах також іншого з подружжя, бо згода останнього на здійснення такого правочину припускається – за винятком тих, що виходять за межі дрібних побутових).

Так, законними представниками малолітніх дітей є також усиновлювачі, котрі за своїм правовим становищем прирівнюються до батьків. Їхнє право на представництво ґрунтується на нормі закону та рішенні про усиновлення.

Виникнення повноваження у опікуна ґрунтується на положеннях частини 2 ст. 242 ЦК України, згідно якій опікун є законним представником малолітньої особи та фізичної особи, визнаної недієздатною, а також на адміністративному акті (рішення про призначення опікуном). У сукупності ці юридичні факти є достатньою умовою виникнення у опікуна повноваження для діяльності у якості законного представника. Тому при здійсненні ним діяльності від імені опікуваного необхідно подати відповідний документ про призначення опікуном.

Опікуни здійснюють усі дії, які міг би здійснити сам опікуваний, якби був дієздатним, проте без дозволу органів опіки і піклування вони не мають права здійснювати від імені опікуваних правочини, що істотно зачіпають майнові інтереси останніх. Дозвіл органу опіки і піклування, що видається опікуну на здійснення такого правочину, встановлює для нього додаткові повноваження крім тих, що вже передбачені законом.

У зв'язку із введенням воєнного стану, евакуацією дітей та сімей з дітьми в безпечні зони в межах України, а також за межі України – до інших держав, актуалізувались питання щодо представництва інтересів дітей, особливо коли внаслідок війни рідні батьки не можуть виконувати свої законні представницькі функції. Кожна дитина, яка тимчасово або назавжди позбавлена сімейного оточення, має право на захист та на особливу допомогу з боку держави, в першу чергу, шляхом створення належних умов і можливостей для її усиновлення. Інститут усиновлення покликаний забезпечити нормальне сімейне життя і виховання дітей, які втратили батьків або позбавлені батьківського піклування. Однак аналіз нині діючого законодавства дає можливість зробити висновки, що усиновлення українських дітей як громадянами України,

так і іноземними громадянами поки є неможливим. Зокрема, досить складна процедура усиновлення після введення воєнного стану не була спрощена (на що є об'єктивні причини) і не може бути виконана сторонами усиновлення в повному обсязі. Така ситуація є виправданою, адже усиновлення це «прийняття усиновлювачем у свою сім'ю дитини на правах сина або дочки...», тобто виховування в сім'ї прийомної дитини, яка залишилася без піклування рідних батьків. В умовах же воєнного часу не завжди однозначно можна стверджувати, що дитина назавжди залишилась без піклування рідних батьків. Батьки можуть бути відсутні тимчасово з таких поважних причин, як поранення, полон тощо. І навіть якщо батьки загинули і на те є підтверджуючі документи, опікуватися дитиною-сиротою можуть висловити бажання кровні родичі, що може бути кращим для дитини, аніж проживання у сім'ї чужих осіб – усиновлювачів.

Важливим тут є те, що після введення воєнного стану відповідно до Закону України «Про правовий режим воєнного стану»¹³⁸ було доповнено Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини пунктами 79.1–79.3 наступного змісту:

«Під час дії на території України надзвичайного або воєнного стану рішення про надання статусу дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування, приймається районною, районною у м. Києві держадміністрацією, районною військовою адміністрацією або виконавчим органом міської, селищної, сільської ради за місцем проживання (перебування) або виявлення дитини з урахуванням документів, що підтверджують статус дитини.

У разі коли свідоцтво про смерть або загибель батьків відсутнє або смерть чи загибель батьків не зареєстрована відповідними уповноваженими на те органами, дитині встановлюється статус дитини, позбавленої батьківського піклування, до моменту документального підтвердження смерті або загибелі батьків.

Після припинення або скасування надзвичайного або воєнного стану статус дитини повинен бути підтвердженим чи спростованим за процедурами та на підставі документів, передбачених законодавством.

¹³⁸ Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12.05.2015 № 389-VIII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19>

Під час дії на території України надзвичайного або воєнного стану статус дитини, позбавленої батьківського піклування надається, зокрема, дітям, батьки яких не виконують своїх обов'язків з виховання та утримання дитини з причин, які неможливо з'ясувати у зв'язку з перебуванням батьків на території, де ведуться або велися активні бойові дії, чи на окупованій території, що підтверджується актом, складеним службою у справах дітей за формою згідно з додатком 11.

Після припинення або скасування надзвичайного або воєнного стану статус дитини повинен бути підтвердженим чи спростованим на підставі документів, передбачених законодавством.

У разі наявності інформації про підстави для надання дитині статусу дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування, щодо дитини, яка перебуває на тимчасово окупованій території або за межами України, надання такій дитині відповідного статусу та встановлення над нею опіки або піклування особою, яка перебуває у сімейних, родинних відносинах (у тому числі хрещеними батьками) може здійснюватися відповідно до пунктів 79 і 79–2 цього Порядку за місцем проживання (перебування) опікуна, піклувальника.

Під час прийняття рішення про встановлення опіки, піклування за місцем проживання (перебування) опікуна, піклувальника щодо дитини, зазначеної в абзаці першому цього пункту згода дитини не вимагається.»¹³⁹

Отже, можна зробити висновок, що законодавець намагається захистити права та інтереси осіб, які позбавилися батьківського піклування внаслідок війни, що відбувається на території України. В даному випадку необхідно пам'ятати, що відсутність такого піклування спричинене саме ситуацією (бойові дії, окупація, втрата можливості передати інформацію про себе внаслідок поранення, взяття в полон тощо), а не відсутність бажання у самих батьків піклуватися про своїх дітей.

Повноваження представника

За своєю сутністю повноваження – це немайнове цивільне право, основним елементом якого є право на власні позитивні дії. Проте, як і кожне суб'єктивне право, повноваження включає не лише право на

¹³⁹ Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини: Постанова КМУ (редакція від 01.06.2022 р.). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-%D0%BF#n15>

власні дії, але й можливість вимоги певної поведінки від інших осіб. У даному випадку – це право вимагати від особи, яку представляють, прийняття на себе правових наслідків дій, що здійснені в межах повноваження. Крім того, представник має право на захист повноваження шляхом подання позовів про визнання повноваження, про припинення дій, що його порушують тощо. Такий захист здійснюється представником від свого імені і не вимагає спеціального додаткового повноваження.

Не зважаючи на очевидність вимоги наявності повноваження представника діяти від імені особи, яку він представляє, питання про сутність та характеристику поняття повноваження є одним із найбільш спірних серед науковців, що підтверджується розмаїттям позицій та визначень цього поняття.

Аналіз наукових позицій дав можливість виділити¹⁴⁰ декілька напрямків наукової думки в даному контексті:

1) повноваженням іменують право представника вчиняти правочини від імені особи, яку представляють, з безпосереднім результатом для останньої, що надає представникові ця особа;

2) термін «повноваження» вживається для позначення самого волевиявлення особи, яку представляють, що наділяє представника правом здійснювати діяльність з представництва інтересів особи, яка надала йому таке право;

3) повноваження є юридичною дією (юридичним фактом), що визначає межу приєднання до правоздатності особи, яку представляють, дієздатності представника;

4) повноваження визначається як право представника вчиняти з третіми особами від імені того, кого він представляє, передбачені ним (або законом) правочини та інші юридично значимі дії і тим самим створювати права й обов'язки, змінювати або припиняти їх; при цьому іноді додатково наголошується на тому, що повноваження це право даної особи бути представником іншої певної особи, яке має суворо особистий характер; іноді в такому визначенні додається вказівка на те, що юридичні дії представника мають здійснюватися в межах наданих повноважень.

¹⁴⁰ Гранін В.Л. Повноваження представника та його реалізація за цивільним законодавством України: авторф. дис. ... канд.. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2005. 20 с.

Отже, спільною рисою наведених вище визначень повноваження є те, що воно трактується як право представника діяти від імені того, кого він представляє, і безпосередньо створювати для останнього юридичні права й обов'язки. Але йдеться не про звичайне суб'єктивне цивільне право, а про право особливого роду. Загальним недоліком таких визначень є недостатня повнота і точність характеристики права представника діяти від імені особи, яку він представляє, безпосередньо створюючи при цьому правові наслідки для такої особи. З метою уникнення зазначеної вади, деякі правознавці, визначаючи повноваження як право представника діяти від імені іншої особи, включають у визначення цього поняття додаткову вказівку на те, що йдеться про суб'єктивне право представника, яке має специфіку або наділене особливими рисами.

Така характеристика також має свій «недолік», оскільки не до кінця з'ясованими залишаються видова приналежність та властивості суб'єктивного права – повноваження. З метою його усунення у юридичній літературі можна спостерігати спроби вже у самому визначенні повноваження дати більш точну його характеристику.

Основним елементом складного за структурою права (повноваження) є право на власні «позитивні» дії, тобто можливість представника діяти певним чином від імені певної особи, яку він представляє.

Але, як і кожне суб'єктивне право, повноваження не вичерпується цією правомочністю, бо суб'єктивне право має включати і правомочність вимоги певної поведінки від інших осіб. У даному разі така правомочність вимоги полягає у праві представника зажадати від особи, яку він представляє, прийняття на себе юридичних наслідків дій, вчинених на підставі та в межах повноваження.

Повноваження включає в себе також і правомочність використання можливостей застосування державного примусу¹⁴¹. Але при цьому має бути врахована така особливість реалізації повноваження, як те, що, оскільки повноваження здійснюється юридичними діями самої уповноваженої особи, котрі створюють правові наслідки безпосередньо для особи, яку представляють, звернення у необхідних випадках за захистом до відповідних державних органів має за мету не примус особи,

¹⁴¹ Шевчук О. М. Засоби державного примусу у правовій системі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Х., 2003. С. 10–11, 14–15.

яку представляв представник, до виконання обов'язку, а визнання для всіх оточуючих юридичних наслідків реалізації повноваження.

Повноваження, як і будь-яке інше право на власні позитивні дії, одночасно є й елементом абсолютного правового відношення, внаслідок якого кожен зобов'язаний не перешкоджати представнику здійснювати надані йому повноваження.

Тому не можна погодитися з думкою, що повноваження не може бути порушеним. Порушення саме повноваження (а не того права, на реалізацію якого представнику було надане повноваження) може мати місце у разі, коли хто-небудь перешкоджає представникові у реалізації повноваження (відмовляючись виконати необхідні для його здійснення дії; незаконно утримуючи документ, котрий підтверджує повноваження тощо).

Носієм повноваження, як суб'єктивного права, є представник. Тому захист повноваження способом подачі скарги, подання позовів про визнання повноваження, припинення дій, що його порушують, тощо здійснює представник від свого власного імені й не потребує наявності особливого додаткового повноваження на подання позову¹⁴².

Повноваження, як суб'єктивне право, завжди має немайновий характер. На немайновий характер повноваження вказує, зокрема, те, що при здійсненні представником навіть майнового права (обов'язку) тієї особи, котру він представляє, повноваженню представника не відповідає певний майновий обов'язок (право) ні самого представника, ані особи, яку він представляє, ані третьої особи, з якою укладено правочин від імені та в інтересах особи, яку представляють. Тобто можна стверджувати про відсутність майнового елемента у правовідносинах представництва взагалі. Зокрема, представник може мати право на винагороду від особи, яку він представляє, за свою діяльність в інтересах останньої. Майнові правовідносини між особою, яку представляють, і третьою особою можуть бути також наслідком укладення правочинів представником від імені особи, яку представляють.

Разом з тим, дане майнове право представника на винагороду і відповідний обов'язок особи, яку представляють, є елементом змісту пра-

¹⁴² Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство: Учеб. пособие. К., 2001. 832 с.

вовідносин представництва поряд з повноваженням, але не частиною самого повноваження як суб'єктивного права. Натомість майнові права і обов'язки особи, яку представляють, і третіх осіб, взагалі знаходяться поза межами представництва як правового відношення, котре у даному разі є елементом складного юридичного факту, що разом з вчиненням правочину представником породжує виникнення зобов'язання між вказаними особами.

У кінцевому підсумку, з врахуванням сказаного, повноваження може бути визначене як цивільне суб'єктивне немайнове (організаційне) право представника на здійснення від імені й за рахунок особи, яку він представляє, правочинів, котрі породжують правові наслідки безпосередньо для особи, яку представляють, у її відносинах з особами, з якими укладено зазначені правочини¹⁴³.

З такого розуміння повноваження випливає, що: сама можливість, зміст і межі представницької діяльності представника визначаються повноваженням – суб'єктивним правом представника; у процесі здійснення повноваження представник діє стосовно третіх осіб; у результаті здійснення повноваження для представника не виникає правових наслідків стосовно третіх осіб¹⁴⁴.

Враховуючи зазначене вище, погоджуємося з висновком про те, що повноваження характеризують наступні типові ознаки:

- можливість (суб'єктивне право чи сукупність суб'єктивного права та обов'язку) однієї особи (представника) діяти від імені та в інтересах особи, яку представляють;
- суб'єктивне право (суб'єктивні права), повноваження має подвійну природу: воно є спрямованим як зовні (право виступати перед третіми особами від імені особи, яку він представляє), так і всередину (право зобов'язувати особу, яку він представляє, своїми діями щодо третіх осіб);
- за своєю сутністю повноваження, як суб'єктивне право на здійснення представництва, є немайновим (організаційним) правом;
- повноваження є абсолютним (виключним) правом. Йому не відповідає певний обов'язок інших осіб, але, разом з тим, той,

¹⁴³ Гранін Повноваження представника та його реалізація за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2005. 212 с.

¹⁴⁴ Цивільне право України: підручн.: У 2 т.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К.: Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. 480 с.

хто володіє ним, має право на захист повноваження від порушень з боку будь-якої особи, у тому числі й особи, яку він представляє. Право на захист повноваження в даному разі полягає в можливості представника вимагати від особи, яку він представляє (при добровільному представництві), чи осіб, які поклали на нього такий обов'язок (при законному представництві), певної поведінки¹⁴⁵.

Представництво з перевищенням повноважень, представництво без повноважень

Діяльність представника має здійснюватися у межах повноваження. Перевищення повноваження має місце, коли представник здійснює дію, загалом передбачену його повноваженням, але з тими чи іншими відхиленнями від сутності або межі останнього. Якщо ж, маючи повноваження на здійснення однієї конкретної юридичної дії, представник вчинює іншу конкретну юридичну дію, то маємо справу не з перевищенням повноваження, а з діями, вчиненими за відсутності повноваження. Наприклад, укладення договору купівлі-продажу речі при повноваженні на здачу її в оренду.

Тобто, визначальною рисою укладення правочинів від імені того, кого представляють, при перевищенні повноважень є те, що представник з власної ініціативи розширює межі наданого йому повноваження, не погодивши таку поведінку з особою від імені якої ним укладений правочин.

Звідси виникає проблема визначення меж і обсягу повноважень представника. Вирішуючи її, передусім, слід виходити з вказівок, інструкцій особи, котру представляють, прямо виражених у договорі доручення чи іншому договорі, яким передбачено вчинення представницьких дій, відображених у виданій принципалом довіреності, а також тих прав представника, що безпосередньо впливають із змісту вказівок закону.

Особа може розглядатися як така, що діяла без повноважень, коли повноваження у неї взагалі відсутні, або коли повноваження були, але

¹⁴⁵ Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Приватні та публічні правовідносини представництва. Науковий вісник Чернівецького університету. Чернівці: Рута, 2002. Вип. 147. С. 39–40.

до моменту здійснення правочину припинилися, про що не було відомо представнику.

З врахуваннями суб'єктивного ставлення особи до дій, вчинених від імені іншої особи без повноважень, можна виокремити такі види діяльності неуповноваженого представника:

- навмисне здійснення діяльності в інтересах іншої особи без повноважень в надії отримати схвалення вчинених дій з боку цієї особи;
- дії від імені іншої особи без повноважень внаслідок помилкового припущення про їх існування;
- навмисна діяльність від імені іншої особи без повноважень з метою отримати вигоду для себе.

Стаття 241 ЦК України передбачає два варіанти поведінки особи, яку представляють, при представництві з перевищенням повноважень:

- вона схвалює дії, вчинені від її імені;
- вона відмовляється від схвалення дій, вчинених від її імені без повноважень або з перевищенням повноважень.

Схвалення тим, кого представляють дії, вчинених у його інтересах представником, можливе у декількох формах:

- схвалення шляхом заяви про це;
- схвалення мовчазною згодою;
- схвалення шляхом здійснення так званих конклюдентних дій, що свідчать про прийняття правочину.

Виникають питання щодо реалістичності другого пункту, особливо нині, в умовах війни, наскільки реальним на практиці є можливість довести надання такої згоди «мовчанням»... Вважаємо, що більш обґрунтованим є використання таких форм, які можна підтвердити в майбутньому (наприклад, шляхом схвалення заяви про це).

До дій, які свідчать про схвалення правочину, слід відносити повну або часткову оплату товару, робіт, послуг або часткову сплату процентів за основним боргом, а також сплату неустойки чи інших сум у зв'язку з порушенням зобов'язання; реалізація інших прав та обов'язків за правочином; укладання іншого правочину, який забезпечує перший або укладений для його виконання; прохання про відстрочку чи розстрочку виконання.

Схвалення є одностороннім правочином, що потребує сприйняття його третьою особою, з якою укладений правочин від імені принци-

пала (того, кого представляють), і представником. У схваленні виражається воля особи, яку представляють, наділити юридичною силою конкретний правочин, укладений для неї з перевищенням повноважень і без повноважень. Наступне схвалення правочину особою, яку представляють, створює, змінює і припиняє цивільні права та обов'язки з моменту вчинення цього правочину¹⁴⁶.

Положення ст. 241 ЦК України поширюються лише на випадки добровільного представництва, оскільки при обов'язковому представництві воля особи, яку представляють, є нікчемною і впливу на юридичну силу правочину не має.

Отже, правочин, вчинений представником з перевищенням повноважень, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки особи, яку він представляє, лише у разі наступного схвалення правочину цією особою. Правочин вважається схваленим зокрема у разі, якщо особа, яку він представляє, вчинила дії, що свідчать про прийняття його до виконання.

«Перевищення повноваження» – це довільне збільшення представником обсягу права на здійснення правочинів, який встановлено вказівками особи, яку представляють, або нормами права. При перевищенні повноважень представник зі своєї ініціативи розширює межі наданого йому повноваження, не погодивши такий відступ з особою, яку він представляє.

Перевищення повноваження можливе у кількісному і якісному відношенні. «Кількісне перевищення повноважень» полягає у довільній зміні показників, що характеризують кількісну сторону правочину: число, вага, міра речей; термін договору, який укладається; розмір плати або покупної ціни. «Якісне перевищення повноважень» стосується властивостей і специфіки предмета правочину; вибору контрагента, з яким має бути укладений правочин; характеру правочину, вчинення дій, не передбачених довіреністю.

З врахуванням суб'єктивного ставлення представника до своїх дій та їхньої мети, можна виокремити такі види перевищення повноважень:

- дії з перевищенням повноважень внаслідок помилки щодо обсягу останніх;

¹⁴⁶ Крупко П. Наслідки неналежного здійснення добровільного представництва. Право України. 2002. № 10. С. 111.

- навмисне перевищення повноважень у сподіванні отримати схвалення вчинених дій від особи, яку представляють;
- навмисне перевищення повноважень з метою отримати вигоду для себе.

Правочин, вчинений з перевищенням повноважень, створює, змінює і припиняє цивільні права і обов'язки для особи, яку представляють, лише у разі його наступного схвалення. Якщо схвалення не буде, то такий правочин має бути визнаним недійсним відповідно до ч. 1 ст. 241, ст. 239, ст. 215 ЦК України. У перших двох випадках перевищення повноважень сторони повертаються у первісний стан, оскільки, відповідно до частини 1 ст. 216 ЦК України, недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. У випадку навмисної діяльності з перевищенням повноважень з метою отримати вигоду для себе, правочин визнається недійсним, а на представника, крім того, покладається обов'язок відшкодування збитків, завданих тому, кого він представляв, і третій особі.

Крім того, у випадку зловмисної домовленості представника і третьої особи про укладення правочину з перевищенням повноважень виникає також обов'язок третьої особи відшкодувати особі, яку представляли, збитки, що виникли внаслідок дій представника з перевищенням повноважень.

Необхідно зазначити, що сама по собі відмова схвалити дії представника не є правочином, оскільки воля того, кого представляють, тут спрямована не на встановлення, зміну або припинення юридичних прав і обов'язків, а на недопущення виникнення правовідносин між тим, кого представляють і третьою особою, з якою уклав договір представник, що діяв неналежним чином.

Положення ст. 241 ЦК України щодо можливості схвалення правочину, укладеного представником з перевищенням повноважень, поширюються лише на випадки добровільного представництва, оскільки при обов'язковому представництві воля особи, яку представляють, є нікчемною і правового значення не має.

Витрати, яких зазнав представник, що діяв з перевищенням повноважень, можуть бути стягнені з особи, яку він представляв, як безпідставне збагачення за правилами глави 82 ЦК України. Природно, за наявності всіх умов, необхідних для виникнення відповідних зобов'язань.

Наступне схвалення правочину особою, яку представляють, створює, змінює і припиняє цивільні права та обов'язки з моменту вчинення цього правочину.

В умовах воєнного стану на практиці є багато випадків, коли представник може діяти поза межами своїх повноважень з позиції захисту інтересів підопічного, а отримання згоди на таку дію може стати проблематичним. В такому випадку необхідно пам'ятати, що представник діє не лише від імені підопічного, а й в його інтересах, що свідчить про сумлінність виконання ним своїх обов'язків. В такому випадку важливо в майбутньому отримати згоду підопічного. Однак, виникає питання про правові наслідки такого правочину, якщо підопічний не встиг надати згоду і загинув.

Види представництва

У залежності від значення волевиявлення для встановлення правовідносин представництва і виникнення повноваження розрізняють такі види представництва:

1) добровільне (договірне) представництво – ґрунтується на волевиявленні представника, найчастіше, – відображеного у договорі;

2) обов'язкове або ж «представництво за законом» – представництво на підставі безпосереднього припису закону. Представництво за законом регламентується ст. 242 ЦК України, котра відносить до нього:

а) представництво батьками (усиновлювачами) своїх малолітніх та неповнолітніх дітей;

б) представництво опікуном малолітньої особи та фізичної особи, визнаної недієздатною. Законне представництво можливе також в інших випадках, встановлених законом.

Представництво за законом, правовому регулюванню якого присвячена ст. 242 ЦК України, є різновидом представництва, підставою виникнення якого, на відміну від добровільного представництва, виступає не воля особи, яку представляють, а вказані у законі юридичні факти. Так, законне представництво батьків засновується на позитивному юридичному факті походження дітей від батьків, недосягнення дитиною віку, з яким пов'язується можливість самостійного набуття і здійснення цивільних прав та обов'язків, а також на відповідних нормах закону. Крім того, елементом юридичного складу представництва батьків виступають ще так звані «негативні» юридичні факти, тобто

відсутність певних обставин, які могли б стати перешкодою для виникнення цих правовідносин (відсутність фактів позбавлення батьків батьківських прав (пункт 3 ч. 1 ст. 212 СК України), усиновлення дитини іншою особою (ч. 1 ст. 232 СК України)).

Наступною характерною рисою представництва за законом є виникнення відповідних повноважень у представників, незалежно від їхньої волі. Воля даних осіб може полягати у наданні згоди на призначення опікуном, волевиявленні у вигляді подачі до суду заяви про усиновлення, проте, безпосередньо представницькі повноваження виникають за наявності відповідних юридичних фактів автоматично. Втратити свої повноваження законні представники можуть тільки із втратою свого правового статусу батьків, опікунів, усиновлювачів.

Правовий статус батьків (усиновлювачів), крім норм розділу про представництво, регламентується також ст.ст. 31–32 ЦК України, розділом 14 СК України; правовий статус опікунів – розділом 6 ЦК, а опікунів над дітьми – розділом 19 СК України.

Частина 1 ст. 242 ЦК України називає батьків (усиновлювачів) законними представниками їхніх малолітніх та неповнолітніх дітей. Чинність рішення про усиновлення хоча і породжує згідно з ч. 4–5 ст. 232 СК України між усиновлювачем і усиновленою ним дитиною такі самі права та обов'язки, як між батьками і дітьми, проте, усиновлення стосується дитини, яка не походить від усиновлювача, а відтак, положення проте, що усиновлювач є представником своїх дітей, видається некоректним і має тлумачитись як повноваження усиновлювача щодо представництва інтересів усиновлюваного¹⁴⁷.

Обсяг представницьких повноважень батьків стосовно малолітніх та неповнолітніх дітей докорінно відрізняється. Якщо інтереси малолітніх батьки представляють у повному обсязі і вчиняють від їхнього імені і в їхніх інтересах усі правочини, крім дрібних побутових та тих, що спрямовані на здійснення особистих немайнових прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 31 ЦК України), то неповнолітні за ст. 32 ЦК України укладають переважну більшість правочинів від свого імені. Батьки неповнолітніх не укладають правочинів від імені своїх неповнолітніх дітей, а лише дають згоду на їхнє вчинення. Іншими словами, при здійсненні таких правочинів відсутня оз-

¹⁴⁷ Рябоконь Є. Загальна характеристика видів представництва за цивільним законодавством України. Нотаріат для вас. 2009. № 10. С. 30.

нака укладення правочинів однією стороною від імені другої сторони (ст. 237 ЦК України). Лише за окремих випадків, визначених законом, можна стверджувати про те, що батьки, усиновлювачі виступають законними представниками неповнолітніх. Так, відповідно до ч. 2 ст. 29 ЦПК України неповнолітні можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. В останньому випадку суд може залучити до участі у справі законного представника неповнолітньої особи.

Таким чином, поняття «законний представник» може застосовуватися до батьків, усиновлювачів неповнолітньої особи лише умовно. Така особа наділена низкою обов'язків та прав щодо виховання дитини, її утримання тощо, проте, не є представником у власному розумінні, тобто не укладає загалом від імені дитини правочинів. У даному випадку можна провести аналогію з піклувальниками, які призначаються неповнолітнім особам, позбавленим батьківського піклування.

Другим законним представником, згаданим у ст. 242 ЦК України, визнається опікун. Опіка встановлюється над малолітніми, позбавленими батьківського піклування і над особами, визнаними недієздатними (ст. 58 ЦК України). Опіка встановлюється судом або органом опіки та піклування (ст. 60 ЦК України). Опікуном може бути лише фізична особа з повною цивільною дієздатністю, що призначається переважно з осіб, які перебувають у сімейних, родинних відносинах з підопічним, з урахуванням особистих стосунків між ними, можливістю особи виконувати обов'язки опікуна чи піклувальника. Закон суворо регламентує представницьку діяльність опікунів шляхом встановлення вимог щодо одержання згоди органів опіки та піклування на вчинення правочинів, що зачіпають майнові права підопічних (ст. 71 ЦК України), так і шляхом встановлення цілковитих заборон на вчинення певних правочинів (ст. 68 ЦК України).

Повноваження представників за законом мають суворо особистий характер і не можуть бути предметом передоручення. Як визначено Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, нотаріус не приймає для посвідчення правочинів, що укладається від імені малолітньої дитини представником батьків (усиновлювачів) або одним з них (абзац сьомий пункту 40 Інструкції). Аналогічний висновок можна зробити і щодо неможливості передоручення власних

повноважень опікунами малолітніх та недієздатних. Позбавлені права доручати виконання своїх повноважень іншим особам стосовно надання згоди на укладення правочинів неповнолітніми та особами з обмеженою цивільною дієздатністю батьки усиновлювачі та піклувальники.

Відразу після введення воєнного стану, з метою захисту прав власності та інших речових прав громадян та юридичних осіб нашої держави, негайно був припинений доступ до Єдиних та Державних реєстрів, що дало можливість зберегти внесену до них інформацію, не допустити несанкціонований доступ, а також розробити нові правила їх використання в умовах, що склалися. Поступово робота деяких реєстрів відновилася, що давало змогу громадянам отримати доступ до таких нотаріальних дій, як оформлення довіреностей та заповітів, а також операцій з рухомих майном.

19 квітня 2022 року Міністерством юстиції України була прийнята Постанова № 480, на підставі якої відновлювалося функціонування Єдиних та Державних реєстрів в умовах воєнного стану. Постанова регламентувала порядок роботи реєстрів під час війни й вчинення нотаріальних дій щодо цінного майна нотаріусами; засвідчувала відновлення роботи реєстрів на територіях, де не ведуться бойові дії і які не входять до затвердженого Міністерством юстиції переліку адміністративно-територіальних одиниць, в межах яких припиняється доступ користувачів до єдиних та державних реєстрів в умовах воєнного стану; встановлювала ряд критеріїв, яким має відповідати нотаріус для відновлення своєї роботи; встановлювала перелік дій, які може вчиняти нотаріус; встановила мораторій на будь-які нотаріальні дії за зверненням громадян рф або юридичних осіб, у яких власником істотної частки чи кінцевим бенефіціаром є громадяни рф¹⁴⁸.

29 червня 2022 року набрала чинності постанова Кабінету Міністрів України від 24 червня 2022 р. № 719, якою внесено ряд змін щодо вчинення нотаріальних дій в умовах воєнного стану. Такі зміни є до речними та відповідають вимогам сьогодення¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Доступ до реєстрів та робота нотаріусів під час війни: що треба знати. URL: <https://prozorro.sale/news/dostup-do-reyestriv-ta-robota-notariusiv-pid-chas-vijni-shcho-treba-znati-poyasnyuyut-yuristi-prozorroprodazhi>

¹⁴⁹ Зміни щодо вчинення нотаріальних дій в умовах воєнного стану. Сайт Міністерства юстиції (інформація від 29.06.2022). URL: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/zmini-schodo-vchinnennya-notarialnih-diy-v-umovah-voennogo-stanu>

Зі змісту ч. 3 ст. 242 ЦК України випливає, що перелік законних представників, визначений цією статтею перелік випадків законного представництва (батьки, усиновлювачі щодо своїх малолітніх та неповнолітніх дітей та опікуни щодо малолітніх та недієздатних осіб) не є вичерпними і можуть бути доповнені законом. Так, згідно з ч. 4 ст. 256–2 СК України усиновлювачі є законними представниками всиновлених і діють без спеціальних на те повноважень. Відповідно до ч. 2 ст. 172 СК України повнолітні дочка, син мають право звернутися по захист прав та інтересів непрацездатних, немічних батьків як їхні законні представники, без спеціальних на те повноважень.

У воєнний час спостерігаємо, що на практиці виникають ситуації, коли діти, які виїхали за кордон без батьків та інших законних представників за програмою їх захисту під час воєнної агресії в Україні (зокрема, професійні спортсмени) знаходяться під опікою осіб, які їх приймають (це можуть бути окремі сім'ї, які беруть таких дітей в свою сім'ю і забезпечують їй нормальні умови проживання та догляду). Разом з тим, якщо з часом мати або батько такої дитини приїждять до дитини і хочуть виконувати свої представницькі функції щодо неї, то виникає колізія, адже такі самі представницькі функції щодо неї вже виконують інші особи.

Добровільне представництво, тобто таке що ґрунтується на договірі, істотно відрізняється від законного представництва. Добровільним є представництво, яке виникає як акт узгодженої волі довіреної особи та її представника. Тобто для того, щоб представник міг представляти інтереси іншої особи, повинна бути згода представника, тобто досягнення згоди між особами, одна з яких бере на себе обов'язок діяти від імені іншої.

Договірне (добровільне) представництво здійснюється дієздатною особою, яка звернулася за допомогою представника для укладання правочину на свій власний розсуд в силу обставин фактичного порядку¹⁵⁰.

Договірне представництво виникає на підставі договору чи акта органу юридичної особи. Найчастіше таким договором є договір доручення, хоча таке представництво можливе і на підставі інших договорів – договору транспортного експедирування, договору довічного утримання і ін.

¹⁵⁰ Цивільне право. Загальна частина; За ред. О. А. Підпригори, Д. В. Бобрової. К.: Вентури, 1995. 544 с.

Різновидом добровільного представництва є комерційне представництво. Відповідно до ст. 243 ЦК України комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері підприємницької діяльності.

Особливості інституту комерційного представництва зумовлюються наступним:

- предметом діяльності комерційного представника є представництво інтересів суб'єктів підприємницької діяльності при укладенні ними договорів, які опосередковують цю діяльність;
- комерційний представник здійснює свою діяльність на постійних засадах;
- комерційний представник провадить власну діяльність самостійно;
- на відміну від інших видів представницьких відносин, комерційне представництво дозволяє представникові виконувати свої повноваження щодо двох або кількох сторін одного і того самого правочину, якщо такі повноваження були йому надані на підставі домовленості сторін або за законом (ч. 2 ст. 243 ЦК України).

Враховуючи те, що комерційне представництво спрямоване на укладення договорів у підприємницькій сфері, представником може бути лише той суб'єкт, який володіє підприємницькою дієздатністю. Виходячи з того, що представник може бути наділений правом на вчинення лише того правочину, що може вчинити особа, яку представляють, остання також повинна мати статус суб'єкта підприємницької діяльності.

Відповідно до ст. 243 ЦК України комерційний представник може бути уповноважений не на вчинення, правочинів взагалі, як інші представники, а лише на укладення договорів. Таке обмеження видається не виправданим ні з теоретичної, ні з практичної точок зору, адже в підприємницьких відносинах представник зазвичай потребує більшого обсягу повноважень за інших представників. Відтак, комерційний представник може бути уповноважений не лише на укладення договорів, але й на вчинення правочинів взагалі, тобто на їхнє укладення, виконання, зміну та розірвання¹⁵¹.

¹⁵¹ Гражданский кодекс Украины: научно-практ. комент.; Под ред. Е. О. Харитонов. Х.: Одиссей, 2006. 1280 с.

Самостійність участі комерційного представника у підприємницьких відносинах не варто розглядати як позбавлення його права здійснювати передоручення. Останнє право комерційного представника може впливати як з підстави представництва, так і з відповідних норм закону (ст. 1005 ЦК України).

Правовідносини комерційного представництва можуть підтверджуватися письмовим договором між сторонами або довіреністю (ч. 3 ст. 243 ЦК України). Однак, слід звернути увагу на неоднакове юридичне значення договору і довіреності: якщо договір доручення або інший договір є безпосередньою підставою для виникнення комерційного представництва, то довіреність – це документ, що підтверджує повноваження комерційного представника перед третіми особами. Отже, в будь-якому випадку в основі виникнення комерційного представництва, як і інших представницьких відносин взагалі, лежить домовленість між сторонами, тобто договір, а не довіреність.

Як свідчить ч. 4 ст. 243 ЦК України, закон може передбачати можливість врегулювання особливостей комерційного представництва в окремих сферах підприємницької діяльності. Відсутність спеціального закону з цього питання не заважає сформулювати перелік особливостей правового статусу комерційного представника (який впливає з аналізу норм глави 68 ЦК України про договір доручення, а також шляхом їх співставлення з нормами ст. 243 ЦК України). Перерахуємо їх:

1) комерційний представник може здійснювати свою діяльність на підставі договору або довіреності (на відміну від загального правила, вміщеного у ч. 1 ст. 1007 ЦК України, відповідно до якої довіритель зобов'язаний видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, передбачених договором доручення);

2) за умови відмови повіреного діяти (коли він є комерційним представником) у довірителя виникає право на відшкодування збитків (на відміну від загального правила, визначеного. 3 ст. 1009 ЦК України), аналогічні обов'язки щодо відшкодування збитків встановлені у разі відмови довірителя, якщо повірений є комерційним представником (ч. 2 ст. 1009 ЦК України);

3) законом встановлені особливі правила відмови від договору доручення за участі комерційного представника, зокрема абзац перший ч. 3 ст. 1008 ЦК України передбачає, що у такому випадку будь-яка зі сторін зберігає можливість відмови від договору, однак, зобов'яза-

на попередити другу сторону про відмову від договору, принаймні, за один місяць до його припинення, якщо договором не встановлений триваліший строк;

4) припинення юридичної особи, яка є комерційним представником, тягне за собою припинення договору доручення лише у разі відмови довірителя (абзац другий ч. 3 ст. 1008 ЦК України), натомість припинення юридичних осіб – повірених, що не мають статусу комерційних представників (аналізу ч. 2 ст. 1010 ЦК України) припиняє договір доручення автоматично.

Довіреність: поняття, види, форма

Законодавець визначає довіреність як письмовий документ, який видається однією особою іншій особі для представництва перед третіми особами (ст. 244 ЦК України). Довіреність на вчинення правочину представником може бути надана особою, яку представляють (довірителем), безпосередньо третій особі. Довіреністю є односторонній правочин, що визначає межі повноважень представника, який діє на підставі довіреності, створює права та обов'язки безпосередньо для довірителя.

З визначення довіреності, як письмового документу, що видається однією особою іншій особі для представництва перед третіми особами, слідує низка вимог до довіреності:

- вона може бути вчинена лише у письмовій формі,
- як кожен документ, вона має містити необхідні реквізити: вказівку на суб'єкти, місце, дату видачі тощо,
- у довіреності має бути зазначений обсяг повноважень, наданий представникові особою, яку представляють.

Представництво за довіреністю може ґрунтуватися на акті органу юридичної особи. У цьому випадку такий акт має бути оформлений належним чином (підписаний керівником, завірений печаткою юридичної особи тощо).

У залежності від обсягу повноважень, що надаються повіреному особою, котру він представляє, розрізняють два види довіреності:

- загальна довіреність;
- спеціальна (у тому числі разова) довіреність.

Загальна (генеральна) довіреність уповноважує представника на здійснення правочинів та інших юридичних дій різного характеру.

Спеціальна довіреність надає повноваження на здійснення юридичних дій або правочинів певного типу. Якщо особа, яку представляють, уповноважує на здійснення якого-небудь одного правочину або юридичної дії, то спеціальна довіреність у цьому випадку буде називатися разовою довіреністю. Така довіреність може видаватися, наприклад, юристам для захисту інтересів організацій у суді тощо.

Довіреність призначається для третіх осіб, які з її тексту узнають, якими повноваженнями наділений представник. Для самого повіреного довіреність ніяких самостійних прав на майно, яке отримане для здійснення угоди, не породжує.

Основні правила видачі довіреності викладені у Законі України «Про нотаріат».

Юридична сила довіреності не залежить від отримання згоди на її видачу з боку представника, оскільки повноваження виникає незалежно від згоди останнього. Інша річ, що здійснення цього повноваження залежить від представника, бо він сам вирішує, чи використати довіреність для здійснення діяльності на користь іншої особи (довірителя), чи відмовитися від неї.

Форма довіреності повинна відповідати формі, в якій відповідно до закону має вчинятися правочин (ч. 1 ст. 245 ЦК України). Але, у кожному разі, довіреність має письмову форму (простою письмовою або письмовою нотаріальною). Нотаріальне посвідчення довіреності потрібне, зокрема, на здійснення правочинів, нотаріальна форма для яких обов'язкова (наприклад, правочини купівлі або продажу жилих будинків)¹⁵².

Нотаріальна форма довіреності вимагається в наступних випадках:

- якщо правочин, що має вчинити повірений, вимагає нотаріальної форми. При цьому якщо повірений уповноважений на вчинення кількох правочинів, з яких тільки один має бути посвідчений нотаріально, довіреність також має бути вчинена у нотаріальній формі;
- якщо довіреність видана в порядку передоручення (ч. 2 ст. 245 ЦК України), крім випадків посвідчення довіреності на одержання заробітної плати, стипендії, пенсії, аліментів, інших платежів та поштової

¹⁵² Харитонов Е. О., Старцев А. В., Харитонов Е. И. Гражданское право Украины. Х.: Одиссей, 2007. 920 с.

кореспонденції (поштових переказів, посилок тощо), коли довіреність може бути посвідчена посадовою особою організації, в якій довіритель працює, навчається, перебуває на стаціонарному лікуванні, або за місцем його проживання.

Частина 3 ст. 245 ЦК України передбачає спеціальні випадки, коли довіреність, посвідчена спеціально уповноваженими на це органами, привірюється до нотаріально засвідчених.

Довіреності, які видаються юридичними особами, крім тих, що видаються в порядку передоручення (ч. 2 ст. 245 ЦК України), не потребують нотаріальної форми. Довіреність від імені юридичної особи видається за підписом її керівника і завіряється печаткою цієї організації (ст. 246 ЦК України).

В умовах воєнного часу робота нотаріусів зазнала змін та уточнень, які були необхідні аби забезпечити захист прав та інтересів учасників цивільних відносин. Зокрема, спочатку був закритий доступ до державних реєстрів; з часом частина реєстрів стала доступною нотаріусам для здійснення їх повноважень, однак діяльність нотаріусів, робоче місце яких знаходиться в межах території, де припинено доступ користувачів до єдиних та державних реєстрів в умовах воєнного стану, забороняється.

Разом з тим, в умовах воєнного стану не завжди є можливість звернутися до нотаріуса, а тому законодавець окреслив коло осіб, які можуть замінити нотаріуса та вчиняти певні нотаріальні дії. Так, в умовах воєнного стану довіреності (крім довіреностей на право розпорядження нерухомим майном, управління і розпорядження цінними паперами, корпоративними правами) та заповіти військовослужбовців, а також працівників правоохоронних (спеціальних) органів, органів цивільного захисту, які залучаються до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки та оборони, можуть посвідчуватися командиром (начальником) цих формувань (органів) або іншою уповноваженою таким командиром (начальником) особою. Такі заповіти і довіреності надсилаються через Генеральний штаб Збройних Сил, Міністерство оборони, відповідний правоохоронний (спеціальний) або інший орган до Міністерства юстиції або його територіального органу для забезпечення їх реєстрації нотаріусами в Єдиному реєстрі довіреностей, Спадковому реєстрі. Протягом п'яти днів дані документи передаються Міністерству юстиції або його територіальному органу, які, в свою чергу, передають

їх нотаріусу для подальшої реєстрації у Єдиному реєстрі довіреностей або Спадковому реєстрі. Крім того, у сільських населених пунктах нотаріальні дії, передбачені ст. 37 Закону України «Про нотаріат», вчиняються уповноваженими на це посадовими особами органів місцевого самоврядування, а відповідно до ст. 40 Закону України «Про нотаріат» посвідчення заповітів і довіреностей, прирівняних до нотаріальних здійснюють головні лікарі, їх заступники з медичної частини, чергові лікарі лікарень, госпіталів, інших стаціонарних закладів охорони здоров'я, а також начальники госпіталів, директори або головні лікарі будинків для осіб похилого віку та осіб з інвалідністю, капітани морських, річкових суден, що ходять під прапором України, начальники установ виконання покарань¹⁵³.

Строк дії довіреності, який встановлюється у ній, за загальним правилом, не може перевищувати трьох років. Якщо термін дії у довіреності не вказаний, вона зберігає силу аж до її припинення (ст. 247, 248 ЦК України).

Проте існує спеціальне обмеження строку дії довіреності, виданої в порядку передоручення: вона не може діяти довше, ніж основна довіреність, на підставі якої видана довіреність про передоручення.

Для того, щоб відлік терміну дії довіреності був можливим, у кожній довіреності обов'язково має бути вказана дата її видачі. Недотримання цієї вимоги закону спричиняє за собою недійсність довіреності, як документу, що підтверджує повноваження представника. Тобто, вона не має правового значення ні для сторін відносин добровільного представництва, ні для третьої особи.

Припинення представництва за довіреністю

Підстави припинення довіреності визначені ч. 1 ст. 248 ЦК України. Серед таких фактів закон називає:

- сплив строку дії довіреності. Довіреність у переважній більшості випадків носить строковий характер і в такому випадку автоматично втрачає свою чинність зі спливом термін її дії. Можливість подовження терміну дії довіреності законом не заборонена і має бути визначена безпосередньо у довіреності;

¹⁵³ Довіреності та заповіти – особливості їх посвідчення в умовах воєнного стану.
URL: <http://kolomak-rada.gov.ua/2022/07/11/dovirenosti-ta-zapovity-osoblyvosti-yih-posvidchennya-v-umovah-voyennogo-stanu/>

- скасування довіреності особою, яка її видала;
- відмова представника від вчинення дій, окреслених довіреністю. Оскільки довіреність засновується на особисто-довірчих відносинах між довірительом і повіреним, вона припиняється як внаслідок скасування її довірительом, так і внаслідок відмови представника від виконання своїх повноважень. Скасувавши довіреність, особа, яку представляють, зобов'язана негайно повідомити про це представника, а також відомих їй третіх осіб, для представництва перед якими була видана довіреність (ч. 2 ст. 249 ЦК України). Скасування довіреності і відмова від вчинення дій повіреним є односторонніми правочинами і можуть бути здійснені суб'єктами в будь-який час на власний розсуд. Водночас, у передбачених законом випадках зазначені дії можуть потягти появу у суб'єктів обов'язків щодо відшкодування збитків, інших витрат довірительові або повіреному, а при оплатному і характері представницьких відносин – також появу у довірителя обов'язку сплатити повіреному винагороду (ст. 1009 ЦК України);

- припинення юридичної особи, яка видала довіреність;
- припинення юридичної особи, якій видана довіреність.

Зокрема, ч. 2 ст. 104 ЦК України передбачено, що юридична особа є такою, що припинилася, з дня внесення до Єдиного державного реєстру запису про її припинення. Довіреність припиняється незалежно від форми припинення юридичної особи (ліквідації, реорганізації). Водночас слід звернути увагу на те, що положення закону про договір доручення, на якому може ґрунтуватися довіреність, свідчать про те, що при припиненні юридичної особи-комерційного представника довіритель має право відмовитися від договору (ч. 3 ст. 1008 ЦК України). Про автоматичне припинення договору доручення у зв'язку з припиненням юридичної особи у даній нормі, на відміну від загального правила, що випливає зі змісту ч. 2 ст. 1010 ЦК України, не йдеться. Отже, у разі реорганізації юридичної особи-повіреного і переходу її прав та обов'язків до нової комерційної юридичної особи договір доручення продовжує бути чинним і припиняється лише у разі відмови довірителя. Оскільки договір доручення в цьому разі продовжує свою дію, повноваження представника є дійсними за правонаступництвом, проте, для належного представництва перед третіми особами сторонам необхідно оформити нову довіреність із зазначенням відомостей про нового представника. Іншими словами, у випадку продовження дії договору доручення права та обов'язки між його сторонами залишаються не-

змінними, в той час як довіреність, виконуючи функцію підтвердження повноважень представника перед третіми особами, припиняється і, відтак, підлягає переоформленню;

- смерть особи, яка видала довіреність, оголошення її померлою, визнання її недієздатною або безвісно відсутньою, обмеження її цивільної дієздатності;

- смерть особи, якій видана довіреність, оголошення її померлою, визнання її недієздатною або безвісно відсутньою, обмеження її цивільної дієздатності¹⁵⁴.

Винятком, що стосується випадку смерті довірителя, може бути ситуація, коли представник зберігає свої повноваження для здійснення дій, що є невідкладними або дій, невиконання яких може призвести для виникнення збитків.

Довіреність як односторонній правочин, дія якого залежить від укладача, може бути в будь-який час скасована довірителем. Виняток стосується безвідкличної довіреності, в якій довіритель вказує про своє зобов'язання утриматися від здійснення права на скасування довіреності (ч. 1 ст. 249 ЦК України). Законом може бути встановлено право особи видавати безвідкличні довіреності на певний час. Безвідклична довіреність з корпоративних прав видається відповідно до закону, що регулює діяльність відповідних господарських товариств.

Оскільки передурочення засновується на спершу виданій довіреності, то з припиненням дії останньої втрачає силу і передурочення.

Припинення дії довіреності тягне припинення повноважень представника. У зв'язку з цим у особи, яку представляють, і його правонаступників виникає низка обов'язків. Особа, що видала довіреність і згодом скасувала її, зобов'язана сповістити про скасування особу, якій довіреність видана, а також відомих йому третіх осіб, для представництва перед якими була дана довіреність. Подібні дії повинні здійснити правонаступники (спадкоємці фізичної особи, яка померла, і правонаступники реорганізованої юридичної особи) у випадку: 1) припинення довіреності внаслідок припинення юридичної особи, від імені якої видана довіреність; 2) смерті фізичної особи, яка видала довіреність, визнання її недієздатною, обмежено дієздатною або безвісно відсутньою. Разом із тим, скасування довіреності має юридичне значення для

¹⁵⁴ Рябоконь Є. Загальна характеристика видів представництва за цивільним законодавством України. Нотаріат для вас. 2009. № 10. С. 33.

представника і третіх осіб лише в тому випадку, якщо вони були сповіщені про це.

Права і обов'язки по відношенню до третьої особи, що виникли внаслідок дій представника або його заступника до того, як вони дізналися або повинні були дізнатися про припинення довіреності, зберігають силу для особи, що видала довіреність і його правонаступників. Дане правило не застосовується, якщо третя особа виявилася несумлінною, знала або повинна була знати до здійснення або в момент здійснення угоди з представником, що дія довіреності припинилася.

Правовідносини представництва можуть бути припинені внаслідок відмови представника від вчинення дій, які були визначені довіреністю. Проте представник не може відмовитися від вчинення дій, які були визначені довіреністю, якщо ці дії були невідкладними або такими, що спрямовані на запобігання завданню збитків особі, яку він представляє, чи іншим особам (ч. 3 ст. 250 ЦК України).

Відмова від вчинення дій, які були передбачені у довіреності має юридичне значення для того, кого представляють і третіх осіб лише в тому випадку, якщо вони були сповіщені про це. Тому представник зобов'язаний негайно повідомити особу, яку він представляє, про відмову від вчинення дій, які були визначені довіреністю.

Частина 4 ст. 250 ЦК України передбачає санкції за порушення вимог, про дотримання порядку відмови представника від вчинення дій, які були визначені довіреністю. Зокрема, представник відповідає перед особою, яка видала довіреність, за завдані їй збитки у разі недодержання ним вимоги про негайно.

Нотаріальна палата зазначає, що посвідчені нотаріусами довіреності (у тому числі в порядку передоручення), а також припинення їх дії підлягають обов'язковій реєстрації в Єдиному реєстрі довіреностей. В умовах же воєнного стану, за відсутності доступу до Єдиного реєстру довіреностей, нотаріальне посвідчення здійснюється без використання Реєстру, але з подальшим внесенням до нього відповідних відомостей протягом 5 робочих днів з дня відновлення доступу. Задля встановлення єдиної нотаріальної практики Нотаріальна палата зверталася до Мін'юсту з проханням роз'яснити нюанси реєстрації довіреностей в умовах воєнного стану¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Гришанова Н. Реєстрація довіреностей в умовах воєнного стану: роз'яснення Мін'юсту. URL: https://jurliga.ligazakon.net/news/212014_restratsyadovrenostey-v-umovakh-vonnogo-stanu-rozysnennya-mnyustu#:~:

Великого значення під час введення воєнного стану та масового вивезення дітей за кордон набуло оперативне отримання довіреності, яка б давала можливість вивезти дитину, що фактично свідчить про представлення особою, яка отримала дану довіреність, інтересів даної дитини. Для спрощення процедури вивезення дій за кордон під час повномасштабного вторгнення агресора на територію України законодавець передбачив, що в умовах воєнного стану дитина може перетинати кордон у супроводі одного з батьків без нотаріальної згоди другого, діда чи баби, повнолітніх сестри чи брата, вітчима/мачухи при наявності документа, який підтверджує родинні зв'язки. Отже, довіреність необхідна лише за умови, якщо дитина виїздить з кимось іншим (не з наведеного) переліку. Така довіреність (письмова згода) має бути надана від когось одного з батьків та має бути засвідчена в органах опіки і піклування або нотаріально.

Самостійний виїзд дитини за кордон (без супроводу і письмової згоди батьків) наш законодавець дозволяє з 16 років. Однак, враховуючи різні вимоги з даного приводу в різних країнах, наслідком такого виїзду можуть стати деякі обмеження дитини до приїзду законних представників (батько, мати або інша людина, яка уповноважена ними нотаріально).

Також є практика вивезення дітей за кордон групами (в дитячі табори тощо), які хоч і виїзять з вихователями, однак в переліку документів, які подаються для організації такого виїзду, обов'язково має бути заява батьків на виїзд дитини за кордон, завірена службою у справах дітей (може здійснюватися без нотаріально посвідченої згоди другого з батьків); погодження службою у справах дітей згоди законних представників кожної дитини на її виїзд за кордон на оздоровлення та відпочинок відповідно до переліку категорій дітей, визначених Правилами перетинання державного кордону громадянами України.

Отже, інститут представництва в умовах воєнного стану має важливе значення та стоїть на сторожі захисту прав та інтересів осіб, які цього потребують.

text=%D0%92%20%D1%83%D0%BC%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%85%20%D0%B2%D0%BE%D1%94%D0%BD%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D0%BE%20%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D1%83%2C%20%D0%B7%D0%B0.%D0%B4%D0%BD%D1%96%D0%B2%20%D0%B7%20%D0%B4%D0%BD%D1%8F%20%D0%B2%D1%96%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F%20%D0%B4%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%83%D0%BF%D1%83.

Розділ 5

ПІКЛУВАННЯ ПРО ІНТЕРЕСИ ДІТЕЙ ТА ЗАХИСТ ТАКИХ ІНТЕРЕСІВ

Для побудови правової держави необхідним є наділення громадян широким комплексом прав і свобод, фундаментом перспективи яких є обсяг прав та свобод дитини – системи можливостей для цілісного розвитку дитини в умовах середовища, враховуючи незрілість дитини (за міжнародно-правовими актами зрілою визнається людина, яка досягла 18-ти років).

Відповідно до законодавства України охорона дитинства в нашій державі визнається загальнонаціональним пріоритетом і здійснюється з метою забезпечення реалізації прав дитини на життя, охорону здоров'я, освіту, соціальний захист та всебічний розвиток.

В умовах ведення воєнних дій з країною-агресором, введення воєнного стану особливої актуальності набувають належна охорона і захист інтересів дітей, адже дитинство є найважливішим періодом в житті людини. Саме в дитинстві відбувається формування людини фізично, психічно, інтелектуально, набуваються всі необхідні знання, вміння і навички.

Підписання Україною Конвенції про права дитини означає визнання пріоритетності сімейних форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, над поширеною тривалий час практикою передачі дітей на виховання до державних установ. Однак нині питання щодо захисту прав та інтересів дитини стоїть ширше, адже в умовах активних воєнних дій потребують захисту не лише діти-сироти й діти, позбавлені батьківського піклування, але й діти, які в мирний час мали батьків і не потребували такого захисту.

Інтерес дитини як предмет захисту

Дитина є самостійним суб'єктом належних їй особистих і майнових прав, що відповідає положенням Конвенції про права дитини та прийнятим на себе Україною зобов'язанням забезпечити захист прав та інтересів дітей.

Права дітей відображені у великій кількості українських законодавчих та інших нормативно-правових актах. Однак, незважаючи на при-

ведення законодавства України у відповідність з нормами міжнародного права, на практиці виникає ще чимало питань щодо захисту прав та інтересів дітей.

Зокрема, ст. 18 СК України передбачає можливість кожного учасника сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років, безпосередньо звернутися до суду за захистом свого права або інтересу. Отже, суд зобов'язаний надати можливість дитині виступити в судовому засіданні, якщо вона цього бажає, про що може заявити сама дитина, її представник, представник органу опіки та піклування, адміністрація за місцем навчання чи перебування дитини, представники громадськості.

Розглянемо поняття «інтересу» більш детально, адже саме інтереси дитини мають бути визначальним при розгляді справ та винесенні судових рішень.

Термін «інтерес» (від лат. *interesse* – мати значення, важливо) в словнику визначається, як ставлення особи до предмета як до чогось для неї цінного, привабливого. Зміст і характер інтересу пов'язані як з будовою і динамікою мотивів і потреб людини, так і з характером форм і засобів освоєння дійсності, якими вона володіє¹⁵⁶.

В науковій літературі представлені наступні концепції інтересу:

1) суб'єктивна концепція, представники якої вважають інтерес категорією суб'єктивною, він розуміється як явище волі і свідомості та існує лише у внутрішньому світі, а шукати його поза свідомістю немає сенсу; отже, якщо немає усвідомлення інтересу суб'єктом, то немає сенсу говорити і про сам інтерес;

2) об'єктивна концепція визначає, що інтереси існують споконвічно в об'єктивній соціальній реальності поза та незалежно від усвідомлення їх суб'єктом; будучи усвідомленими, інтереси служать стимулом до дії; вони є об'єктивною категорією;

3) змішана концепція, за якою інтересом є діалектична категорія, в якій проявляються обидві охарактеризовані концепції. Суб'єктивна сторона інтересу полягає в психічній налаштованості суб'єкта інтересу за адресою якого-небудь об'єкта (явища), його спрямованості володіти тими чи іншими об'єктами навколишньої дійсності або пізнати об'єкти (явища) дійсності. Об'єктивна сторона інтересу полягає в певній незалежності, відособленості інтересу від його суб'єкта. Таким чином,

¹⁵⁶ Большой энциклопедический словарь. URL: <http://www.vedu.ru/bigencdic/24054/>

інтерес не лише отримує відображення в свідомості суб'єкта, а й існує як факт навколишньої дійсності¹⁵⁷.

У цьому зв'язку правильною видається позиція, де розрізняють інтерес як об'єктивні і суб'єктивні процеси усвідомлення і реалізації інтересу. В обґрунтування цієї позиції слушним видаються такі аргументи: 1) усвідомлення інтересу не додає до його змісту нічого нового, оскільки він визначається життєвими умовами, які оточують суб'єкт; 2) інтерес не породжується свідомістю, а існує в дійсності у формі зв'язку суб'єкта з оточуючими його умовами, що проявляється у вигляді суспільних відносин, змістом яких є потреба суб'єкта.

Таким чином, не сам інтерес являє собою єдність об'єктивного і суб'єктивного, а процес його реалізації. Саме в процесі усвідомлення інтересу та його реалізації суб'єктом проявляються, з одного боку, суб'єктивні моменти, що характеризують особисті якості людини: розумові здібності, освіту, культурний розвиток та інші ознаки; з іншого боку – об'єктивні умови її життя: суспільні відносини, соціальні цінності.

Відповідно до ч. 5 ст. 174 ЦПК України суд не приймає відмову позивача від позову, визнання позову відповідачем у справі, в якій особу представляє її законний представник, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє, що, в свою чергу, є забезпеченням прав та законних інтересів неповнолітніх і малолітніх у цивільному процесі. Аналогічне правило діє і щодо укладення мирової угоди (ч. 6 ст. 175 ЦПК України).

Як вірно зазначає Ю. Василик, ст.ст. 174, 175 ЦПК України взагалі не порушують питання аналізу судом правомірності визнання позову чи відмови позивача від нього, який керується власним розсудом стосовно відповідності таких дій інтересам неповнолітнього. У цьому аспекті цивільне процесуальне законодавство не враховує можливої участі неповнолітнього як сторони у справі, для якого (в разі неприйняття судом відмови від позову, його визнання чи мирової угоди та ухвалення рішення у справі) можуть настати негативні наслідки у вигляді неможливості повторного звернення до суду особисто або через представника

¹⁵⁷ Журило С. С. Категорія інтересу як предмет захисту дитини в судовому процесі. Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (19 травня 2017 р., м. Одеса). У 2х томах: Т. 2. Одеса, 2017. С. 664–665.

чи задоволення явно необґрунтованих вимог позивача. Так, на її думку, досі спірним залишається питання процесуального становища неповнолітніх у справах, коли позов подають із метою захисту їхніх прав іншими особами у випадках, передбачених сімейним законодавством (наприклад, про встановлення батьківства, стягнення аліментів, участь у вихованні дітей)¹⁵⁸.

Відзначимо, що жодних обмежень у реалізації процесуальних прав та обов'язків у неповнолітнього в цивільній справі, де предметом є матеріальні відносини, в які він може вступати самостійно, немає. Навіть те, що суд може в таку справу залучити законного представника, відповідно до ч. 2 ст. 29 ЦПК України, ситуації не змінює, адже позиція законного представника не буде переважаною порівняно з думкою неповнолітнього. Потрібно зауважити, що це стосується лише випадків, коли неповнолітні реалізують цивільні процесуальні права та виконують свої обов'язки в суді у справах, що виникають із відносин, у яких вони особисто беруть участь.

З урахуванням сказаного інтерес можна визначити як об'єктивну категорію, що представляє собою умови благополуччя суб'єкта, в нашому дослідженні – дитини.

Захист прав та інтересів дитини в умовах адаптації законодавства України до європейських «стандартів»

Важливу роль в цьому відіграє Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, яка є новим форматом відносин, спрямованим на створення поглибленої та всеосяжної зони вільної торгівлі Україна – ЄС і поступову інтеграцію України до внутрішнього ринку Євро-союзу. Імплементация положень європейського законодавства є вкрай важливою в контексті проведення реформ, оскільки положення угоди можуть та повинні слугувати основою для нової моделі соціально-економічного розвитку України.

Статтею 14 Угоди передбачено співробітництво у сфері юстиції, свободи та безпеки, яке повинно відбуватися на основі принципу поваги до прав людини та основоположних свобод. Статтею 24 Угоди передбачено правове співробітництво, а саме: сторони домовилися розвивати подальше судове співробітництво між Україною та ЄС

¹⁵⁸ Василик Ю. Участь малолітніх та неповнолітніх осіб як сторін у цивільному процесі. URL: <http://www.viche.info/journal/4107/>

у цивільних справах на основі відповідних багатосторонніх правових документів, зокрема конвенцій Гаазької конференції з міжнародного приватного права у сферах міжнародного правового співробітництва, судового процесу, а також захисту дітей.

Отже, приведення українського законодавства у відповідність до міжнародно-правових норм спричинило суттєві зміни в регулюванні прав дитини. Тобто Україна реалізує прийняті на себе зобов'язання щодо забезпечення захисту прав та інтересів дітей.

Відповідно до ст. 12 Конвенції про права дитини Держави-учасниці забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що торкаються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю. З цією метою дитині, зокрема, надається можливість бути заслуханою в ході будь-якого судового чи адміністративного розгляду, що торкається дитини, безпосередньо або через представника чи відповідний орган у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства.

Отже, діти є носіями певних цивільних прав та обов'язків і потребують відповідного правового захисту, можливості визнання або оспорування своїх прав, що, в свою чергу, породжує цивільні процесуальні правовідносини, питання стосовно участі таких осіб у цивільному процесі тощо.

У преамбулі Конвенції про права дитини, проголошеної Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1989 року та ратифікованої Верховною Радою України 27 лютого 1991 року зазначається, що «дитина внаслідок її фізичної і розумової незрілості потребує спеціальної охорони і піклування, включаючи й належний правовий захист». Принцип 8 Декларації прав дитини проголошує: «Дитина повинна за всіх обставин бути серед тих, хто першими одержують захист і допомогу».

Зі змісту норм Конвенції ООН «Про права дитини» можна дійти висновку, що діти виступають повноправними суб'єктами права. На підтвердження цього положення українське законодавство, а саме Сімейний кодекс України, розглядає дитину як самостійного учасника правовідносин. Законодавство визначає, що неповнолітні й малолітні особи наділені комплексом цивільних прав, серед яких є і майнові, і особисті немайнові. Для їх забезпечення слід наділити дітей також відповідними процесуальними правами.

Передумови участі неповнолітніх і малолітніх у цивільному процесі закладено ст. 129 Конституції України, де зазначено, що основними принципами судочинства є рівність усіх учасників перед законом і судом; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів та в доведенні перед судом їх переконливості тощо. Очевидно, що Конституція в цій частині не зазначає обмежень щодо неповнолітніх.

Досліджуючи питання ролі дітей у цивільних процесуальних відносинах варто зазначити, що законодавець залишив у ЦПК України поділ дітей на малолітніх та неповнолітніх осіб, іноді ототожнюючи дані категорії однією назвою. Однак, згідно міжнародного законодавства, а саме: «конституції прав дитини» – Конвенції ООН «Про права дитини», не проводиться розмежування дітей на малолітніх, неповнолітніх, назва «неповнолітні» взагалі не використовується, а визначено їх однією назвою – діти (дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше).

У свою чергу, з метою приведення національного законодавства до міжнародних вимог законодавець 07.02.2007 року прийняв Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо органів і служб у справах неповнолітніх та спеціальних установ для неповнолітніх», яким вніс зміни до Кримінально-процесуального кодексу України, Кодексу законів про працю України, Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінально-виконавчого кодексу України, Законі України «Про міліцію», Законі України «Про органи і служби у справах неповнолітніх та спеціальних установ для неповнолітніх» замінивши слово «неповнолітні» на «діти» та назви відповідних органів, де фігурувало слово «неповнолітні» на «діти». Зазначені зміни були необхідні та відповідали вимогам часу, на момент прийняття.

Сьогодні ж необхідно говорити про перехід питань щодо забезпечення прав та інтересів дітей «на новий рівень», адже в умовах воєнного стану, ведення активних бойових дій щодня виникає велика кількість загроз порушення інтересів дітей, неможливості забезпечення іноді навіть їх базових потреб.

Відповідно до діючого законодавства (як в мирний час, так і нині) всіх дітей можна поділити на тих хто знаходиться під батьківським піклуванням і хто його позбавлений (діти-сироти й діти, які позбавлені батьківського піклування). Забезпечення прав та інтересів дітей відбу-

вається, відповідно, батьками, опікунами або піклувальниками, в прийомних сім'ях та дитячих будинках сімейного типу. Зокрема, питання щодо забезпечення «найкращих інтересів дитини», захист майнових прав дитини, зокрема, захист права власності на певне майно. Саме тому передбачене нотаріальне посвідчення відповідних правочинів, необхідність отримання згоди в органах опіки та піклування тощо.

Безперечно, найкращим для дитини є проживання в сім'ї з люблячими батьками, які піклуються не лише про матеріальні питання, а й забезпечують «здорову» моральну атмосферу спілкування, мають здорову психіку тощо. Якщо ж дитина залишилася сиротою або ж її батьки позбавлені батьківських прав, законодавець передбачає можливість встановлення опіки або піклування над дитиною, усиновлення, знаходження у прийомних сім'ях та дитячих будинках сімейного типу.

Захист інтересів дитини при усиновленні

Загальним принципом, на якому ґрунтується весь інститут усиновлення, є найкраще забезпечення при усиновленні захисту інтересів дитини. Саме інтереси дитини мають бути визначальним критерієм оцінки осіб, які бажають бути усиновлювачами, під час винесення судами рішень про усиновлення, відміну усиновлення тощо. Аналіз правовідносин, які виникають в результаті усиновлення, дають змогу вести мову про можливість створення справжніх сімейних відносин між усиновлювачем та усиновленим.

Усиновлення є формою влаштування дитини шляхом юридичного «заміщення» її сім'ї іншою. Як специфічна правова конструкція, воно здійснює вплив практично на всі цивільно-правові відносини за участі усиновлювача чи усиновленого, у яких присутній особистісний елемент. Не є виключенням в цьому сенсі і спадкові правовідносини.

Усиновлення встановлює між усиновлювачем та усиновленим такі правовідносини, які існують між батьками та дітьми. Тобто, між особами, які до того не були пов'язані відносинами спорідненості, встановлюються такі відносини. Усиновлений стосовно усиновлювача, так само і усиновлювач стосовно усиновленого, набуває статусу родича за походженням в сімейних, цивільних, трудових, житлових відносинах тощо. Вказані наслідки настають незалежно від того, чи записані усиновлювачі в якості батьків дитини.

Усиновлення вважається здійсненим у день набрання чинності рішенням суду про усиновлення (ст. 225 СК України). Відповідно до ст. 233 СК України на підставі рішення суду про усиновлення в актовий запис про народження дитини або повнолітньої особи, складений органами державної реєстрації актів цивільного стану України, вносяться відповідні зміни і видається нове свідоцтво про народження з урахуванням цих змін.

Як відомо, сімейне законодавство передбачає можливість усиновлення зі збереженням правового зв'язку усиновленого з окремими його кровними родичами. Тобто правоприпиняючий характер усиновлення в таких випадках проявляється не повністю. Відповідно до ч. 2 ст. 232 СК України якщо після смерті одного з батьків дитини або розірвання шлюбу з особою, визаною судом недієздатною, другий з батьків дитини взяв повторний шлюб і його дружина, чоловік у повторному шлюбі бажають усиновити дитину, баба, дід дитини з боку того з батьків, хто помер або визнаний недієздатним, рідні брати, сестри дитини мають право подати до суду заяву про збереження між ними та дитиною, яку усиновлюють, правового зв'язку. Суд розглядає таку заяву одночасно із заявою про усиновлення і задовольняє її, якщо це відповідає інтересам дитини¹⁵⁹.

Що ж стосується особливостей спадкування усиновленими і усиновлювачами, то вони визначені ст. 1260 ЦК України, норми якої передбачають у разі спадкування за законом усиновлений та його нащадки, з одного боку, та усиновлювач і його родичі – з другого, прирівнюються до родичів за походженням. При цьому наголошується, що усиновлений та його нащадки не спадкують за законом після смерті батьків усиновленого, інших його родичів за походженням по висхідній лінії. Батьки усиновленого та інші його родичі за походженням по висхідній лінії не спадкують за законом після смерті усиновленого та його нащадків.

Також законодавством передбачено наступне: якщо за рішенням суду про усиновлення збережений правовий зв'язок між усиновленим та його бабою, дідом, братом та сестрою за походженням, то у разі смерті його баби, діда за походженням усиновлений має право на спадкування за правом представлення, а у разі смерті його брата, сестри за

¹⁵⁹ Печений О. Значення усиновлення для спадкування. Нотаріат для вас. 2012. № 4. С. 14.

походженням – має право на спадкування як спадкоємець другої черги. У разі смерті усиновленого його баба, дід, брат, сестра за походженням, з якими був збережений правовий зв'язок, спадкують на загальних підставах, тобто так само, як і без усиновлення¹⁶⁰.

Отже, усиновлення виступає в даному випадку як можливість забезпечення «умови благополуччя суб'єкта» (що виражається у забезпеченні дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування повноцінною сім'єю, оточення її любов'ю та турботою), тобто забезпечення інтересу як об'єктивної категорії.

Для захисту прав та інтересів усиновленого усиновлювачі наділяються всіма правами по вихованню, утриманню, освіті дитини, що дає змогу в повній мірі компенсувати дитині втрату батьківського піклування.

Судовий порядок усиновлення забезпечує інтереси дитини, адже судовому процесу передують велика кількість умов (отримання необхідних дозволів, перевірка матеріальних та житлових умов кандидата в усиновлювачі тощо).

Безстроковість відносин між усиновленим та усиновлювачем також сприяє забезпеченню інтересів дитини, стабільності в сім'ї тощо.

Отже, забезпечення інтересів дитини при усиновленні виражається в самій правовій сутності даного інституту (усиновлення), який представляє собою пріоритетну форму влаштування в сім'ю дітей-сиріт та дітей, які залишилися без піклування батьків, з метою їх виховання, утримання, навчання та захисту, а також набуття усиновлювачами батьківських прав та обов'язків, при якій між усиновлювачами та дитиною виникають правовідносини, подібні до правовідносин між батьками та дітьми.

У зв'язку з останніми подіями в Україні, а саме: введенням воєнного стану, евакуації дітей та сімей з дітьми в безпечні зони в межах України, а також за межі України – до інших держав, актуалізувались питання щодо усиновлення дітей. Кожна дитина, яка тимчасово або назавжди позбавлена сімейного оточення, має право на захист та на особливу допомогу з боку держави, в першу чергу, шляхом створення належних умов і можливостей для її усиновлення. Зокрема, активно

¹⁶⁰ Цивільний кодекс України: науково-практ. комент; за ред. Є.О. Харитонova, Н.Ю. Голубевої. [6-е вид., перероб. та доп.]. Х., 2010. С. 1181.

обговорюються питання щодо усиновлення громадянами України дітей, які також є громадяни України (внутрішнє усиновлення).

Регулювання процесу усиновлення в Україні відбувається за допомогою застосування низки нормативно-правових актів, серед основних: Конституція України, Сімейний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Цивільний кодекс України, Закони України «Про охорону дитинства», «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей», «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей» від 08.10.2008 р. № 905 (далі – Постанова КМУ № 905)¹⁶¹, «Про затвердження Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини» від 24.09.2008 р. № 866¹⁶² та інших нормативно-правових актів.

Варто зазначити, що відносно «новим» органом у сфері захисту прав дітей, в тому числі при їх усиновленні, є Національна соціальна сервісна служба України, яка визначена «як центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через Міністра соціальної політики і який реалізує державну політику у сфері соціального захисту населення, захисту прав дітей, здійснення державного контролю за дотриманням вимог законодавства під час надання соціальної підтримки та за дотриманням прав дітей»¹⁶³.

Однією з основних завдань Нацслужби є реалізація державної політики у сфері усиновлення та захисту прав дітей. Так, Нацслужба надає в установленому порядку громадянам України – кандидатам в усиновлювачі інформацію про дітей, які можуть бути усиновлені, а також направлення для знайомства з дитиною за місцем її проживання; вносить

¹⁶¹ Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей: постанова КМУ від 08.10.2008 № 95. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/905-2008-p>

¹⁶² Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини: постанова КМУ від 24.09.2008 № 866. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-p>

¹⁶³ Деякі питання Національної соціальної сервісної служби України: постанова КМУ від 26.08.2020 № 783. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/783-2020-p>

до системи централізованого обліку дані про дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, які можуть бути усиновлені.

Щодо внутрішнього усиновлення під час воєнного стану відповідний центральний орган виконавчої влади про введення обмежень не заявляв та публікував з цього приводу інформації, а тому робимо висновок, що внутрішнє усиновлення відбувається у звичайному порядку.

Зокрема, т.в.о. начальника служби у справах дітей О. Яцько зазначає, що в період воєнного стану процедура усиновлення відбувається на загальних підставах, з урахуванням вимог, які встановлені СК України та Порядком здійснення діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей й виділяє такі «моменти» процедури усиновлення:

1. усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи на правах сина чи доньки за здійсненням рішення суду;
2. усиновлення проводиться в найвищих інтересах дитини для забезпечення стабільних і гармонійних умов її життя і є пріоритетною формою влаштування дітей сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування;
3. усиновити можна дитину, яка перебуває на місцевому обліку в службі у справах дітей в районній, районній в м. Києві та Севастополі держадміністрації, виконавчого органу місцевої, районної в місті ради, а саме: діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, діти, батьки яких дали згоду на усиновлення;
4. під час розгляду питання про усиновлення органи опіки перевіряють велику кількість документів, для встановлення обставин з приводу батьків і самої дитини, з'ясовуючи, чи може він бути усиновлений;
5. також встановлюються наявність у дитини інших родичів, які мають переважне перед іншими право на її усиновлення або родичів, які можуть піклуватися про дитину та інші обставини;
6. в умові війни складність постановки на облік полягає у відсутності офіційних достовірних підтверджень такого сирітства і неможливості їх отримати. Діти можуть мати братів або сестер, які за загальним правилом не можуть бути розлучені при усиновленні. Відносно таких дітей є ще два правила, які не можна порушувати: усиновлення не може проводитися, якщо є надія на успішний розшук і возз'єднання сім'ї в кращих інтересах дитини; усиновлення неможливо, якщо ще не

пройшов розумний період (2 роки), протягом якого були зроблені всі можливі кроки для розшуку батьків або інших важливих членів сім'ї¹⁶⁴.

Тому важливо уникнути помилок та забезпечити найкращі інтереси кожної дитини, надавати допомогу дітям, які опинились без батьків, що не є можливим без звернення до спеціалістів, а саме, у служби у справах дітей. А позиція «негайного усиновлення» може бути розцінена як шахрайство. В даному буде мати місце порушення прав дітей, а в окремих випадках – додаткова травматизація дитини, торгівлі дітьми тощо¹⁶⁵.

Зазвичай усиновлення, якщо воно відбуваються особами, які перебувають у шлюбі, відбувається спільно подружжям. Однак, у зв'язку з воєнним станом в Україні та веденням бойових дій, значна кількість сімейних пар виїхала за кордон та постійно (чи тимчасово) там проживають. Але життя «не стоїть на місці», актуальність усиновлення залишається.

Згідно чинного законодавства усиновлення в Україні відбувається за особистої присутності усиновлювачів. Стаття 223 СК України чітко встановлює, що подання до суду заяви про усиновлення дитини через представника не допускається.

Тут виникає питання як бути подружжю, яке виїхало за кордон, якщо особиста їх присутність при усиновленні в Україні обов'язкова. А відповідно до інформації з офіційного сайту Державної прикордонної служби України, «у зв'язку із введенням в Україні воєнного стану, тимчасово, обмежено виїзд з України окремою категорією громадян. Зокрема, заборонено виїзд за межі України громадян України чоловічої статі віком від 18 до 60 років. Така норма діятиме на період правового режиму воєнного стану»¹⁶⁶. Тому в більшості чоловіків виникає острах приїхати до України на усиновлення та неможливості подальшого виїзду за кордон. Як тоді бути з усиновленням?

¹⁶⁴ Яцько О. Усиновлення дітей під час воєнного стану (27.06.2022). URL: <https://korostenska-rda.gov.ua/news/1656311540/>

¹⁶⁵ Бобрусь О. Усиновлення дітей в умовах воєнного стану: не підігруйте шахраям на емоціях (14.03.2022). URL: <https://vn.20minut.ua/Podii/usinovlennya-v-umovah-voennogo-stanu-ne-pidigruyte-shahrayam-yak-dopom-11538129.html>

¹⁶⁶ Щодо обмежень в перетині кордону на виїзд з України окремою категорією громадян (24.02.2022). URL: <https://dpsu.gov.ua/ua/news/shchodo-obmezhen-v-peretini-kordonu-na-viizd-z-ukraini-okremoyu-kategoriyu-gromadyan/>

Відповідь можливо знайти у діючому законодавстві, яке дозволяє здійснити усиновлення лише одним із подружжя. Стаття 220 СК України визначає, що на усиновлення дитини одним із подружжя потрібна письмова згода другого з подружжя, засвідчена нотаріально. Усиновлення дитини може бути проведене без згоди другого з подружжя, якщо він визнаний безвісно відсутнім, недієздатним, а також за наявності інших обставин, що мають істотне значення.

У відповідності до Постанови КМУ № 905 громадяни України, які бажають усиновити дитину, звертаються із заявою про взяття їх на облік кандидатів в усиновлювачі до служби у справах дітей подають разом з нею, окрім іншого, згоду другого з подружжя на усиновлення дитини (у разі усиновлення одним із подружжя), справжність підпису на якій засвідчено нотаріально. У разі коли один із подружжя не може особисто з'явитися до служби у справах дітей для написання заяви, його заяву, справжність підпису на якій засвідчено нотаріально, може подати дружина (чоловік).

У разі усиновлення дитини одним із подружжя висновок про стан здоров'я та довідка про наявність чи відсутність судимості подаються кожним із подружжя.

А якщо подружжя вирішило залишитися постійно проживати за кордоном, то в такому випадку передбачена інша процедура.

Відповідно до п. 33 Постанови КМУ № 905 громадяни України, які проживають за межами України, які бажають усиновити дитину, що проживає в Україні, подають вже до Нацсоцслужби, окрім іншого, нотаріально засвідчену письмову згоду другого з подружжя на усиновлення дитини із зазначенням причини усиновлення тільки одним із подружжя (у разі усиновлення дитини одним із подружжя). Також, цей процес регламентований Порядком та умовами прийому громадян України, які проживають за межами України, та іноземців, які бажають усиновити дитину в Україні, для подання ними справ, затвердженого наказом Міністерства соціальної політики України 17.11.2011 № 445¹⁶⁷.

Позицію можливості усиновлення дитини одним із батьків підтверджує і судова практика. Так рішенням Дніпровського районного суду м.

¹⁶⁷ Про порядок та умови прийому громадян України, які проживають за межами України, та іноземців, які бажають усиновити дитину в Україні, для подання ними справ: наказ Мінсоцполітики України від 17.11.2011 № 445. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1406-11>

Києва у від 26.10.2021р. по справі № 761/23754/21 заяву жінки (Заявник) про усиновлення (удочеріння) двох дівчат задоволено.

В судовому засіданні встановлено, що Заявник перебуває у зареєстрованому шлюбі з Івановим П., власних дітей вони не мають, але Заявник бажає усиновити вказаних двох дітей, в цьому вона отримала підтримку та розуміння від свого чоловіка, а також від своїх близьких та рідних.

Малолітні перебувають на обліку дітей, які можуть бути усиновлені у службі у справах дітей та сім'ї, біологічна мати надала нотаріально завірених згоди на усиновлення дітей. Актові записи про народження здійснені у відповідності до вимог ч. 1 ст. 135 СК України.

Чоловік Заявника – Іванов М. надав нотаріальну згоду на усиновлення дітей.

Суд дослідивши матеріали справи, задовольнив заяву Заявника частково. Ухвалив усиновити (удочерити) двох дівчат Заявником, та відмовив в задоволенні вимоги, щодо зазначення в актових записах про народження дітей як батька Іванова М., так як останній не є усиновлювачем¹⁶⁸.

Отже, усиновлення громадян України громадянами України відбувається за стандартною, не спрощеною процедурою, що має на меті захист прав та інтересів дітей. Враховуючи те, що процедура усиновлення передбачає досить велику перевірку документів, обставин щодо батьків дитини та й самої дитини, необхідність знаходження дитини на відповідному обліку тощо, – неможливо розпочати процедуру усиновлення дітей, які сиротіють у зв'язку з воєнними діями, адже такі діти не перебувають на обліку з усиновлення. Також необхідно зазначити, що в окремих регіонах, де відбуваються активні бойові дії, служби у справах дітей та суди тимчасово не здійснюють повною мірою своїх повноважень, що унеможливорює організацію процесу усиновлення із дотриманням всіх необхідних процедур¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Рішенням Дніпровського районного суду м. Києва у від 26.10.2021р. по справі № 761/23754/21 – електронний ресурс – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101385099>

¹⁶⁹ Усиновлення та тимчасове влаштування дитини в умовах воєнного стану (19.03.2022). URL: <https://everlegal.ua/usynovlennya-ta-tymchasove-vlashtuvannya-dytny-v-umovakh-voennogo-stanu>

Усиновлення іноземними громадянами

Національних усиновлень не достатньо для забезпечення всіх дітей, які цього потребують, сім'єю, наслідком чого є необхідність залучення іноземних громадян до усиновлення. Питання щодо правового статусу та захисту дитини регулюються низкою нормативно-правових актів, які базуються на загальних положеннях Конвенції про права дитини. На даний час основним документом у галузі усиновлення дітей іноземними громадянами є Європейська конвенція про усиновлення дітей, ратифікована Україною 15.02.2011 р.¹⁷⁰, яка пропонує державам оновлені принципи усиновлення та механізм співробітництва з метою забезпечення усиновлення з урахуванням найвищих інтересів дитини; передбачає порядок обміну інформацією між державами-учасницями з метою попередньої перевірки стосовно дитини або майбутніх усиновлювачів, причин виявленого бажання усиновити дитину, їхнього стану здоров'я та соціального середовища. Для цього держава призначає національний орган, якому направляються відповідні запити. Дана конвенція містить положення, що стосуються доцільності надання усиновлень дитині громадянства тієї держави, громадянами якої є усиновлювачі, допускає запровадження в державі випробувального терміну, який передусє усиновленню тощо.

Серед усиновлювачів – громадян України більшість складають особи, у яких немає жодної дитини, натомість іноземні кандидати в усиновлювачі (наприклад, канадці, шведи, американці) часто вже мають одного або кількох дітей.

Одним із мотивів усиновлення дитини може бути бажання заповнити порожнечу, що утворилася в житті з різних причин: померла або загинула власна дитина, власні діти виросли і живуть своїм життям, а сили і можливості для того, щоб виростити ще одну дитину є. На нашу думку, до таких випадків слід відноситися обережно, оскільки кандидати в усиновлювачі з даного мотивацією поспішають якнайшвидше заповнити утворену порожнечу, втамувати печаль і тугу за допомогою дитини-сироти. Поспішність призводить до того, що не оговтавшись після трагедії батьки, які прийняли чужу дитину, підсвідомо порівнюють її з рідною. Разом з тим, усиновлення не може служити

¹⁷⁰ Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута) від 27.11.2008 р. (ратифікована Україною 15.02.2011 р.). URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a17

засобом позбавлення від особистої невлаштованості дорослих, адже це буде впливати на атмосферу в сім'ї, взаємопорозуміння тощо. Тому доречним вважаємо дотримуватися «правила», аби кандидатам в усиновлювачі з даною мотивацією для прийняття зваженого, а не емоційного рішення про усиновлення дитини необхідно, щоб після трагедії пройшло не менше року. Це дозволить тверезо оцінити намір щодо усиновлення та буде корисним не лише майбутньому усиновленому, але й усиновлювачу.

На практиці при розгляді справ про усиновлення українських дітей іноземними громадянами судді стикаються з труднощами ознайомлення з нормами іноземного законодавства про усиновлення. Суд, органи опіки та піклування мають право звернутися в установленому порядку за необхідними роз'ясненнями і сприянням у відповідні компетентні органи України, наприклад, до Міністерства юстиції України. Однак воно не завжди володіє законодавством про усиновлення дітей тієї чи іншої держави. Разом з тим, це найбільш важлива ланка при усиновленні українських дітей іноземними громадянами.

Як показує практика, кандидати в усиновлювачі з власної ініціативи не надають інформацію про норми свого права, що стосується питань усиновлення. Тому вважаємо, що надання іноземними усиновлювачами витягів з норм іноземного права про усиновлення держави, чийм громадянином є усиновлювач має бути внесено до переліку обов'язкових документів, які надаються кандидатом в усиновлювачі при поданні заяви про усиновлення з метою захисту прав та інтересів усиновлюваних дітей – громадян України, зокрема, з метою виконання вимоги ч. 5 ст. 283 СК України, яка передбачає можливість усиновлення іноземними громадянами за умови забезпечення дитині прав в обсязі не меншому, ніж це встановлено законами України.

Отже, законодавець намагається максимально захистити права та інтереси дітей при усиновленні їх іноземними громадянами. Разом з тим, на практиці існує чимало проблем, пов'язаних з невідповідністю національного і іноземного законодавства, застосуванням Конвенцій та інших актів міжнародного права, які потребують негайного вирішення. Зокрема, це: укладання міжнародних договорів про усиновлення, ратифікація Гаазької конвенції, систематизація норм національного законодавства про усиновлення іноземними громадянами¹⁷¹.

¹⁷¹ Журило С.С. Захист прав та інтересів дітей при усиновленні. Часопис цивілістики. 2015. Вип. 18. С. 131–132 (130–133).

Із введенням воєнного стану спостерігаємо дещо іншу ситуацію. Якщо умови оформлення «внутрішнього» усиновлення є реальними (здійсненими), то з міжнародним усиновленням дещо інша ситуація.

Зокрема, свою позицію щодо усиновлення дітей-громадян України іноземцями в період дії воєнного стану висловило Міністерство соціальної політики України, в якій зазначила про неможливість в поточних умовах здійснення міждержавного усиновлення.

Відповідно до законодавства України для усиновлення дитини-громадянина України іноземцями потрібна згода Національної соціальної сервісної служби. Однак, на теперішній час Нацсоцслужба не розглядає справи та не видає згоди/дозволи на усиновлення дітей іноземцями, так як через активні бойові дії неможливо забезпечити якісну перевірку документів іноземних громадян, які виявили бажання усиновити дитину¹⁷². Отже, можна зробити висновок, що поки таке усиновлення поставлене «на паузу».

Забезпечення інтересів дитини способом встановлення опіки або піклування

Опікою та піклуванням є така система заходів, які спрямовані на забезпечення особистих і майнових прав та інтересів неповнолітніх дітей, а також повнолітніх осіб, які за віком чи станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати свої обов'язки. Зокрема, опіка/піклування встановлюється над дітьми-сиротами і дітьми, позбавленими батьківського піклування (до 14 років/ від 14 до 18 років відповідно), а також над повнолітньою особою, яка визнана у судовому порядку недієздатною через нездатність усвідомлювати значення своїх дій або керувати ними внаслідок хронічного стійкого психічного розладу¹⁷³.

Щодо встановлення опіки над малолітньою дитиною та піклування над неповнолітньою дитиною, судова процедура встановлення опіки чи піклування можлива лише у випадку, якщо підставою для встановлення опіки та піклування є справа у провадженні суду, в процесі розгляду

¹⁷² Міждержавне усиновлення в умовах воєнного стану – роз'яснення Мінсоцполітики. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/mizhderzhavne-usinovlennya-v-umovah-voynenogo-stanu-roz'iasnennya-minsopolitiki>

¹⁷³ Корбецький А. Встановлення опіки та піклування над неповнолітніми. URL: <https://ldn.org.ua/consultations/vstanovlennya-opiky-ta-pikluvannya-nad-nepovnolitnimy-roz-yasnyuje-yuryst/>

якої стало відомо про наявність дитини, яка залишилась без батьківського піклування. У таких випадках встановлення опіки чи піклування здійснюється у тому ж провадженні. У всіх інших випадках опіка та піклування встановлюються органами опіки та піклування. Підставою для припинення опіки є передача малолітньої дитини до компетенції органу, а саме органу опіки та піклування, який приймає відповідне рішення про припинення опіки, або суду.

Хоч опіка/піклування і покликані захищати права та інтереси підопічного, однак не породжують, подібно усиновленню, між дітьми і опікунами (піклувальниками), членами їх сімей відносин, аналогічних за своєю природою відносинам батьків і дітей.

Відповідно до ч. 3 статті 32 ЦК України опіка/піклування над дитиною встановлюються органом опіки та піклування, а також судом у випадках, передбачених ст.ст. 60–61 ЦК України. Так, ч. 3, 4 ст. 60 ЦК України передбачено, що суд встановлює опіку над малолітньою, піклування над неповнолітньою особою, якщо при розгляді справи буде встановлено, що вона позбавлена батьківського піклування. Суд також встановлює опіку над фізичною особою у разі визнання її недієздатною, встановлює піклування над фізичною особою у разі обмеження її цивільної дієздатності. Суд призначає опікуна/піклувальника за поданням органу опіки та піклування.

Враховуючи те, що діти-сироти, діти, покинуті своїми батьками, завжди відносилися до кола нужденних категорій громадян, до цих дітей з боку держави проявляється підвищена увага і турбота. У законодавстві офіційне визнання отримав термін «діти, позбавлені батьківського піклування». Про їх право на особливий захист, державну допомогу спеціально говориться в Конвенції про права дитини. На рівні національного ж законодавства України закріплена рівність дітей у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, покладається на державу.

Встановлення опіки над дітьми, які не досягли 14 років, і піклування над дітьми у віці від 14 до 18 років пояснюється різним обсягом їх цивільної дієздатності. Зокрема, особа яка не досягла 14річного віку, має часткову дієздатність та самостійно може здійснювати досить обмежене коло дій, які б мали юридичне значення. Малолітні особи не несуть відповідальності за заподіяну нею шкоду. Особи ж, які досягли

14річного віку однак не є повнолітніми, мають неповну цивільну дієздатність, обсяг якої набагато ширший за обсяг цивільної дієздатності малолітньої особи. Такий підхід є вірним та виправданим, однак дещо «застарілим», тобто таким що не відповідає реаліям сьогодення. Адже в умовах цифровізації слушною є пропозиція науковців, які пропонують дещо розширити категорії дітей та обсяги дієздатності для кожної з них (наприклад, поділ малолітніх на групи: від 0 до 6 років, від 6 до 10 років, від 10 до 14 років)¹⁷⁴.

Отже, інститут опіки та піклування спрямований на доповнення недостатньої або відсутньої цивільної дієздатності неповнолітніх і повнолітніх фізичних осіб. Водночас його завданням є охорона особистих немайнових і майнових прав та інтересів підопічних, турбота про створення їм належних побутових умов, здійснення догляду за ними і забезпечення їх лікування. Тому при призначенні особи опікуном або піклувальником дитини відповідно до ч. 2 ст. 244 СК України орган опіки та піклування повинен враховувати її особисті якості, здатність до виховання дитини, ставлення до неї, а також бажання самої дитини. Опікуном або піклувальником може бути лише фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Причому для цього потрібна її письмова заява (ст. 63 ЦК України).

У п. 3.1 Правил опіки та піклування, де закріплені аналогічні положення, зазначено, що переважне право серед кількох осіб, які бажають стати опікунами чи піклувальниками однієї й тієї самої дитини, надається її родичам незалежно від місця їх проживання, а також особам, у сім'ї яких проживає дитина на момент, коли виникають підстави для встановлення над нею опіки або піклування. Крім того, підкреслено, що бажання дитини щодо призначення їй опікуна або піклувальника має враховуватись при досягненні нею десяти років.

Відповідно до ст. 245 СК України, якщо дитина постійно проживає у дитячому закладі або закладі охорони здоров'я, функції опікуна та піклувальника щодо неї покладаються на адміністрацію цих закладів. Аналогічне положення щодо фізичних осіб, які перебувають у навчальному закладі, закладі охорони здоров'я або закладі соціального захисту населення і над якими не встановлено опіку чи піклування або не

¹⁷⁴ Тишук Н.О. Вчинення малолітніми та неповнолітніми особами правочинів в мережі Інтернет: дис. ... д-ра філос. 081 «Право». Одеса, 2021. 237 с.

призначено опікуна чи піклувальника, закріплене у ст. 66 ЦК України у п. 3.6 Правил опіки та піклування.

Опіка/піклування може припинятися внаслідок ряду об'єктивних причин, наприклад: досягнення підопічним віку 14/18 років відповідно (припинення відбувається автоматично); смерть підопічного; передача підопічного батькам або усиновлювачам; повернення батьків, які були визнані безвісно відсутніми, оголошені померлими, відбували покарання в місцях позбавлення волі, перебували під вартою на час слідства або з інших причин залишили дітей без батьківського піклування; у випадку скасування судом обмеження дієздатності осіб, які зловживали спиртними напоями або наркотичними засобами, а також, коли відпали причини, які викликали встановлення піклування над особами, які за станом здоров'я не могли самостійно захищати свої права; смерть опікуна/піклувальника; звільнення опікуна/піклувальника від їхніх повноважень відповідно до ст. 75 ЦК України за їхньою заявою або за ініціативою прокурора, органу опіки та піклування, заінтересованих осіб¹⁷⁵.

В умовах воєнного стану постраждали всі, однак найбільшого захисту потребують особи, які не можуть самі собі допомогти, це, зокрема, діти-сироти, діти, які позбавлені батьківського піклування, інші особи, які є підопічними або ж за станом свого здоров'я (як фізичного, так і психічного) потребують сторонньої допомоги.

Зокрема, шкода, завдана воєнними діями проти України призвела до складних життєвих обставин та ускладнила життя осіб з інвалідністю та дітей з інвалідністю в Україні. Адже практично всі бомбосховища та укриття є архітектурно недоступними для маломобільних груп населення, а також тому, що з міркувань безпеки у багатоповерхівках було відключено ліфти. Крім того, зазначена категорія громадян, як правило, не може без супроводу евакуюватися в більш безпечне місце чи виїхати за кордон, рятуючи своє життя¹⁷⁶. Тому вважаємо доцільним запроваджений в Україні з початком війни механізм регулювання питання можливості звільнення від мобілізації і виїзду закордон чоловіків, які мають на утриманні дітей з інвалідністю чи зайняті постійним догля-

¹⁷⁵ Цивільне право України: підручн. У 2 т. Т. 1; за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. Х., 2008. 832 с.

¹⁷⁶ Особливості здійснення опіки і піклування в умовах воєнного стану (23.03.2022). URL: <https://helsinki.org.ua/articles/osoblyvosti-zdiysnennia-opiky-i-pikluvannia-v-umovakh-voiennoho-stanu/>

дом за такими особами, які потребують догляду і піклування. Мається на увазі Закон України № 7140–І «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо звільнення від військової служби осіб з інвалідністю та осіб, які доглядають за такими особами з інвалідністю і тяжкохворими дітьми»¹⁷⁷. Даний Закон містить уточнення щодо звільнень від військової служби всіх осіб з інвалідністю (а не лише І–ІІ груп); звільнень від військової служби (строкової, під час особливого періоду та мобілізації) окремих категорій військовозобов'язаних, а також розширює перелік осіб, які звільняються від мобілізації.

Важливим також є питання супроводу окремих категорій осіб (інваліди І–ІІ груп; особи з інвалідністю, визнані судом недієздатними; особи з інвалідністю, обмежені судом у дієздатності) при перетині кордону. Зазначене питання також було уточнене в оновленому законодавстві.

Що ж стосується осіб (більшість з яких діти), які залишилися без батьківського піклування внаслідок ведення бойових дій, то піклуванням про їх права та інтереси можуть зайнятися як прийомні сім'ї чи дитячі будинки сімейного типу (на умовах тимчасового влаштування), так і родичі, які можуть пройти (відповідно до рішення уряду) спрощену процедуру влаштування дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування під опіку/піклування родичів.

Міністр соціальної політики Марина Лазебна зазначила, що «через бойові дії, терористичні обстріли російськими військами мирного населення та масову евакуацію збільшується кількість дітей, батьки яких загинули або про їхню долю та місце перебування нічого не відомою. Чинні нормативні акти не надавали можливості влаштовувати таких дітей до сімейних форм виховання. Більше того, процедура влаштування дітей під опіку або піклування родичів вимагає такого переліку документів, який в умовах воєнного стану практично нереально зібрати. При цьому для дітей, травмованих війною та втратою зв'язку з батьками, дуже важливо знаходитись в умовах, максимально наближених до сімейних»¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо звільнення від військової служби осіб з інвалідністю та осіб, які доглядають за такими особами з інвалідністю і тяжкохворими дітьми: Закон України від 15.03.2022 № 7140–І. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2122–20>

¹⁷⁸ В Україні тимчасово спростили процедуру оформлення опіки над дітьми, які залишилися без батьків (публікація від 23.03.2022). URL: <https://www.ukrinform.com>

Спрощений пакет документів для родичів, які бажають взяти дитину під опіку/піклування включає: заяву; копію паспорта; документи, що підтверджують сімейні, родинні зв'язки або інший зв'язок особи з дитиною (свідectво про хрещення або інший документ, виданий релігійною організацією); довідку від нарколога та психіатра про можливість виховання дитини, довідку або заяву опікуна щодо відсутності судимості. Під час воєнного стану також є не обов'язковим для кандидатів в опікуни та піклувальники проходження курсу навчання з виховання дітей, які залишились без батьківського піклування.

Забезпечення інтересів дитини при перебуванні у прийомних сім'ях (патронат) та дитячих будинках сімейного типу

СК України віддає пріоритет сімейному вихованню дітей. Діти, які залишились з різних причин без піклування батьків, можуть бути забезпечені правом на виховання в сім'ї не лише шляхом передачі їх на усиновлення, під опіку/піклування, а й наприклад, за допомогою використання інституту патронату.

Оскільки, як уже зазначалось раніше, можливості усиновити дитину в Україні зараз немає, залишається варіант тимчасового влаштування дитини у сім'ю. Для цього необхідно звернутися до Служби у справах дітей, а потім надати деякі документи.

Водночас, щоб допомогти дітям у воєнний час, UNICEF, Офіс президента та Міністерство соціальної політики України створили Telegram-бот під назвою «Дитина не сама». Там можна залишити свої контактні дані, якщо ви хочете тимчасово дати притулок дитині. Крім того, за допомогою цього бота можна повідомити про те, що втратили свою дитину, знайшли дитину без супроводу дорослих, або знаєте міжнародні організації, які готові прийняти у себе дітей з України¹⁷⁹.

Для забезпечення найкращих інтересів дитини в умовах воєнного стану запроваджено більш спрощену процедуру тимчасового влаштування дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування, у сімейні форми виховання – Уряд Постановою «Про внесення змін

[ua/rubric-society/3437884-v-ukraini-timcasovo-sprostiti-proceduru-oformlennia-opiki-nad-ditmi-aki-zalisilis-bez-batktiv.html](https://ua.rubric-society/3437884-v-ukraini-timcasovo-sprostiti-proceduru-oformlennia-opiki-nad-ditmi-aki-zalisilis-bez-batktiv.html)

¹⁷⁹ Ткачук Ю. Чому усиновлення дитини під час війни – не найкраща ідея. URL: <https://lifestyle.segodnya.ua/ua/lifestyle/nostress/pochemu-usynovlenie-rebenka-vo-vremya-voyny-ne-luchshaya-ideya-1609028.html>

до деяких постанов Кабінету Міністрів України щодо захисту прав дітей на період надзвичайного або воєнного стану» від 22 березня 2022 року № 349 передбачив особливості влаштування дітей, які залишилися без батьківського піклування¹⁸⁰.

Патронат над дитиною (сімейний патронат) – це комплексна послуга, яка передбачає тимчасовий догляд, виховання та реабілітацію дитини в сім'ї патронатного вихователя у період подолання дитиною, її батьками складних життєвих обставин та/або у період прийняття рішення щодо подальшої долі дитини (усиновлення, влаштування до прийомної сім'ї, дитячого будинку сімейного типу, під опіку тощо)¹⁸¹.

Поняття патронату вперше з'явилося в СК України, раніше в нормативних актах застосовувалися формули «приймна сім'я» та «дитячий будинок сімейного типу». Отже, крім всіх зазначених вище форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених сімейного виховання залишається ще одна – дитячий будинок сімейного типу¹⁸². Положенням про дитячий будинок сімейного типу врегульовані питання влаштування дітей до дитячого будинку сімейного типу, їх правовий статус, права та обов'язки батьків-вихователів, матеріальне забезпечення дитячого будинку сімейного типу. Метою створення дитячого будинку сімейного типу є подальше посилення державної допомоги дітям-сиротам і дітям, позбавлених батьківського піклування, забезпечення належних умов для виховання в сімейному оточенні дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування¹⁸³.

Порядок утворення і діяльності прийомної сім'ї, влаштування дітей до неї, права та обов'язки прийомних батьків, а також матеріальне забезпечення прийомної сім'ї регулюються Положенням про прийомну сім'ю. Метою утворення прийомної сім'ї є влаштування дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, у сім'ї для формування у родинному колі повноцінних особистостей; забезпечення належних умов для зростання в сімейному оточенні дітей-сиріт і дітей, позбавле-

¹⁸⁰ Усиновлення (удочеріння) дитини в умовах війни. URL: https://ua.prostopravo.com.ua/sim_ya/statti/usinovlennya_udocherinnya_ditini_v_umovah_viyni

¹⁸¹ Що таке патронат? URL: http://www.patronat.in.ua/1-shcho_take_patronat.html

¹⁸² Черновалюк Ю. Ю. Реалізація права на сім'ю шляхом створення дитячих будинків сімейного типу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2010. 20 с.

¹⁸³ Положенням про дитячий будинок сімейного типу: постанова КМУ від 01.06.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/564-2002-p>

них батьківського піклування, шляхом влаштування їх у сім'ї на виховання та спільне проживання¹⁸⁴.

Патронат істотно відрізняється від інших форм прийняття дітей на виховання. Від усиновлення – договірним і тимчасовим характером відносин; від опіки і піклування – віковими обмеженнями підопічних, порядком та способом оформлення відносин; від прийомної сім'ї та дитячого будинку сімейного типу – способом і порядком передачі дитини, а також кількістю вихованців. В основу відносин патронату над дітьми покладається договір про патронат, укладений між органами опіки та піклування і громадянином, який бере на виховання дитину¹⁸⁵.

Згідно зі ст. 252 СК України за договором про патронат орган опіки та піклування передає дитину, яка є сиротою або з інших причин позбавлена батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) до досягнення дитиною повноліття, за плату. В цій статті дуже важливою є вказівка на те, що прийняття дитини на виховання на умовах патронату можливе лише окремими громадянами, а не існуючими ще сьогодні дитячими будинками сімейного типу, що є близькими за структурою до закладів.

У науці існують різні підходи до визначення природи договору про патронат. Одні вважають, що цей договір є цивільно-правовим, інші розглядають його як договір сімейно-правовий, а дехто вважає, що договір про патронат містить в собі ознаки як цивільно-правового, так і сімейно-правового договору. Романюк У. В. схиляється до думки, що цей договір містить в собі ознаки як цивільно-правового, так і сімейно-правового договору¹⁸⁶.

В основі виникнення патронату над дітьми лежить фактичний склад, до якого входять: визнання дитини сиротою або такою, яка з інших причин позбавлена батьківського піклування, договір про патронат та передача дитини у сім'ю патронатного вихователя.

Дитина може бути передана у сім'ю патронатного вихователя лише після того, як вона на загальних підставах визнана сиротою або позбавленою батьківського піклування. Патронатному вихователю надається

¹⁸⁴ Положенням про прийомну сім'ю: постанова КМУ від 26.04.2002. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/565-2002-п>

¹⁸⁵ Шукаємо патронатних вихователів. URL: <https://m.facebook.com/PodilRDA/photos/a.809200512493321/4178076815605657/?type=3>

¹⁸⁶ Романюк У. В. Правова природа та зміст договору про патронат. Університетські наукові записки. 2018. № 66. С. 95–110.

можливість підібрати ту дитину, яку він бажає виховувати. Законодавство, на жаль, не вирішує питання щодо того, чи можна передавати під патронат дитину, у якої є рідні неповнолітні брати і сестри, які до цього моменту виховувалися разом. В даному випадку важливо враховувати, що хоч інститути усиновлення і патронат мають багато відмінностей, вони мають спільну мету, тому логічним би було аби неповнолітніх братів і сестер не роз'єднували при передачі їх під патронат (звичайно, можуть мати місце й об'єктивні причини, які не дають можливість передати вказаних вище осіб разом на сімейне виховання).

В умовах же воєнного часу виникла ситуація, коли у дітей померли, зникли безвісти тощо батьки, які в мирний час сумлінно виконували свої батьківські обов'язки. Отже, кількість дітей, які фактично залишилися без батьківського піклування, росте щодня. Також, враховуючи обмежені можливості оформлювати повні пакети документів для таких дітей, нереальністю виявлення точного місця знаходження і підтвердження факту смерті батьків тощо Міністерство соціальної політики прийняло рішення спростити деякі процедури. І це стосується не лише оформлення опіки/піклування родичами (про що зазначалося вище). Також було схвалено рішення, згідно з яким діти, які залишилися без піклування батьків, під час воєнного стану можуть бути влаштовані у прийомні сім'ї чи дитячі будинки сімейного типу на умовах тимчасового влаштування. І це є вірним рішенням, адже діти, які втратили зв'язок з батьками, є психологічно травмованими і потребують підтримки та захисту. Виходом є знаходження в умовах, максимально наближених до сімейних.

В контексті зазначеного Міністерством соціальної політики було напрацьовано рішення, яке дає можливість такій дитині перебувати під час воєнного стану на умовах тимчасового влаштування в прийомній сім'ї або дитячому будинку сімейного типу, що забезпечить найкращі інтереси дитини до того моменту, поки не буде достовірно з'ясовано, що саме сталося з її батьками¹⁸⁷.

Також законодавчо врегульовані питання щодо алгоритмів дій для організації соціального захисту дітей, батьки яких загинули (свідцтва

¹⁸⁷ В Україні тимчасово спростили процедуру оформлення опіки над дітьми, які залишилися без батьків (публікація від 23.03.2022). URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3437884-v-ukraini-timcasovo-sprostiti-proceduru-oformlenna-opiki-nad-ditmi-aki-zalisilis-bez-batkiv.html>

про смерть відсутні), та відсутні такі близькі родичі як бабуся, дід, повнолітні сестра, брат, мачуха, вітчим; дітей, батьки або близькі родичі яких не виходять на зв'язок або перебувають в місцях активних обстрілів, під завалами, поранені в лікарнях.

Служби у справах дітей мають вжити вичерпних заходів щодо тимчасового влаштування дітей у сім'ї родичів, знайомих та вже утворені сім'ї патронатних вихователів відповідно до пункту 31 Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини, затвердженого постановою Кабінету Міністрів від 24.09.2008 № 866 (тимчасове влаштування дітей).

Ухвалене рішення уряду надає додаткові можливості влаштування таких дітей в умовах воєнного стану, зокрема до прийомних сімей та дитячих будинків сімейного типу на умовах тимчасового влаштування в межах передбаченої граничної чисельності дітей у дитячому будинку сімейного типу¹⁸⁸.

Отже, якщо дитина опинилася під час війни в складних обставинах, вона потребує допомоги. Для цього, зокрема, створено спеціальний бот. З його допомогою можна сповістити про те, що ви хочете тимчасово прихистити дитину у своїй родині; повідомити про те, що:

- ваша дитина загубилася;
- ви виявили дитину без супроводу дорослих;
- ви працюєте з міжнародними організаціями, які готові прихистити українських дітей;
- у вас є інші питання з приводу дітей¹⁸⁹.

Враховуючи те, що захист інтересів дітей є відповідальною задачею, необхідно пам'ятати, що віддавати дитину будь-кому (навіть тимчасово) не можна. Тому важливою є вимога про те, що дитина може бути тимчасово влаштована виключно в сім'ю громадян України або іноземців, які на законних підставах перебувають на території України. Виїжджати за межі території України з дитиною, яка тимчасово

¹⁸⁸ В Україні тимчасово спростили процедуру оформлення опіки над дітьми, які залишились без батьків (публікація від 23.03.2022). URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3437884-v-ukraini-timcasovo-sprostili-proceduru-oformlenna-opiki-nad-ditmi-aki-zalisilis-bez-batkiv.html>

¹⁸⁹ Кущенко А. Чи можна усиновити дитину під час воєнного стану: юристи дали вичерпну відповідь. URL: <https://amp.donpatriot.news/en/chy-mozhna-usynovyty-dytynu-pid-chas-voiennoho-stanu-iurysty-daly-vycherpnu-vidpovid-2>

влаштована у вашу сім'ю, не можна (крім випадків, коли дитина – ваш брат, сестра, онук, онука, пасинок, падчерка)¹⁹⁰.

На жаль, існують випадки незаконного вивезення дітей з України. Так, 14.03.2022 р. Державна прикордонна служба України повідомила про те, що громадяни Китаю намагалися вивезти до Румунії двох немовлят без документів¹⁹¹.

Якщо особа хоче допомогти дитині, яка опинилася у важких умовах через війну, вона може тимчасово прихистити її у своїй родині. Для цього необхідно звернутися в службу з прав дітей за місцем перебування дорослого (який хоче прихистити дитину) або скористатися чат-ботом «Дитина не сама» (https://t.me/dytyna_ne_sama_bo). Фахівці з прав дітей дадуть детальні інструкції про подальші дії. Тимчасовий притулок для дитини не прирівнюється до її усиновлення і діє тільки на певний час. Як тільки буде можливість – дитина повернеться до батьків, інших родичів або в органи у справах дітей¹⁹².

Вивезення дітей за межі України

В контексті дослідження питання щодо піклування про інтереси дітей в умовах воєнного стану не можна залишити поза увагою масове вивезення дітей родичами чи іншими особами за кордон з метою захисту дітей від війни. Зокрема, глобально дітей поділяють на дві групи:

1) які досягли 16и років – можуть самостійно виїздити за межі України;

2) молодші 16и років – можуть перетинати кордон лише за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальників та в їхньому супроводі або в супроводі осіб, які уповноважені ними, крім випадків, передбачених законом; супровід може бути:

– одного з батьків – на підставі свідоцтва про народження дитини (без нотаріально посвідченої згоди другого з батьків);

¹⁹⁰ Усиновлення та тимчасове влаштування дитини в умовах воєнного стану. URL: <https://everlegal.ua/usynovlennya-ta-tymchasove-vlashtuvannya-dytyny-v-umovakh-voennogo-stanu>

¹⁹¹ Громадяни Китаю намагалися вивезти до Румунії двох немовлят без документів (14.03.2022). URL: <https://dpsu.gov.ua/ua/news/gromadyani-kitayu-namagalisyavivezti-do-rumunii-dvoh-nemovlyat-bez-dokumentiv/>

¹⁹² Куценко А. Чи можна усиновити дитину під час воєнного стану: юристи дали вичерпну відповідь. URL: <https://amp.donpatriot.news/en/chy-mozhna-usynovytydytnu-pid-chas-voiennoho-stanu-iurysty-daly-vycherpnu-vidpovid-2>

– інших родичів (баба, дід, повнолітні брат чи сестра, мачуха або вітчим) – на підставі свідоцтва про народження дитини та документа, який підтверджує наявність родинних зв'язків (без нотаріально посвідченої згоди);

– інших осіб, які не є родичами дитини – на підставі письмової заяви одного з батьків, завіреної органом опіки та піклування (або нотаріально посвідчена згода одного з батьків) та за наявності свідоцтва про народження дитини (за відсутності паспорта громадянина України) чи документа, що містить відомості про особу, на підставі яких державна прикордонна служба України дозволить перетин державного кордону.

Рішення щодо надання дозволу на виїзд за межі України особі чоловічої статі, що супроводжує дитину, яка не досягла 16-річного віку, приймається з урахуванням приналежності супроводжуючої особи до переліку категорій осіб, які звільнені від військової служби та мобілізації, за наявності у неї підтверджуючих документів¹⁹³.

Умови перетинання державного кордону громадянами України у період дії воєнного стану, в тому числі дітьми, дітьми з інвалідністю; дітьми, хворими на тяжкі захворювання; дітьми-сиротами, дітьми, позбавленими батьківського піклування визначено пунктами 21–25 відповідних Правил¹⁹⁴.

За умови виїзду за межі України дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, які не досягли 16-річного віку та проживають або зараховані до закладів різних типів, форми власності та підпорядкування на цілодобове перебування, має бути забезпечений супровід законного представника або іншої уповноваженої ним особи та повинні бути наявні такі документи:

– паспорта громадянина України або свідоцтва про народження дитини (за відсутності паспорта), або документів, що містять відомості про особу, на підставі яких державна прикордонна служба України дозволить перетин державного кордону;

– наказу директора закладу (або особи, яка його заміщує), де проживала дитина, про виїзд дітей за межі України;

¹⁹³ Виїзд дитини за кордон в умовах воєнного стану (21.06.2022). URL: <https://www.sumyjust.gov.ua/novini/vyyizd-dytyny-za-kordon-v-umovah-voyennogo-stanu/>

¹⁹⁴ Правила перетинання державного кордону громадянами України: постановою КМУ від 27.01.1995 № 57 (із змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/57-95-п>

- письмового погодження за підписом голови або заступника обласної військової адміністрації (засвідченого печаткою) про дозвіл на виїзд за межі України дітей, погодженого з Національною соціальною сервісною службою України;

- рішення органу опіки та піклування про влаштування дитини до сім'ї патронатного вихователя та письмового погодження за підписом голови або заступника обласної військової адміністрації (військово-цивільної) адміністрації (засвідченого печаткою) про дозвіл на виїзд за межі України такої сім'ї або дітей, які влаштовані в сім'ю патронатного вихователя, із зазначенням держави їх остаточного перебування;

- запрошення установ, організацій різних типів та форм власності, які уповноважені державою остаточного перебування дітей на здійснення заходів щодо прийому та супроводу дітей з інших країн¹⁹⁵.

Підсумовуючи викладене можна зазначити, що держава піклується про інтереси дітей в умовах воєнного стану на такому ж рівні, як і в мирний час. Про це свідчать, зокрема, такі фактори як спрощений порядок передачі дитини під опіку/піклування; «заборона» спрощеної процедури усиновлення; надання можливості дітям, які залишились без батьків під час воєнного стану, бути тимчасово влаштованими до сімей для виховання. Разом з тим, дані питання, а також питання виїзду за кордон та наступне повернення на Україну в умовах, які склалися, потребують постійної пильної уваги з боку міністерств та відомств, громадських та міжнародних організацій. Такі виклики потребують комплексного вирішення із залученням як державних органів, так і представників громадянського суспільства. Першим кроком на шляху їх вирішення стало створення Координаційного штабу з питань захисту прав дитини в умовах воєнного стану.

¹⁹⁵ Повернення дитини в Україну, яку було вивезено за кордон під час воєнного стану (22.06.2022). URL: <https://bratslav-rada.gov.ua/news/31289-povernennia-ditini-v-ukrayinu-iaku-bulo-vivezeno-za-kordon-pid-cas-vojennoho-stanu>

Розділ 6

МЕДІАЦІЯ

Дослідження медіації у сучасному суспільстві має підкреслену актуальністю через те, що вона є одним із шляхів зниження конфліктності у соціумі. Конфлікти супроводжують людей у будь – якій сфері їх діяльності, особливо – у період військових дій, коли люди зазнають значних емоційних переживань. Як наслідок, взаємодія людей, потенційно, формує умови виникнення конфліктних ситуацій. Вміння врегульовувати конфлікти мирним шляхом, на договірній основі є ознакою громадянського суспільства.

Медіація в системі позасудових способів захисту цивільних прав

На сьогоднішній день в Україні судовий розгляд та інші юрисдикційні механізми розгляду та вирішення цивільних справ є основними способами захисту порушених прав, свобод та законних інтересів. Однак не можна заперечувати, що в сучасних умовах становлення та динамічного розвитку громадянського суспільства вони найчастіше виявляються недостатньо ефективними. Учасники спірних правовідносин стають все більше зацікавлені у самостійному врегулюванні протиріч та знаходженні рішення, яке б задовольнило інтереси обох сторін. Такі потреби не знаходять повного задоволення в рамках судової процедури, що зумовлює необхідність наукового дослідження та практичного впровадження інших способів врегулювання правових спорів, зокрема, медіації.

До нещодавнього часу у світі були відомі тільки два позасудових способи врегулювання конфлікту: пред'явлення претензії та розгляд справи третейським судом. На сьогоднішній день найбільш обговорюваним самостійним способом позасудового врегулювання конфлікту є медіація. Такий спосіб врегулювання конфлікту, при якому третя нейтральна сторона сприяє тому, щоб конфліктуючі сторони могли знайти взаємоприйнятне конструктивне рішення існує вже давно. В різні часи таку форму називали по-різному: «посередництво», «клопотання», «пропозиція добрих послуг»¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Кисельова Т. С. Правове регулювання відносин із надання послуг медіації в зарубіжних країнах. Право України. 2011. № 11–12. С. 225–236.

Медіація – це одна із технологій, направлена на врегулювання конфлікту між сторонами за участю третьої нейтральної сторони.

Поняття «медіація» є міждисциплінарним поняттям, що входить до сфери наукового пізнання таких галузей знань як, право, психологія, соціологія, конфліктологія та інші.

З точки зору права, медіація розглядається як спосіб захисту прав та законних інтересів, за допомогою третьої нейтральної сторони, що не є представником органу державної влади та суду.

З точки зору психології, медіація розглядається як процес взаємодії між конфліктуючими сторонами та неупередженого посередника, при якому знижується рівень емоційної напруги, та який направлений на вичерпання конфлікту.

З точки зору соціології, медіація розглядається як комунікаційний процес між сторонами конфлікту та посередником, направлений на пошук консенсусу.

З точки зору конфліктології, медіація – це спосіб врегулювання конфлікту, який полягає у виявленні причин, наслідків конфлікту, а також у визначенні взаємоприйнятних умов його врегулювання.

Медіація є одним із способів Альтернативного вирішення спору (АВС). Альтернативне вирішення спору є розповсюдженим явищем, яке з американської доктрини звучить як «Alternative Dispute Resolution», або абревіатура АDR.

АВС за своїми характерними ознаками можна віднести до неюрисдикційної форми захисту прав. За загальним правилом захист прав може відбуватись за допомогою державного судочинства, адміністративного захисту або самозахисту. АВС є видом самозахисту¹⁹⁷. Діденко Л. В. визначає самозахист «як можливість обрання особою, чії права порушуються або є загроза такого порушення, самостійно та на власний розсуд обирати той чи інший спосіб врегулювання конфлікту чи вирішення спору, який не заборонений законом та не суперечить моральним засадам суспільства»¹⁹⁸. Спектор О. М. розмежовує поняття «вирішення спору» та «вирішення конфлікту». Суд і третейський суд вирішують спір, але вони не завжди вирішують конфлікт¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Штепан П. Альтернативные способы разрешения споров. URL: http://mosmediator.narod.ru/publikatsii/alternativnie_sposobi_razresheniya_sporov

¹⁹⁸ Діденко Л. В. Стівідношення судових та позасудових способів захисту цивільних прав. Вісник Запорізького національного університету. 2020. № 3. С. 44–49.

¹⁹⁹ Спектор О. М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: світовий досвід та перспективи застосування у правовій системі України.

Співвідношення конфлікту та спору

Процедура медіації під час переговорів передбачає здійснення управління конфліктами між учасниками. Правовим результатом процедури медіації є припинення конфлікту, яке, як правило, закріплюється угодою сторін. З даного приводу вважаємо, що «конфлікт» та «спір» є різними правовими категоріями, які вимагають різного впливу на них.

На нашу думку, конфлікт – це зіткнення прав, інтересів, потреб та правових позицій конкретних осіб та певних груп. Спір – це процесуальне явище, в ході якого сторони висловлюють свої позиції, думки, прагнення та доводи, стосовно позиції інших сторін. Для розрізнення даних категорій, необхідно визначити їх процедурні та сутнісні відмінності. Отже, до процедурних відносимо:

1. Момент виникнення. Конфлікт виникає з моменту зіткнення інтересів, прав сторін; спір виникає з моменту процесуального оформлення або звернення до уповноваженого суб'єкта задля його вирішення;

2. Момент завершення. Конфлікт завершується узгодженням прав та інтересів сторін; спір вважається завершеним, коли прийнято процесуальне рішення щодо його вирішення;

3. Формалізованість процесу врегулювання конфлікту чи вирішення спору. Конфлікт врегульовується зручним для сторін способом та у формі яку обирають сторони; спір вирішується відповідно до встановлених процесуальних процедур.

Сутнісними відмінностями конфлікту та спору є:

1. Причина виникнення. Спір виникає за наявних або передбачуваних за позицією сторони (сторін) спору порушеннях, загрозою порушень прав або інтересів; конфлікт виникає як при порушеннях прав так і без такого порушення, при наявності суб'єктивних позицій щодо правовідносин;

2. Умови вичерпання. Конфлікт вичерпується за умови, що сторони знайшли обопільне рішення; спір вважається вичерпаним на підставі рішення уповноваженого органу;

3. Усвідомлення сторонами дійсних причин виникнення суперечностей. Конфлікт може бути явним, усвідомленим або ж прихованим хоча б для однієї із сторін; спір завжди явний для обох сторін.

Конфлікт – це соціальне, психологічне та правове явище, в якому відносини між людьми насичені протистоянням і пред’явленням протиріч, зіткненням прав, інтересів, правових позицій. Однак, боротьба і протистояння не є виключними елементами, що належать лише до конфлікту. Конфлікти включені в діяльність людини. Здоровий конфлікт містить в собі характеристики соціально-позитивного конфлікту і сприяє вирішенню протиріч, проблем і переходу людини, організації, суспільства на новий рівень розвитку.

Як влучно зазначають М. Ковалів і М. Гаврильців, не кожна конфліктна ситуація може перетворитись у правовий спір. Так, деякі суспільні відносини можуть регулюватись не нормами права, а нормами моралі, етичними або канонічними нормами²⁰⁰.

Таким чином, аналізуючи поняття «конфлікт» та «спір» та їх співвідношення, вважаємо доречним до всіх неюрисдикційних способів захисту прав вживати поняття «альтернативне врегулювання конфлікту», і тільки для третейського суду та міжнародного арбітражу – «альтернативне вирішення спору». До юрисдикційних способів захисту прав доречним є вживання поняття вирішення спору, оскільки рішення щодо спору приймається уповноваженою стороною на основі закріплених процесуальних правил. Задля об’єднання всіх способів, які є альтернативою офіційному правосуддю та адміністративному захисту, необхідно застосовувати міжнародно прийнятну аббревіатуру АВС (альтернативне вирішення спору) та розуміти в даному випадку комплекс способів захисту прав, що мають на меті врегулювання конфлікту та вирішення спору.

Отже, медіація є способом саме врегулювання конфлікту, який відбувається за участю третьої нейтральної сторони, що не є представником органу державної влади або суду. Медіація здійснюється на добровільній, неформальній основі та у формі, яка є прийнятною для сторін.

В «ідеальній» медіації інтереси сторін збігаються – це вичерпання конфлікту, а ухвалені рішення за результатами медіації не ставляться під сумнів і не переглядаються. Для врегулювання конфлікту шляхом медіації необхідно декілька годин переговорів. За підсумками такої процедури жодна із сторін не вважає, що прийняте нею рішення було невірним чи несправедливим. Кожна сторона добровільно виконує свої

²⁰⁰ Адміністративне судочинство: навчальний посібник / М. В. Ковалів, М. Т. Гаврильців, І. Б. Стахура. Львів: ЛьвДУВС. 2014. 596 с.

умови домовленості. Під час «неідеальної» медіації, сторони затягують процес переговорів, прагнуть нав'язати свої умови, а в іншому випадку рішення не буде виконане.

Переваги медіації в умовах карантинних обмежень та в період війни

Процес примирення між сторонами за допомогою третьої нейтральної сторони відомий світові вже давно. Проте, останні події в світі та в Україні дають новий поштовх для наукових розробок в даній сфері. Першим поштовхом стала пандемія, викликана гострою респіраторною хворобою COVID-19, спричиненою коронавірусом SARS-CoV-2. В умовах карантинних обмежень конфліктів не стало менше – одні перемістились в Інтернет середовище, інші відбувались між членами сім'ї та особами, які перебували в одному місці на самоізоляції. Відвідування суду та органів державної влади для вирішення спору не завжди було можливим через поширення коронавірусної хвороби та карантину. Саме за таких умов актуальним та ефективним способом врегулювання конфлікту стало звернення до медіації, яка через свою гнучкість та неформалізованість, могла безперешкодно переміститись в цифрове середовище та стати безпечним способом врегулювання конфліктів. Другим поштовхом для актуальності медіації стала збройна агресія по відношенню до України та військові дії, що ведуться на території нашої держави.

Указом Президента України № 64/2022 від 24 лютого 2022 року²⁰¹ було введено особливий правовий режим – режим воєнного стану. Такий режим передбачає обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб на період дії особливого правового режиму задля проведення заходів, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності²⁰². Незважаючи на те, що запровадження воєнного стану формально не впливає на процес здійснення судочинства, як вказано в ст. 26 Закону України «Про правовий режим

²⁰¹ Про введення воєнного стану в Україні: Указ Президента України № 64/2022 від 24.02.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text>

²⁰² Про правовий режим воєнного стану: Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>

воєнного стану», Радою Суддів України від 24.02.2022р. було прийнято рішення «Щодо вжиття невідкладних заходів для забезпечення сталого функціонування судової влади в Україні в умовах припинення повноважень ВРП та воєнного стану у зв'язку зі збройною агресією з боку рф» у відповідності з яким, «у випадку, коли є загроза здоров'ю, життю та безпеці відвідувачів та працівників суду здійснення судочинства певним судом може бути припинено до усунення обставин, які зумовили небезпеку»²⁰³. Таким чином, на процес здійснення судочинства впливає поточна ситуація в регіоні.

Держава, на сьогоднішній день, вжила необхідних заходів щодо можливості кожного захистити свої права та законні інтереси в судовому порядку. Серед таких заходів: можливість дистанційного розгляду судових справ, продовження процесуальних строків щонайменше до закінчення воєнного стану, зміна територіальної підсудності. Проте, судовий спосіб захисту прав та інтересів осіб в умовах збройної агресії на території України не завжди буде ефективним. Так, судовий захист в період воєнного стану може бути не ефективним через такі недоліки: суд знаходиться в зоні активних військових дій; сторони або інші учасники судового процесу не можуть фізично бути присутніми на судовому засіданні; судовий розгляд справи є довготривалим; рішення суду не може задовольнити обидві сторони, тому конфлікт може тривати або перерости в новий конфлікт; через судову тяганину сторони не можуть зберегти добрі ділові відносини; судовий розгляд справи є фінансово коштовним процесом; змагальність сторін в судовому процесі передбачає емоційне напруження; через проведення військових дій на певних територіях, сторони не можуть долучити докази до матеріалів справи.

Таким чином, можливість використання суб'єктами правовідносин досудового врегулювання спорів є додатковим способом правового захисту, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом. Право на судовий захист не позбавляє суб'єктів правовідносин можливості досудового врегулювання конфліктів шляхом, наприклад,

²⁰³ Щодо вжиття невідкладних заходів для забезпечення сталого функціонування судової влади в Україні в умовах припинення повноважень ВРП та воєнного стану у зв'язку зі збройною агресією з боку рф: рішення Ради суддів України № 9 від 24 лютого 2022 року. URL: <file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/risenna-rsu-9-vid-240222.pdf>.

медіації. Досудове врегулювання спору можливе за умови добровільного волевиявлення кожного з учасників правовідносин.

Тому, медіація, як альтернатива державному судочинству та розгляду спору державним органом, є актуальним та ефективним способом захисту прав та законних інтересів в умовах воєнного стану.

У перші місяці війни паніка та емоційна напруга часто призводили до побутових, сімейних конфліктів, до серйозних корпоративних спорів (зокрема, під час вирішення партнерами долі робітників та свого підприємства). Як показує практика, високий відсоток конфліктів, що зараз вирішуються за допомогою медіації, – це цивільні справи. До прикладу, частими спорами є спори, які витікають із оренди квартир. Багато громадян, які орендували помешкання, були вимушені виїхати з нього на певний строк. Згодом, повернувшись, орендодавці або пішли на поступку, або вимагали оплату за весь період (навіть за час, коли орендарі не мешкали в квартирі). Таким чином, виникали конфлікти щодо орендної плати, які вимагали швидкого реагування. Сторони бажали швидко, без емоційних витрат та гнучким, неформальним способом врегулювати конфлікт та залишитись в добрих відносинах між собою. Таким чином, звернення до медіації могло задовольнити вищезазначені потреби сторін²⁰⁴.

В науковій літературі немає єдиного підходу до визначення поняття «медіація». Так, Обудовська І. В. вказує, що медіацію можна розглядати як технологію, як послугу, як можливість врегулювання конфлікту²⁰⁵.

Фастова М.А зазначає, що медіація є одним із видів посередництва та пропонує розуміти її з двох позицій: як спосіб вирішення спору, конфлікту та розбіжностей, а також як діяльність з надання певного роду послуг²⁰⁶.

Єрьоменко Г. визначає медіацію як «процес переговорів, коли до вирішення спірного питання залучається нейтральна третя сторона – медіатор (посередник), яка веде цей переговорний процес, вислуховує аргументацію сторін щодо суті спору й активно допомагає сторонам

²⁰⁴ Камінська М. Поза судом: як знайти порозуміння під час війни. URL: <https://mind.ua/openmind/20242876-poz-a-sudom-yak-znajti-porozuminnya-pid-chas-vijni>

²⁰⁵ Обуховская И. В. Законопроект о медиации: отзыв практика. Третейский суд. 2010. № 2. С. 70–74.

²⁰⁶ Фастова М. А. Соотношение понятий «посредничество» и «медиация»: теоретико-правовой аспект. Правовая культура. 2011. № 2 (11). С. 56–60.

зрозуміти свої інтереси, оцінити можливість компромісів і самостійно прийняти рішення що задовольнить всіх учасників переговорів»²⁰⁷.

Всебічно розкривається суть медіації у визначенні, запропонованому Спектор О. М.: «медіація – це самостійний спосіб АВС, який полягає у забезпеченні прийняття сторонами самостійного компромісного взаємоприйнятного рішення зі спору в процесі безпосереднього чи опосередкованого спілкування за сприянням обраної сторонами за взаємною згодою незалежної третьої особи»²⁰⁸.

Підходи до визначення поняття медіації

Проаналізувавши, доктринальні визначення медіації, можна прийти до висновку, що в юридичній літературі виділяють п'ять підходів до визначення змісту медіації.

1. Нормативний підхід – це один із способів позасудового вирішення спорів та врегулювання конфліктів.

2. Функціональний підхід – комбінація тактичних прийомів, діяльність, спрямована на досягнення взаємоприйнятного рішення щодо вирішення конфлікту.

3. Комунікативний підхід – процес переговорів та обміну інформацією між сторонами конфлікту та медіатором, метою якого є пошук компромісу.

Отже, можна стверджувати, що основною метою медіації є врегулювання конфлікту, що відбувається за участю третьої нейтральної сторони. Медіація з теоретичного аспекту розглядається як альтернативний (без залучення органів державної влади чи суду) спосіб врегулювання конфлікту. Медіація з практичного аспекту – це процедура залагодження конфлікту шляхом переговорів між сторонами за участю нейтрального посередника.

Враховуючи вищезазначене, можемо дати авторське визначення медіації – це конфіденційний процес виявлення причин конфлікту та умов його залагодження, оснований на волевиявленні сторін, що відбувається за участю нейтрального посередника.

²⁰⁷ Єрьоменко Г. Медіація як спосіб вирішення спорів. URL: [http:// innovations.com.ua](http://innovations.com.ua)

²⁰⁸ Спектор О. М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: світовий досвід та перспективи застосування у правовій системі України. Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин. К., 2013. 160с.

Медіація є способом альтернативного врегулювання конфліктів, ефективність якого є дуже високою. Це переговорний процес, у якому нейтральна особа допомагає сторонам конфлікту визначитись із причинами конфлікту, при цьому причини можуть бути як усвідомлені сторонами, так і не усвідомлені або приховані. До медіації можуть бути залучені інші учасники, якщо на думку сторін вони допоможуть знайти взаємовигідне рішення. Інші учасники не можуть мати особистої зацікавленості в об'єкті конфлікту, їх дії повинні бути направлені на допомогу сторонам у врегулюванні конфлікту. Конфлікт не вважається вичерпаним, поки обидві сторони не знайдуть рішення, яке б задовольнило їх інтереси.

Медіація – це структурований процес, який ґрунтується на певних принципах та має певні правила. Директива ЄС «Про деякі аспекти медіації у цивільних та комерційних справах» 2008 року визначає медіацію як «структурований процес, незалежно від його назви, в якому дві або більше сторони намагається самостійно і на добровільній основі досягти домовленості про врегулювання свого конфлікту за участю медіатора»²⁰⁹.

Сьогодні в світі існує практика проведення різних видів медіації. За критерієм взаємозв'язку із судовим процесом, виділяють три види медіації:

- приватна медіація – це медіація, яка повністю незалежна від судового процесу – є позасудовою формою захисту прав;
- медіація, що супутня судовому розгляду – ініціюється, коли справа вже знаходиться в суді, але конфлікт врегульовується без участі суду;
- судове посередництво – проводиться під час судового розгляду і включає консультацію та допомогу юрисконсультів і адвокатів, проте виключає участь судді, наділеного правовими судовими повноваженнями²¹⁰.

Залежно від механізму врегулювання конфлікту, Іванова О. М. виділяє наступні види медіації:

²⁰⁹ Відносно деяких аспектів медіації у цивільних і комерційних справах: Директива ЄС 2008/52/ЄС від 21 травня 2008 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95.

²¹⁰ Медіація в державах Європейського союзу. URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_union_law/mediatsiya-v-derzhavakh-evropeyskogo-soyuzu/

1. Трансформаційна медіація – це вид медіації, який дозволяє сторонам визначати хід медіації, а медіатор слідує обраному напрямку. Даний вид медіації направлений на спілкування сторін між собою задля врегулювання конфлікту. Такий підхід допомагає сторонам конфлікту пережити деяку «трансформацію» в їх відносинах. У трансформативній моделі медіації діяльність медіатора спрямована на зміну своїх реакцій та моделі участі, щоб сприяти відновленню відносин між учасниками медіації. Саме врегулювання конфлікту та укладання угоди за результатами медіації у трансформативній моделі є другорядним завданням і не є основним критерієм оцінки медіатора, оскільки укладання угоди може відбуватися як у ході відновлення відносин, так і в ході ескалації конфлікту. Трансформативний підхід розглядає конфлікт як можливість для учасників сприймати конфлікт не як проблему, яку необхідно вирішити, а як шанс налагодити добрі ділові відносини.

2. Наративна медіація – ґрунтується на впливі учасників медіації та медіатора один на одного, що призводить до прийняття взаємовигідного рішення. Особливості наративного підходу до медіації:

- більше значення приділяється причинам конфлікту аніж самому конфлікту;
- вислуховування історії конфлікту у контексті дискурсів;
- відокремлення проблеми від людини, пояснення її витоків не її особливостями, а обставинами, що склалися.

Складність застосування цього підходу полягає у необхідності засвоєння його філософських та етичних підстав, а не лише юридичних знань.

3. Екосистемна або сімейно-орієнтована медіація. Даний підхід до медіації добре підходить для врегулювання конфліктів в сім'ї, конфліктів між поколіннями та міжкультурних конфліктів.

4. Медіація, яка ґрунтується на розумінні. Головна мета даного виду медіації полягає у врегулюванні конфлікту за допомогою розуміння сторонами власних потреб та інтересів, а також можливість «поставити себе на місце іншої сторони». Це допомагає сторонам краще розуміти один одного та спільними зусиллями вичерпати конфлікт. В рамках цього підходу, основним є відчуття відповідальності сторін за рішення, які вони приймають²¹¹.

²¹¹ Иванова Е. Н. Современное направление в медиации. Третейский суд. 2010. № 3. С. 147–158.

5. Оціночна медіація. Медіатор оцінює конфлікт сторін, причому залишається нейтральним, незалежним та не приймає рішень щодо врегулювання конфлікту²¹².

6. Фасилітативна медіація. Медіатор є організатором переговорного процесу та сприяє налагодженню діалогу між сторонами конфлікту²¹³.

Особа, яка проводить процедуру медіації (медіатор) має створити сприятливі умови для вичерпання конфлікту та направити сторін на пошук взаємовигідного рішення. Тим самим, медіація сприяє зближенню сторін під час процесу переговорів та допомагає зберегти добрі відносини або налагодити нові ділові відносини.

Медіація отримала широке використання в тих країнах, де є високий рівень культури людей, які здатні виходити не тільки із своїх особистих інтересів, а які здатні прислуховуватись і зважати на інтереси контрагентів²¹⁴. Отже, погоджуємось з вищезазначеною думкою, що розвиток інституту примирних процедур в країні свідчить про рівень культури, толерантності та вміння вести діалог.

На сьогоднішній день, поняття медіації є законодавчо закріпленим. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про медіацію», медіація – позасудова добровільна, конфіденційна, структурована процедура, під час якої сторони за допомогою медіатора (медіаторів) намагаються запобігти виникненню або врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів²¹⁵. Враховуючи вітчизняну законодавчу техніку визначення медіації, справедливим буде зазначити, що дане поняття представлено швидше не в формі класичного законодавчого визначення, а лише як характеристика самої процедури. У цьому контексті слід зазначити, що медіація є не лише процедурою, яка регламентована тим чи іншим законодавством, а й комплекс підходів, теорій та методів, систему цінностей для врегулювання конфліктів.

Закон України «Про медіацію» поширюватиметься на досить широке коло суспільних відносин, пов'язаних із можливістю проведення медіації у тому числі:

– цивільні правовідносини;

²¹² Медіація: види и техника медиации. URL: http://coolreferat.com/Медіація_часть=2

²¹³ Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes. N.Y., 2012. P. 2–3.

²¹⁴ Steiner D. Mediation Services. URL: <https://www.dansteiner.com.au/>

²¹⁵ Про медіацію: Закон України від 16.11.2022 № 1785 –IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875–20#Text>

- сімейні правовідносини;
- господарські правовідносини;
- відносини у сфері права інтелектуальної власності;
- трудові правовідносини;
- адміністративні правовідносини;
- кримінальні правовідносини у сфері примирення потерпілого з підозрюваним (обвинуваченим).

Крім того, передбачено, що законодавством можуть передбачатися особливості проведення медіації в окремих категоріях конфліктів.

Виходячи із законодавчого визначення можемо виділити деякі особливості медіації, які відрізняють її від інших альтернативних способів врегулювання конфлікту. Отже, медіація – це добровільна процедура; звернення до медіації можливе до судового розгляду справи, під час судового провадження та на стадії виконавчого провадження; до переговорного процесу залучається третя нейтральна, неупереджена сторона – медіатор; сторони самостійно приймають рішення для вичерпання конфлікту; медіація не обмежується процесуальним предметом спору; медіація направлена на врегулювання конфлікту. Такі особливості медіації сприяють її результативності.

Принципи медіації

Медіація, як самостійний спосіб врегулювання конфліктів, доводить свою ефективність завдяки притаманним їй конкретно-правовим принципам. Отже, до конкретно-правових принципів медіації належать:

Принцип добровільності. Медіація характеризується як добровільна процедура. Сторони без будь-якого примусу звертаються до медіатора для врегулювання конфлікту, а також добровільно приймаються рішення щодо вичерпання конфлікту.

В деяких країнах законодавством передбачена обов'язкова медіація, але це не припускає обов'язку примирення²¹⁶.

Принцип конфіденційності. Сторони та медіатор зобов'язуються не розголошувати відомості, які стали їм відомі в ході медіації.

²¹⁶ Медіація конфліктів і спорів у галузі корпоративного управління; за ред. Ерік М. Рунессон, Марі-Лоранс Гі. URL: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/a2ccb952-d8ee-4ed2-8c03-c5a864f7cfcc/FocusReport_Ukr_final.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jtCwvPb

Для збереження конфіденційності, сторони можуть розробити свої правила, або заздалегідь домовитися з медіатором, або використати вже наявні певні правила. Даний принцип є характерним та вирізняльним для медіації, що надає перевагу даній примирній процедурі, порівняно із іншими способами захисту прав.

На нашу думку, конфіденційність не може бути представлена як обмеження або заборону на моніторинг, наукові дослідження або оцінку програм медіації. З дозволу сторін, науковцям може бути наданий доступ до статистичних даних, присутність на процесі медіації, інтерв'ю учасників медіації.

Принцип самовизначеності та рівноправ'я сторін. В процесі медіації сторони є рівними в правах. Жодна із сторін не має процедурних переваг. Сторонам надається однакові права щодо визначення часу, місця, форми проведення медіації, право на висловлювання та обґрунтування своєї позиції²¹⁷.

Сторони самостійно приймають рішення щодо конфлікту та умов примирення. Медіатор не може їм нав'язувати рішення та примирення загалом.

Принцип незалежності та нейтральності медіатора. Даний принцип тісно пов'язаний із характеристикою особи, яка проводить медіацію. Так, медіатор має бути незалежним від впливу третіх осіб щодо проведення медіації. Медіатор не може бути фінансово залежним від сторони конфлікту, а також не може бути пов'язаний особистими зв'язками із будь-якою стороною конфлікту. Медіатор зобов'язаний уникати поведінки, яка б дала можливість припустити прихильність медіатора до однієї із сторін. Якість процесу медіації підвищується, коли у сторін є впевненість у незалежності медіатора. Ні власний пережитий досвід, ні власні уподобання не можуть впливати на прихильність медіатора до сторони. Медіатор повинен розкрити всі наявні або потенційні власні інтереси в конфлікті, в тому або іншому ступені відомі йому. Якщо такі були виявленні – медіатор повинен відмовитися від проведення медіації для врегулювання даного конфлікту²¹⁸.

²¹⁷ Поліщук В., Сєдашова О. Медіація для медичного бізнесу: менеджмент конфліктних ситуацій. Приватний лікар: перший медичний діловий журнал. URL: <https://www.trush.com.ua/blog/menedzhment-konfliktnikh-situaciy-v-me/>

²¹⁸ Мазаракі Н. А. Принципи нейтральності медіації. Юридичний бюлетень. 2018. № 7. С. 85–91.

Принцип неупередженості. Медіатор не має обманної, негативної, заздалегідь сформованої думки щодо будь-кого із конфлікту або предмету спору. Медіатор повинен проводити процедуру медіації справедливо. У будь-який час, якщо медіатор не здатний проводити процес в неупередженій манері, він зобов'язаний припинити медіацію. Медіатор має залишатись осторонь відносно позицій та суджень сторін, за винятком явного порушення ними правових та/або етичних норм або порядку проведення медіації²¹⁹.

Дотримання всіх принципів медіації гарантує ефективне проведення процедури альтернативного врегулювання конфлікту та налагодження добрих ділових відносин між сторонами.

Можна констатувати, що медіація є важливим елементом для формування громадянського суспільства. В процесі формування даного інституту на передній план виносяться такі цінності як свобода вибору способу захисту прав, свобода особи та громадянина²²⁰. Медіація дає можливість сторонам самостійно, без залучення державних органів врегулювати конфлікт. Під час медіації, сторони за допомогою медіатора обговорюють всі можливі варіанти вичерпання конфлікту, та приймають одне рішення, яке б задовольняло інтереси обох.

Медіація в умовах війни допоможе забезпечити сторони:

По-перше, швидким вичерпанням конфлікту та швидким припиненням правопорушенням. Врегулювання конфлікту шляхом залучення медіатора є менш затяжним, порівняно із судовим розглядом справи. У випадку врегулювання конфлікту сторони припиняють правопорушення.

По-друге, взаємоприйнятним рішенням. Медіація – це процес обговорення конфлікту та прийняття рішення, яке б задовольнило інтереси обох сторін. В такому випадку обидві сторони знаходяться у вигравшній позиції.

По-третє, збереженням ділової репутації. Одним із принципів медіації є принцип конфіденційності. За таких умов, вся інформація що

²¹⁹ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07.12.2017, протокол № 1. URL: <http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code>

²²⁰ Федорич І. Медіація: зміна парадигми вирішення конфліктів. 5 років діалогу і 25 років медіації в Україні: від протистояння до порозуміння: збірка статей; за заг. ред. І. Терещенко. К.: ВАІТЕ, 2019. 340 с.

стала відома в ході медіації, не може стати доступною третім особам. Сторони та сам медіатор мають зберігати в конфіденційності відомості, що були обговорені на медіації. Тому інформація, яка може вплинути на ділову репутацію сторін, не може бути розповсюджена та доведена до відома третім особам.

По-четверте, збереженням довірливих партнерських відносин чи налагодженням нових ділових зв'язків. Медіація – це процедура мирного врегулювання конфлікту, головною метою якої є налагодження діалогу між сторонами та уникнення подальшої ескалації конфлікту. Крім того, медіація може стати поштовхом для нових ділових відносин та подальшої співпраці.

По-п'яте, дотриманням безпеки. Медіація – це гнучка, неформальна процедура, яка може бути проведена в будь-якому зручному для сторін та безпечному місці та в будь-який зручний для сторін час. З розвитком технологій медіацію стало можливим проводити дистанційно.

Медіація має багато форм та методів застосування, які полягають в пошуку конструктивних рішень без застосування жодного із видів державного примусу»²²¹.

Медіація це один із способів альтернативного вирішення спору та найяскравіший приклад позасудового врегулювання конфлікту. Дана процедура має свої особливості, які вирізняють її серед інших способів альтернативного вирішення спору. Серед таких особливостей виділимо наступні: до переговорів залучається третя сторона із спеціальною підготовкою; рішення приймається виключно сторонами; медіація не обмежується процесуальним предметом спору.

Гнучкість та неформальність медіації дає змогу підлаштовуватись під вимоги та бачення сторін конфлікту щодо умов вичерпання конфлікту, а також щодо форми проведення медіації.

Онлайн-медіація в умовах воєнного стану

В умовах збройних конфліктів вбачається актуальним розвивати дві форми проведення медіації: офлайн-медіація та онлайн-медіація.

Онлайн-медіація або реальна медіація – це процес врегулювання конфлікту при безпосередніх, особистих зустрічах сторін та медіатора. Поняття «онлайн» і «офлайн» застосовують і до міжособистісних

²²¹ Філоненко С. Українсько-німецька перспектива медіації: допомогти знайти шлях до примирення. URL: [http:// www.viche.info/journal/2317/](http://www.viche.info/journal/2317/)

відносин: онлайн-овим називають спілкування за допомогою можливостей Інтернету, а офлайн-овим – безпосереднє або без допомоги Інтернету. Інтернет називають віртуальним простором чи кіберпростором, а реальність – офлайном²²². Зазвичай, якщо ми говоримо про медіацію, мається на увазі офлайн-медіація. У випадку застосування можливостей Інтернету та платформ для комунікації, ми говоримо про онлайн-медіацію.

Онлайн (англ. ... on line – «на лінії», «на зв'язку», «у мережі») – термін, який використовується, щоб охарактеризувати перебування в мережі, здійснення дій в Інтернеті в режимі реального часу²²³. Використання Інтернету стає невід'ємним елементом для діяльності фізичних та юридичних осіб а також елементом для спілкування. Діяльність фізичних та юридичних осіб в Інтернеті у сфері медіації полягає в створенні веб-сайтів та веб-сторінок, присвячених просвітницькій діяльності щодо медіації, або створення та просування інструментів, які допомагають здійснювати процедуру медіації, обрання медіатора та інші. Використання Інтернету для спілкування, полягає у створенні або використанні вже існуючих платформ для комунікації.

Через свою гнучкість, медіацію безперешкодно можна перенести в Інтернет – середовище без суттєвих змін самого процесу медіації.

Отже, «онлайн медіація» – це переговорний процес між сторонами за участю медіатора, який проходить в реальному часі з використанням Інтернету та платформи для комунікації, спрямований на врегулювання конфлікту.

Онлайн-медіація може розглядатись як один із різновидів медіації та як форма медіації. Застосування Інтернет-технологій для медіації розширює можливості медіатора в конфліктах між особами і організаціями, які не можуть безпосередньо приймати участь в медіації. Причинами цього можуть бути військові дії на певних територіях, карантинні обмеження, коли сторони конфлікту знаходяться в різних країнах, коли значущість конфлікту менша за вартість особистої присутності медіатора або сторін в конкретному місці для проведення медіації.

²²² Slater, Don (2002) Social relationships and identity online and offline. In: Lievrouw, Leah and Livingstone, Sonia, (eds.) Handbook of New Media: Social Shaping and Consequences of Icts. Sage Publications, London, UK, pp. 533–546.

²²³ Онлайн. Словник української мови: у 20 т. К.: Наукова думка, 2010/ URL: <https://services.ulif.org.ua/expl/Entry/index?wordid=183374&page=20>

Онлайн-медіація може розглядатись як самостійна процедура врегулювання конфлікту, коли всі стадії медіації проходять в режимі онлайн, або як підготовча стадія основного процесу медіації.

Використання Інтернет технологій для проведення медіації почали з 1996 року в США. Американські науковці Кац та Рифкін досліджуючи онлайн-медіації назвали Інтернет – технології «четвертою стороною» в переговорах за участю сторін та медіатора²²⁴. Найбільш поширеною є онлайн-медіації щодо врегулювання доменних конфліктів²²⁵. Така політика регламентує більшість міжнародних доменних зон верхнього рівня порядок врегулювання спорів, що виникають у сфері захисту прав інтелектуальної власності на доменне ім'я у мережі Інтернет. Онлайн-медіація є на сьогоднішній день найбільш ефективним інструментом у сфері захисту прав на доменне ім'я, оскільки є прозорим, інтерактивним для всіх учасників процесу онлайн врегулювання конфлікту. Однією з основних цілей онлайн-медіації є боротьба з кіберсквотингом, а саме вирішення спорів між власниками товарного знаку і тими, хто реєструє схоже або дублююче доменне ім'я з корисною метою. Поширення та популяризація даної практики позитивно впливає на товарообіг в онлайн – торгівлі.

В період збройних конфліктів онлайн-медіація є безпечним, швидким та економним інструментом врегулювання конфліктів.

На сьогоднішній день, єдиного підходу до визначення медіації, що проводиться з використанням інформаційно-комунікаційних технологій немає, в літературі вони називаються по-різному: онлайн-медіація, онлайн-медіація, Інтернет – медіація²²⁶. Онлайн-медіація та онлайн-медіація є тотожними поняттями. Термін «онлайн», як вже зазначалось, означає «на зв'язку», «на лінії», «у мережі», тобто пов'язаний із платформою для комунікації. Поняття Інтернету має більш широке зна-

²²⁴ Ethan Katsh, Janet Rifkin, M. Ethan Katsh Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace. New York, NY, USA: John Wiley & Sons. URL: <https://www.wiley.com/enus/Online+Dispute+Resolution%3A+Resolving+Conflicts+in+Cyberspace-p-9780787956769>

²²⁵ Мельничук Ю.І., Калінін В.В. Порівняльна характеристика впровадження інституту медіації в зарубіжних країнах та Україні. Молодий вчений. 2019. № 12.1. (76.1). С. 42–45.

²²⁶ Миронова С.Н. Использование возможностей сети Интернет при разрешении гражданско-правовых споров. М., 2010. 247 с.

чення та розуміється як «глобальна інформаційна мережа»²²⁷. Завдяки Інтернету, користувач отримує доступ до комунікаційних платформ та додатків для «входження в онлайн» та перебуванні на зв'язку з іншою стороною. Особа знаходиться в режимі «онлайн» у випадку, коли вона підключена до Інтернету та знаходиться на конкретній платформі для комунікації²²⁸. Не кожену платформу для комунікацій можна використувати для онлайн-медіації. Загалом комунікаційна платформа – це широке поняття, що передбачає надання можливостей для проведення переговорів, налагодження спілкування та проведення обговорення. Комунікаційні Інтернет – платформи функціонують за допомогою глобальної мережі. До таких належать програми та додатки ZOOM, Viber, Telegram, Google Meet та багато інших. Виклики сучасності роблять актуальними та затребуваними програми для можливості проведення відеоконференцій та відеопрезентацій, тому наразі існує тенденція створення нових комунікаційних програм.

Одним із перших постачальників програм, що дає можливість проведення онлайн-медіації стала американська компанія SquareTrade, яка в 2000 році випустила на ринок свій перший онлайн – сервіс для врегулювання конфліктів між учасниками ринку електронної комерції²²⁹. Одним із перших клієнтів цієї компанії був відомий Інтернет аукціон eBay, згодом SquareTrade уклала договори про надання послуг онлайн-врегулювання конфліктів з іншими учасниками ринку електронної комерції, серед яких: Amazon.com, Cutchfield, eCost, Buy.com, Woot, Vanns, Abt та інші. Сервіси SquareTrade давав можливість врегулювання конфліктів між продавцями і покупцями eBay. SquareTrade пропонує два способи позасудового врегулювання конфліктів: переговори та медіація²³⁰.

²²⁷ Глобальна мережа Інтернет. Основи інформаційної безпеки. URL: <https://sites.google.com/site/kniginashevseua/lekcijni-zanatta/globalna-mereza-internet-osnovi-informacijnoie-bezpeki>

²²⁸ Проценко Д. В. Захист права на свободу вираження в мережі інтернет: міжнародні тенденції та українські реалії. Наукові записки НаУКМА. т. 144–145. Юридичні науки К., 2013. С. 57–58.

²²⁹ Steiner I. Getting to Yes – Online SquareTrade's Online Dispute Resolution Service. Ecommerce Bytes Update, Number 20. August 19, 2000. URL: <http://www.ecommercebytes.com/cab/abu/y200/m08/abu0020/s04>

²³⁰ Попов С. Преймущества урегулирования споров онлайн: международный опыт. Судебно-юридическая газета. 10.12.2019. URL: <https://sud.ua/>

Google статистика показує, що за період пандемії словосполучення «ODR (Онлайн врегулювання спорів)», одним із яких є медіація було в пошуковому запиті 146 000 000 разів²³¹. За допомогою онлайн-медіації можуть бути врегульовані не тільки конфлікти, які випливають із Інтернет – відносин (віртуальні конфлікти), але й конфлікти, що відбуваються в реальному житті.

За допомогою онлайн-медіації можуть бути врегульовані конфлікти між сторони, які через військові дії на певних територіях не можуть фізично бути присутні в певному місці та в певний час на процедурі медіації, які фізично та матеріально постраждали від військової агресії, які зазнали душевних страждань від війни і яким емоційно комфортніше врегулювати конфлікт в режимі онлайн, які знаходяться в зоні проведення військових дій або перебувають на строковій службі, а також, якщо хоча б одна із сторін знаходиться за межами країни.

Якщо сторона або сторони виявили бажання врегулювати конфлікт за допомогою онлайн-медіації, їм необхідно звернутись до одного із центрів медіації та обрати медіатора. Звернення може бути оформлене на веб-сайтах центрів у вигляді заповнення відповідної форми. У формі рекомендується передбачити наступні питання: сторони конфлікту та їх контактні дані, чи усвідомлюють обидві сторони про конфлікт між ними, чи була спроба попереднього врегулювання конфлікту, суть конфлікту та чи не зачіпає конфлікт прав та інтересів третіх осіб. В Україні діють наступні організації, що проводять медіацію, в тому числі, онлайн-медіацію – Національна асоціація медіаторів України, Український центр порозуміння, Українська академія медіації та інші.

Після звернення до центра медіації сторонам надається право обрати бажаного посередника, який допоможе їм у врегулюванні конфлікту. Сторони та медіатор укладають угоду про проведення медіації та скріплюють її своїми електронними підписами. В угоді про проведення онлайн-медіації вказується назва комунікаційної платформи (Zoom, Viber, Telegram або інші), за допомогою якої буде проведена процедура. Сьогодні послуги з онлайн-медіації є актуальними та безпечними, тому спільнота медіаторів України активно проводить обговорення зручних

ru/news/publication/156502-preimuschestva-uregulirovaniya-sporov-onlayn-mezhdunarodnyy-opyt

²³¹ Полищук В. Цифровые угрозы в онлайн-медиации. URL: <https://mediation-eurasia.pro/%D0%B1%D0%B5%D0%B7-%D1%80%D1%83%D0%B1%D1%80%D0%B8%D0%BA%D0%B8/cifrovye-ugrozy-v-onlajn-mediaci/>

механізмів проведення медіації онлайн та на практиці запроваджують даний спосіб врегулювання конфлікту²³².

Ефективність онлайн медіації залежить від сутнісної та організаційної готовності сторін та медіатора.

Сутнісна готовність сторін полягає у ставленні сторін до медіації, в усвідомленні конфлікту та бажанні сторін врегулювати конфлікт на взаємоприйнятних умовах.

Сутнісна готовність медіатора полягає в попередньому ознайомленні медіатора із змістом конфлікту. Медіатор повинен знати суб'єктний склад конфлікту, що є об'єктом та предметом конфлікту, ставлення сторін до конфлікту, а також причини конфлікту.

Організаційна готовність сторін та медіатора до онлайн-медіації полягає в технічній забезпеченості та доступом до Інтернету всіх учасників процесу. Технічна забезпеченість означає, що в сторін та медіатора є в наявності телефон або комп'ютер чи інший гаджет, який підключений до Всесвітньої мережі Інтернет, що учасники медіації можуть бути в режимі онлайн орієнтований для проведення медіації час.²³³

В умовах війни або пандемії, онлайн-медіація має використовуватись не як експериментальне явище, а як звичайна процедура, що допомагає сторонам швидко та безпечно врегулювати конфлікт.

Одним із принципів медіації є принцип конфіденційності, тому для медіатора однією із основних задач є вжиття заходів збереження конфіденційності інформації, що стала відомою в процесу медіації. Більше того, це сфера відповідальності медіатора перед сторонами. Важливим питанням є збереження конфіденційності при онлайн врегулюванні конфлікту. Таким чином, медіатор та сторони мають приділяти належну увагу вибору платформи для комунікацій.

При обранні програми для проведення онлайн-медіації, необхідно звернути увагу на функціональні можливості таких програм. Серед переваг таких програм можна виділити наступні: можливість контролювати присутність усіх «запрошених» учасників медіації; можливість вимикати звук (через небажаний шум); можливість вимикати відео;

²³² Національна асоціація медіаторів України. URL: <https://www.facebook.com/NAMUkraine/posts/2186302984827029/>

²³³ Романадзе Л.Д. Онлайн медіація між суб'єктами господарювання: додаткові виклики для сторін та медіатора. Правове життя сучасної України: у 3 т.: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.) / відп. ред. М.Р. Аракелян. Одеса, 2020. Т. 2. С. 282–284.

можливість передачі файлів; підтримка обміну повідомленнями; трансляція екрану.

В країнах, де розвинена система онлайн – врегулювання конфлікту (США, Великобританія, Франція, Канада) створені спеціалізовані платформи (веб-сайти) для врегулювання конфліктів за допомогою онлайн-медіації. Онлайн-медіація в таких країнах передбачає створення та використання необхідної платформи, яка може підтримувати такі функції:

- 1) можливість заповнення заяви або скарги в електронній формі;
- 2) інформування іншої сторони конфлікту про скаргу;
- 3) обрання компетентної особи для надання послуг онлайн-медіації;
- 4) можливість перекладу інформації, яка потрібна сторонам для врегулювання конфлікту;
- 5) можливість управляти конфліктом або здійснювати врегулювання конфлікту в режимі онлайн;
- 6) забезпечення системи зворотного зв'язку, яка дозволить сторонам оцінювати функціональні можливості платформи та ін²³⁴.

В Україні, на сьогоднішній день, ще не створені відповідні платформи для надання послуг онлайн-медіації, але українські медіатори мають змогу використовувати міжнародні платформи, створені з метою врегулювання транскордонних конфліктів.

Метою медіації, в тому числі, онлайн-медіації, є вичерпання конфлікту на взаємоприйнятних умовах. Такі умови відображаються в угоді за результатами медіації. При офлайн-медіації сторони за результатами проведених переговорів скріплюють підписами угоду, до якої дійшли. У випадку ж проведення онлайн-медіації, сторони обирають зручний спосіб ознайомитись із угодою. Це може бути демонстрація екрану медіатора, на якому зображується угода за результатами медіації, або розсилка сторонам конфлікту угоди по електронній пошті, чи іншому месенджері. Отже, якщо сторонам вдалось знайти рішення, яке б змогло задовольнити їх інтереси та вичерпати конфлікт, після ознайомлення із умовами угоди, вони скріплюють своє примирення цифровими підписами²³⁵.

²³⁴ Ёдгоров Х. Альтернативные механизмы разрешения споров: обзор зарубежного опыта. Ташкент, 2017. 216 с.

²³⁵ Полищук В. Цифровые угрозы в онлайн-медиации. URL: <https://mediation-eurasia.pro/%D0%B1%D0%B5%D0%B7-%D1%80%D1%83%D0%B1%D1%80%D0%B8%D0%BA%D0%B8/cifrovyje-ugrozy-v-onlajn-mediaci/>

Медіація в договірній роботі

Медіація в умовах воєнного стану може бути ефективною не тільки як спосіб врегулювання конфлікту, але й як спосіб налагодження комунікації при укладанні угоди. У період війни медіація в договірній роботі має ряд переваг, серед яких: медіація є безпечним способом проведення переговорів; медіатор допомагає з організацією місця та часу проведення договірної роботи; медіатор координує сторін на обговорення умов договору; за допомогою медіації сторони можуть швидше врегулювати спірні питання та укласти договір; використання медіації при договірній роботі – це спосіб уникнення конфлікту між сторонами в подальшому.

Участь медіатора в договірній роботі це порівняно новий напрямок, який називається посередництвом в укладенні угод або Deal making mediation (Deal mediation).

Медіація при укладанні договорів застосовується, коли конфлікту не існує або з метою уникнення його в майбутньому. Посередник допомагає сторонам провести переговори таким чином, аби визначити вигідні умови договірної співпраці. Медіація може бути застосована на всіх етапах роботи або тільки на етапі розроблення договору.

В процесі договірної роботи медіація дозволяє:

1. Визначити найбільш ефективний порядок переговорів для задоволення інтересів обох сторін.
2. Допомогти захистити інтереси обох сторін.
3. Налаштувати сторін на проведення ефективних переговорів.
4. Допомогти сторонами виявити позитивні та негативні сторони договірної співпраці.
5. Зберегти емоційну рівновагу.
6. Виявити спільний зиск для сторін.
7. Визначити та структурувати подальшу співпрацю між сторонами.
8. Допомогти з оформленням умов договору²³⁶.

Медіація, в будь-якій формі, може бути проведена до початку судового процесу, на будь-якій стадії судового розгляду справи або на стадії виконавчого провадження. Досудова медіація може бути проведена за ініціативою однієї із сторін та погодженням іншої сторони, або у випадку медіаційного застереження. Медіаційне застереження – ця угода

²³⁶ Michael Hager. An Introduction to Deal Mediation / ABA Teleconference February 6, 2008. URL: <https://imimmediation.org/resources/deal-mediation/>

сторін про те, що при виникненні конфлікту, пов'язаного з будь-якими правовідносинами, він буде переданий на врегулювання за участю медіатору. Судова медіація є різновидом медіації, що проводиться після того як справа передана на розгляд суду. Така медіація може бути проведена і в умовах воєнного стану, коли сторони бажають швидшим способом врегулювати конфлікт або коли за таких умов предмет спору втратив свою актуальність. Ініціювати медіацію можуть сторони судового спору. Суддя не може ініціювати медіацію. Роль суду може бути виключно інформативною, що полягає в інформуванні сторін про можливість примиритись до винесення судового рішення та прийняти взаємовигідне рішення. Статті 197 ЦПК та 182 ГПК передбачають, що суд на стадії підготовчого засідання з'ясовує у сторін чи бажають вони укласти мирову угоду, передати справу на розгляд третейського суду або звернутися до суду для проведення врегулювання спору за участю судді.

Медіація може застосовуватись і на стадії виконавчого провадження. Зважаючи на те, що рішення суду не може задовольнити обидві сторони або навіть одну із сторін, медіація може бути застосована на стадії, коли суд вже виніс рішення. В такому випадку, сторони мають можливість переглянути свій конфлікт та знайти рішення, яке буде вигідним для обох сторін і, як наслідок, сторони будуть зацікавлені в його виконанні.

Стадії медіації

Як офлайн-медіація, так і онлайн-медіація має складатись із певних стадій. Перша стадія – підготовча. Дана стадія передбачає можливість сторін формулювати свої бачення виходу із конфліктної ситуації, систематизувати матеріал на підтвердження своєї позиції, обрати тактику введення переговорів а також познайомитись із медіатором. Для медіатора на даній стадії важливим є зібрати інформацію про конфлікт та сторін конфлікту, дізнатись необхідність залучення інших учасників до медіації, пояснити сторонам функції медіатора та роз'яснити сторонам переваги медіації.

Сторони можуть самостійно визначитись із порядком та формою проведення медіації або дати таку можливість медіатору.

Терміни проведення медіації регулюються договором між сторонами та медіатором, який прийнято називати договором про проведення

медіації. Договір про проведення медіації – це угода про надання сторонам послуг з проведення медіації з метою врегулювання конфлікту, укладена сторонами конфлікту та медіатором (медіаторами) у погодженні між ними формі з урахуванням вимог законодавства²³⁷.

Наступна стадія медіації – це стадія переговорів, яка складається з конкретних етапів: початок переговорів, етап визначення загальних рамок угоди, етап пошуку рішення, етап прийняття рішення.

Переговори сторін та медіатора починаються із складання регламенту та правил медіації. Сторони на початковому етапі переговорів формулюють свої бачення врегулювання конфлікту та озвучують умови примирення. На етапі визначення загальних умов угоди, сторони самостійно мають визначати умови, на яких можливе вичерпання конфлікту, а також визначаються із необхідністю залучення експертів для надання висновків з необхідних питань²³⁸. Головним на даному етапі є розуміння сторін щодо можливої співпраці їх в процесі медіації. Медіація має бути направлена на прийняття вигідного рішення для всіх. Таке рішення здатне вичерпати конфлікт.

Таким чином, в переговорному процесі мають зрозуміти свою мету та мету іншої сторони в залученні медіації. Складним в процесі медіації є етап пошуку рішень. Часто, сторони в даному етапі, доводячи свою позицію та спростовуючи доводи іншої сторони, зазнають емоційних переживань. Медіатору необхідно згладжувати такі моменти, нагадувати сторонам мету медіації та важливість мирним шляхом врегулювати конфлікт. Медіатор фіксує всі запропоновані сторонами варіанти вичерпання конфлікту та за необхідністю повторно оголошує їх сторонам. Такі заходи дають можливість краще розуміти, яке саме рішення може задовольнити їх вимоги та яке рішення буде задовольняти їх законні інтереси. Якщо медіатор бачить, що стосовно певної позиції, висловленої стороною, можливо досягти згоди, він спрямовує учасників на її обговорення. Якщо сторони не можуть знайти єдино правильного рішення, кожна із сторін пропонує свій варіант врегулювання конфлікту та умови досягнення його мети²³⁹.

²³⁷ Про медіацію: Закон України від 16.11.2022 № 1785 –IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20>

²³⁸ Гірник А.М. Основи конфліктології. К., 2010. 222с. URL: http://pidruchniki.com/10611207/psihologiya/stadiyi_poserednitstva

²³⁹ Степанова Е. А. Медиативное соглашение в системе договоров трудового права. Цивилист. 2012. № 4. С. 95–97.

В процесі пошуку рішення щодо конфлікту, сторони можуть нав'язувати своє бачення іншій стороні або заходити «в глухий кут». В такому випадку необхідне оперативне реагування медіатора та налаштування сторін на примирення. Медіатор також має слідкувати, щоб сторони навмисно не затягували час, адже в такому випадку сторони будуть незадоволені медіацією та не зможуть врегулювати конфлікт. Етап прийняття рішення є важливим етапом в процесі медіації. Сторони на даному етапі випрацьовують рішення, яке здатне задовольнити інтереси однієї та другої сторони.

Завершення переговорів – є останнім етапом, на якому сторони формують зміст угоди за результатами медіації, а медіатор оформлює його протоколом при позитивному результаті медіації, або викладає в протоколі причини неможливості укладення угоди між сторонами.

Угода за результатами медіації

Угода за результатами медіації є відображенням волі сторін щодо врегулювання конфлікту. Медіатор допомагає сторонам в оформленні угоди за результатами медіації, не впливаючи на зміст угоди. Успішне проведення переговорів за участю медіації полягає в тому, щоб сторони самостійно виробили рішення, яке повністю відповідає їх інтересам. Таке рішення закріплюється та знаходить своє відображення в угод за результатами медіації.

Питання правової природи угоди за результатами медіації є актуальним, оскільки така угода є відображенням договірного, добровільного припинення порушення, запобігання порушення або підставою співпраці.

Саме правильне розуміння умов угоди за результатами медіації та оформлення цієї угоди дає можливість сторонам захистити свої права та інтереси. Дотримання умов такого виду цивільно-правового договору забезпечує захищеність сторін від порушень їх прав та інтересів.

Угода за результатами медіації є такою, що задовольняє вимоги обох сторін, коли в ній присутні наступні складові:

1. процедурне задоволення – коли сторони готові використовувати зазначену модель переговорів, незважаючи на хід виконання умов угоди попередньої медіації;

2. психологічне задоволення – коли учасники переговорів не відчували емоційного навантаження, а самі переговори пройшли в спокійній, діловій атмосфері;

3. задоволення по суті – коли сторонам вдалось знайти консенсус, а угода за результатами медіації відображає інтереси обох сторін щодо врегулювання конфлікту²⁴⁰.

На сьогоднішній день, актуальним є вирішення угоди за медіацією укладену в рамках приватної медіації та угоду за результатами судової медіації²⁴¹. В першому випадку, мова йде про угоду як самостійний вид цивільно-правової угоди, а в другому випадку – про угоду яка має схожі риси з мировою угодою.

Так, у праві багатьох країн світу, угоди, укладені в ході приватної медіації, розглядаються як цивільно-правові договори, на які поширюються загальні вимоги матеріального законодавства про двосторонні угоди і, зокрема, про мирові угоди. До таких країн належать: Німеччина, Італія та Франція. Щодо угод, укладених за результатами судової медіації – існує декілька варіантів, зокрема, такі угоди:

1) розглядаються як цивільно-правові угоди (переважно в країнах загального права); в цьому випадку підставою для припинення провадження по справі є, до прикладу, спрямоване до суду сповіщення про укладення угоди за результатами медіації (Канада, Онтаріо);

2) угода прирівнюється до судового рішення (наприклад, у Словенії);

3) розглядається як мирова угода процесуальної природи. Така угода вимагає ухвалення судом і тільки тоді набуває юридичної сили (наприклад, у Фінляндії, Румунії)²⁴².

Отже, угода за результатами медіації має спільні та відмінні риси з мировою угодою, так:

– укладення мирової угоди є виключно «присудовим» способом примирення, укладення угоди за результатами медіації може відбува-

²⁴⁰ Лукьяновская О.В., Мельниченко Р.Г. Основы юридической конфликтологии и медиации. ФГОУ ВПО «Волгоградская академия государственной службы». Волгоград, 2011. 96 с.

²⁴¹ Мазаракі Н. Загальна характеристика договорів, що укладаються у сфері медіації. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/2/32.pdf>

²⁴² EU overview on mediation. European Justice. URL: https://ejustice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-en.do

тись до відкриття судового провадження, на будь-якій стадії судового провадження або на стадії виконавчого провадження;

- мирова угода затверджується судом, угода за результатами не вимагає затвердження ані судом, ані будь-яким державним органом;

- і мирова угода, і угода за результатами медіації мають статус цивільно-правового договору;

- в основі і мирової угоди, і угоди за результатами медіації лежить волевиявлення сторін.

Угода за результатами медіації або онлайн-медіації укладається в письмовій формі та повинна містити наступні відомості:

- 1) дату і місце укладання угоди;

- 2) визначення сторін медіації та їх представників (за наявності);

- 3) вказівку на особу медіатора (медіаторів) та договір про проведення медіації або правила проведення медіації;

- 4) узгоджені сторонами медіації зобов'язання, способи та строки їх виконання, а також наслідки їх невиконання або неналежного виконання;

- 5) інші умови, визначені сторонами медіації.

Угода за результатами медіації, укладена сторонами медіації у письмовій формі, може бути підписана медіатором (медіаторами). У випадку проведення онлайн-медіації угода підписується в зручний сторонам спосіб. Важливо, щоб спосіб підписання угоди за результатами онлайн-медіації був узгоджений на початку процедури.

Угода за результатами медіації не повинна містити положень, які суперечать законам України, інтересам держави і суспільства, моральним засадам, а також впливати на права та інтереси третіх осіб, які не були залучені до процесу медіації.

На основі вищезазначеного, можемо охарактеризувати підстави для визнання угоди за результатами медіації недійсною: 1) у випадку, недотримання вимоги щодо письмової форми; 2) у випадку, коли в угоді за результатами медіації будуть міститись положення, які суперечать законам України, інтересам держави і суспільства, його моральним засадам; 3) у випадку, коли за змістом угоди неможливо визначити суть зобов'язань сторін, способи та строки їх виконання, а також наслідки їх невиконання або неналежного виконання.

Нестор Н. В. доречно зазначає, що положення угоди за результатами медіації мають бути викладені лаконічно, недвозначно, конкретно та

зрозуміло; в угоді мають бути зазначені строки виконання зобов'язань; в угоді повинна бути вказівка на порядок здійснення моніторингу за виконанням умов угоди та визначенні дії, які необхідно вчинити за умови невиконання угоди²⁴³.

Зважаючи на те, що медіація є гнучкою процедурою, предмет угоди за результатами медіації не завжди може збігатися з предметом конфлікту чи судового розгляду. Угода за результатами медіації може містити юридично не значущі, але важливі для сторін умови, включати обов'язки різної правової природи²⁴⁴.

Угода за результатами медіації має бути підписана у трьох: по одній кожній стороні та один варіант залишається медіатору.

По завершенню процедури медіації, медіатор готує звіт про результати медіації та подає його до організації, що його направила на врегулювання конфлікту. Додатком до такого звіту є угода за результатами медіації. При цьому варто зазначити, що медіатор не повинен розкривати змісту безпосереднього процесу медіації, оскільки він, без виключень, має конфіденційний характер²⁴⁵. Такий порядок звітування має позитивний ефект, адже звіти дають можливість зводити статистичні дані щодо кількісних показників застосування медіації для врегулювання конфлікту, щодо кількості вдалих медіацій, щодо категорій справ, які були врегульовані за допомогою медіації. На основі таких даних можна прогнозувати подальші шляхи удосконалення переговорного процесу, законодавства щодо медіації, моделей переговорів та інші.

Потребує подальших досліджень питання дотримання сторонами умов угоди за результатами медіації. Одним із важливих елементів у виконанні умов договору є моніторинг за ходом виконання договору не тільки медіатором, але й самими сторонами. Технічні та інформаційні технології дають більше можливостей для такого моніторингу. Так, його можна здійснювати шляхом телефонного контакту, Інтернет – платформ для спілкування, особистих зустрічей чи проведення спільної підсумкової зустрічі. Отже, комунікаційні процеси між сторонами та медіатором після завершення процедури медіації мають на меті:

²⁴³ Нестор Н.В. Угода за результатами медіації: суть та правові наслідки. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/46898/%D0%9D>

²⁴⁴ Степанова Е. А. Медиативное соглашение в системе договоров трудового права. Цивилист. 2012. № 4. С. 95–97.

²⁴⁵ Прибутько П.С., Михайленко Р.В., Дубчак Л.М. Медіація як спосіб врегулювання конфліктів. Конфліктологія: навч. посіб. К.: КНТ, 2010. 136 с.

- моніторинг виконання угоди;
- обговорення поточних питань, пов'язаних із взаємодією між сторонами та процесом виконання домовленостей;
- уточнення терміну виконання досягнутих домовленостей;
- фіксація повного чи часткового виконання угоди²⁴⁶.

У випадку неможливості знайти взаємовигідне рішення, процедура медіації може завершитись безрезультатно. У такому випадку, медіатор складає протокол про проведення медіації із вказівкою про недосягнення домовленостей між сторонами та надсилає звіт організації, що його направила. Якщо справа знаходиться в суді, медіатору необхідно надати звіт про проведення медіації суду та вказати про неможливість узгодження інтересів сторін. Тоді суд продовжує розгляд справи по суті та вирішує спір відповідно до процесуальних правил.

Отже, угода за результатами медіації є результатом волевиявлення сторін, в якому передбачаються умови задоволення їх вимог. Така угода дає можливість вичерпати конфлікт, а також може передбачати відшкодування моральної та матеріальної шкоди, завданої конфліктом.

Для сторін конфлікту та медіатора важливо, щоб в ході переговорів був знайдений консенсус. Рішення, прийняте в процесі медіації, має бути взаємовигідним та задовольняти інтереси обох сторін. Не завжди рішення, яке приймається під час медіації, відповідає вимогам, які ставились сторонами на початку медіації. Вимоги та позиції сторін від початку конфлікту до кінця переговорного процесу може змінюватись. Сторони, в ході переговорів можуть переосмислити свої інтереси та потреби та визначити, що насправді є вигідним як з майнової сторони так і немайнової. Важливо, щоб підписуючи угоду за результатами медіації, сторони були впевнені в правильності свого рішення, а рішення щоб не суперечило нормам законодавства та моралі, не зачіпали прав та інтересів осіб, які не приймали участь в медіації. За дотриманням даних вимог має слідкувати медіатор.

За загальним правилом, угода за результатами медіації має виконуватись на добровільній основі. У той же час в цілях забезпечення прав добросовісних учасників примирної процедури, вважається необхідним передбачити порядок приведення такої угоди у виконання. Ціка-

²⁴⁶ Бездітний В. Виконання медіаційної угоди // Юридична газета онлайн: Всеукраїнське щотижневє професійне юридичне видання. № 17. 23.04.2013. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/actual/vikonannya-mediaciyanoi-ugodi.html>

вим є досвід штату Колорадо, в якому передбачена можливість звернення до суду однією із сторін медіації задля надання угоди за результатами медіації обов'язкового характеру²⁴⁷.

Особа, яка має договірні відносини щодо врегулювання конфлікту, має право на захист своїх інтересів, які стали відображені в угоді за результатами медіації. Таким чином, вважаємо, що є доречним врегулювати на законодавчому рівні можливість звернення особи, яка була стороною в медіації, до суду задля забезпечення виконання угоди за результатами медіації. Дане положення стане ефективним способом забезпечення своїх прав та інтересів. Під час процесу медіації сторони приймають рішення, яке може задовольнити обидві сторони, але не завжди сторони сумлінно підходять до виконання умов угоди. Навіть у випадку прострочення строків, протягом яких повинні були бути виконанні зобов'язання, інша сторона зазнає значних матеріальних збитків. Отже, на нашу думку, добросовісна сторона медіації повинна бути забезпечена правом на примусове виконання зобов'язань іншою стороною. Аби не завантажувати судову систему та не затягувати судові справи, вважаємо, що доречним є закріплення повноваження суду щодо ухвалення угоди за результатами медіації по спрощеній процедурі. Така процедура має передбачати, дослідження законності угоди за результатами медіації та винесення відповідної ухвали. Дана ухвала надасть обов'язкової сили угоді за результатами медіації, невиконання якої може тягнути відповідні правові наслідки. Дані заходи здатні підвищити виконуваність угод за результатами медіації, що є важливим і в умовах воєнного стану, коли для сторін є важливим саме вичерпання конфлікту та неприйнятним є його затягування або переростання в іншого роду конфлікт.

Попри велику затребуваність процедури медіації в світі, кожна країна і досі проводить заходи щодо просвіти населення стосовно даної процедури. В науковій доктрині тривають дискусії щодо ефективних моделей медіації, комбінованих процедур врегулювання конфлікту, вимог до медіатора, можливості за допомогою медіації врегулювати конкретний конфлікт.

²⁴⁷ Colorado Revised Statutes (2017) Title 13 Courts and Court Procedure Contracts and Agreements Article 22 Age of Competence Arbitration Mediation Part 3 Dispute Resolution Act. URL: <https://law.justia.com/codes/colorado/2017/title-13/contracts-and-agreements/article-22/part-3/>

Просвітницька діяльність в період воєнного стану

Вважаємо, що просвітницька робота має важливе значення в умовах воєнного стану. Вона має носити регулярний характер та проводитись в три рівні.

Перший рівень просвітницької діяльності має бути зосереджений на школярах. Діти та підлітки в період війни дуже вразливі, що призводить до їх конфліктності. Конфлікти можуть виникати між дітьми або між дітьми та батьками, між дітьми та вчителями. Тому, наразі, вбачається доречним запровадження практики використання медіації для врегулювання конфліктів серед школярів. Практика шкільної медіації вже давно існує в світі та носить позитивний характер²⁴⁸. Медіатори мають бути залучені до процесу врегулювання конфлікту в школах та розповідати школярам про наслідки конфліктів та перевагу медіації як процедури мирного врегулювання розбіжностей в поглядах та думках сторін. Шкільна медіація допоможе швидко вичерпати конфлікт та зберегти довірливі відносини як між школярами, так і між батьками та дітьми, або вчителями та дітьми. Врегулювання конфлікту допоможе школярам зосередити свою увагу на навчанні.

Другий рівень просвітницької діяльності має бути зосередженим на закладах вищої освіти. Крім теоретичних знань, які мають надаватись здобувачам вищої освіти, необхідно створити на постійно діючій основі кабінет медіатора, куди б могли звертатись і здобувачі вищої освіти, і професорсько-викладацький склад, і особи, що займають адміністративні посади в закладі. Під час засвоєння теоретичного матеріалу щодо процедури медіації здобувачі вищої освіти повинні звернути увагу на переваги медіації в період воєнного стану, розуміти, які конфлікти ефективніше буде врегульовувати за допомогою позасудових способів, а які краще вирішувати в судовому порядку або за допомогою органів державної влади.

Третій рівень просвітницької діяльності полягає в доведенні до відома працівників підприємств та організацій про мирне, позасудове врегулювання конфлікту, щодо видів конфліктів, які можуть бути врегульовані за допомогою медіатора, про наслідки конфліктів в підпри-

²⁴⁸ Шкільна служба розв'язання конфліктів: досвід запровадження. посібник. К., 2009. 168 с.

ємстві та організації, які впливають на ділову репутацію працівників та юридичної особи.

Таким чином, можна зробити висновок, що медіація в період збройної агресії – це переговорний процес, направлений на швидке, безпечне та мирне врегулювання конфлікту або налагодження співпраці. Медіація в період війни здатна зберегти добрі ділові відносини та стати платформою для укладання нових взаємовигідних договорів. За таких умов, держава та організації, що забезпечують проведення медіації мають заохочувати медіаторів щодо проведення деяких безоплатних переговорних процесів, надавати консультації щодо медіації, її переваг, категорій конфліктів, які можуть бути врегульовані за допомогою медіації.

З метою подальшого успішного поширення медіації в Україні, та використання її в період воєнного стану необхідно: активізувати заходи щодо інформування населення, формуючи обізнаний попит на медіаційні послуги, що дозволяє не тільки робити медіацію затребуваною, але і створити свого роду механізм громадського контролю за якістю медіації; провести роз'яснювальну роботу серед юристів, звертаючи увагу на тому, що медіація не створює конкуренцію правовим консультуванням, не замінює участь адвоката в процесі судового захисту та не може замінити суд інституціонально. Навпаки, лише за наявності стабільної, незалежної, відкритої та повноцінної системи захисту прав, можливе успішне проведення медіації. Злагоджена взаємодія юрисдикційних та неюрисдикційних способів є запорукою ефективного захисту прав²⁴⁹.

Отже, медіація в умовах військової агресії є ефективним способом альтернативного врегулювання конфліктів, які виникли до початку війни або під час військових дій. Примирення за допомогою медіації в період збройної агресії є вигідним для сторін, адже вони мирним шляхом, без емоційного напруження та швидшим способом зможуть знайти рішення, яке буде вигідним для обох. Для державної системи захисту прав, використання медіації сторонами конфлікту в умовах воєнного стану є вигідним, адже допоможе розвантажити суди та органи державної влади, а також поверне довіру до юрисдикційних способів захисту прав.

²⁴⁹ Галупова Л.І. Альтернативні способи врегулювання конфліктів у сфері права інтелектуальної власності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2021. 207 с.

Зміст

ПЕРЕДМОВА.....	4
Розділ 1. ВІЙНА: КОНФЛІКТ ТА СОЛІДАРНІСТЬ ЦИВІЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ.....	9
Розділ 2. ВІДВЕРНЕННЯ ЗАГРОЗИ (ШКОДИ) В УМОВАХ ВІЙНИ	39
Розділ 3. ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ВНАСЛІДОК ВЧИНЕННЯ ДІЙ В МАЙНОВИХ ІНТЕРЕСАХ ІНШОЇ ОСОБИ БЕЗ ЇЇ ДОРУЧЕННЯ	65
Розділ 4. ПРЕДСТАВНИЦТВО.....	90
Розділ 5. ПІКЛУВАННЯ ПРО ІНТЕРЕСИ ДІТЕЙ ТА ЗАХИСТ ТАКИХ ІНТЕРЕСІВ.....	118
Розділ 6. МЕДІАЦІЯ	147

Наукове видання

**ДІЯЛЬНІСТЬ В ІНТЕРЕСАХ ІНШОЇ ОСОБИ
В УМОВАХ ВІЙНИ:
ЦИВІЛІСТИЧНІ АСПЕКТИ**

Колективна монографія

*За ред. проф. Євгена Олеговича Харитонова,
проф. Ірини Віталіївни Давидової*

Підписано до друку 05.09.2022.
Формат 60х84/16. Ум-друк. арк. 24,36.
Наклад 100 прим. Зам. № 2209–01.

Видавець ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.02).
Україна, м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25.
Тел. +38 050 7775901 +38 048 7959160
e-mail: fenix-izd@ukr.net
www.feniksbooks.com