

ODESA **ВІСНИК**
NATIONAL UNIVERSITY **ОДЕСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО**
HERALD **УНІВЕРСИТЕТУ**
Volume 22. Issue 1 (30). 2017 Том 22. Випуск 1 (30). 2017
SERIES ***СЕРІЯ***
JURISPRUDENCE **ПРАВОЗНАВСТВО**

ISSN 2304-1587

MINISTRY OF EDUCATION AND SCIENCE OF UKRAINE
Odesa I. I. Mechnikov National University

ODESA NATIONAL UNIVERSITY HERALD

Series: Jurisprudence

Scientific journal

Published two times a year

Series founded in July, 2006

Volume 22. Issue 1 (30). 2017

Odesa
«Astroprint»
2017

ISSN 2304–1587

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

ВІСНИК ОДЕСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія: Правознавство

Науковий журнал

Виходить 2 рази на рік

Серія заснована у липні 2006 р.

Том 22. Випуск 1 (30). 2017

Одеса
«Астропринт»
2017

Засновник: Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Редакційна колегія журналу:

І. М. Коваль, д-р політ. наук (*головний редактор*), **О. В. Запорожченко** (*заступник головного редактора*), **В. О. Іваниця** (*заступник головного редактора*), **В. М. Хмарський** (*заступник головного редактора*), **С. М. Андрієвський**, **Ю. Ф. Ваксман**, **Л. М. Голубенко**, **Л. М. Дунаєва**, **В. В. Заморов**, **В. В. Глебов**, **Є. В. Круглов**, **В. Г. Кушнір**, **В. В. Менчук**, **Л. М. Солдаткіна**, **В. І. Труба**, **О. В. Тюрін**, **Є. А. Черкез**, **Є. М. Черноіваненко**

Редакційна колегія серії:

І. С. Канзафарова, д-р юрид. наук (*науковий редактор*); **О. І. Миколенко**, д-р юрид. наук (*заступник наукового редактора*); **В. В. Валах**, канд. юрид. наук, доц. (*відповідальний секретар*); **О. О. Борисова**, д-р юрид. наук; **О. В. Дзера**, д-р юрид. наук; **Л. О. Корчевна**, д-р юрид. наук; **Н. М. Мироненко**, д-р юрид. наук; **Р. М. Мінченко**, д-р юрид. наук; **О. В. Прієшкіна**, д-р юрид. наук; **Р. І. Ситдікова**, д-р юрид. наук; **А. Г. Тіковенко**, д-р юрид. наук; **В. І. Труба**, канд. юрид. наук; **О. Трунк**, докт. юрид. наук; **В. Л. Яроцький**, д-р юрид. наук

Editorial board of the journal:

I. M. Koval (*Editor-in-Chief*), **O. V. Zaporozhchenko** (*Deputy Editor-in-Chief*), **V. O. Ivanytsia** (*Deputy Editor-in-Chief*), **V. M. Khmarsky** (*Deputy Editor-in-Chief*), **S. M. Andrievsky**, **Yu. F. Vaksman**, **V. V. Glebov**, **L. M. Golubenko**, **L. M. Dunaeva**, **V. V. Zamorov**, **V. E. Kruglov**, **V. G. Kushnir**, **V. V. Menchuk**, **L. M. Soldatkina**, **V. I. Truba**, **O. V. Tyurin**, **E. A. Cherkez**, **E. M. Chernoiivanenko**

Editorial board of the series:

I. S. Kanzafarova, Doctor of law sciences (*Scientific Editor*); **O. I. Mikolenko**, Doctor of law sciences (*Deputy of Scientific Editor*); **V. V. Valakh**, Candidate of law sciences (*Executive Secretary*); **O. O. Borisova**, Doctor of law sciences; **O. V. Dzera**, Doctor of law sciences; **L. O. Korchevna**, Doctor of law sciences; **R. M. Minchenko**, Doctor of law sciences; **N. M. Myronenko**, Doctor of law sciences; **O. V. Prieshkina**, Doctor of law sciences; **R. I. Sitdikova**, Doctor of law sciences; **A. G. Tikovenko**, Doctor of law sciences; **V. I. Truba**, Candidate of law sciences; **A. Trunk**, Doctor of law sciences; **V. L. Jarotskij**, Doctor of law sciences

ЗМІСТ

Спортивне право

Апаров А. М.

Концепція спортивного права: огляд ключових аспектів 6

Журавлева Т. В.

Организационно-правовой аспект новых направлений
адаптивного спорта: международный и национальный контекст 20

Гниздовская А. М.

Особенности правового статуса посредников в профессиональном
футболе 31

Тіхонова М. А.

Можливість відшкодування шкоди, завданої спортсмену-
професіоналу у зв'язку з неправильно винесеним рішенням
щодо нього за використання допінгу 47

Право інтелектуальної власності, зарубіжне право

Федоров А. А.

Теория эквивалентов в изобретательском праве 54

Царева А. Е.

Гражданско-правовые способы поддержки коммерциализации
интеллектуальной собственности в России 64

YeliferoV D. O.

Issues of copyright enforcement in the digital environment: P2P
networking and Darknet 80

Мінченко Д. А.

Умови виконання рішень іноземних судів в Англії за нормами
загального права 95

Борисова Ю. Є.

Моральна шкода та умови її компенсації в англо-
американському праві.....106

Актуальна тема

Пилипенко Ю. О.

Умови вступу у «фактичний шлюб»112

СПОРТИВНЕ ПРАВО

УДК 34:796:341.01

А. М. Апаров

доктор юридичних наук, доцент

Київська державна академія водного транспорту імені гетьмана Петра

Конашевича-Сагайдачного,

кафедра господарського та транспортного права, в. о. завідувача

вул. Фрунзе, 9, Київ, 04071, Україна

КОНЦЕПЦІЯ СПОРТИВНОГО ПРАВА: ОГЛЯД КЛЮЧОВИХ АСПЕКТІВ

Стаття присвячена вивченню концептуальних питань спортивного права, які дозволяють розглядати його як утворення, що має ознаки відносної самостійності та характеризується комплексністю норм, а тому і наявністю особливих механізмів правового регулювання, що спрямовані на ефективне збалансування між собою приватних та публічних елементів в означеній сфері. Як наслідок розвитку механізмів правового регулювання спортивних відносин розглядається розвиток особливого правового режиму спортивного права, а також розвиток юридичних вчень про предмет, метод, принципи, суб'єкти та інші системоутворюючі складові цієї галузі правових знань.

Ключові слова: спортивне право, концепція, предмет спортивного права, метод спортивного права, спортивні правовідносини.

Постановка проблеми. У сучасних умовах розвитку не викликає жодних сумнівів та обставина, що право та закон з об'єктивною необхідністю спрямовуються на регулювання суспільних відносин, адже як право, так і закон виходить, у першу чергу, із змісту суспільних потреб та самих суспільних відносин, що у зв'язку з цими потребами виникають і розвиваються. Зазначена тенденція супроводжується трансформаційними процесами, що мають місце у площині юридичних наук, адже відповідні науки, намагаючись «крокувати в ногу з часом», спрямовані на розробку та впровадження у правозастосовну практику різних ефективних юридичних моделей правового регулювання суспільних відносин, що виникають та розвиваються в різних сферах суспільного буття. Таким чином, динамічна й безперервна хода розвитку суспільства зумовлює у своєму наслідку істотну трансформацію та удосконалення конструкцій і систем галузей права та законодавства.

Зазначені тенденції мобільності та динамічності розвитку суспільства, суспільних відносин, права та законодавства в цілому стосуються усіх

без винятку світових держав, у т. ч. і України, для якої відправною точкою бурхливого розвитку різних сфер суспільної життєдіяльності можна справедливо вважати здобуття та проголошення її незалежності. Вказане пов'язується з істотною й різнобічною зміною ідеології світогляду людини, що створило передумови для перегляду вже існуючих та розробку й впровадження нових теорій, концепцій і підходів в усіх сферах людського буття, у т. ч. тих, що стосуються концептуальної зміни акцентів у правовій системі нашої держави.

Відтак, наголосимо, що у площині окреслених процесів розпочався та динамічно продовжується процес розвитку юридичних наук та створення на їх базі нових галузей, інститутів, категорій і понять національного права та законодавства.

На нашу думку, своє чільне місце серед таких новітніх правових явищ наразі посідає і спортивне право, яке, як комплексна галузь права, набуло всіх ознак відносної самостійності та характеризується комплексністю норм, а тому і наявністю особливих механізмів правового регулювання, що спрямовані на ефективне збалансування між собою приватних та публічних елементів в означеній сфері. При цьому наслідком розвитку механізмів правового регулювання спортивних відносин постали розвиток особливого правового режиму спортивного права, а також розвиток юридичних вчень про предмет, метод, принципи, суб'єкти та інші системоутворюючі складові цієї галузі правових знань.

Таким чином, перед юридичною наукою постає цілком об'єктивна необхідність у чіткому визначенні й окресленні спортивного права як правового явища, з огляду на що дослідження, що здійснені в рамках цієї роботи, є неабияк актуальними.

Постановка завдання. Дотримуючись сприйнятих у юридичній науці методологічно-правових підходів до характеристики галузі права в цілому, огляд «правового статусу» «спортивного права» варто розпочати з окреслення його місця серед інших правових конструкцій національної правової системи України. На особливу увагу при цьому заслуговує питання з'ясування сутності (юридичної природи) спортивного права як правової галузі.

У порушеному контексті перед нами постає істотна проблема, адже наразі спортивне право неоднозначно визнається окремою галуззю правової системи, що вбачається цілком зрозумілим з погляду його новизни, яка, як риса не юридичного, а скоріше соціально-політичного характеру, досить часто критично сприймається в юридичних колах, а також з погляду його нетрадиційного характеру і, як наслідок, особливої юридичної природи, що стало поштовхом розмежування думок у правничій літературі з цього приводу.

Отже, для того, щоб вірно осмислити окреслене питання, слід насамперед звернутися до огляду загальних методологічно-правових постулатів побудови конструкції правової системи України, в певному розрізі з якими і перебуває галузь спортивного права. При цьому підкреслимо, що зазначена правова конструкція (спортивне право) перебуває на етапі своєї найбільш активної фази становлення та розвитку.

Виклад основного матеріалу. Відтак, відзначимо, що право за своєю юридичною природою є певною, обґрунтованою з точки зору юридичної науки, системою правових норм, що за змістом своєї регулятивної дії систематично інтегруються у правові галузі, інститути, підгалузі тощо. При цьому доречно наголосити, що з точки зору правової науки саме галузь права є найбільш об'ємним елементом у системі права, що являє собою певну чітко структуровану за змістом і формою систему правових норм, що регулюють певний вид якісно однорідних відносин, що виникають та розгортаються в соціумі.

У доктрині правової науки сформувався підхід, згідно зі змістом якого в основі концепції побудови правової системи, яку (концепцію) можна іменувати однією з ключових парадигм права та юриспруденції в цілому, закладений механізм виділу самостійних галузей права за двома ключовими критеріями — предметом і методами правового регулювання [1, с. 8]. У той же час, не можемо не згадати, що наразі вказана позиція, хоч і є ключовою, втім не є єдиною, оскільки останніми роками в юридичній науці загалом, а також в рамках окремих галузевих правових знань, поряд із предметом і методом правового регулювання, для узагальнюючої характеристики конкретних галузей права та як один із важливих системоутворюючих факторів при дослідженні юридичної специфіки тієї або іншої галузі права дедалі частіше використовуються й інші правові категорії, а саме: правовий режим галузі права; галузеві правові принципи; суб'єкти (учасники) суспільних відносин, на регулювання відносин між якими скеровані норми тієї чи іншої галузі права тощо. У контексті цієї роботи зазначена тенденція виявляється досить актуальною, адже такого формату підхід дозволяє в максимально можливій і повній мірі охарактеризувати відносно нові галузі правової системи, у першу чергу — комплексні, зокрема і спортивне право.

Отже, як найбільш значна за обсягом та уніфікована за однорідністю змісту складова правової системи, галузь права виокремлюється за критеріями предмета і методу правового регулювання. При цьому під предметом правової галузі традиційно розуміють певну сферу якісно однорідних за змістом суспільних відносин, на регулювання та упорядкування якої скеровується юридична дія норм відповідної конкретної галузі права. У свою чергу, метод галузі права — це юридичний спосіб регулятивного впливу норм галузі права на суспільні відносини, що виступають предметом її регулювання. Галузевим правовим методам, як правило, властиві особливі прийоми регулювання.

Таким чином, зафіксуємо те, що формування самостійної галузі права відбувається як логічний наслідок відособлення окремої групи суспільних відносин за своєю однорідністю (предмет) і конструюванням у зв'язку з цим особливого регулятивного інструменту впливу (методу) на зазначену групу відносин.

З цього ж приводу відзначимо, що у площині юридичної науки прийнято розмежовувати базові (основні) галузі права, що володіють власним предметом і методами регулювання, а також комплексні, норми яких, як

вважається, не пов'язані єдиним методом і механізмом регулювання та мають досить тісний взаємозв'язок з основними галузями.

Переходячи до огляду й характеристики спортивного права як правового явища, зазначимо, що ця складова правової системи за своєю юридичною природою є комплексною галуззю права, яка перебуває на стадії свого становлення та розвитку, а відтак, відносно самостійною галуззю правової системи. На підтвердження зазначеного спробуємо окреслити ключові системоутворюючі фактори спортивного права саме як галузі права, зокрема, його предмета, методу, правового режиму тощо.

У цьому зв'язку першочергово спадає на думку те, що, як певна сукупність правових норм, спортивне право регулює суспільні відносини, що виникають та розвиваються у сфері спорту, а тому тісно взаємопов'язані з такими категоріями як спорт, фізкультурно-оздоровча і спортивна діяльність, а також спортивні змагання. Узагальнено назвемо вказані види суспільних відносин «спортивними». При цьому підкреслимо, що вони під дією юридичних норм набувають форми правових.

На основі вказаного можна стверджувати, що визначення та окреслення таких понять, як спорт, фізкультурно-оздоровча і спортивна діяльність, а також спортивні змагання, є ключовим для спортивного права та законодавства у цій сфері. Більше того, зазначені категорії і поняття досить активно використовуються і в інших галузях права, що зумовлює необхідність у здійсненні докладнішого огляду та аналізу їх змісту, про що більш докладно йтиметься далі.

Отже, однією з основних ознак галузі спортивного права є те, що вона охоплює й регулює якісно однорідну сферу спортивних суспільних відносин. Одразу констатуємо, що вказана ознака є однією з базових та визначальних для виокремлення галузі спортивного права. У порушеному контексті доцільно більш докладно охарактеризувати спортивні суспільні відносини.

Так, сфера спортивних суспільних відносин є певною «соціальною реальністю», що виступає предметом регулювання спортивного права та спортивного законодавства. При цьому спортивні відносини становлять собою досить складну та багатоаспектну правову категорію, до структури якої входять різні елементи, зокрема: суб'єктний склад (суб'єкти); різного роду об'єкти (у т. ч. блага, які виступають засобом забезпечення потреб різних суб'єктів у спорті, а саме: потреби населення у заходах спортивно-видовищного характеру, потреби спортсменів у задоволенні власних інтенцій, потреби держави у забезпеченні завдань щодо формування фізично- та психологічно-здорової нації тощо), з приводу яких суб'єкти, як правило, і вступають у відповідні відносини; зміст, до складу якого серед іншого входять юридичні та інші елементи (права, обов'язки, дії, вчинки, поведінка суб'єктів тощо), що є підставами виникнення, зміни та припинення відповідних відносин.

Утім, не заглиблюючись до структури системи спортивних відносин, на основі власних досліджень [2] та як узагальнення відзначимо, що предметом спортивного права виступає певна відносно однорідна сукупність

суспільних відносин, які виникають у зв'язку з реалізацією певних організаційних, соціальних, економічних та інших аспектів діяльності у сфері спорту та фізичної культури, а також суспільні відносини, що виникають при створенні умов для розвитку спорту та фізичної культури та, крім того, пов'язані з ними господарські (економічні/підприємницькі), майнові, цивільні, трудові та фінансові суспільні відносини, що виникають у зв'язку з організацією та проведенням цілеспрямованих заходів спортивного характеру.

Очевидно, що спортивні відносини розгортаються не за правилами природи (крім випадків впливу факторів природного навколишнього середовища у конкретних видах спорту і спортивних змагань, як-от: показники температури повітря, швидкості переміщення повітряних мас (вітру) тощо, які за певних умов можуть справляти вагомий вплив на особливості проведення спортивних змагань та інших заходів спортивного характеру чи взагалі зумовлювати можливість чи неможливість їх проведення тощо), а тому виникла об'єктивна необхідність у їх врегулюванні та впорядкуванні з боку різних соціальних інституцій. Основна роль у забезпеченні реалізації такої необхідності саме і відведена спортивному праву та його конструкціям.

Отже, підсумуємо, що пізнавальна реакція нормотворчих державних владних установ, а також провідних представників науки на розвиток цілої відносно відособленої сфери суспільних відносин виявилася у розробці та впровадженні низки норм та конструкцій галузей спортивного права та спортивного законодавства.

Як і будь-які види суспільних відносин, що регулюються правом, спортивні відносини, що виступають предметом регулювання норм спортивного права і спортивного законодавства, виникають між різноманітними суб'єктами (спортсменами, споживачами спортивно-видовищних заходів (глядачами, уболівальниками), організаторами спортивних заходів, державними органами та муніципальними установами тощо) у процесі організації та безпосереднього проведення фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності, у процесі організації та здійснення цілеспрямованих фізкультурно-оздоровчих та спортивних заходів. Іншими словами: це такі специфічні суспільні відносини, що виникають у зв'язку з реалізацією фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності та розвиваються згідно з нормами спортивного права і законодавства у цій сфері. При цьому слід відмітити, що сама сфера фізичної культури і спорту, в рамках якої розгортаються спортивні відносини, пов'язані з організацією та здійсненням фізкультурно-оздоровчої й спортивної діяльності, охоплює досить широке коло складових, зокрема: фізичне виховання різних груп населення, масовий спорт, фізкультурно-спортивну реабілітацію, дитячо-юнацький спорт, спорт вищих досягнень, професійний спорт, олімпійський спорт тощо.

Суб'єктом спортивних правовідносин є особа (сукупність осіб), яка бере участь у фізкультурно-оздоровчій і спортивній діяльності та наділяється при цьому спортивним законодавством певними правами та обов'язками. Вважається, що у спортивних правовідносинах беруть участь як фізичні,

так і юридичні особи. До таких, зокрема, належать: різні спортивні заклади (спортивні клуби, спортивні школи, школи вищої спортивної майстерності, центри олімпійської підготовки тощо); громадські організації фізкультурно-спортивної спрямованості; міжнародні організації у сфері фізичної культури і спорту; організатори фізкультурно-оздоровчих або спортивних заходів; професійні спортсмени та спортсмени-аматори; споживачі фізкультурно-оздоровчих та спортивних послуг і заходів (уболівальники, глядачі тощо); органи державної влади тощо.

Поряд із суб'єктивним складом, спортивні відносини включають також таку важливу складову як об'єкт спортивних правовідносин. Таким (об'єктом) виступають ті чи інші конкретні матеріальні й нематеріальні блага, з приводу яких виникають, змінюються та припиняються правовідносини між суб'єктами спортивного права. У цьому ж зв'язку доречно наголосити, що особливе та ключове місце в структурі об'єкта спортивних правовідносин посідають саме нематеріальні блага, що створюються та існують завдяки фізкультурно-оздоровчій та спортивній діяльності. До таких слід віднести ділову репутацію спортивного клубу чи спортсмена, спортивно-видовищні блага, що задовольняють відповідні потреби населення та спортсменів тощо. Щодо останніх, то слід відзначити, що оскільки власне спортивні змагання та інші заходи спортивного характеру проводяться з метою досягнення певного спортивного результату, то можна стверджувати, що такий (спортивний результат), поряд із самим спортивним видовищем, є одним із ключових елементів заходу спортивного характеру. Відтак, ключовою метою участі у заходах спортивного характеру є організація спортивного видовища, а також досягнення у ході його перебігу запланованого спортивного результату. Такий результат слугує якісно-кількісним показником реалізації підготовленості та фізично-інтелектуальних можливостей спортсмена та/або спортивної команди, оцінюваний за чітко встановленими у спорті критеріями (стандартами, правилами).

Зміст спортивних правовідносин, як один із його складових елементів, включає суб'єктивні права та обов'язки, повноваження, відповідальність суб'єктів спортивних відносин тощо. При цьому очевидно, що спеціальні права та обов'язки суб'єктів спортивного права визначаються в залежності від виду спорту та характеру спортивних правовідносин актами нормативного характеру міжнародних та національних спортивних організацій, а також органів державної влади у тій чи іншій державі.

Отже, з огляду на все зазначене вище, підсумовано, що спеціальними ознаками спортивних правовідносин, як предмету спортивного права, є:

- суб'єкт спортивних правовідносин, тобто особа (фізична чи юридична), яка бере участь у фізкультурно-оздоровчій та спортивній діяльності;
- об'єкт спортивних правовідносин, з приводу якого саме і виникає та здійснюється діяльність його суб'єктів;
- зміст спортивних правовідносин як сукупність суб'єктивних прав і обов'язків, повноважень, відповідальності суб'єктів.

Разом із тим, спортивне право в частині стосується і певних інших видів суспільних відносин (цивільних, адміністративних, трудових, госпо-

дарських тощо), з огляду на що в його системі присутні норми інших галузей права. Зазначене є підставою для констатації тієї обставини, що спортивне право є комплексною галуззю права, а його характеристика повинна ґрунтуватися серед іншого і на специфіці норм права, що визначають його предмет та належать до основних (базових) галузей права.

Як висновок підсумуємо, що спортивне право є відносно самостійною та комплексною галуззю правової системи, оскільки у спортивному праві інтегруються норми, які за своєю природою досить ефективно та з об'єктивною необхідністю регулюють специфічні спортивні відносини, що не підпадають під сферу впливу інших основних галузей права, а також в частині включають норми інших галузей права, що зумовлено складністю та комплексністю предмета спортивного права, який у зв'язку з цим інтегрує не лише суто спортивні відносини, а й іншогогалузеві види суспільних відносин, що з ними пов'язані (адміністративні, трудові, цивільні, господарські тощо).

Що стосується методу правового регулювання спортивного права, то ця галузь правової системи застосовує як імперативний (обов'язковий, директивний, метод обов'язкових приписів), так і диспозитивний (автономний, метод узгодження) методи регулювання суспільних відносин. У цьому ж зв'язку відзначимо, що розвиток правового інструментарію механізмів регулювання спортивного права призвів до формування особливого правового режиму регулювання суспільних спортивних відносин. Зокрема, у спортивному праві України правовий режим регулювання набуває форми правового режиму фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності. При цьому для такого правового режиму характерним є поєднання приватноправових та публічно-правових механізмів регулювання, що зумовлено складністю характеру самої фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності, яка у зв'язку з цим включає низку публічних та приватних інтересів, що підлягають збалансуванню між собою. Таким чином, спортивне право України — це комплексна галузь права, що характеризується поєднанням приватних і публічних механізмів правового регулювання та особливим правовим режимом, який слугує одним із системоутворюючих факторів цієї галузі права.

Отже, спортивне право — це комплексна та відносно самостійна галузь права, що утворює систему правових норм, регулятивна дія спрямовується на упорядкування:

- організаційних, соціальних, економічних та інших аспектів, пов'язаних з організацією та здійсненням діяльності у сфері фізичної культури і спорту;
- суспільних відносин, пов'язаних з проведенням спортивних заходів різного характеру, у т. ч. спортивних змагань;
- суспільних відносин, що виникають при створенні умов для розвитку фізичної культури і спорту;
- пов'язаних зі спортивними господарських, цивільних, трудових, адміністративних, фінансових та інших видів суспільних відносин, які виникають у зв'язку з організацією та проведенням цілеспрямованих фізкуль-

турно-оздоровчих та спортивних заходів комерційного та некомерційного спрямування;

– суспільних відносин між суб'єктами сфери фізичної культури і спорту, які мають аматорський або професійний статус або займаються фізичною культурою і спортом для задоволення своїх особистих потреб, а також відносин між організаторами фізкультурно-оздоровчих або спортивних заходів;

– суспільних відносин споживання результатів спортивних заходів (спортивних послуг видовищного характеру тощо).

Наслідком розвитку спортивно-правових норм та правового регулювання спортивних відносин в цілому постало формування особливого правового порядку у цій сфері. Зазначений порядок ґрунтується на певних засадах, які визначають й виражають сутність спортивного права та які іменуються принципами спортивного права. Як вважається, принципи права не є результатом суб'єктивного розсуду органів влади чи науковців, адже вони представляють органічно властиві праву якості. Юридична доктрина лише виявляє, аргументує, досліджує й систематизує їх, а також показує їхню роль, значення, зміст і функціонування. Принципи права можуть бути закріплені в його конкретних нормах або виводитися логічно з їхньої сукупності.

У спортивному праві, з огляду на його комплексний характер, доречно виокремити загальноправові та спеціальні принципи регулювання. Так, до загальноправових принципів відносяться:

– принцип законності, що є загальноправовим, а його реалізація закладена в основу побудови правової держави;

– принцип свободи підприємницької (комерційної) діяльності у сфері спортивних відносин, що полягає у визнанні та забезпеченні права суб'єкта фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності розпочинати та здійснювати підприємництво в будь-якій не забороненій законом і правом формі тощо;

– принцип допустимості державного втручання (регулювання) спортивних відносин, якщо у цьому є потреба, зумовлена необхідністю охорони й захисту публічних інтересів суспільства, держави тощо.

Щодо спеціальних принципів правового регулювання спортивного права, то до таких можна віднести:

– принцип пріоритетності сфери фізичної культури і спорту та їх визнання необхідними умовами всебічного розвитку особистості та формування здорового способу життя суспільства;

– принцип визнання спорту як важливого чинника досягнення фізичної та духовної досконалості людини, формування патріотичних почуттів у громадян та позитивного міжнародного іміджу держав;

– принцип забезпечення гуманістичної спрямованості та пріоритету загальнолюдських цінностей, справедливості, взаємної поваги та гендерної рівності;

– принцип рівності прав та можливостей у сфері фізичної культури і спорту;

– принцип забезпечення безпеки життя та здоров'я осіб, які займаються фізичною культурою і спортом, учасників та глядачів (уболівальників) спортивних і фізкультурно-оздоровчих заходів;

– принцип створення умов для соціального та правового захисту учасників відносин у сфері фізичної культури і спорту;

– принцип відкритості та забезпечення різноманітності, високої якості та доступності фізкультурно-спортивних послуг для людини;

– принцип забезпечення доступу інвалідів до спортивних споруд;

– принцип заохочення благодійної діяльності у сфері фізичної культури і спорту;

– принцип пріоритетності міжнародних стандартів і світового досвіду у сфері фізичної культури і спорту з урахуванням національних традицій і досягнень тих чи інших держав.

Оскільки спортивне право є комплексною галуззю права, то його систему, поряд із нормами спортивного права, серед іншого також формують норми декількох інших галузей права. Нагадаємо, що об'єднання певної сукупності норм різних галузей в окрему галузь спортивного права зумовлене необхідністю структуризації цих правових норм в цілісну систему, що є віддзеркаленням структуризації предмета правового регулювання спортивного права у відносно окрему цілісну сферу.

За своєю юридичною природою норма спортивного права — це писане і обов'язкове до виконання правило поведінки, направлене на врегулювання суспільних відносин, які виникають між суб'єктами спортивного права у процесі організації та здійснення цілеспрямованих фізкультурно-оздоровчих та спортивних заходів тощо. Відповідно, сукупність норм, що регулюють суспільні відносини, пов'язані із фізкультурно-оздоровчою і спортивною діяльністю та її суб'єктами, а також із деякими іншими пов'язаними з цим питаннями, що охоплюються предметом спортивного права, утворює спортивне право.

Як будь-яка інша галузь права, спортивне право являє собою складну цілісну систему з певною внутрішньою структурою. Зазначена система включає сукупність внутрішніх елементів спортивного права, розташованих у певній послідовності та ієрархії, що визначається внутрішньою логікою цієї галузі.

Можна стверджувати, що визначення та окреслення понять «спорт», «фізкультурно-оздоровча і спортивна діяльність», а також «спортивні змагання» є ключовим для спортивного права та законодавства у цій сфері, адже вони безпосередньо стосуються предмета цієї галузі. Більше того, зазначені категорії і поняття досить активно використовуються і в інших галузях права. Зазначене зумовлює необхідність у здійсненні огляду й аналізу їх змісту та сутності.

Безумовним є твердження про те, що в основі фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності лежать поняття «фізична культура» та «спорт». Тому визначення їх змісту та сутності є необхідною передумовою для правової характеристики фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності.

Фізкультурно-оздоровча та спортивна діяльність пов'язана із правом людини на вільний доступ до фізичного виховання і спорту, які є необхідними для розвитку її особистості. З точки зору нормативного підходу, зокрема положень ст. 1 Закону України «Про фізичну культуру і спорт» від 24 грудня 1993 р. № 3808-ХІІ [3, ст. 80], під фізичною культурою розуміється діяльність суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, яка спрямована на забезпечення рухової активності людей з метою їх гармонійного, передусім фізичного, розвитку та ведення здорового способу життя. Основними напрямками фізичної культури при цьому виступають: фізичне виховання різних груп населення, масовий спорт, фізкультурно-спортивна реабілітація.

Щодо поняття спорту, то під ним розуміється діяльність суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, спрямована на виявлення та уніфіковане порівняння досягнень людей у фізичній, інтелектуальній та іншій підготовленості шляхом проведення спортивних змагань та відповідної підготовки до них. Основними напрямками спорту є: дитячий спорт, дитячо-юнацький спорт, резервний спорт, аматорський спорт, спорт вищих досягнень, професійний спорт, спорт ветеранів, олімпійський спорт, неолімпійський спорт, спорт інвалідів, інші види спорту.

Як вбачається з наведених визначень, спорт є об'єктивним наслідком зайняття суб'єктами сфери фізичної культури і спорту фізичною культурою, оскільки вона забезпечує рухову активність людей, а спорт дозволяє на певному етапі порівнювати ті надбання шляхом фіксування їх результатів відповідно до уніфікованих стандартів та правил.

Отже, з наведеного вище можна зробити висновок, що фізична культура в своїй основі спрямована на забезпечення гармонійного фізичного розвитку суспільства, ведення ним здорового способу життя, і механізмом реалізації цієї мети є власне саме фізкультурно-оздоровча діяльність і спорт уповноважених суб'єктів, при цьому спорт розглядається як елемент фізичної культури, який дозволяє порівняти результати суб'єктів, які займаються фізичною культурою, а спортивна діяльність, як елемент фізкультурно-оздоровчої діяльності, сприяє розвитку та становленню спорту в Україні.

Аналіз понять «фізична культура» та «спорт» передбачає обов'язкову характеристику відповідних окремих видів соціальної діяльності людини, тобто таких, що спрямовані на задоволення конкретно визначених життєвих потреб людини. Тому, той вид людської діяльності, який реалізується у сфері фізичної культури і спорту або з ними пов'язаний, іменується фізкультурно-оздоровчою та спортивною діяльністю. При цьому, беручи до уваги ту обставину, що зміст і характер цих понять є взаємопов'язаними, вважаємо цілком обґрунтованим розглядати фізкультурно-оздоровчу та спортивну діяльність як цілісну категорію, оскільки спорт є складовим елементом (необов'язковим наслідком) фізкультурно-оздоровчої діяльності.

На нашу думку, фізкультурно-оздоровчу та спортивну діяльність можна визначити як сукупність творчих, універсальних, цілеспрямованих заходів, під час яких можуть змінюватися об'єкти, процеси та явища природ-

ного і соціального походження, що ґрунтуються на поєднанні приватних і публічних інтересів і можуть здійснюватися професійно суб'єктами сфери фізичної культури і спорту для розвитку фізичної культури та спрямовані на забезпечення рухової активності людей з метою їх гармонійного, передусім фізичного, розвитку та ведення здорового способу життя, на виявлення та уніфіковане порівняння досягнень людей у фізичній, інтелектуальній та іншій підготовленості шляхом проведення фізкультурно-оздоровчих та спортивних заходів та забезпечення відповідної підготовки до них.

У порушеному контексті підкреслимо, що одним із ключових понять спортивного права є саме категорії фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності, які в сукупності з деякими іншими категоріями зумовлюють виникнення та розвиток суспільних відносин, що виступають предметом регулювання норм спортивного права (спортивні правовідносини).

В основі фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності лежать такі поняття, як порівняння та подальша оцінка результатів цієї діяльності за певними нормативно-визначеними критеріями (стандартами), які (порівняння та оцінка) здійснюються в рамках чітко регламентованого складного процесу, що має назву «спортивне змагання». Таким чином, одним із базових понять у спортивному праві також є поняття спортивного змагання, що об'єктивно зумовлює необхідність розглянути його сутність.

Спортивне змагання за своєю сутністю є одним із різновидів спортивного заходу, а за своєю формою є зовнішнім вираженням реалізації суб'єктами спортивного права своєї спортивної правосуб'єктності та водночас формою спортивної діяльності взагалі. Аналіз сутності цього поняття наводить на думку, що спортивне змагання є складною за змістом та сутністю категорією, що включає в себе комплекс юридичних, економічних і соціальних елементів. Можна дати наступне визначення цього поняття: спортивне змагання — це система створюваних організатором відповідного спортивного заходу правових, економічних і організаційних заходів, направлених на ефективну, точну і повну реалізацію затвердженого регламенту (положення) змагання і забезпечення умов його проведення з урахуванням дотримання прав та інтересів учасників змагання, його організаторів, глядачів й інших осіб (у т. ч. заходи, що є необхідними для забезпечення нормального ходу змагання і забезпечення їх виконання), що знаходять свій вияв у суперництві, змаганні, боротьбі спортсменів за певні блага з метою досягнення завдяки власним досягненням переваг перед іншими спортсменами, тобто з метою досягнення певного спортивного результату, кращого від спортивного результату інших спортсменів.

Висновки. В якості логічного висновку проведеного дослідження, підсумуємо наступне.

Фізкультурно-оздоровча та спортивна діяльність за своїм характером є публічно-приватною, а спортивне право України — це комплексна галузь права, що характеризується поєднанням приватних і публічних механізмів правового регулювання, а також, у зв'язку з цим, особливим правовим режимом, який слугує одним із системоутворюючих факторів цієї галузі права.

Як комплексна та відносно самостійна галузь права, спортивне право утворює систему правових норм, які регулюють:

- організаційні, соціальні, економічні та інші аспекти, пов'язані з організацією та здійсненням діяльності у сфері фізичної культури і спорту;
- суспільні відносини, пов'язані з проведенням спортивних заходів різного характеру, у т. ч. спортивних змагань;
- суспільні відносини, що виникають при створенні умов для розвитку фізичної культури і спорту;
- пов'язані зі спортивними господарські, цивільні, трудові, адміністративні, фінансові та інші види суспільних відносин, які виникають у зв'язку з організацією та проведенням цілеспрямованих фізкультурно-оздоровчих та спортивних заходів комерційного та некомерційного спрямування;
- відносини між суб'єктами сфери фізичної культури і спорту, які мають аматорський або професійний статус або займаються фізичною культурою і спортом для задоволення своїх особистих потреб, а також відносини між організаторами фізкультурно-оздоровчих або спортивних заходів;
- відносини споживання результатів спортивних заходів (спортивних послуг видовищного характеру тощо).

Спортивне право має статусні характеристики, адже володіє власним предметом та методом регулювання, правовим режимом, принципами, суб'єктним складом тощо.

Ключовими поняттями спортивного права виступають: спорт, фізкультурно-оздоровча і спортивна діяльність, спортивні змагання. При цьому:

- під фізичною культурою, як правило, розуміється діяльність суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, яка спрямована на забезпечення рухової активності людей з метою їх гармонійного, передусім фізичного, розвитку та ведення здорового способу життя;

- під поняттям «спорт» розуміється діяльність суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, спрямована на виявлення та уніфіковане порівняння досягнень людей у фізичній, інтелектуальній та іншій підготовленості шляхом проведення спортивних змагань та відповідної підготовки до них;

- під фізкультурно-оздоровчою та спортивною діяльністю, як цілісним поняттям, слід розуміти сукупність творчих, універсальних, цілеспрямованих заходів, під час яких можуть змінюватися об'єкти, процеси та явища природного і соціального походження, що ґрунтуються на поєднанні приватних і публічних інтересів і можуть здійснюватися професійно суб'єктами сфери фізичної культури і спорту для розвитку фізичної культури та спрямовані на забезпечення рухової активності людей з метою їх гармонійного, передусім фізичного, розвитку та ведення здорового способу життя, на виявлення та уніфіковане порівняння досягнень людей у фізичній, інтелектуальній та іншій підготовленості шляхом проведення фізкультурно-оздоровчих та спортивних заходів та забезпечення відповідної підготовки до них;

- під спортивним змаганням варто розуміти систему створюваних організатором відповідного спортивного заходу правових, економічних і організаційних заходів, направлених на ефективну, точну і повну реалізацію

затвердженого регламенту (положення) змагання і забезпечення умов його проведення з урахуванням дотримання прав та інтересів учасників змагання, його організаторів, глядачів й інших осіб (у т. ч. заходи, що є необхідні для забезпечення нормального ходу змагання і забезпечення їх виконання), що знаходять свій вияв у суперництві, змаганні, боротьбі спортсменів за певні блага з метою досягнення завдяки власним досягненням переваг перед іншими спортсменами, тобто з метою досягнення певного спортивного результату, кращого від спортивного результату інших спортсменів.

Список літератури

1. Господарське право України : Навчальний посібник / А. М. Апаров, О. М. Онищенко. — К. : КДАВТ ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного. — К. : Істина, 2016. — Т. 1. Загальна частина. — 452 с.
2. Спортивне право України : навч. посіб. для студ. взз / А. М. Апаров; Київ. держ. акад. вод. трансп. ім. гетьмана П. Конашевича-Сагайдачного. — К. : Істина, 2012. — 518 с.
3. Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 14.

Стаття надійшла до редакції 26.04.2017

А. М. Апаров

Київська державна академія водного транспорту
імені гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного,
кафедра господарського і транспортного права
ул. Фрунзе, 9, Київ, 04071, Україна

КОНЦЕПЦІЯ СПОРТИВНОГО ПРАВА: ОБЗОР КЛЮЧЕВЫХ АСПЕКТОВ

Резюме

В статье сделан вывод, что спортивное право является относительно самостоятельной и комплексной отраслью правовой системы, поскольку в спортивном праве интегрируются нормы, которые по своей природе достаточно эффективно и с объективной необходимостью регулируют специфические спортивные отношения, не подпадающие под сферу влияния других основных отраслей права, а также частично включают нормы других отраслей права, что обусловлено сложностью и комплексностью предмета спортивного права, который в связи с этим интегрирует не только сугубо спортивные отношения, а и иноотраслевые виды общественных отношений, связанных с ними (административные, трудовые, гражданские, хозяйственные и т. д.).

Что касается метода правового регулирования спортивного права, то эта отрасль правовой системы применяет как императивный (обязательный, директивный, метод обязательных предписаний), так и диспозитивный (автономный, метод согласования) методы регулирования общественных отношений.

Ключевые слова: спортивное право, концепция, предмет спортивного права, метод спортивного права, спортивные правоотношения.

A. M. Aparov

Kyiv State Maritime Academy
named after Hetman Petro Konashevich-Sagaydachniy,
The Department of Economic and Transport Law
Frunze str., 9, Kiev, 04071, Ukraine

THE CONCEPT OF THE SPORT LAW: THE REVIEW OF THE KEY ASPECTS

Summary

In the article it is drawn the conclusion that the sport law is rather independent and complex branch of legal system as in the sport law norms, which by nature are rather effective, are integrated, and with objective need govern the specific sport relations which do not fall under a sphere of influence of other primary branches of law and also include norms of other branches of law in parts that is caused by difficulty and complexity of a subject of the sport law which in this regard integrates not only purely sport relations, but also other types of public relations of the other branches of law, connected with them (administrative, labor, civil, economic, etc.).

As for a method of legal regulation of the sport law, this branch of legal system applies as imperative (obligatory, directive, a method of obligatory instructions), and dispositive (autonomous, a coordination method) methods of regulation of the public relations.

Key words: sport law, concept, subject of sport law, method of sport law, sport legal relationship.

УДК 34:796:341.01

Т. В. Журавлёва

соискатель

Белорусский государственный университет,

юридический факультет, кафедра теории

и истории государства и права

ул. Ленинградская, 8, Минск, 220030, Республика Беларусь

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ НОВЫХ НАПРАВЛЕНИЙ АДАПТИВНОГО СПОРТА: МЕЖДУНАРОДНЫЙ И НАЦИОНАЛЬНЫЙ КОНТЕКСТ

Статья посвящена исследованию организационно-правового аспекта новых направлений адаптивного спорта, в частности: трансплантационного спорта, диаспорта, онкоспорта. Автор изучает проблемы, связанные с функционированием некоторых направлений адаптивного спорта на международном и национальном уровнях. Отдельное внимание уделяется вопросу о влиянии государства на процесс развития всех возможных направлений адаптивного спорта, независимо от того, существуют они в настоящее время на его территории или нет.

Ключевые слова: адаптивный спорт, новые направления адаптивного спорта, организационно-правовой аспект.

Постановка проблемы. Разработка действенной внутригосударственной нормативной правовой базы развития адаптивного спорта (далее — АС) обусловлена необходимостью реализации норм Конвенции о правах инвалидов [1], согласно которой государства-участники обязуются принимать все надлежащие меры по созданию инвалидам (лицам с нарушениями) равных с другими лицами возможностей в сфере спорта.

В национальные законодательства ряда государств ближнего зарубежья в последние годы включены нормы, регламентирующие основные направления АС, — параспорт, деф-спорт и специальный олимпийский спорт, которые охватывают лиц с физическими нарушениями, нарушениями зрения, слуха и интеллекта. Однако реалии современной жизни таковы, что с каждым годом во всех странах увеличивается количество людей с трансплантированными органами, с такими социально значимыми стойкими нарушениями здоровья, как сахарный диабет и онкология. Медицинские исследования подтверждают пользу физической активности и спорта для лиц с данными нарушениями, поэтому формируются соответствующие направления спорта: трансплантационный спорт, диаспорт, онкоспорт.

Постановка задания. Целью настоящей статьи является исследование организационно-правовых аспектов новых направлений адаптивного спорта в международном и национальном контекстах.

Изложение основного материала. В 1978 году в Портсмуте (Великобритания) состоялись I Всемирные трансплантационные игры. В 1987 году была создана Всемирная федерация трансплантационных игр (World

Transplant Games Federation (WTGF)), которая находится в Винчестере (Великобритания).

WTGF действует на основании Устава [2], принятого Ассамблеей WTGF 1 августа 2013 года, и признана Международным олимпийским комитетом (IPC) как многофункциональная спортивная организация. Основная ее цель — повысить информированность общественности о важности и преимуществах донорства органов, продемонстрировав здоровье и физическую форму, которые могут быть достигнуты после трансплантации [20, с. 72–75].

Увеличение забора донорских органов в странах, где проходят трансплантационные игры, составляет от 25 до 100 процентов в течение первых трех-четырех месяцев после их завершения [21]. WTGF представлена более чем в 70 странах мира, большинство из которых имеют национальные федерации трансплантационного спорта и являются полноправными членами с правом голоса, остальные — частичные члены без права голоса.

В настоящее время WTGF проводит один раз в два года (в нечетные годы) летние Всемирные трансплантационные игры и с такой же периодичностью (в четные годы) — зимние Всемирные трансплантационные игры [2]. Как отдельное мероприятие в рамках зимних Всемирных трансплантационных игр проходят соревнования по лыжному спорту для трансплантированных детей «Кубок Николая», основанные в честь погибшего американского мальчика Николоса Грина, семья которого пожертвовала его органы на благо других [8].

В Европе организуются мероприятия регионального уровня: с 2000 года — Европейский чемпионат по трансплантационному и диализному спорту (European Transplant & Dialysis Sports Championships (ETDSC)) [7]; с 1989 года — Европейский чемпионат трансплантации сердца и легких (European Heart and Lung Transplant Championships (EHLTC)) [7]. Мероприятия проходят под эгидой Европейской спортивной федерации трансплантационного и диализного спорта (European Transplant and Dialysis Sports Federation (ETDSF)) и Европейской федерации трансплантации сердца и легких (European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF)) — соответственно.

Устав ETDSF [3] принят ее Генеральной Ассамблеей 10 декабря 2001 г. в Будапеште (Венгрия), где и находится организация по настоящее время. ETDSF позиционируется как федерация гражданских организаций и спортивная федерация.

Глава II Устава ETDSF определяет ее цели, принципы и объем деятельности. Так, ETDSF — основанная на международном членстве федерация, представляющая организации людей с трансплантированными органами и находящимися на диализе.

ETDSF является некоммерческой организацией, которая руководствуется Законом CLVI 1997 года о некоммерческих организациях и осуществляет деятельность по охране здоровья, профилактике болезней, лечению, медико-санитарной реабилитации, а также организации спортивных мероприятий, за исключением проводимых на возмездной основе в рамках трудовых отношений и гражданских правоотношений.

В соответствии с регламентированными компетенциями ETDSF занимается, в частности, реабилитацией лиц с трансплантированными органами и находящихся на диализе посредством организации спортивных событий для них, а также при необходимости осуществляет связанную с органной трансплантацией деятельность в области информации и образования.

Цель ETDSF — способствовать донорству, забору и трансплантации органов. Для ее достижения федерация, в соответствии со своим Уставом, осуществляет следующие функции:

- поощряет и активизирует создание соответствующих местных спортивных организаций в европейских странах, в которых такие организации отсутствуют или находятся на стадии создания;
- расширяет возможности лиц с трансплантированными органами и проходящих диализ в области спорта и досуга;
- обеспечивает поддержку местным спортивным организациям европейских стран;
- сотрудничает с международными спортивными федерациями;
- разрабатывает образовательные и реабилитационные программы в области спорта для лиц с трансплантированными органами и проходящих диализ;
- организует Европейский трансплантационный чемпионат и Европейский диализный чемпионат раз в два года — в различные годы (насколько это возможно) и др.

Отметим, что на практике названные чемпионаты объединяются в одно событие — ETDSF.

Членами ETDSF могут быть национальные федерации лиц с трансплантированными органами и проходящих диализ, притом только по одной в каждой европейской стране. Критериями для членства в ETDSF такой национальной федерации являются:

- признание, т.е. регистрация компетентным органом своей страны;
- соответствие краткосрочных и долгосрочных целей Уставу ETDSF.

В настоящее время ETDSF насчитывает 28 членов.

Высший орган ETDSF — Генеральная Ассамблея. Она состоит из совокупности организаций-членов и определяет политику развития трансплантационного и диализного спорта и ее основные направления. Представляет ETDSF Президент. Источники финансирования федерации — членские взносы (100 евро в год для одного члена), иные поступления от членов, добровольные взносы, пожертвования, спонсорские средства, бюджетные субсидии, средства правительственных фондов, местных органов власти различного уровня и др.

ETDSF проводится в соответствии со спортивными правилами ETDSF (ETDSF Sport Rules) [5], которые разработаны в соответствии с правилами международных спортивных федераций с учетом особенностей соревнующихся.

ЕHLTС вырос в событие международного масштаба из уикенда в Горселе (Нидерланды), на который в 1989 году реципиент трансплантированного сердца — голландец Питер Хансен, при поддержке Нидерландской нацио-

нальной федерации трансплантации сердца «Хартен Тви» («Harten Twee»), пригласил реципиентов трансплантированного сердца из соседних стран. Игры уикенда имели успех, и Французская ассоциация трансплантации сердца организовала конкурс для определения места следующего мероприятия. В 1991 году Игры проводила Британская ассоциация трансплантации сердца в Хайесе (Великобритания), вице-президентом которой был Джеффри Финниган. В 1992 году Питер Хансен и «Хартен Тви» провели Игры в кампусе Университета Твенте (Энсхеде, Нидерланды). На Играх соперничали около 200 участников из 10 стран. Именно во время данного мероприятия возникла идея о создании европейской федерации.

Устав организации был представлен всем национальным ассоциациям, участвующим в V Европейских играх в Хельсинки (Финляндия) в 1994 году [10]. Представители 15 европейских национальных ассоциаций трансплантации сердца (сердца и легких) (Австрия, Бельгия, Финляндия, Франция, Германия, Великобритания, Ирландия, Израиль, Италия, Нидерланды, Норвегия, Россия, Испания, Швеция, Швейцария) 3 июля 1994 года подписали протокол о принятии устава федерации, что стало свидетельством ее создания [17]. Первым президентом федерации был избран Джеффри Финниган (Великобритания) [10]. Первоначальное ее название 13 октября 2005 года было изменено на настоящее (EHLTF). Организация является федерацией европейских национальных ассоциаций пациентов с трансплантированным сердцем и легкими [17], зарегистрирована в Брюсселе (Бельгия) [15].

Основные цели и задачи EHLTF определяются следующим образом:

- продвигать и защищать интересы всех европейских реципиентов трансплантированного сердца и легких;
- пропагандировать органное донорство посредством спортивных, социальных и национальных событий;
- предоставлять информацию по вопросам трансплантации членам федерации и способствовать обмену информацией и опытом между национальными ассоциациями;
- обеспечивать расширение членства;
- взаимодействовать с европейскими политическими организациями по вопросам стимулирования и распространения донорства, забора и трансплантации органов;
- стремиться к членству в Европейских комитетах здравоохранения через Европейский Союз и Совет Европы для достижения основных целей федерации и др. [13].

Членами EHLTF могут стать все европейские национальные ассоциации трансплантации сердца и сердца и легких при соблюдении следующих критериев:

- соответствие устава, правил и целей национальной ассоциации уставу EHLTF;
- представление национальной ассоциацией не менее 15 членов с трансплантированным сердцем (сердцем и легкими).

EHLTF из каждой европейской страны может принять в члены только одну ассоциацию. В настоящее время EHLTF представляет более 15 000 ре-

ципиентов с трансплантированным сердцем (сердцем и легкими) и членов их семей из 23 национальных ассоциаций.

Текущий членский взнос для национальной федерации составляет 400 евро в год.

ЕНЛТФ стремится расширять членство и планирует привлечь в свои ряды восточноевропейские, балканские и другие страны. В ЕНЛТФ имеется такая категория, как временное членство, предоставляющая право использовать название федерации для получения поддержки у национальных правительств или органов здравоохранения. Условия временного членства:

- отсутствие членских взносов в ЕНЛТФ;
- участие в Генеральной Ассамблее ЕНЛТФ без права голоса;
- получение всей корреспонденции, направляемой национальным ассоциациям;
- право ссылаться на взаимодействие с ЕНЛТФ для фандрайзинга и проведения других мероприятий;
- отсутствие права действовать от имени ЕНЛТФ и привлекать средства на имя ЕНЛТФ [14].

В настоящее время статус временного члена ЕНЛТФ имеет Болгария, представленная организацией «Альянс трансплантированных и управляемых — АТУ “Будущее для всех”» (Alliance of transplanted and operated — АТО «Future for All») [11].

Оценивая свою деятельность, ЕНЛТФ отмечает важную роль и возрастающую популярность ЕНЛТС. В последние годы он привлек почти 600 участников и болельщиков из ассоциаций-членов. Основная цель ЕНЛТС — показать большую пользу донорства и трансплантации органов, продемонстрировать широкой публике возвращение к полной и активной жизни, в том числе к карьере и профессиональной деятельности, участников состязаний [16]. Для ее достижения активно задействуются местные и национальные средства массовой информации.

ЕНЛТС проводится в соответствии с Правилами и Регламентами [6], которые приняты ЕНЛТФ. ЕНЛТС представляет собой многопрофильное спортивное мероприятие продолжительностью 4–5 дней, проходящее раз в два года в одной из стран-членов и включающее 20 легкоатлетических спортивных соревнований, а также теннис, настольный теннис, волейбол, бадминтон, велоспорт, гольф и плавание. Он открыт для мужчин, женщин и детей — реципиентов трансплантированного сердца, легких (сердца и легких). К состязаниям допускаются лица, которым трансплантация произведена не позднее шести месяцев до начала чемпионата, и имеющие стабильную функцию трансплантата и отсутствие существенных осложняющих факторов. Каждый участник состязательной программы должен представить в установленные сроки медицинский сертификат, заверенный врачом учреждения, где он наблюдается, не ранее, чем за восемь недель до начала чемпионата. На каждом спортивном мероприятии чемпионата должен присутствовать медицинский персонал определенной квалификации и специальные машины скорой помощи. Соперники и болельщики должны быть застрахованы.

От каждой национальной ассоциации в чемпионате участвует одна национальная команда. Отдельные спортсмены или группы спортсменов могут регистрироваться самостоятельно только в том случае, если их страны не являются членами ЕНЛТФ. Принимающая сторона вправе пригласить спортсменов из таких стран для участия в чемпионате.

Каждый вид спорта регулируется действующими международными правилами, если Правилами и Регламентами ЕНЛТФ не указано иное. Спортсмены распределяются на возрастные категории (мужчины и женщины). В некоторых видах спорта и соревнованиях (гольф, волейбол, плавание, атлетические эстафеты) возрастные категории отсутствуют. Каждый спортсмен может принять участие не более чем в пяти соревнованиях, и дополнительно в соревнованиях по волейболу, биатлону, а также в эстафетах.

По результатам всех спортивных и иных событий их участникам вручаются медали и иные награды, а также пять специальных трофеев. За I–III место спортсмены удостоиваются золотой, серебряной и бронзовой медали соответственно. Кроме того, предлагается отмечать всех участников спортивных соревнований, волонтеров, спортивных чиновников принимающей стороны памятной медалью или свидетельством в знак признания их вклада в чемпионат.

Неотъемлемой частью чемпионата являются сопутствующие события, среди которых общественный марш или мероприятие по информированию доноров, парад спортсменов и национальных флагов.

Из стран ближнего зарубежья только Литва является членом ETDSF и ЕНЛТФ. Более того, в 2014 году она стала местом проведения ЕНЛТС [4].

В ряде стран имеют место широко известные национальные трансплантационные игры и иные подобные проекты спортивной направленности, а именно:

- Трансплантационные игры Америки (Transplant Games of America) (США);
- Еврорегион тур (Euregio Tour) (Австрия);
- Британские трансплантационные игры (British Transplant Games) (Великобритания);
- Канадские трансплантационные игры (Canadian Transplant Games) (Канада);
- Австралийские трансплантационные игры (Australian Transplant Games) (Австралия);
- Южноафриканские трансплантационные игры (South African Transplant Games) (Южно-Африканская Республика);
- Лагерь приключений для детей с трансплантатами (TACKERs (Transplant Adventure Camp for Kids) (Швейцария) [18].

В Вантао (Финляндия) в 2016 году прошла Европейская неделя трансплантационного спорта, объединившая два крупных события — ETDSF и ЕНЛТС. В ее рамках впервые состоялся Международный симпозиум по трансплантационному спорту. По мнению его участника, преподавателя социальной антропологии спорта университета Лафборо (Великобритания) Дэвида Хоу, спортивное движение трансплантированных лиц находит-

ся сейчас примерно на том же уровне, на котором было паралимпийское движение в конце 70-х — начале 80-х годов» [24]. Пропаганда органного донорства дает основания прогнозировать активизацию данного направления.

В 1990 году во Всемирных трансплантационных играх принимала участие команда спортсменов-реципиентов донорского сердца из России [20, с. 72–75]. В Москве с 2011 года ежегодно проходит благотворительная акция «Люди ради людей», которая демонстрирует и физические возможности трансплантированных людей [21]. В Республике Саха (Якутия) проводится Спартакиада среди диализных и трансплантированных пациентов. Казахстан планирует впервые представить команду для участия в летних Всемирных трансплантационных играх в Испании в 2017 году, затем создать национальную федерацию трансплантационного спорта и стать полноправным членом WTGF.

С 2000 года функционирует преемница основанной в 1985 году медсестрой Полой Харпер Международной ассоциации спортсменов с диабетом (IDAA) — Ассоциация диабета, физических упражнений и спорта (DESA) с отделениями в Германии, Италии, Канаде, США и Франции [12]. В целях борьбы со стереотипами о людях с диабетом и их дискриминацией, продвижения здорового образа жизни и формирования волонтерского движения с 2012 года ежегодно проводится Международный чемпионат по мини-футболу для людей с сахарным диабетом «ДиаЕвро». Впервые мероприятие организовали в Киеве (Украина) Украинская диабетическая федерация и Европейский регион Международной федерации диабета (IDF-Europe) при поддержке администрации города Киева и иных структур [9].

На национальном уровне проводятся: Всеукраинский открытый футбольный чемпионат «ДиаЕвро-Украина»; Всероссийская спартакиада для детей и подростков с сахарным диабетом, с 2010 года ежегодно организуемая Российской диабетической ассоциацией.

В 2007 году в Варшаве (Польша) состоялась I Международная онкоолимпиада — соревнования среди детей и молодежи, победивших онкологические заболевания. С 2010 года данный проект под названием «Всемирные детские игры победителей» ежегодно реализуется в Москве благотворительным фондом «Подари жизнь» [22].

Таким образом, на международном уровне и в ряде стран некоторые новые направления АС активно функционируют. Информация в общедоступных источниках об их развитии в странах ближнего зарубежья носит фрагментарный характер или вовсе отсутствует. На практике лица с нарушениями зачастую даже не информированы о наличии направления спорта, соответствующего их нарушению, и, более того, определены законодательством как имеющие противопоказания к занятиям спортом.

И. М. Амировым выдвинута и обоснована идея о необходимости организации и правового регулирования диаспорта, как отдельного направления [19, с. 33–39]. В Российской Федерации подготовлен законопроект «О мерах государственной медико-социальной защиты лиц, больных сахарным диабетом», который среди мер социальной защиты лиц с диабетом предла-

гает «наличие равных возможностей для всех лиц, больных сахарным диабетом, во всех областях жизнедеятельности человека, включая... занятия спортом» [23].

Выводы. Анализируя вышеизложенную информацию, можно сделать вывод о том, что социально-полезные функции новых направлений АС (физическая реабилитация, социальная адаптация лиц с нарушениями; профилактика заболеваний; пропаганда здорового образа жизни; социальная реклама прогрессивных медицинских технологий; формирование в обществе позитивного отношения к лицам с нарушениями, перспективным направлениям медицинской науки и практики), тенденции их развития и регламентации, постепенно охватывающие и государства ближнего зарубежья, создают предпосылки для правового регулирования данных направлений АС.

Представляется, что государства должны предопределять развитие всех возможных направлений АС, независимо от того, имеют ли они в настоящее время место на их территории или нет. Полагаем, что с целью создания лицам с нарушениями равных с другими лицами возможностей в сфере спорта в национальных законах «О физической культуре и спорте» необходимо реализовать комплексный подход к правовому регулированию новых направлений АС, а именно: внести понятия трансплантационного спорта, диаспорта, онкоспорта и их дефиниции; закрепить положение о наличии и возможности развития иных направлений АС; регламентировать право лиц с нарушениями на занятие адаптивной физической культурой и доступными видами АС в рамках направления АС, соответствующего нарушению, а также на занятия физической культурой и спортом среди лиц без нарушений; определить организации, обеспечивающие развитие новых направлений АС.

Список литературы

1. Конвенция о правах инвалидов от 13 декабря 2006 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disability.shtml. — Название с экрана.
2. WORLD TRANSPLANT GAMES FEDERATION CONSTITUTION [Electronic resource] World Transplant Games Federation. — Mode of access : http://wtgf.org/wpcontent/uploads/2016/06/Constitution_Approved_by_General_Assembly_August_20131.pdf. — Date of access: 06.03.2017.
3. STATUTES // European Transplant and Dialysis Sports Federation [Electronic resource]. — Mode of access : <http://etdsf.org/angol/4-documents/statutes.htm>. — Date of access : 18.04.2017.
4. European Heart and Lung Transplant Championships [Electronic resource] // European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF). — Mode of access : <http://www.vantaa2016.fi/en/games/ehlhc>. — Date of access: 18.04.2017.
5. ETDSF SPORT RULES [Electronic resource] // European Transplant and Dialysis Sports Federation. — Mode of access : <http://etdsf.org/angol/4-documents/sport-rules.htm>. — Date of access: 18.04.2017.
6. Downloads. Rules & Regulations [Electronic resource] // European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF). — Mode of access : <http://www.ehltf.org/information/downloads/category/6-rules-regulations>. — Date of access: 18.04.2017.

7. European Transplant and Dialysis Sports Championships [Electronic resource] // European Transplant Sport Week 2016 Vantaa. — Mode of access : <http://www.vantaa2016.fi/en/games/etdsc>. — Date of access : 18.04.2017.
8. ABOUT THE GAMES [Electronic resource] World Transplant Games Federation. — Mode of access : <http://wtgf.org/winter-games>. — Date of access: 06.03.2017.
9. DIAEURO 2012 The international Championship of mini-football for people with diabetes [Electronic resource]. — Mode of access : <http://www.diaeuro.org/site/article/20>. — Screen title.
10. How it all started [Electronic resource] // European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF). — Mode of access : <http://www.ehltf.org/ehltf/how-it-all-started>. — Date of access : 18.04.2017.
11. List of provisional members [Electronic resource] // European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF). — Mode of access : <http://www.ehltf.org/ehltf/list-of-provisional-members>. — Date of access : 18.04.2017
12. Qu'est-ce DESA? [Électronique ressource]. — Mode d'accès : <http://www.diabetesport.org/DESA/Index.php?MU=F@@8@@0>. — Le nom sur l'écran.
13. Our activities [Electronic resource] // European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF). — Mode of access : <http://www.ehltf.org/ehltf/our-activities>. — Date of access : 18.04.2017.
14. Our membership [Electronic resource] // European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF). — Mode of access : <http://www.ehltf.org/ehltf/our-membership>. — Date of access : 18.04.2017.
15. Our structure [Electronic resource] // European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF). — Mode of access : <http://www.ehltf.org/ehltf/our-structure>. — Date of access : 18.04.2017.
16. Our games [Electronic resource] // European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF). — Mode of access : <http://www.ehltf.org/ehltf/our-games>. — Date of access: 18.04.2017.
17. What is EHLTF? [Electronic resource] // European Heart and Lung Transplant Federation (EHLTF). — Mode of access : <http://www.ehltf.org/ehltf/what-is-ehltf>. — Date of access: 18.04.2017.
18. Worldwide Events [Electronic resource]. — Mode of access : <http://wtgf.org/worldwide-events>. — Screen title.
19. Амиров И. М. Диаспорт: понятие и особенности правового регулирования (к постановке проблемы) / И. М. Амиров // Второй ежегодный Международный форум по спортивному праву, 27–28 марта 2014 г. : материалы Междунар. науч.-практ. конф. — М., 2014. — 132 с.
20. Епанчина М. П. О некоторых аспектах организации и проведения Всемирных трансплантационных игр / М. П. Епанчина // Спортивное право: перспективы развития : шестая междунар. науч.-практ. конф., 30 мая 2012 г. : материалы конф. — М., 2012. — 132 с.
21. Люди ради людей [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://medportal.ru/mednovosti/news/2016/11/29/080transplantation>. — Название с экрана.
22. Об истории и задаче игр [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://winnersgames.ru/ru/history>. — Название с экрана.
23. Сахарному диабету пропишут специальный закон [Электронный ресурс]. — Режим доступа : https://life.ru/t/здоровье/983202/sakharnomu_diabetu_propishut_spietsialnyi_zakon. — Название с экрана.
24. Дэвид Хоу: спорт среди лиц после трансплантации следует по стопам паралимпийского движения [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://nephroliga.ru/publications/2563>. — Название с экрана.

Стаття надійшла до редакції 25.05.2017

Т. В. Журавльова

Білоруський державний університет,
юридичний факультет, кафедра теорії та історії держави і права
вул. Ленінградська, 8, Мінськ, 220030, Республіка Білорусь

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ НОВИХ НАПРЯМКІВ АДАПТИВНОГО СПОРТУ: МІЖНАРОДНИЙ ТА НАЦІОНАЛЬНИЙ КОНТЕКСТ

Резюме

У статті зроблено висновок, що соціально-корисні функції нових напрямків адаптивного спорту (фізична реабілітація; соціальна адаптація осіб з порушеннями; профілактика захворювань; пропаганда здорового способу життя; соціальна реклама прогресивних медичних технологій; формування у суспільстві позитивного ставлення до осіб з порушеннями, перспективних напрямків медичної науки та практики), тенденції їх розвитку і регламентації, що постійно охоплюють і країни ближнього зарубіжжя, створюють передумови для правового регулювання даних напрямків адаптивного спорту.

Обґрунтовується, що держави повинні зумовлювати розвиток усіх можливих напрямків адаптивного спорту, незалежно від того, існують вони у даний час на їх території чи ні.

На думку автора, з метою створення для осіб з порушеннями рівних з іншими особами можливостей у сфері спорту, у національних законах «Про фізичну культуру і спорт» необхідно реалізувати комплексний підхід до правового регулювання нових напрямків адаптивного спорту, а саме: внести поняття трансплантаційного спорту, діаспорту, онкоспорту та їх дефініції; закріпити положення про наявність та можливість розвитку інших напрямків адаптивного спорту; регламентувати право осіб з порушеннями на заняття адаптивною фізичною культурою і доступними видами адаптивного спорту в рамках напрямку адаптивного спорту, що відповідає порушенню, а також на заняття фізичною культурою та спортом серед осіб без порушень; визначити організації, що забезпечують розвиток нових напрямків адаптивного спорту.

Ключові слова: адаптивний спорт, нові напрямки адаптивного спорту, організаційно-правовий аспект.

T. V. Zhuravlyova

Belarusian State University, Law Faculty,
The Department of Theory and History of State and Law
Leningradskay str., 8, Minsk, 220030, Republic of Belarus

**THE ORGANIZATIONAL AND LEGAL ASPECT OF THE NEW
DIRECTIONS OF ADAPTIVE SPORT: INTERNATIONAL
AND NATIONAL CONTEXT**

Summary

In the article it is drawn the conclusion that social and useful functions of the new directions of adaptive sport (physical rehabilitation; social adaptation of persons with violations; prevention of diseases; promotion of a healthy lifestyle; social advertizing of progressive medical technologies; formation in the society of the positive attitude towards persons with disabilities, to the perspective directions of medical science and practice), the tendencies of their development and a regulation which are gradually covering and the states of the neighboring countries, create prerequisites for legal regulation of this directions of adaptive sport.

It is proved that the states have to predetermine development of all possible directions of adaptive sport irrespective of whether they take place in their territory now or not.

According to the author, for the purpose of creation persons with disabilities of opportunities, equal with other persons, in the sphere of sport in the national laws 'About Physical Culture and Sport' need to realize an integrated approach to legal regulation of the new directions of adaptive sport, namely: to bring concepts of transplant sport, the diasport, the onkosport and their definition; to fix the provision on existence and a possibility of development of other directions of adaptive sport; to regulate the right of persons with disabilities on doing adaptive physical culture and available types of adaptive sport within the direction of the adaptive sport corresponding to disability and also on doing physical culture and sport among persons without disabilities; to define the organizations providing development of the new directions of adaptive sport.

Key words: adaptive sport, new directions of adaptive sport, organizational and legal aspect.

УДК 347.4/.5:796.332

А. М. Гнздовская

кандидат юридических наук, адвокат
Адвокатское объединение «ЮРИС ФЕРРУМ»,
председатель
ул. Большая Арнаутская, 62, оф. 101, Одесса, 65045, Украина

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО СТАТУСА ПОСРЕДНИКОВ В ПРОФЕССИОНАЛЬНОМ ФУТБОЛЕ

Статья посвящена изучению особенностей правового статуса посредников в профессиональном футболе. Особое внимание уделяется вопросам нормативно-правового регулирования агентской деятельности в профессиональном футболе и реформировании системы агентирования в указанной сфере. Кроме того, в статье исследуются правовая природа посреднической деятельности и особенности посреднических договоров в профессиональном футболе.

Ключевые слова: агентская деятельность, посредники, посреднические договоры, правовой статус, профессиональный футбол.

Развитие и становление профессионального футбола как коммерчески успешного бизнеса непосредственно связано с функционированием агентской деятельности. Роль спортивных агентов в футболе всегда вызывала огромное количество споров и дискуссий, возникающих как между футбольными клубами, так и между футбольными клубами и футболистами.

В Европе рынок спортивных агентов начал формироваться достаточно давно, что связано, в первую очередь, с реализацией успешных бизнес-процессов в спорте и огромными суммами гонораров, выплачиваемыми спортсменам. Попытки государственного регулирования данной сферы привели к возникновению основных правил игры, базирующихся на узаконенных нормах контрактного, деликтного права и обычаях делового оборота, сложившихся в тех или иных видах спорта.

В частности, в Великобритании первый нормативный акт, регулирующий деятельность агентов, был принят ещё в 1973 году. Речь идёт об «Акте об агентской занятости» (Employment Agencies Act 1973), содержащем основные принципы работы посредников (агентов), выступавших между работодателем и наёмным сотрудником с целью защиты интересов и в качестве представителя последнего, в том числе — в сфере спорта.

Акт устанавливал требования к субъектам, имеющим право на занятие агентской деятельностью, требования к контрактам, заключаемым между агентом / агентством и работником, условия и порядок осуществления агентских выплат (комиссии за посреднические услуги) и иные положения, фактически, заложившие основы к формированию агентской деятельности в стране.

При этом правовое регулирование особенностей деятельности агентов / агентств в конкретных сферах общественной жизни, в частности, в спорте, отдавалось на откуп обычаям договорного (контрактного) права и делового оборота, сложившимся на тот момент между участниками регулируемых отношений.

Нормативно-правовое регулирование агентской деятельности в профессиональном футболе. В профессиональном футболе первые попытки правового регулирования агентской деятельности возникли в 1995 году, когда Международная федерация футбола (в русской транслитерации — ФИФА) приняла директиву от 11 декабря 1995 года, закрепив требования о лицензировании агентской деятельности. Были сформированы минимальные требования к лицам, желающим сдать тестирование и получить «лицензию агента», в частности, обязательное соответствие этическим принципам. Право выдавать лицензии агентам ФИФА оставила за собой, оставив национальным ассоциациям лишь контролирующие функции при наличии необходимой лицензии.

Обкатав первоначальную модель, ФИФА принялась разрабатывать регламентные документы, направленные на упорядочивание агентской деятельности. В частности, в Устав ФИФА были добавлены положения, касающиеся обязанности футболистов пользоваться услугами только лицензированных агентов, закреплены нормы, позволяющие агентам футболистов обращаться в органы футбольного правосудия и спортивный арбитраж, вести переговоры от имени и в интересах футболистов [1].

Для выполнения указанных положений Устава ФИФА, 10 декабря 2000 года Исполком ФИФА принял первый локальный нормативный документ, регулирующий деятельность агентов в сфере футбола — Регламент по деятельности агентов игроков, вступивший в силу в 2001 году [2].

Указанный Регламент по деятельности агентов игроков (2001) впервые закрепил основополагающие нормы, касающиеся агентской деятельности в футболе, среди которых необходимо выделить следующие:

1. *Разрешение на разработку национальных регламентов.* Футбольные ассоциации получили право самостоятельно разрабатывать и принимать регламентные документы, учитывая особенности национального законодательства, требования Устава ФИФА и Регламента по деятельности агентов игроков (2001).

2. *Право на выдачу лицензий национальными ассоциациями.* Как упоминалось ранее, изначально лицензирование агентов игроков являлось исключительной компетенцией ФИФА, поэтому введение указанной нормы стало новеллой. Соответственно, должны были быть разработаны нормы внутреннего лицензирования, требования, программы тестирования. Принятие данной нормы позволило национальным ассоциациям осуществлять контроль не только за деятельностью агентов, но и за тем, кто и на каких основаниях мог быть допущен к подобной деятельности.

3. *Разрешено представительство интересов футбольных клубов.* В Регламенте по деятельности агентов игроков (2001), наряду с разрешением агенту представлять интересы игроков, допускалось представлять интере-

сы футбольных клубов при переговорах. Тем самым футбольные клубы получили возможность прибегать к услугам посредников при заключении трансферных контрактов.

4. *Прямой запрет на услуги нелицензированных агентов.* Закрепление нормы, устанавливающей, что игроки и футбольные клубы имеют право пользоваться услугами лишь лицензированных агентов, было подкреплено установлением мер спортивной и финансовой ответственности лиц, нарушивших данное правило. Сделано это было с целью урегулирования рынка агентской деятельности и формирования системы обязательного агентского лицензирования.

Футбольные клубы, в большинстве своём, приветствовали ужесточение требований и жесткое регулирование рынка посреднических услуг; футболисты и агенты, наоборот, считали, что принятая дефиниция направлена на избавление от неудобных и сужает возможность футболистов выбирать агента, поскольку выполнить требования регламентов и получить лицензию могли не все действующие на тот момент посредники [9].

5. *Обязательное участие агента игрока в подписании контракта с клубом.* Согласно требованиям, агенты футболистов должны были принимать участие в подписании контракта между игроком и клубом, о чем прямо указывалось в заключенном контракте. В том случае, если игрок не пользовался услугами какого-либо агента, об этом тоже указывалось в контракте, заключаемом между футболистом и футбольным клубом.

6. *Очерчен круг прав и обязанностей агентов.* Это было сделано с целью защиты прав агентов игроков, в частности, во избежание случаев, когда агент не получал причитающегося гонорара в силу доверительных отношений с футболистом и отсутствия оформленных документов, даже при условии участия агента в переговорах. В частности, было закреплено положение, что услуги агента подлежат обязательной оплате. Стороны могли сами устанавливать размер подобной оплаты, а в том случае, если этого не было сделано, национальные ассоциации разрабатывали порядок расчета минимальной суммы, причитающейся агенту за оказанные услуги.

Кроме того, впервые было введено понятие «агент игрока», через перечисление основных признаков подобного лица. В частности, агентом могло быть исключительно физическое лицо, получающее плату за свою работу и имеющее право представлять интересы игрока или представлять два клуба друг другу при заключении трансферных контрактов. Важным оказалось определение агента как лица, представляющего футболиста / клубы на регулярной основе, что вызвало довольно много дискуссий среди действующих агентов и представителей футбольных клубов [2].

Безусловно, разработка и принятие регламентных документов, упорядочивающих агентскую деятельность, оказало позитивное влияние на развитие и коммерциализацию футбола в целом. Понятные правила игры привели к увеличению числа агентов, популяризации данной профессии и возникновению своих звезд среди агентов.

В 2008 году был принят новый Регламент по деятельности агентов ФИФА, ставший результатом кропотливой работы специалистов в сфе-

ре спортивного права и агентов, принимавших участие в обсуждении и имевших возможность подать свои возражения, предложения. Существенное влияние оказала практика спортивного арбитража и дисциплинарных органов ФИФА, рассматривавших споры, возникавшие между агентами, футбольными клубами, футболистами и национальными ассоциациями.

Существенными отличиями стало закрепление определенных новелл и изменение ранее принятых норм.

В частности, было определено, что Регламент по деятельности агентов ФИФА (2008) регулировал отношения агентов игроков с футболистами и футбольными клубами, а деятельность агентов с менеджерами или тренерами регулировалась нормами национального законодательства соответствующих ассоциаций. Таким образом, ФИФА закрепила возможность тренеров или менеджеров иметь своих агентов, но не установила отдельных требований для возникающих между ними отношений, выведя, фактически, споры между агентами и тренерами / менеджерами из спортивной юрисдикции.

Признав обоснованными доводы футбольных агентов, ФИФА изъела норму об обязательности представления интересов футболиста / футбольных клубов на регулярной основе, оставив сторонам свободу выбора сроков и условий сотрудничества.

Разрешив агентам организовывать фирмы для осуществления их деятельности, ФИФА одновременно ввело прямой запрет на то, чтобы интересы игроков / клубов при переговорах представляло иное лицо вместо агента. Агентам позволялось нанимать помощников, но ни они, ни иной персонал фирмы, принадлежащей агенту, не могли осуществлять деятельность агента вместо него самого. Следовательно, подобная деятельность была персонифицирована, поскольку везде предполагалось исключительно личное участие агента игрока [3].

Был закреплён перечень лиц, имеющих право представлять интересы игрока при переговорах о заключении или пересмотре условий действующего контракта. К ним отнесли родственников (братья, сестры, родители), супругов и практикующих юристов. На указанных лиц не распространялись требования Регламента по деятельности агентов ФИФА (2008). Фактически, данная норма была своеобразным компромиссом с учетом запрета на услуги агентов, не имеющих соответствующей лицензии.

Была усовершенствована процедура лицензирования, введены требования к ответственности агентов, возможность приостановить деятельность, возможность представлять игроков и клубы не на постоянной основе.

Последний пункт позволил игрокам заключать контракты с разными агентами игроков в период футбольного сезона, и, в случае необходимости, разрывать их.

Вводились требования к контракту о представительстве, заключенному между агентом игрока и его клиентом. Агенту игрока запрещалось одновременно представлять интересы и игрока, и футбольного клуба [3].

Существенными условиями контракта о представительстве являлись:

1. *Срок действия.* Было закреплено, что контракт с агентом заключался максимум на два года, без автоматического продления. В случае желаяния сторон, после истечения срока действия контракта, его можно было опять продлить на два года, заключив дополнительное письменное соглашение.

2. *Цена контракта.* Стороны были обязаны указать размер вознаграждения, которое выплачивалось агенту игрока. Без этого контракт мог быть признан недействительным.

3. *Порядок расчетов.* Игрок должен был самостоятельно оплачивать услуги агента игрока, за исключением тех случаев, когда футбольный клуб готов был взять на себя обязательство оплатить услуги агента. Для этого в контракт включался пункт о том, что футбольный клуб выплачивает вознаграждение агенту игрока вместо самого игрока, с обязательным указанием порядка и сроков выплат.

Контракт о представительстве заключался в четырех экземплярах: по одному для футболиста, агента игрока или футбольного клуба, национальной ассоциации, в которой выступал прежний клуб футболиста, и национальной ассоциации, в которой выступал новый клуб футболиста.

Вступление в силу Регламента в редакции 2008 года привело к продолжительным дискуссиям, поскольку действующие агенты посчитали принятые ФИФА нормы попыткой установления полного контроля над агентской деятельностью и чуть ли не ограничением свободы договорных отношений в футболе.

Высказывались опасения, что столь плотный контроль со стороны национальных ассоциаций приведет к злоупотреблениям, направленным на ограничение деятельности агентов игроков. Процедуру получения лицензии ужесточили, что тоже не могло привести к положительной оценке Регламента по деятельности агентов игроков (2008) со стороны непосредственно агентов.

Конфронтация между агентами игроков и ФИФА нарастала, со временем стали возникать судебные споры, рассматриваемые органами спортивного арбитража.

В частности, ещё до принятия нового Регламента по деятельности агентов игроков (2008) предпринимались попытки оспорить формирующуюся систему лицензирования агентской деятельности в футболе. Европейский суд справедливости в 2005 году вынес решение по иску агента, Лорена Пия, считавшего систему лицензирования, принятую ФИФА, ограничивающей его законные права как предпринимателя [8].

Двадцать третьего марта 1998 года французский агент игроков, Лорен Пий, обратился в Европейскую комиссию с жалобой против ФИФА. Суть претензий сводилась к тому, что Устав ФИФА, регламенты, регулирующие деятельность игроков, противоречат ст. 49 Договора ЕС о свободе оказания услуг на территории Европейского Союза (далее — ЕС).

Пий возражал против следующего:

- необходимости получать лицензию, чтобы быть агентом игрока;
- обязательности сдачи письменного экзамена для получения лицензии;

– необходимости наличия банковского депозита с определенной суммой на счету.

Европейская комиссия рассмотрела жалобу и передала её ФИФА, в результате были изменены отдельные положения, например, обязательный банковский депозит был заменен страхованием деятельности агентов игроков. ФИФА разработала Кодекс профессионального поведения агентов и типовой договор, заключаемый с агентом.

По мнению Л. Пия, указанных изменений было недостаточно, поэтому он обратился в Европейскую комиссию с требованием предпринять решительные действия по удовлетворению его жалобы. Конфликт разрастался, что привело к обращению Л. Пия в Европейский суд первой инстанции с требованием отменить решение Европейской комиссии, которое признало Регламент ФИФА по агентской деятельности не противоречащим ст. 81 Договора об учреждении ЕС.

Европейский суд первой инстанции не удовлетворил требования Л. Пия и оставил решение Европейской комиссии в силе по всем пунктам.

Л. Пий обратился с апелляцией в Европейский суд справедливости, требуя полной отмены решения Европейской комиссии по его жалобе. Он отмечал, что суд не использовал при вынесении решений никаких фактических данных, построив решение на личных убеждениях [8]. Более того, Л. Пий считал, что суд недостаточно изучил регламентные нормы ФИФА на соответствие антимонопольному законодательству, согласно ст. 81 Договора об учреждении ЕС.

Рассмотрев аргументы сторон, Европейский суд справедливости отказал Л. Пию в удовлетворении апелляции, постановив, что не в компетенции суда оценивать правильность толкования Европейским судом первой инстанции фактов или событий, и оставил в силе решение Европейского суда первой инстанции.

Решение по делу Л. Пия не разрешило вопрос, может ли ФИФА устанавливать требования по лицензированию агентской деятельности в футболе, поскольку агенты игроков не являются членами ФИФА и национальных ассоциаций и их деятельность не подпадает под специфику спорта.

Спортивные юристы, в большинстве своём, поддерживали позицию Л. Пия и находили её более аргументированной, чем решения судов. Особенно в вопросе нарушения регламентными нормами ФИФА принципа ЕС о свободе предпринимательской деятельности.

Агенты игроков, вынужденные выполнять требования ФИФА, всеми силами пытались добиться реформирования сферы, создавали профсоюзы, обжаловали чересчур строгие ограничения ФИФА в судах и спортивном арбитраже.

Всё это постепенно привело к необходимости изменить существующую систему лицензирования, однако, ФИФА приняло ряд революционных решений, фактически, оставив регулирование отношений, возникающих на основании контракта о представительстве, на усмотрение сторон.

Реформирование системы агентирования в сфере профессионального футбола. В 2014 году ФИФА приняла решение отменить Регламент по де-

ятельности агентов игроков (2008) и приняла Регламент по деятельности посредников (The Regulations on working with intermediaries).

В Циркуляре ФИФА № 1417 (2014) говорилось о том, что Регламент по деятельности посредников вступит в силу с 1 апреля 2015 года [7]. Декларировалась отмена лицензирования агентской деятельности, регулирование договоров, заключаемых при участии посредников (intermediaries), подлежащих обязательной регистрации национальными ассоциациями, с указанием сумм гонораров посредников.

Новый Регламент по деятельности посредников содержал ряд новелл, полностью переменивших существовавшую ранее систему.

Суть проведенных изменений сводилась к тому, что ФИФА переложила ответственность за деятельностью посредников на футболистов и футбольные клубы, установив, что именно указанные субъекты отвечают за правильность оформления контрактов и договоров с участием посредников. При трансфере футболиста в футбольный клуб, национальные ассоциации обязаны контролировать наличие указания в договоре посредника и суммы полученного им гонорара. Кто именно будет выступать в качестве посредника, национальные ассоциации и ФИФА отныне не волнует.

Регламентом 2014 года установлено, что споры с участием посредников и футболистов / футбольных клубов подлежат юрисдикции местных судов той страны, где происходит сделка. Футболисты и футбольные клубы обязаны самостоятельно, с должной осмотрительностью, проверять репутацию тех посредников, с которыми они заключают соглашения [4, с. 1].

Было отменено понятие «агент игрока», а посредник определен как физическое или юридическое лицо, которое за плату или бесплатно представляет игрока или клуб в переговорах, касающихся заключения игроком трудового договора, или клуб в переговорах о заключении трансферного договора [4, с. 2].

Прекратила существование система лицензирования агентов, отменены требования к тому, кто может представлять футболистов / футбольные клубы, кроме тех, которые установлены национальным законодательством соответствующих ассоциаций.

ФИФА установила рекомендуемый размер вознаграждения посредников — 3 %, оставив, впрочем, сторонам возможность изменять размер на своё усмотрение, а национальным ассоциациям — возможность установить максимальный размер вознаграждения.

В том случае, если футболисты и клубы превысят установленный максимальный размер выплачиваемого посреднику вознаграждения, к ним должны применяться дисциплинарные санкции.

На выполнение требований ФИФА, Федерация Футбола Украины (далее — ФФУ) разработала и приняла Регламент ФФУ касательно деятельности посредников.

Рассмотрим основные положения указанного регламента.

1. *Вводится определение понятия «посредник».* Это физическое или юридическое лицо, бесплатно или за вознаграждение представляющее футболиста с целью заключения трудового контракта или представляющее

футбольные клубы в переговорах с целью заключения трансферного контракта. Отношения, возникающие при заключении трудовых договоров с тренерами, под посредническую деятельность в понимании футбольных органов не подпадают. Новеллой является возможность юридического лица выступать в качестве посредника футболиста и/или футбольного клуба, потому что, как было проанализировано выше, агенты игроков не имели права быть юридическими лицами (создавать могли, но представлять интересы должны были лично) [5].

2. *Устанавливается исчерпывающий перечень лиц, имеющих право быть посредниками.* С целью четкого разграничения того, кто может выступать как посредник при заключении сделок в футболе Украины, ФФУ закрепила, что посреднические услуги имеют право оказывать:

а) физические лица, получившие удостоверение Постоянного Посредника;

б) юридические лица, получившие удостоверение Постоянного Посредника;

в) физические лица, получившие Одноразовое разрешение на осуществление посреднической деятельности;

г) юридические лица, получившие Одноразовое разрешение на осуществление посреднической деятельности;

д) родственники, действующие от имени футболиста (родители, брат/сестра и жена при условии наличия документов, подтверждающих родство).

3. *Введение запрета для некоторых категорий лиц выступать в качестве посредников.* Учитывая довольно обширный круг лиц, подпадающих под определение «посредник» и отсутствие обязательного лицензирования, ФФУ установила, что не могут выступать в качестве посредников действующие футболисты, футбольные клубы, официальные лица, перечисленные в пункте 11 раздела «Определение терминов» Устава ФИФА.

4. *Необходимость получения посредником Одноразового разрешения на осуществления посреднической деятельности или удостоверения Постоянного Посредника.* Указанные документы выдаёт ФФУ при условии соблюдения посредником определенных требований и выполнения условий, направленных на соблюдение требования ФИФА об обязательной безупречной репутации посредника. Для реализации на практике проверки «безупречной репутации», ФФУ взяло за основу систему, ныне существующую в Англии.

Суть системы в том, что посредники имеют право принимать участие в сделках при условии обязательной предварительной регистрации. Если сравнивать данную схему с ранее существовавшим лицензированием агентской деятельности, можно сделать вывод, что принципы и цели похожи, но содержание значительно отличается.

На замену лицензии пришли два режима — Постоянного Посредника и Одноразового разрешения на осуществление посреднической деятельности [5].

Для получения удостоверения Постоянного посредника лицо должно подать в установленные сроки заявку в ФФУ и пройти аттестацию. В слу-

чае успешного прохождения аттестации (сдачи письменного экзамена, проверки репутации), лицо получает удостоверение, имеющее бессрочный характер, вносится в список лиц, имеющих безупречную репутацию (размещаемый на официальном сайте ФФУ) и освобождается от необходимости получать разрешение на каждую сделку.

В том случае, если лицо осуществляет посредническую деятельность одноразово или не хочет по каким-либо причинам сдавать экзамен, оно имеет право получить специально для конкретной сделки Одноразовое разрешение на осуществление посреднической деятельности. В таком случае лицо подает в ФФУ заявление и подписанный посреднический договор с футболистом / футбольным клубом. ФФУ проверяет репутацию и документы, имея право затребовать дополнительные письменные доказательства (например, копии удостоверяющих личность посредника документов). После проверки лицу выдается временное разрешение, за которое ФФУ имеет право взимать плату (в качестве расходов на бланки и т. п.) [5].

Родственники футболиста, имеющие право заниматься посреднической деятельностью, освобождаются от обязанности получать какие-либо разрешения / удостоверения от ФФУ.

5. Введение запрета на занятие посреднической деятельностью. Понимая специфику отношений, складывающихся при заключении трансферных контрактов, ФФУ, с целью защиты интересов футболистов и футбольных клубов, оставило за собой право налагать запрет на занятие посреднической деятельностью для лиц, нарушивших требования ФФУ, ФИФА и УЕФА. Список таких лиц и причины запрета публикуются на официальном сайте ФФУ, чтобы футболисты и футбольные клубы могли обезопасить себя от недобросовестных посредников. Запрет может быть установлен бессрочно или на какой-то период времени, в зависимости от характера и последствий совершенного посредником нарушения. Решение принимает КДК ФФУ на основании выводов Комитета ФФУ.

Заключение сделок с участием лиц, находящихся в указанном списке, строго запрещено, и футболист или футбольный клуб, нарушивший этот запрет, подлежит дисциплинарной санкции (в том числе — спортивного характера).

6. Закрепление основных положений посреднического договора. Оставляя за сторонами свободу в выборе посредников, ФФУ устанавливает минимальные требования к договорам, заключаемым между посредниками и клиентами.

7. Обязанность посредника подавать декларацию. ФФУ разработало типовые декларации для посредников физических лиц и юридических лиц. По своей сути, эти декларации — добровольное разрешение на сбор данных для проверки безупречной репутации предполагаемого посредника, данных о посреднической деятельности и добровольное взятие на себя обязанностей соблюдать регламентные нормы документов ФИФА, УЕФА и ФФУ.

Согласно требованиям ФИФА, ФФУ обязана публиковать информацию о посреднической деятельности, а именно: список посредников с

указанием проведенных сделок и размером полученного вознаграждения. Именно с целью правового обеспечения раскрытия подобной информации и была разработана декларация. Кроме того, декларация позволяет на законных основаниях проверять «безупречную репутацию», поскольку ФФУ получает возможность на основании фактического поручения лица (закрепленного в декларации) собирать необходимую для проверки информацию.

По мнению спортивных юристов, принятие новых регламентных документов, регулирующих посредническую деятельность в футболе, будет способствовать улучшению качества предоставляемых услуг вследствие публичного контроля и мониторинга за подобной деятельностью, а установление размера вознаграждения позволит избежать злоупотреблений, связанных с сокращением доходов и незаконной оптимизацией налогов [10, р. 4–5, 120–125].

Правовая природа посреднической деятельности

Становление системы посредников в профессиональном футболе Украины находится на первоначальном этапе, потому что разработанные и принятые ФФУ положения до сих пор дорабатываются с учетом особенностей реализации на практике. Количество посредников возрастает, конкуренция приводит к повышению качества предоставляемых услуг, что позволяет футболистам выбирать максимально приемлемые для себя варианты сотрудничества.

Посредническая деятельность в том виде, в каком она предусмотрена регламентными нормами ФИФА, имеет двойственную природу, связанную с особенностями правового регулирования. С одной стороны, проведя дерегуляцию и реформирование ранее существовавшей системы «агентов игроков», ФИФА определила, что особенности деятельности посредников устанавливаются национальным законодательством каждой конкретной страны. С другой стороны, минимальные требования и условия участия посредников в профессиональном футболе устанавливаются исключительно нормами регламентов национальных ассоциаций.

Исходя из этого, к посреднической деятельности применяются общие нормы национального законодательства и специальные нормы, содержащиеся в регламентных актах национальных ассоциаций.

В том виде, в каком посредническая деятельность существует в футболе в данный момент, она опосредует отношения оказания услуг, предусмотренные действующим Гражданским кодексом Украины (далее по тексту — ГК Украины). В регламентных документах ФФУ указано, что посредник оказывает услуги футболисту или футбольному клубу [5].

Посредник в футболе оказывает следующие виды услуг:

- 1) услуги по заключению (перезаключению) трудового контракта между футболистом и футбольным клубом;
- 2) услуги по заключению трансферного контракта между двумя футбольными клубами;
- 3) услуги по заключению (перезаключению) трудового контракта между футбольным клубом и футболистом;

4) иные виды посреднических услуг, предусмотренные действующим национальным законодательством.

В компетенции ФФУ и органов спортивной юрисдикции находятся три вида услуг, связанных непосредственно с участием посредника при заключении договоров и контрактов. Услуги, предусмотренные нормами национального законодательства, находятся в компетенции органов государственной власти и судебных органов.

В гражданско-правовых отношениях услуги характеризуются следующими основными признаками:

1) услуги направлены на достижение определенного полезного и правомерного результата;

2) результат услуг всегда нематериальный, хотя может иметь вещественную форму (например, письменный юридический вывод может быть результатом предоставления юридических услуг);

3) услуги являются разновидностью товара, направлены на удовлетворение потребностей и имеют денежную оценку;

4) услуги неразрывно связаны с процессом их оказания и личностью исполнителя;

5) услуги не подлежат хранению и существуют в то время, когда оказываются;

6) оказание и потребление услуг происходят одновременно, то есть они потребляются в процессе их оказания [12, с. 197–199].

Рассматривая услуги, оказываемые при осуществлении посреднической деятельности, можно сделать вывод о наличии у них указанных признаков. Посредническая деятельность имеет специфический объект — нематериальные услуги и неразрывно связана с личностью посредника, предоставляющего услуги. Посредник обязан предоставлять услуги лично и не вправе перепоручать свои права и обязанности по предоставлению посреднических услуг третьим лицам.

Получение вознаграждения также носит персонифицированный характер, потому что существует прямой запрет на передачу вознаграждения любому лицу, кроме как непосредственно посреднику.

Посредническая деятельность, как и предоставление услуг по гражданскому законодательству, связана с процессом предоставления таких услуг, где значение имеет не сам конечный результат, а приведшие к нему действия. Главной задачей посредника является организация процесса поиска сторон для заключения того или иного контракта, согласование всех условий и организация процесса подписания контракта.

Действия, осуществляемые посредником для получения необходимого его клиенту результата, носят наряду с юридическим характером и экономический, маркетинговый, консультационный. Посреднику приходится совершать ряд фактических действий, направленных на достижение конечного результата.

Посредническая деятельность неотделима от личности посредника, даже в том случае, если в качестве посредника выступает юридическое лицо. Одноразовое разрешение на осуществление посреднической деятельности

или удостоверение Постоянного Посредника выдаются на конкретное физическое лицо — работника такого юридического лица. В информации, опубликованной ФФУ, в подобных случаях указывается ФИО посредника и место его работы (например, посредник Андрусак В. действует от имени «Морис Групп») [11].

В том случае, если работник, получивший удостоверение Постоянного Посредника или Одноразовое разрешение на осуществление посреднической деятельности, не увольняется, юридическое лицо теряет возможность выступать в качестве посредника и обязано отправить другого работника (физическое лицо) для сдачи экзамена и получения необходимых документов.

Выдавая документы, позволяющие посреднику оказывать футболистам или футбольным клубам услуги, ФФУ подтверждает, что конкретное физическое лицо соответствует требованиям, предусмотренным актами ФФУ и ФИФА.

Посредники обладают общей гражданской правоспособностью и могут оказывать услуги не только в сфере футбола, но и в других видах спорта. При этом их деятельность регулируется нормами гражданского права и не подпадает под требования, устанавливаемые ФФУ, ФИФА и УЕФА.

Если ранее агент игрока обладал лицензией, позволяющей ему быть агентом исключительно в сфере профессионального футбола, то сейчас посредник может заниматься хозяйственной деятельностью в любом другом виде спорта, являясь, например, агентом баскетбольного клуба или юристом игрока в теннис.

ФИФА специально указала, что национальные ассоциации, по сути, контролируют посредников только в момент и в процессе оказания услуг в футболе и не обязаны регулировать деятельность посредников в целом. На практике контролирующие функции еще более сужены, поскольку ФФУ проверяет деятельность посредников в установленных случаях:

- в момент регистрации документов (трудового контракта и трансферного контракта), при оформлении которых привлекался посредник;
- в момент сдачи отчетности клубов, декларации посредника;
- при подготовке к выдаче посредникам необходимых для оказания услуг разрешений / удостоверений;
- при регистрации посредников в реестре;
- в случае поступления жалоб на деятельность посредников;
- в случае нарушения посредниками норм регламентных документов ФФУ и в процессе выявления таких нарушений.

Исходя из указанного, можно сделать вывод, что посредническая деятельность представляет собой гражданско-правовую конструкцию по оказанию услуг с характерными особенностями, вызванными нормотворчеством международных и национальных спортивных организаций.

Особенности посреднических договоров в профессиональном футболе. Основанием возникновения отношений между посредником и клиентом в профессиональном футболе является посреднический договор. Понятие «посреднический договор» прямо не предусмотрено нормами националь-

ного законодательства, однако существование подобной конструкции возможно благодаря ст. 6 ГК Украины.

По своей сути посреднический договор является двухсторонним, консенсуальным и возмездным / безвозмездным. Посреднический договор всегда заключается в письменной форме и подлежит регистрации в установленном порядке. Регистрация посреднических договоров не является государственной, её обязательный характер и особенности устанавливаются ФФУ, являющейся всеукраинским общественным союзом физкультурно-спортивного направления, организацией со статусом юридического лица, созданной в соответствии с законодательством Украины [6].

Обязательность негосударственной регистрации посреднических договоров является принудительной мерой со стороны ФФУ, не выступающей участником договорных отношений в данном случае. Существующая конструкция позволяет сторонам посреднического договора вступать в договорные отношения лишь при условии выполнения условия об обязательной негосударственной регистрации, тем самым, ограничивая свободу договора в привычном понимании гражданского права.

Сторонами посреднического договора являются исполнитель — посредник и заказчик — футбольный клуб или футболист.

Посредником может быть физическое или юридическое лицо, выполнившее требования ФФУ.

Регламент ФФУ касательно деятельности посредников содержит перечень обязательных условий посреднического договора, отсутствие которых является основанием для признания договора недействительным.

К обязательным условиям посреднического договора относятся:

1. *Срок действия договора.* Посреднический договор может быть заключен не больше, чем на два года, без права автоматического продления. В том случае, если стороны хотят продолжить сотрудничество по истечении двухлетнего срока, они имеют право заключить новый договор на два года. Если одной из сторон договора является несовершеннолетнее лицо, срок действия не может превышать одного года.

2. *Предмет.* В посредническом договоре обязательно указывается, какие именно услуги оказывает посредник.

3. *Цена.* Посреднический договор обязательно содержит размер вознаграждения, получаемого посредником, условия и порядок выплаты. Стороны могут установить, что размер вознаграждения равняется 0 грн 0 коп. ФФУ имеет право устанавливать исключительно максимальный размер вознаграждения исходя из принципа разумности и добросовестности. При заключении посреднического договора с несовершеннолетним запрещается указывать, что несовершеннолетний обязан выплачивать вознаграждение посреднику, т.е. услуга оказывается несовершеннолетнему безвозмездно.

ФФУ устанавливает максимально допустимые суммы посреднического вознаграждения, стороны же имеют право договориться о меньших суммах или о предоставлении услуг бесплатно. Любые договоренности между посредником и футболистом или футбольным клубом о сумме вознаграждения, превышающей максимально допустимую, являются ничтожными в

части вознаграждения посредника, превышающего максимальный размер, установленный ФФУ [5, с. 7].

4. Согласие сторон соблюдать нормы и требования актов ФФУ, ФИФА и УЕФА.

5. Эксклюзивный / не эксклюзивный характер договора. Эксклюзивность предусматривает, что стороны обязуются не заключать посреднические договоры с другими посредниками. Данное условие ведет к принятию стороной на себя определенных негативных последствий по не совершению определенных действий.

6. Обязательное условие о дальнейшей регистрации договора. Учитывая негосударственный характер подобной регистрации, ФФУ обязала стороны включать пункт в договоры, чтобы иметь возможность повлиять на стороны и выполнить требования международных регламентов.

Права и обязанности сторон посреднического договора являются взаимными: посредник обязуется оказывать предусмотренные договором услуги, а заказчик (футболист или футбольный клуб) обязуется выплатить вознаграждение посреднику.

Заключение посреднического договора не лишает футболиста или футбольный клуб права на самостоятельное заключение трудового контракта или трансферного контракта.

По своей правовой природе посреднический договор относится к договорам об оказании услуг, поэтому к нему применяются нормы ГК Украины, регулирующие общие положения об оказании услуг, с учётом особенностей, установленных нормативными документами ФФУ.

Оплата услуг посредника осуществляется исключительно клиентом посредника, с которым заключен конкретный договор. Футболист имеет право после заключения трудового контракта с клубом разрешить оплату услуг посредника футбольному клубу. Для этого футболист дает клубу письменное разрешение оплатить услуги посредника в соответствии с условиями посреднического договора между футболистом и посредником.

В случае просрочки выплаты посреднику вознаграждения, он имеет право требовать уплатить сумму долга вместе с начисленной неустойкой, что составляет пять процентов годовых от суммы просрочки [5, с. 7].

Стороны имеют право установить иной размер неустойки, но не более 10 процентов годовых. Штрафные санкции в твердой денежной сумме в посредническом договоре не могут быть предусмотрены, потому что это противоречит, по мнению ФФУ, принципам добросовестности и разумности.

Одним из нововведений является отмена запрета на двойное представительство интересов. Подразумевается, что посредник может представлять интересы одновременно и футболиста, и футбольного клуба по одной и той же сделке. Для этого стороны дают ему письменное разрешение на двойное представительство интересов. Стороны обязаны заранее согласовать размер вознаграждения, выплачиваемого посреднику, и установить сторону, которая выплатит такое вознаграждение. Даже в таком случае, вознаграждение выплачивается только одной из сторон, чтобы не нарушались требования ФФУ.

К сторонам посреднического договора применяется общая гражданско-правовая ответственность при нарушении условий договоров об оказании услуг. ФФУ устанавливает только размер неустойки при невыплате / задержке выплаты вознаграждения и негативные спортивные санкции при нарушении требований норм регламентов при заключении договоров.

Фактически, посредники несут только гражданско-правовую ответственность, а все спортивные санкции возлагаются на плечи футболистов и футбольных клубов. По задумке ФИФА, это должно позволить упорядочить рынок футбольных посредников и заставить стороны посреднического договора изначально исполнять свои обязанности законно и разумно.

Насколько эффективной будет введенная система и изменение статуса агента на посредника, покажет время. По состоянию на момент проведения исследования, ФФУ только дважды публиковала списки посредников и пока что все они оказывали свои услуги исключительно безвозмездно. Более подробной информации по проведенным посредниками сделкам нет.

Список литературы

1. Устав ФИФА (в ред. 2001) [Электронный ресурс]. — Электрон. дан. (1 файл) — Режим доступа : <https://www.fifa.com/>. — Название с экрана.
2. Регламент ФИФА по деятельности агентов игроков (2001) [Электронный ресурс]. — Электрон. дан. (1 файл) — Режим доступа : <https://www.fifa.com/>. — Название с экрана.
3. Регламент ФИФА по деятельности агентов игроков (2008) [Электронный ресурс]. — Электрон. дан. (1 файл) — Режим доступа : <https://www.fifa.com/>. — Название с экрана.
4. The Regulations on working with intermediaries (2014) [Электронный ресурс]. — Электрон. дан. (1 файл) — Режим доступа : <https://www.fifa.com/>. — Название с экрана.
5. Регламент Федерації футболу України щодо діяльності посередників [Електронний ресурс]. — Електрон. дан. (1 файл) — Режим доступу : www.ffu.org.ua/. — Назва з екрану.
6. Статут Громадської Спілки «Федерація Футболу України» — [Електронний ресурс]. — Електрон. дан. (1 файл) — Режим доступу : <http://www.ffu.org.ua/>. — Назва з екрану.
7. New Regulations on Working with Intermediaries / FIFA Circular no. 1417. — 30.04.2014 [Электронный ресурс]. — Электрон. дан. (1 файл) — Mode of access : <http://curia.europa.eu/>. — Date of access : 19.04.2017.
8. Judgment of the court of first instance (Fourth Chamber) 26 January 2005 in Case T-193/02 Laurent Piau v Commission of the European Communities. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) Players' Agents Regulations // Curia [Electronic resource]. — Mode of access : <http://curia.europa.eu/>. — Date of access : 18.04.2017.
9. Players' Agents Worldwide: Legal Aspects. Edited by R.C. R. Siekmann, R. Parrish, R. Branco Martins and J. W. Soek, TMC Asser Press, The Hague, The Netherlands 2007, Pages 872.
10. Michele Colucci (ed.): The FIFA Regulations on Working with Intermediaries. Sports Law and Policy Centre, Issue I. — 2015. — 548 p.
11. Список діючих посередників, атестованих Федерацією футболу України [Електронний ресурс] / ФФУ. — Електрон. дан. (1 файл) — Режим доступу : <http://www.ffu.org.ua/ukr/ffu/intermediaries/news/15372/>. — Назва з екрану.
12. Цивільне право України. Договірні та недоговірні зобов'язання : [підручник] / [С. С. Бичкова, І. А. Бірюков, В. І. Бобрик та ін.]; за заг. ред. С. С. Бичкової. — 3-тє вид., змін. та допов. — К. : Алерта, 2014. — 496 с.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2017

А. М. Гніздовська

Адвокатське об'єднання «ЮРИС ФЕРРУМ»

вул. Велика Арнаутська, 62, оф. 101, Одеса, 65045, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПОСЕРЕДНИКІВ У ПРОФЕСІЙНОМУ ФУТБОЛІ

Резюме

У статті досліджено особливості правового статусу посередників у професійному футболі. Особливу увагу приділено питанням про нормативно-правове регулювання агентської діяльності у професійному футболі та реформування системи агентування у зазначеній сфері. Крім того, визначено правову природу посередницької діяльності та з'ясовано особливості посередницьких договорів у професійному футболі.

Ключові слова: агентська діяльність, посередники, посередницькі договори, правовий статус, професійний футбол.

A. M. Gnizdovskaya

Bar Association «YURIS FERRUM»

Bolshaya Arnautskaya str., 62, of. 101, Odessa, 65045, Ukraine

THE FEATURES OF THE LEGAL STATUS OF THE MEDIATORS IN PROFESSIONAL FOOTBALL

Summary

The features of the legal status of the mediators in professional football are investigated in the article. Special attention is paid to questions of legal regulation of mediators' activity in professional football and to reforming of agency services' system in the specified sphere. Besides, the legal nature of mediators' activity is defined and features of mediators' contracts in professional football are found out.

Key words: agency activity, mediators, mediators' contracts, legal status, professional football.

УДК 34:796:347.51

М. А. Тіхонова

кандидат юридичних наук, доцент
Харківський національний університет внутрішніх справ,
кафедра цивільно-правових дисциплін
пр. Л. Ландау, Харків, 61080, Україна

МОЖЛИВІСТЬ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ СПОРТСМЕНУ-ПРОФЕСІОНАЛУ У ЗВ'ЯЗКУ З НЕПРАВИЛЬНО ВИНЕСЕНИМ РІШЕННЯМ ЩОДО НЬОГО ЗА ВИКОРИСТАННЯ ДОПІНГУ

Проблема використання і зловживання використанням заборонених речовин і методів настільки серйозна, що кожен спортсмен і тренер, який хотів би ефективно використовувати фармакологічний метод забезпечення тренувального процесу, повинен мати головну увагу про те, що таке допінг, допінг-контроль та відповідальність за використання допінгу. На жаль, на сьогодні досить часто спортсмени, їх тренери, лікарі, менеджери і керівники команд намагаються завоювати перемогу будь-якою ціною, в тому числі шляхом використання фармакологічних засобів і методів. Майже жодні Олімпійські ігри, чемпіонати світу з відповідних видів спорту не пройшли без виявлення випадків використання допінгу. Сучасне національне законодавство не відповідає міжнародному законодавству, що встановлює норми щодо відповідальності спортсмена та інших осіб за використання заборонених речовин та методів. Також сучасне законодавство України не надає відповіді і на питання — чи можливо відшкодувати шкоду, завдану спортсмену-професіоналу неправильним винесенням рішення щодо нього за використання допінгу.

Ключові слова: спортсмен-професіонал, допінг, відповідальність, шкода.

Постановка проблеми. В останні роки особливо актуальним стало питання про чистоту спорту, оскільки перемога на найбільших міжнародних змаганнях не тільки приносить популярність спортсмену, його клубу, федерації, країні, але і, як правило, обіцяє значні матеріальні вигоди. За таких умов спортсмени та їх оточення підчас прагнуть перемоги за будь-яку ціну, свідомо порушують встановлені правила.

Українські спортсмени за використання допінгу майже не несуть ніякої відповідальності, крім спортивної — позбавлення призового місця, анулювання результатів змагань, дискваліфікації тощо. Але з іншого боку, незважаючи на те, що тестування проб проводять спеціалізовані лабораторії, що у випадку надання неправильного результату можуть бути навіть позбавлені своєї акредитації, ми не можемо виключити повністю людський фактор і можливість працівників лабораторії допустити помилку при аналізі проби спортсмена. Тож в запропонованій статті ми спробуємо розглянути можливість відшкодування шкоди, завданої спортсмену-професіоналу неправильним винесенням рішення щодо нього за використання допінгу.

Аналіз останніх публікацій. Н. В. Бордюгова торкалась проблем використання допінгу у роботі «Правопорушення в спорті: допінг, поняття

і історія розповсюдження», В. П. Руденко розглядав медико-біологічні, психологічні та соціальні проблеми допінгу у спорті в роботі «Основні сучасні проблеми допінгу у спорті», С. Б. Мальона розглядала організаційно-правові аспекти вживання заборонених речовин та методів, пропаганду боротьби з вживанням допінгу та збереження здоров'я спортсменів у роботі «Допінг-контроль та його організаційно-правові основи». Але проблеми, що виникають при неправильному винесенні рішення щодо спортсмена за використання допінгу, та можливість відшкодування йому завданої цим шкоди українські вчені ще не розглядали.

Метою цієї статті є дослідження можливості відшкодування шкоди спортсмену, що була завдана неправильно винесеним рішенням щодо нього за використання заборонених речовин та методів.

Виклад основного матеріалу. У своїх наукових пошуках ми вже торкалися проблем відповідальності спортсмена за використання допінгу [1; 2; 3] та проблем можливості реалізації права на судовий захист спортсменів за законодавством України [4], але після однієї надзвичайної, на наш погляд, події в світі спорту ми вважаємо за потрібне торкнутись цих проблем ще раз, але під іншим кутом зору.

Норми, що регулюють наслідки находження у тестових матеріалах спортсмена речовин та методів, що відносяться WADA¹ до заборонених, закріплені: у Конвенції проти використання допінгу ETS № 135 (1989 р.) [5], Всесвітньому антидопінговому кодексі [6], у Олімпійській Хартії [7]², у Законі України «Про фізичну культуру і спорт» [8], Законі України «Про антидопінговий контроль у спорті» [9], у Міжнародній конвенції про боротьбу з допінгом у спорті [10], тощо.

Ініціатором перевірки спортсмена на використання допінгу може бути міжнародна організація з відповідного виду спорту або WADA. Забір проб здійснюють міжнародні допінг-офіцери, а аналіз цих проб — відповідні акредитовані допінг-лабораторії. Проба ділиться на дві частини — А і Б. Перевіряти матеріал можна не один раз протягом 10 років. Крім цього, нагадаємо, що в спорті не діє принцип зворотної сили закону, відповідно до якого, незалежно від часу порушення справи при здійсненні будь-яких процесуальних дій, застосовується законодавство, що діє в момент здійснення цих дій [11]. Тестування проби А проводиться безкоштовно, тестування проби Б зазвичай проводиться на вимогу спортсмена та за його рахунок.

За використання допінгу спортсмен притягується до наступних заходів відповідальності: якщо забір проби проходив під час змагання, його результати анулюються (звичайно ті, що досяг спортсмен на цих змаганнях), спортсмен може бути дискваліфікованим на рік, кілька років або довічно.

¹ WADA (Всесвітнє антидопінгове агентство) має публікувати список заборонених речовин та методів не менше, ніж раз на рік, в якості Всесвітнього стандарту. Зазвичай оновлений список набуває чинності з 1 січня кожного року, а за два місяці до цього WADA розміщує його на своєму офіційному сайті.

² У статті 59 Олімпійської Хартії встановлені заходи та санкції, які можуть бути застосовані, в тому числі і до спортсменів, у разі будь-якого порушення Олімпійської хартії, Всесвітнього антидопінгового кодексу або будь-якого іншого нормативного акту [7].

Під час дискваліфікації спортсмен не має права протягом терміну дискваліфікації брати участь ні в якій якості в змаганнях міжнародного рівня [6, с. 75–76].

У ч. 12 ст. 37 Закону України «Про фізичну культуру і спорт» встановлено, що спортсмен — член національних збірних команд України у разі його дискваліфікації (відсторонення) від участі у спортивних заходах, зокрема за порушення правил спортивних змагань та/або положення (регламенту) про спортивні змагання, норм, визначених міжнародними та всеукраїнськими спортивними федераціями, а також за використання заборонених у спорті засобів (допінгу), одночасно виключається центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері фізичної культури та спорту, з національної збірної команди та штатної команди національних збірних команд України. У цьому випадку спортсмен притягується до дисциплінарної відповідальності [1, с. 165], адже відповідно до ч. 7 означеної статті центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері фізичної культури та спорту, укладає трудовий договір (контракт) із спортсменами та фахівцями штатної команди національних збірних команд України з олімпійських та неолімпійських видів спорту, а з видів спорту інвалідів — Український центр з фізичної культури і спорту інвалідів.

Якщо спортсмен брав участь у змаганнях не у складі національної збірної, а у складі спортивної професійної організації, або допінг-проба була взята під час роботи спортсмена за контрактом у цій організації, то в такому випадку питання наслідків знаходження в його допінг-пробах заборонених речовин або методів повинні міститись в контракті з відповідною організацією, або регламенті відповідної організації. Наприклад, у Типовій формі контракту між професіональним футбольним клубом та футболістом-професіоналом (затвердженій Виконавчим комітетом ФФУ 03 липня 2014 року, згідно з Мінімальними вимогами до Стандартного Контракту Футболіста-професіонала, які визначені Угодою між УЄФА, ЄПФЛ, АЄК і Європейським дивізіоном ФІФПро), в п. 5.4, встановлено, що: «Сторони виконують всі антидопінгові положення. Будь-хто, хто використовує заборонені речовини та методи або будь-яким чином заохочує використання допінгу, буде переданий до дисциплінарних органів ФФУ або міжнародних регулюючих органів. Клуб залишає за собою право застосовувати інші заходи до Футболіста-професіонала, визнаного винним у вживанні допінгу, застосовуючи принцип індивідуального підходу до кожного випадку» [12, с. 55]. В переліку дисциплінарних санкцій, застосовуваних до юридичних та всіх осіб, які працюють або задіяні в професіональному футболі, за порушення норм статутних і регламентних документів Федерації футболу України, в п. 31, встановлено, що за невиконання вимог «Регламенту проведення допінг-контролю у змаганнях з футболу серед команд професіональних клубів України» застосовуються санкції відповідно до Кодексу WADA. А пунктом 32 встановлюються обов'язкові грошові внески за незабезпечення умов для проведення допінг-контролю відповідно до виду змагання [13, с. 57].

На рішення, що виносяться у відповідності з Кодексом WADA, спортсмен має право подати апеляцію до CAS¹ (п. 13.1 Кодексу WADA). При цьому в примітках до п. 13.1.2 зазначено, що CAS проводить розгляд *de novo*. Попередній розгляд не обмежує надання доказів і не має ваги при слуханнях в CAS. Після розгляду апеляції CAS повністю або частково підтримує апеляцію, або відхиляє її.

Так, 19 квітня 2017 року CAS частково підтримав апеляцію, подану української біатлоністкою Ольгою Абрамовою проти рішення, прийнятого Міжнародним Біатлонним союзом (IBU) по боротьбі з допінгом (ADHP) 14 листопада 2016 року, відповідно до якого вона притягнута до дискваліфікації на один рік за порушення антидопінгових правил (ADRV) (Meldonium). Відповідно до рішення, CAS скасував річний термін дискваліфікації, призначений Ользі Абрамовій, але зберіг анулювання будь-яких результатів, досягнутих Ольгою Абрамовою в період з 10 січня 2016 р. по 3 лютого 2016 р. [14].

Виникає питання, а чи матиме право спортсмен на відшкодування завданої йому шкоди у зв'язку неправильно винесеним щодо нього рішенням за використання допінгу та вимушеною в такому випадку дискваліфікацією (наприклад, проба Б показала відсутність заборонених речовин/методів в пробі, або проведення допінг-проби і призначення дискваліфікації після закінчення терміну зберігання цієї проби²)?

На нашу думку, відповідь на це питання повинна бути однозначною — так. Адже на підставі неправильно винесеного щодо нього рішенням за використання допінгу та вимушеної в такому випадку дискваліфікації спортсмен зазнає шкоди — як матеріальної, так і моральної. До матеріальної шкоди, відповідно до ст. 22 Цивільного кодексу будуть відноситись: 1) реальні збитки, до яких ми можемо віднести витрати на проведення допінг проби Б, витрати на юридичне супроводження справи спортсмена в CAS і всі ті санкції, що будуть на нього покладені спортивною організацією-роботодавцем, як-то стягнення обов'язкових грошових внесків за незабезпечення умов для проведення допінг-контролю відповідно до виду змагання [13, с. 57], та інше; 2) доходи, які спортсмен міг б реально одержати за звичайних обставин, якби його право не було порушене (упущена вигода) — до цього виду шкоди ми можемо віднести і преміальні кошти за зайняття призового місця в змаганні, і непідписаний контракт з іншим клубом (якщо непідписання контракту відбулось саме із-за дискваліфікації спортсмена), і втрачену заробітну платню за непідписаним контрактом, і неотримання надбавки до заробітної платні за незаняття у зв'язку з дискваліфікацією призового місця, тощо. Крім цього, на нашу думку, спортсмен має право і на відшкодування моральної шкоди. Відповідно до положень ст. 23 Цивільного кодексу України моральна шкода спортсмена полягатиме, в першу чергу, у приниженні честі та гідності спортсмена, а також ділової репутації спортсмена — у зв'язку зі звинуваченням його у використанні допінгу.

¹ CAS — спортивний арбітражний суд.

² Як це сталось з Тетяною Андріяною [15].

Висновок. Незважаючи на те, що тестування проб проводять лабораторії, акредитацію яким надає Міжнародний олімпійський комітет, і на сьогодні майже не існує випадків надання неправильного результату щодо аналізу проби спортсмена, але інколи CAS відмінє рішення спортивних організацій щодо притягнення спортсмена до відповідальності. На нашу думку, в таких випадках спортсмену-професіоналу завдається шкода, яка може полягати у реальних збитках, втрачених доходах, а також моральна шкода. Ми вважаємо, що за таких обставин, при належному обґрунтуванні, завдана шкода спортсмену повинна бути відшкодована відповідно до положень Цивільного кодексу України.

Список літератури

1. Тихонова М. А. Ответственность за применение допинга по законодательству Украины // Спортивное право в Республике Беларусь : Сборник статей. — 2016. — Выпуск 6. — С. 163–167.
2. Тихонова М. А. Ответственность спортсмена за использование допинга по законодательству Украины // Актуальные проблемы правового регулирования спортивных правоотношений в контексте развития норм конституционного, гражданского и иных отраслей российского и международного законодательства (17 марта 2015 г.) — материалы VI Межрегиональной научно-практической конференции, Челябинск, 17 марта 2015 г. / отв.ред. С. А. Захарова. — Челябинск : Уральская академия, 2015. — С. 164–173.
3. Тихонова М. А. Юридична відповідальність у спорті // Проблеми здійснення суб'єктивних прав : матеріали круглого столу (14–15 березня 2015 р.). — Х. : ХНУВС, 2015. — С. 79–83.
4. Тихонова М. А., Бортнік О. Г. Право на судовий захист учасника професійних спортивних відносин // Eurasian Academic Research Journal. — 2016. — № 3 (03). — С. 46–52.
5. Конвенція проти використання допінгу ETS № 135 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 9. — С. 240.
6. World Anti-Doping Code / World Anti-Doping Agency. — 2015. — 156 p.
7. Olympic Charter / International Olympic Committee, 2013. — 105 p.
8. Про фізичну культуру і спорт : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 14. — Ст. 80.
9. Про антидопінговий контроль у спорті : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2017. — № 21. — С. 20.
10. Про боротьбу з допінгом у спорті : Міжнародна конвенція // Офіційний вісник України. — 2006. — № 34. — С. 54.
11. Arbitration CAS ad hoc Division (O.G. Atlanta) 96/001 US Swimming / Federation Internationale de Natation Amateur (FINA), award of 22 July 1996.
12. Регламент Федерації футболу України зі статусу і трансферу футболістів [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.ffu.org.ua/files/ndocs_602.pdf
13. Дисциплінарні правила Федерації футболу України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://ffu.org.ua/files/ndocs_1014.pdf
14. The court of arbitration for sport (CAS) cancels the one-year period of ineligibility imposed on Olga Abramova (Ukraine) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared %20Documents/Forms/AllDecisions.aspx>
15. Arbitration CAS 2015/A/4304 Tatyana Andrianova v. All Russia Athletic Federation (ARAF), award of 14 April 2016 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared %20Documents/4304.pdf>
16. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — С. 7.
17. Бордюгова Н. В. Правопорушення в спорті: допінг, поняття і історія розповсюдження / Н. В. Бордюгова // Часопис Київського університету права. — К., 2010. — № 1. — С. 291–295.

18. Руденко В. П. Основні сучасні проблеми допінгу у спорті / В. П. Руденко // Педагогіка, психологія та медико-біологічні проблеми фізичного виховання і спорту. — 2014. — № 6. — С. 53–58.
19. Мальона С. Б. Допінг-контроль та його організаційно-правові основи / С. Б. Мальона // Фізичне виховання, спорт і культура здоров'я у сучасному суспільстві. — 2016. — № 3 (19) — С. 32–35.

Стаття надійшла до редакції 04.05.2017

М. А. Тихонова

Харьковский национальный университет внутренних дел,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
пр. Л. Ландау, Харьков, 61080, Украина

**ВОЗМОЖНОСТЬ ВОЗМЕЩЕНИЯ ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО
СПОРТСМЕНУ-ПРОФЕССИОНАЛУ В СВЯЗИ С НЕПРАВИЛЬНО
ВЫНЕСЕННЫМ РЕШЕНИЕМ ОТНОСИТЕЛЬНО НЕГО
ЗА ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ДОПИНГА**

Резюме

Проблема использования и злоупотребления использованием запрещенных веществ и методов настолько серьезная, что каждый спортсмен и тренер, который хотел бы эффективно использовать фармакологической метод обеспечения тренировочных процессов, должен иметь представление о том, что такое допинг, допинг-контроль и ответственность за использование допинга. К сожалению, на сегодня достаточно часто спортсмены, их тренеры, врачи, менеджеры и руководители команд стараются завоевать победу любой ценой, в том числе путем использования фармакологических веществ и методов. Почти ни одни Олимпийские игры, чемпионаты мира по соответствующим видам спорта не прошли без выявления случаев использования допинга. Наше современное национальное законодательство не соответствует международным нормам, устанавливающим меры ответственности спортсмена и иных лиц за использование запрещенных веществ и методов. Также современное законодательство Украины не дает ответа и на вопрос — возможно ли возместить вред, причиненный спортсмену-профессионалу неправильно вынесенным решением в отношении него за использование допинга.

Ключевые слова: спортсмен-профессионал, допинг, ответственность, вред.

M. A. Tikhonova

Kharkiv National University of Internal Affairs,
The Department of Civil Law Disciplines
pr. L. Landau, 27, Kharkiv, 61080, Ukraine

**THE POSSIBILITY OF COMPENSATION FOR THE DAMAGE
INFLECTED ON THE PROFESSIONAL SPORTSMAN
BY AN IMPROPERLY RENDERED DECISION REGARDING HIM
FOR USING DOPING**

Resume

The problem of using doping is so serious that every athlete and trainer who would like to make effective use of the pharmacological method of providing training process should have an idea of what is doping, doping control and responsibility for the use of doping. Unfortunately, for today quite often athletes, their coaches, doctors, managers and team leaders try to win the victory at any cost, including by using doping. Almost none of the Olympic Games, the world championships did not pass without revealing the cases of using doping. Our current national legislation does not comply with international standards that establish the liability of an athlete and other persons for the use of prohibited substances and methods. Also, the current legislation of Ukraine does not give an answer to the question — as to whether it is possible to compensate for the damage inflicted on the professional sportsman by an improperly rendered decision regarding him for using doping.

Key words: professional sportsman, doping, responsibility, damage.

ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ, ЗАРУБІЖНЕ ПРАВО

УДК 347.77

А. А. Федоров

кандидат юридических наук, адвокат

Люстдорфская дорога, 140 А, оф. 2214, Одесса, 65101, Украина

ТЕОРИЯ ЭКВИВАЛЕНТОВ В ИЗОБРЕТАТЕЛЬСКОМ ПРАВЕ

В статье рассматривается вопрос о возможности построения доктрины эквивалентов в качестве строгой научной теории на базе теории выводов по аналогии А. И. Умова, в рамках которой уже предпринято обобщение теории подобия, имеющей первостепенное значение для практики патентной работы.

Ключевые слова: теория эквивалентов, изобретения, полезные модели.

Постановка проблемы. Как известно, объем правовой охраны изобретений (полезных моделей) определяется теми признаками, которые составляют формулу изобретения (полезной модели), а также *эквивалентными* им признаками. В работах по изобретательскому праву отмечается, что вопрос о том, какие же признаки можно считать эквивалентными, решается в специальной *теории эквивалентов* [1, с. 98; 2, с. 5]. Беда только в том, что такая теория до сих пор не построена.

Анализ последних исследований и публикаций. «По классическим методологическим канонам в состав образцовой теории входят, кроме базовых понятий и принципов, еще и термины, получившие относительно однозначные определения, правила получения выводов и построения доказательств, хотя бы один закон или статистическая закономерность, а также идеализированная модель рассматриваемого объекта. Такая система знания выполняет функции не только описания, понимания, номологического объяснения, но еще и прогноза или хотя бы вероятностного предвидения» [3, с. 12]. В дедуктивных теориях, к которым, по-видимому, должна относиться и теория эквивалентов, роль законов выполняют аксиомы, а процедура предсказания новых фактов на основе законов превращается в процедуру доказательства теорем.

Только при соблюдении указанных выше условий выводы теории эквивалентов об эквивалентности тех или иных признаков могут быть доказательствами в строгом смысле слова. Только в этом случае теория эквивалентов может быть надежной основой квалификационной экспертизы,

експертизы на патентную чистоту и судебной экспертизы в сфере интеллектуальной собственности.

Однако в работах по теории эквивалентов все перечисленные атрибуты научных теорий обнаружить не удается. Обычно все сводится к формулировке понятия эквивалентности и демонстрации этого понятия на отдельных примерах. Так, в [1] эквивалентность определяется как «...признание того, что по меньшей мере один из признаков, который входит в совокупность технических средств, которые используются для решения поставленной изобретателем технической задачи и указанных в формуле изобретения, может быть заменен другим, при этом конечный результат остается прежним и принцип решения поставленной технической задачи сохраняется неизменным» [1, с. 99]. Однако при этом не выявляются общие условия, при которых подобные замены сохраняют неизменной суть технического решения. Выходит, что судить об эквивалентности можно только в каждом конкретном случае, не делая заранее общих выводов.

Патентоведы отмечают, что «в настоящее время при проведении анализа на эквивалентность сравниваемых признаков специалисты в практике проведения экспертизы в основном руководствуются положениями действовавшего в СССР законодательства об изобретательстве, оценкой очевидности для специалистов изменений, внесенных в запатентованный объект, а также формальной логикой» [4, с. 5]. Понятно, что очевидность и интуиция не могут лечь в основу научной теории. А вот логика, как будет показано ниже, очень пригодится при построении теории эквивалентов.

Изложение основного материала. Причина, по которой теория эквивалентов до сих пор не получила надежного теоретического фундамента, состоит в том, что эта область является своего рода «ничейной землей» между юриспруденцией и методологией науки. Ведь эквивалентность является чисто юридическим свойством технических решений. В области техники в этом случае говорят просто о «взаимозаменяемости материальных элементов (средств)» [5, с. 1]. Методологи науки не беспокоятся вопросом о том, при каких условиях такая взаимозаменяемость квалифицируется в изобретательском праве как эквивалентность. С другой стороны, юриспруденция не располагает такими методологическими средствами, которые позволили бы ей делать выводы в области техники.

В связи с этим возникает вопрос о том, какой же фундамент нужно заложить в основание теории эквивалентов для того, чтобы она охватывала все области технологий: и механику, и химию, и биологию, и нанотехнологии. Словом — любые области, к которым могут относиться объекты изобретений (полезных моделей).

Достаточным уровнем общности для таких целей, среди прочего, обладает логика. Вопрос лишь в выборе такой логической теории, которая позволяла бы адекватно выразить понятия эквивалентов и эквивалентности. Различные варианты дедукции и индукции здесь мало подходят. Зато большим потенциалом обладает теория выводов по аналогии, в рамках которой удалось обобщить также и важнейшую для рассматриваемой проблематики теорию подобия.

Теория выводов по аналогии занимается вопросом о правомерности выводов от модели к прототипу. Модель и прототип — это разные, нетождественные вещи, которые могут иметь общие свойства и обязательно имеют некоторые различающиеся свойства. Условия правомерности рассуждений о прототипе на основании рассуждений о модели, которые исследуются в логике, могут быть перенесены и на выводы в области теории эквивалентов.

Здесь следует сразу отметить, что понятие прототипа в логике перекликается с понятием прототипа (ближайшего аналога) в изобретательском праве. И это неспроста. За редкими исключениями изобретатель должен найти и указать в заявке прототип заявленного технического решения. При этом он должен доказать, что заявленное техническое решение имеет признаки, которые характеризуются новизной и изобретательским уровнем по отношению к прототипу. Если этого доказать не удастся, то заявленное техническое решение как раз и будет признано эквивалентом прототипа и в выдаче патента на изобретение будет отказано. Возможен и другой вариант развития событий. Иногда признаки нового технического решения хотя и являются эквивалентами прежнего технического решения, но настолько оригинальны, что по критериям новизны и изобретательского уровня отказать в выдаче патента невозможно. Тогда возникает весьма нетривиальная ситуация, связанная с так называемыми «зависимыми» патентами [6, с. 61]. В такой ситуации владелец эквивалентного технического решения может получить на него патент, а вот право на его использование не получает, поскольку использование зависимого патента автоматически привело бы к использованию патента первоначального.

Анализ выводов от модели к прототипу, которые использовались естествоиспытателями и математиками на протяжении более чем двух тысячелетий, позволил выявить более 50 форм выводов по аналогии [7, с. 157]. Многие из этих видов аналогии могут пригодиться и в теории эквивалентов. Прежде всего, следует рассмотреть различные виды аналогии отношений и, в частности, аналогию через изоморфизм, структурно-функциональную аналогию и др. [8, с. 78 и далее; 9, с. 185 и далее].

Простейший случай упомянутых видов аналогии — геометрическое подобие. Если треугольники подобны, то о равенстве углов этих треугольников можно судить независимо от того, что стороны одного из них отличаются от сторон другого. Длина сторон треугольника выступает здесь тем эквивалентом, замена которого не влияет на результат — вывод о равенстве углов. Это очевидный пример эквивалентности. Именно поэтому абсолютные размеры в патентном праве, как правило, не имеют никакого значения.

Однако почему аналогия между подобными треугольниками правомерна? Все дело в так называемых *внутренних* отношениях. А. И. Уемов, — создатель теории выводов по аналогии, — предложил разделить дихотомически все отношения на внутренние и внешние [10]. Внешние отношения могут меняться независимо от тех вещей, которые участвуют в этих отношениях. К примеру, отношение «дальше» между двумя городами может легко измениться в зависимости от положения наблюдателя. Менять сами

города для этого не обязательно. А вот отношение «больше» между этими же городами не может измениться, пока один город не уменьшится или другой — не увеличится. Частным случаем внутренних отношений являются законы природы. «Законы» геометрии также носят внутренний характер.

Разумеется, в каждой системе существует одновременно множество внутренних и внешних отношений. Но правомерность выводов по аналогии указанного типа обеспечивается отысканием в модели и прототипе одного и того же инварианта — внутреннего отношения, которое сохраняется несмотря на различие или изменение некоторых других признаков сравниваемых объектов. В примере с подобными треугольниками таким инвариантом является соотношение между углами.

Также обстоит дело и с реальными физическими (техническими, химическими и т. п.) системами. Теория подобия признает два разных процесса подобными, если они, к примеру, могут быть выражены одинаковыми дифференциальными уравнениями [7, с. 276]. Но общность уравнений, как правило, говорит об общности физических законов, лежащих в основе разных процессов. К примеру, жидкости и газы являются различными агрегатными состояниями вещества. Но если используется их общее свойство объемной упругости в конструкции амортизаторов, то они вполне могут быть эквивалентными элементами такого технического решения. Их эквивалентность является следствием единого закона, связывающего такие величины, как объем и давление жидкостей и газов.

Существование законов природы вносит элемент стабильности в постоянно меняющийся мир. Именно благодаря законам природы мир является предсказуемым. И именно благодаря законам природы возможно существование техники. Ведь используя технику и технологии мы вправе ожидать, что всегда при наличии одних и тех же условий мы будем получать один и тот же технический результат.

Таким образом, основное положение теории эквивалентов состоит в том, что два технических решения являются эквивалентами, если замена элементов таких технических решений позволяет использовать один и тот же закон природы (принцип, процесс) для достижения одного и того же технического результата. И наоборот, если замена какого-либо элемента технического решения для достижения такого же результата потребует использования других закономерностей, принципов или процессов, то такие решения не будут эквивалентными.

Следствием этого положения является вывод о том, что эквивалентное техническое решение всегда должно являться *моделью* первоначального технического решения (прототипа). При этом все процессы, воспроизводимые в модели, должны соответствовать процессам в прототипе, возможно, — вплоть до изоморфизма. Если же модель позволяет воспроизводить и предсказывать те процессы, которых нет в прототипе, то речь идет уже не об эквиваленте, а об усовершенствовании первоначального изобретения. «...Не признается эквивалентным признаком заменяющий элемент, если он является новым, обеспечивает в конкретном устройстве получение но-

вого полезного технического результата, не достигаемого при применении заменяемого по патентной формуле признака, и может рассматриваться как признак нового изобретения» [5, с. 1].

Кроме того, необходимо определиться со случаем, когда модель беднее своего прототипа и воспроизводит только часть его процессов. В техническом плане такое решение не будет полным эквивалентом первоначального решения, поскольку эквивалентность — отношение симметричное; оно должно выполняться, так сказать, в обе стороны. Но в юридическом плане такое более «бедное» техническое решение, вероятно, должно быть признано в совокупности своих признаков эквивалентом соответствующего изобретения, если в нем использован каждый признак формулы последнего. Правда, в литературе высказывается мнение, что «...заменяющий элемент не признается эквивалентным признаком, если изобретение в таком сочетании признаков перестает отвечать условиям патентоспособности (не соответствует новизне или изобретательскому уровню)» [5, с. 1]. Однако патент может быть использован третьими лицами путем разработки таких эквивалентных технических решений, которые сами по себе патентоспособностью не обладают. И владелец патента должен иметь в этом случае юридическую возможность воспрепятствовать такому использованию именно со ссылкой на доктрину эквивалентов.

Рассматривая связь технического решения и его эквивалента как прототипа и модели, мы получаем возможность использовать все результаты теории выводов по аналогии. Так, например, «...вывод о том, что если два отношения сосуществуют в модели, то они будут сосуществовать и в прототипе, будет вполне достоверным в том случае, если это сосуществование целиком определяется характером этих отношений самих по себе и не зависит от того, на каких именно объектах эти отношения реализованы» [7, с. 276]. Так, законы гравитации абсолютно безразличны к химическому составу взаимодействующих тел. Поэтому замена одного вещества на другое в технических решениях, использующих принцип тяготения, наверняка не повлияет на вывод об их эквивалентности. С другой стороны, например, из области химии известно, что вещества, относящиеся даже к одному и тому же классу, по-разному участвуют в химических реакциях. Поэтому в технических решениях, использующих, допустим, принцип гигроскопичности кислот для очистки воздуха от влаги, замена очень гигроскопичной серной кислоты на не менее гигроскопичную фосфорную кислоту может быть не признана эквивалентной исходя из конкретных условий их использования. Зато такое свойство, как объемная упругость жидких кислот, в меньшей степени связано с их химическим составом, что может повлиять на вывод об эквивалентности кислот как рабочего тела амортизаторов. Отсюда еще один ориентир для использования теории эквивалентов — вывод об эквивалентности будет более вероятным, если выполняется следующее требование теории выводов по аналогии: «...переносимое свойство должно распространяться на возможно больший круг предметов» [7, с. 275].

Категориальным базисом теории эквивалентов будет та же концепция эмпирического реализма, которая положена в основу теории выводов по

аналогии А. И. Умова. Она предполагает, что мир в онтологическом плане состоит из вещей, свойств и отношений [10]. Соответствующим образом это позволяет использовать в теории эквивалентов тот же формальный аппарат, который используется и в теории выводов по аналогии [7, с. 212], что в значительной мере позволяет повысить строгость рассуждений в этой области знаний. Однако, развертывание этого аппарата выходит за рамки настоящей работы.

Немаловажной задачей для теории эквивалентов является экспликация тех терминов, которые использует законодатель в формулировках норм об эквивалентности. Закон Украины «Об охране прав на изобретения и полезные модели» не раскрывает содержания понятия «эквивалентный признак». Некоторые ориентиры для этого дает п. 14.2.2.1. Правил проведения экспертизы заявки на изобретение и полезную модель (далее — Правил). В соответствии с этим пунктом эквивалентными называют признаки, совпадающие по *функции*, которую они выполняют, и по *результату*, которого достигают при использовании заявленного изобретения. При определении эквивалентности признаков принимают во внимание их взаимозаменяемость, а также тот факт, что использование признака аналога вместо соответствующего признака заявляемого изобретения, не меняет его свойств. Это, кстати, почти точная цитата из Инструкции по государственной научно-технической экспертизе изобретений № ЭЗ-2–74 от 13 декабря 1973 г.

Анализ указанных положения следует начать с различения технического решения как такового (устройства или процесса) и формулы изобретения, которая, по сути, является знаковой моделью устройства или процесса. Понятно, что функции и результат могут быть присущи только элементам самого технического решения, а не признакам формулы.

Рассмотрим простой случай, когда отдельному признаку формулы изобретения соответствует отдельный элемент технического решения. Например, рабочим телом амортизатора может быть жидкость. Жидкости имеют огромное количество свойств (признаков). Выделение таких признаков происходит в результате процедуры абстрагирования. «Для выделения новых, еще не познанных свойств, присущих изучаемым предметам, мы, оперируя практически этими предметами, выделяем те их отношения к другим предметам, которые осуществляются в процессе нашей практики... То общее, что существует между предметами, вступившими в данное отношение, и будет тем содержанием (общим свойством), которое нами отыскивается и отвлекается... Существенное отличие этой абстракции от традиционной заключается в том, что свойство выделяется не непосредственно из состава вещей, а опосредованно — через отношение» [10, с. 92].

Поскольку практическое применение изобретений основано на использовании законов природы, а законы природы как раз и представляют собой определенные внутренние отношения (структуры), существенные свойства элементов технического решения как раз и выделяются через такие внутренние отношения. В частности, один из известных законов физики внутренним образом связывает объем и давление жидкости. В этом отношении

проявляється таке свойство жидкості як об'ємна упругість. В некотором смысле можно сказать, что жидкость выполняет *функцию* амортизатора благодаря этому своему свойству.

Таким образом, понятие функции, которое приписывается признакам в п. 14.2.2.1. Правил, в действительности указывает на существенные свойства элементов технических решений. Указанное в правилах совпадение по функции означает наличие общего свойства у других — эквивалентных элементов. Как уже говорилось, жидкости и газы — совершенно разные агрегатные состояния. Но внутреннее отношение, связывающее объем и давление жидкостей и газов, обнаруживает в газах точно такое же свойство об'ємної упругості, як і в жидкостях. Выходит, что вещества разные, а свойство упругости у них общее, то есть идентичное. Подобная общность существенных свойств приводит к общности достигаемого технического результата.

При этом следует обратить внимание на то, что украинское законодательство при определении эквивалентности признаков для целей установления факта использования изобретения (полезной модели) не принимает во внимание уровень техники, то есть то обстоятельство, известно ли среднему специалисту из существующего уровня техники об идентичном свойстве эквивалентного технического решения. Аналогичная ситуация, к примеру, существовала и в российском законодательстве до 2003 г. Затем в ГК РФ было внесено следующее изменение (п. 3 ст. 1358): изобретение признается использованным в продукте или способе, если продукт содержит, а в способе использован каждый признак изобретения, приведенный в независимом пункте содержащейся в патенте формулы изобретения, либо признак, эквивалентный ему *и ставший известным в качестве такового в данной области техники до* совершения в отношении соответствующего продукта или способа действий, считающихся использованием изобретения по п. 2 ст. 1358. В Украине же объем патентной охраны заранее охватывает и совершенно неизвестные в настоящее время свойства материи при условии, что они смогут в будущем отвечать критерию эквивалентности.

Далее п. 14.2.2.1. Правил говорит о том, что при определении эквивалентности признаков принимают во внимание их взаимозаменяемость, а также тот факт, что использование признака аналога вместо соответствующего признака заявляемого изобретения не меняет его свойств. Правила не говорят о том, в какую сторону могут меняться свойства изобретения при использовании аналогов. Но следует учесть, что эти Правила говорят о доктрине эквивалентов только применительно к оценке новизны изобретения, а не в связи с установлением факта его использования. Следовательно, можно предположить, что если ближайшие аналоги заявленного технического решения дают худший эффект, а само это техническое решение такой эффект улучшает, то за ним при соблюдении прочих условий можно признать новизну.

В рамках теории эквивалентов оценку этому положению правил следует дать через понятие точечных и линейных свойств. «Одномерные (линейные) свойства можно определить как такие свойства, которые, будучи

присущи предмету, всегда имеют определенную интенсивность и могут изменяться лишь в направлении уменьшения или увеличения этой интенсивности. Таковы длина, вес, вязкость, мощность, масса, температура, физическая сила человека и т. д.» [10, с. 101]. Точечные свойства, наоборот, не имеют интенсивности. Например, свойство «быть братом».

Применительно к идентичности существенных свойств разных вещей сказанное выше означает, что эти свойства, например, — упругость, могут быть присущи вещам с разной степенью. Поэтому замена жидкости газом как рабочим телом амортизатора может привести к тому, что другая степень упругости может в большей или, наоборот, в меньшей степени соответствовать поставленной технической задаче. Если же для достижения технического эффекта необходимо точечное свойство (например, быть диэлектриком), то использование других диэлектриков не будет иметь принципиального значения для признания их эквивалентами.

Также следует обратить внимание на законодательные ограничения в применении доктрины эквивалентов. В соответствии со ст. 28 Закона Украины «Об охране прав на изобретения и полезные модели» *продукт* признается изготовленным с применением запатентованного изобретения (полезной модели), если при этом использован каждый признак, включенный в независимый пункт формулы изобретения (полезной модели), или признак, эквивалентный ему. *Процесс*, охраняемый патентом, признается примененным, если использован каждый признак, включенный в независимый пункт формулы изобретения, или признак, эквивалентный ему. Легко видеть, что здесь не упомянут третий вид объектов изобретений — новое применение известного продукта или процесса. Отсюда следует вывод, что объем правовой охраны таких изобретений исчерпывается только их формулой и эквивалентные признаки при этом не учитываются.

Список литературы

1. Тофіло А. В. Набуття прав інтелектуальної власності : навч. посібник / А. В. Тофіло, О. Д. Левічева. — Київ : Держ. ін-т інтел. власн., 2008. — 300 с.
2. Гурьянов П. П. Теория эквивалентов и ее использование при толковании формулы изобретения / П. П. Гурьянов, Л. О. Сольц, Э. И. Фурман. — М. : ЦНИИПИ, 1971. — 90 с.
3. Цофнас А. Ю. Гуманитарные науки — это науки? / А. Ю. Цофнас // Гуманітарно-наукове знання: становлення парадигми : матеріали міжнародної наукової конференції, 7–8 жовтня 2011 р. — Чернівці, 2011. — С. 12–15.
4. Морская О. Г. Применение понятия «эквивалентный признак» при установлении факта использования изобретения (полезной модели) / О. Г. Морская, А. Д. Аверьянов ; Рос. агентство по пат. и товар. знакам, Федер. ин-т пром. собственности. — М. : ИНИЦ Роспатента, 2001. — 63 с.
5. Джермакян В. Доктрина эквивалентов (теория и российская практика) [Электронный ресурс] / В. Джермакян. — Режим доступа : https://vk.com/doc-20314689_134730285.
6. Федоров А. А. Правова охорона дизайнерських рішень в Україні : монографія / А. А. Федоров. — Одеса : Бахва, 2015. — 172 с.
7. Уемов А. И. Основы практической логики с задачами и упражнениями / А. И. Уемов. — Одесса : Одес. гос. ун-т им. И. И. Мечникова, филос. отд. ИСН, 1999. — 388 с.
8. Уемов А. И. Логические основы метода моделирования / А. И. Уемов. — М. : Мысль, 1971. — 311 с.

9. Уемов А. И. Аналогия в практике научного исследования / А. И. Уемов. — М. : Наука, 1970. — 264 с.
10. Уемов А. И. Вещи, свойства и отношения / А. И. Уемов. — М. : АН СССР, 1963. — 184 с.

Стаття надійшла до редакції 12.05.2017

А. А. Федоров

Люстдорфська дорога, 140 А, оф. 2214, Одеса, 65101, Україна

ТЕОРІЯ ЕКВІВАЛЕНТІВ У ВИНАХІДНИЦЬКОМУ ПРАВІ

Резюме

У статті розглядається питання про можливість побудови доктрини еквівалентів як строгої наукової теорії на базі теорії висновків за аналогією А. І. Уйомова, в рамках якої вже здійснено узагальнення теорії подібності, що має першочергове значення для практики патентної роботи.

Винахід та його технічні еквіваленти пропонується розглядати як, відповідно, прототип і моделі. Це дозволяє перенести у теорію еквівалентів правила висновків за аналогією та умови достовірності (верифікації) таких висновків. У цьому випадку висновок про еквівалентність технічного рішення деякому винаходу можна обґрунтувати залежно від того, чи дотримуються необхідні та достатні умови для визнання такого еквіваленту моделлю технічного рішення, що розглядається, чи відповідає модель своєму прототипу і чи дозволяє модель у тому чи іншому обсязі передбачати поведінку прототипу.

Через фундаментальні поняття теорії висновків за аналогією (внутрішніх і зовнішніх відносин, істотних властивостей, структури) дається експлікація основних термінів теорії еквівалентів: прототипу, еквівалентності, еквіваленту, закону природи, функції ознаки формули і технічного результату. Завдяки цьому підкреслюється, що моделювання процесів у прототипі засновано на тому, що і у моделі, і у прототипі можуть виконуватись тіж самі закони природи (технічні принципи), які володіють певним ступенем самостійності по відношенню до своїх корелятивів, що, власне, і пояснює з онтологічної точки зору саму можливість існування еквівалентів. Також звертається увага на те, що різні закони природи, будучи внутрішніми відносинами, володіють різним ступенем незалежності від своїх корелятивів, що звужує або, навпаки, розширює коло можливих еквівалентів для винаходів з різних галузей техніки.

Ключові слова: теорія еквівалентів, винаходи, корисні моделі.

A. A. Fedorov

Lustdorfskaya road, 140 A, of. 2214, Odessa, Ukraine

THE THEORY OF EQUIVALENTS IN PATENT LAW

Resume

In the article there is considered the question of a possibility of creation of the doctrine of equivalents as the strict scientific theory on the basis of the theory of conclusions by A. I. Uyemov's analogy within which synthesis of the theory of similarity having paramount value for practice of patent work is already undertaken.

The invention and its technical equivalents is offered to consider respectively as a prototype and models. It allows transferring to the theory of equivalents of the rule of conclusions on analogies and conditions of reliability (verification) of such conclusions. In this case a conclusion about equivalence of technical solution to some invention can be proved depending on whether necessary and sufficient conditions for recognition of such equivalent are satisfied by model of the considered technical solution, whether there corresponds the model to the prototype and whether allows in this or that capacity to predict model behavior of a prototype.

Through fundamental concepts of the theory of conclusions by analogy (the internal and external relations, essential properties, and structure) the explication of the main terms of the theory of equivalents is given: prototype, equivalence, equivalent, law of the nature, function of sign of a formula and technical result. Thanks to it, it is emphasized that modeling of processes in a prototype is based on that, as in model, and in a prototype the same laws of the nature (the technical principles) which possess a certain degree of independence in relation to the correlates that actually explains a possibility of existence of equivalents from the ontological point of view can be carried out. Also it is paid attention that different laws of the nature, being the internal relations, possess different degree of independence of the correlates that narrows or, on the contrary, expands a circle of possible equivalents for inventions from different areas of the equipment.

Key words: the theory of equivalents, inventions, utility models.

УДК 347.75

А. Е. Царева

соискатель

Всероссийский государственный университет юстиции
(РПА Минюста России),
кафедра гражданского и предпринимательского права
ул. Азовская, 2, к. 1, Москва, 117638, Россия

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ СПОСОБЫ ПОДДЕРЖКИ КОММЕРЦИАЛИЗАЦИИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В РОССИИ

В статье изучаются проблемы правовой охраны некоторых объектов интеллектуальной собственности и способы их защиты, проблемы коммерциализации российских инноваций и продвижения их на мировой рынок, факторы развития инновационного будущего страны.

Ключевые слова: результаты интеллектуальной деятельности, Инновационный центр «Сколково», государственные корпорации, грант, коммерциализация.

Актуальность выбранной темы исследования обусловлена следующим. Основной мировой тенденцией формирования современного типа устойчивого экономического роста в постиндустриальном обществе является переход от сырьевой и индустриальной экономики к так называемой «инновационной экономике», базирующейся на интеллектуальных ресурсах, наукоемких и информационных технологиях, эффективном использовании и качественном совершенствовании всех факторов производства. Устойчивая тенденция повышения роли образования, знаний и инноваций выступает характерной чертой опережающего развития ряда стран [1, с. 67].

В условиях рынка определяющими направлениями предпринимательской деятельности являются те отрасли, где инвесторы получают наибольшую прибыль. Такими отраслями в России являются нефте- и газодобывающая промышленность, финансовый сектор, отчасти цветная и черная металлургия, жилищное строительство, но никак не наукоемкие производства, определяющие инновационный путь развития в стране. В этих условиях управленческая деятельность в области инноваций и объектов интеллектуальной собственности (далее — ОИС) будет развиваться в тех же направлениях, что и сейчас: правовая охрана ОИС, пресечение недобросовестной конкуренции, использование ОИС в качестве нематериальных активов, декларативное вовлечение интеллектуальной собственности (далее — ИС) в хозяйственный оборот, но никак не использование результатов научно-технической деятельности и ОИС по их прямому назначению — массовое и эффективное использование самих инноваций в производстве наукоемкой и конкурентоспособной продукции [2, с. 19].

Однако устойчивое партнерство России и других стран Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС) [3], а также партнерские связи со странами Востока, направленные на свободу движения товаров и услуг, капитала, рабочей силы, ОИС, а также проведение скоординированной, согласованной или единой политики, способствуют преодолению кризисной ситуации.

Данное обстоятельство обуславливает необходимость проведения анализа способов поддержки коммерциализации ИС в России.

Проведенное исследование показало, что в рамках гражданского законодательства РФ до настоящего времени не решены многие актуальные проблемы, к которым следует отнести порядок разработки, внедрения и определения правового режима технических инноваций, в полной мере не урегулированы вопросы распоряжения результатами научно-технической (инновационной) деятельности и их правовой охраны. Все это свидетельствует об актуальности избранной темы и определяет цель настоящего исследования.

Целью исследования является анализ способов поддержки коммерциализации ИС в России.

Данная цель обуславливает постановку и решение следующих задач:

- провести анализ источников российского и зарубежного законодательства в научно-технической сфере, выделить пробелы в правовом регулировании изучаемой области;
- провести анализ стратегии инновационного развития России и выработать методы продвижения российских инноваций на мировой рынок;
- выработать научно-обоснованные предложения и рекомендации по совершенствованию гражданского законодательства в научно-технической сфере с учетом особенностей инновационной системы России.

Объектом исследования являются общественные отношения, возникающие в процессе использования способов поддержки коммерциализации интеллектуальной собственности в России.

Предметом исследования выступают проблемы правовой охраны некоторых объектов интеллектуальной собственности и способы их защиты, проблемы коммерциализации российских инноваций и продвижения их на мировой рынок, факторы развития инновационного будущего страны.

Степень разработанности исследования. В ходе проведения исследования были использованы труды крупнейших российских и зарубежных ученых и практиков, занимающихся проблемами регулирования инновационных отношений в рамках гражданского права. В их числе работы: О. Н. Быковой, Л. М. Войтовой, М. В. Волынкиной, В. И. Еременко, Е. М. Ерофеевой, Ю. В. Ерыгина, К. Б. Кондратьева, А. Э. Никифоровой, Л. А. Новоселовой, А. П. Сергеева, С. А. Сударикова и других.

Методологическую основу исследования составляют основные положения диалектического метода познания общественных отношений, а также такие частные методы научного познания, как формально-логический, системно-структурный, сравнительно-правовой, исторический и другие.

Нормативную основу исследования составляют источники международного и национального права России, США, стран Европейского Союза (далее — ЕС), стран ЕАЭС, Японии и Сингапура.

Эмпирическая основа исследования представлена Постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 59 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с принятием Федерального закона от 08.12.2011 № 422-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам», Постановлением Пленума ВС РФ и ВАС РФ № 5/29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» и др.

В ходе исследования автором были получены следующие результаты:

1. В настоящем исследовании аргументировано, что к числу основных конкурентных преимуществ, получаемых при использовании ИС, в сравнении с неохранными инновациями относят:

– обеспечение на законных основаниях монопольного положения правообладателей на международном и национальном рынках продукции и услуг на территории действия охранных документов, что позволяет эффективно коммерциализировать эти объекты, обеспечивать максимальные объемы продаж, высокие цены и наибольшую прибыль из-за отсутствия на рынках конкурентов;

– возможность избегать введения ограничений, связанных с применением антимонопольного законодательства на территории стран действия охранных документов, включая Россию;

– обеспечение высокой конкурентоспособности инновационной продукции, выпускаемой с использованием ОИС, основанной на новизне, изобретательском уровне, оригинальности и высоком качестве реализуемых товаров и услуг и их обслуживания;

– создание и применение компаниями наукоемкой продукции, основанной на ИС, обеспечивает повышение их деловой репутации, имиджа, популярности товарных знаков и быстрый рост стоимости компаний за счет нематериальных активов;

– использование новых форм предпринимательской деятельности, основанных на применении ОИС, через заключаемые договоры коммерческой концессии, а также производственная кооперация на лицензионной основе или приобретение у других правообладателей ОИС и др.

2. Выявлено, что результаты интеллектуальной деятельности (далее — РИД) стали ключевыми компонентами стратегии предпринимательства. В связи с чем, успешное продвижение на рынок патентов на изобретения, новых технологий возможно при создании четко сформированных систем управления продвижением инноваций. В связи с чем, для продвижения уникальных технологий от стадии испытаний до готового продукта и внедрения их на рынок необходимо создание новых профессиональных организаций и профессий, например технологов-брокеров. Также, необходимо создание баз знаний по продвижению инноваций, включающих модели и

технологии продвижения инноваций, накопленный опыт специалистов, способствующий приобретению обширных внешних связей и методов управления рисками. Такая инфраструктура должна обладать значительно более совершенной моделью реализации результатов интеллектуальной деятельности, чем традиционные методы.

3. Выявлено, что России необходимо сконцентрировать внимание на развитии научно-технической сферы, в частности:

- создание благоприятной среды для инноваций внутри страны, стимулирование частного сектора к инвестициям в исследования, разработки и инновационную деятельность;

- интеграция всех регионов страны и отраслей промышленности для создания национального потенциала в области науки, технологий и инноваций;

- консолидировать, расширить и модернизировать национальную систему науки, технологий и инноваций, развивать научно-техническую базу страны;

- разработать всестороннюю социальную основу для поддержки национальной стратегии по науке, технологиям и инновациям;

- увеличить обмен информацией с дружественными странами в отношении законодательства и правоприменительной практики в области интеллектуальной собственности посредством форумов и семинаров;

- содействие использованию субъектами малого и среднего предпринимательства прав ИС;

- разработать систему мониторинга в сети Интернет нелегального использования ОИС, с целью пресечения нарушения прав.

4. Установлено, что существующие на настоящий момент стратегические документы, определяющие политику в области интеллектуальной собственности в России на федеральном уровне, то есть фактические положения, относящиеся к развитию в области ИС, содержатся только в Стратегии инновационного развития Российской Федерации до 2020 года. При этом, документ не сконцентрирован на развитии именно области интеллектуальной собственности и не охватывает всего спектра существующих проблем. В связи с чем, очевидна необходимость разработки стратегического документа для всестороннего развития области интеллектуальной собственности наподобие тех, которые были разработаны и успешно реализуются в других странах.

Теоретическая и практическая значимость работы состоит в том, что содержащиеся в ней выводы расширяют знания об актуальных проблемах правового режима ОИС в инновационной деятельности, связанных с внедрением инноваций и их коммерциализацией в гражданском и хозяйственном обороте.

На сегодняшний день Россия, в силу исторических событий и экономического кризиса, значительно отстала от мирового уровня инновационного развития, что обуславливает необходимость развития инновационной деятельности как ключевого фактора устойчивого долгосрочного экономического и социального роста.

Данный вывод находит свое отражение и в цифрах. Увеличение валового внутреннего продукта (далее — ВВП) в России за последние годы обеспечено в основном экспортом энергоресурсов и ростом торговли. В то время как в большинстве наиболее эффективно развивающихся стран именно за счет инноваций обеспечивается до 85 % прироста ВВП, а на долю самых динамичных из них — США, Японии и Германии, вместе взятых, приходится сегодня 43 % глобального ВВП. Абсолютная величина внутренних затрат на исследования и разработки в России в 15 раз ниже, чем в США, в 5,7 раза меньше, чем в Японии, в 3 раза — чем в Германии.

Сейчас российские инновации не востребованы бизнесом. По статистике в России используется не более 10 % инновационных идей и проектов, в то время как в США — свыше 60 %, в Японии — до 95 %. Более 70 % всех наших изобретений нацелено на поддержание или незначительное усовершенствование существующих, в основном устаревших видов техники и технологий [4, с. 6–12].

Россия — единственная страна БРИКС, где структура производства стала менее высокотехнологичной, чем была ранее. Доля экспортируемой высокотехнологичной продукции составляет сейчас 17 %. Кроме того, существуют факторы недостаточного отражения нематериальных активов (далее — НМА) в финансовой отчетности России, лишь 2 % РИД учитываются на балансах предприятий и потенциально способны быть коммерциализованными [5, с. 73].

На самом высоком политическом уровне в России провозглашается и активно проводится в жизнь задача ускорения инновационного развития, как основы, «двигателя» экономического роста, происходит мобилизация политических элит с участием всех слоев бизнеса, а также гражданского общества. Приоритетными направлениями, связанными с инновациями, являются: здравоохранение, повышение качества жизни, снижение безработицы, национальная безопасность, накопление новых знаний, конкурентоспособность промышленности [6, с. 16].

Словосочетание «национальная инновационная система России» вошло в оборот общественно-политических и научных кругов страны относительно недавно. Первые научные работы, рассматривающие НИС России, были опубликованы в начале и середине 2000-х годов. В течение последних лет о НИС России стали довольно часто говорить в рамках официальных мероприятий, посвященных модернизации и инновационному развитию России.

Как уже указывалось ранее, в период с 2008 года по настоящее время руководством страны был принят ряд непосредственных действий, направленных на совершенствование инновационной системы России.

В 2008 году по Указу Президента РФ [7], была разработана Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации [8] (далее — Концепция), целью которой является совершенствование законодательных основ рыночной экономики, правового обеспечения международных экономических и гуманитарных связей России и подготовки изменений в ГК РФ.

Согласно положениям Концепции, среди вопросов первой группы важное место занимают проблемы, обусловленные научно-техническим прогрессом. Российское гражданское законодательство должно соответствовать современному уровню развития техники, стимулируя разработку и широкое использование новых технологий при одновременном обеспечении защиты интересов правообладателей.

В декабре 2011 г. Правительство РФ утвердило Стратегию инновационного развития России, предусматривающую практическую реализацию широкого спектра инструментов и механизмов стимулирования инновационной деятельности на федеральном и региональном уровнях.

В частности, в рамках формирования инновационной инфраструктуры было увеличено число центров коллективного пользования, особых экономических зон, центров трансфера технологий. С 2010 по 2012 годы был построен инновационный центр «Сколково» [9], основная функция которого — объединение разработчиков новых технологий и бизнеса, способного превратить эти технологии в реальные инновационные продукты и процессы.

Одной из наиболее значимых и приоритетных мер государственной поддержки инновационной деятельности является налоговое стимулирование, направленное на поощрение исследований, развитие науки и технологий, создание благоприятного инновационного климата. Подтверждением этому являются нормы глав 21, 25 Налогового кодекса РФ [10] (далее — НК РФ), предусматривающие введение налоговых льгот, распространяющихся на организации, занимающиеся освоением в производстве новой техники и технологий, содержащих ОИС.

Стоит отметить, что еще в 2008 году в силу вступил № 195-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части формирования благоприятных налоговых условий для финансирования инновационной деятельности» [11]. Целью введения данного закона было как снижение налоговой составляющей в инновационных продуктах, так и обеспечение налоговых стимулов для предприятий для осуществления инновационной деятельности, а также повышение спроса на инновационные продукты.

Налоговые льготы также предусмотрены в отношении физических лиц — авторов. Постановлением [12] Правительства РФ в 2001 г. утвержден Перечень международных, иностранных и российских премий за выдающиеся достижения в области науки и техники, образования, культуры, литературы, который регулярно пополняется. Поименованные в данном перечне суммы премий, получаемых налогоплательщиками — физическими лицами, освобождены от налогообложения НДФЛ на основании пункта 7 статьи 217 НК РФ.

Предоставление мер финансовой поддержки также является важным и действенным стимулом на пути развития инновационной деятельности. Отдельные мероприятия в этом направлении уже активно реализуются в нашей стране. Например, поддержка в форме грантов молодых российских ученых со стороны Правительства РФ [13], а также грантов Министерства обороны РФ [14].

Исходя из последних выступлений Президента РФ В. В. Путина, создание малых инновационных предприятий при вузах является одним из основных направлений инновационно-предпринимательской деятельности вузов с целью применения накопленных научных и практических знаний.

В 2009 году был принят Закон 217-ФЗ [15], который позволил государственным учреждениям образования и науки учреждать малые инновационные предприятия (далее — МИП), а также создал необходимые предпосылки для формирования «хребта» экономики знаний — инновационного бизнеса, без которого построение национальной инновационной системы невозможно, ведь за высокотехнологичными предприятиями будущее российской инновационной экономики [16, с. 6].

Данный закон был разработан в период, когда российская экономика переживала тяжелое кризисное состояние, и направлен на поддержку студентов, аспирантов, молодых ученых. Важнейшей функцией этого закона является установление связи и взаимодействия между высшим учебным заведением и производством [17, с. 135].

С момента появления законодательной базы, позволяющей открывать малые инновационные предприятия при вузах, у учебных заведений появляется возможность не только дать студентам дополнительную практическую деятельность, но открыть новые возможности получения прибыли для вуза в целом. Создание малого инновационного предприятия предусматривает более сложную схему, подразумевающую оформление юридического лица, а также оформление юридических отношений между вузом и предприятием, регулирующих финансовые потоки, а также процесс передачи интеллектуальных прав и сдачи в аренду материально-технической базы вуза [18, с. 178].

Поскольку процесс создания малых инновационных предприятий при вузах для России новый, большую ценность для нас представляет зарубежный опыт, особенно стран, где успешно создаются малые предприятия при технологических университетах. Наиболее успешны в этой сфере Германия и Швеция.

Исследователи, работающие в университетах Германии, получают всю необходимую поддержку по патентно-правовым вопросам, в составлении бизнес-планов и поиске инвесторов. Для того чтобы стимулировать продвижение новаторских идей и создание инновационных предприятий на базе проводимой научно-исследовательской деятельности, коллективам, работающим в этой сфере, оказывают все необходимые услуги по экспертизе, помогают установить контакты с организациями и предприятиями-партнерами, предоставляют недостающую для работы инфраструктуру. Кроме того, вузы Германии создают и собственные центры поддержки малого предпринимательства. Четыре крупные немецкие научно-исследовательские организации — Общество Макса Планка, Общество Фраунгофера, Общество Лейбница и Общество им. Гельмгольца — располагают соответствующими подразделениями, которые поддерживают ученых в области внедрения научных результатов [19, с. 2].

Россия и Германия являются давними партнерами в сфере образования и науки. Использование в России опыта, накопленного немецкими инновационными и научно-исследовательскими предприятиями, не только обеспечит создание инновационной продукции, но также будет способствовать укреплению двустороннего сотрудничества между нашими странами.

Здесь необходимо затронуть вопрос охраны прав авторов служебных произведений и согласиться с мнением М. В. Волынкиной, которая считает, что в силу неурегулированности законодателем норм о правах авторов служебных изобретений, созданных в рамках университетов, договорные отношения станут тем необходимым гражданско-правовым инструментом, который позволит эффективно регулировать права авторов на РИД как в экономическом обороте, так и в гражданском. Существующие договорные конструкции (договоры на НИОКР, о передаче ноу-хау, лицензионный договор) составляют одну группу — научно-техническую. Поскольку ее предметом выступает исключительное право на РИД [20, с. 40–42].

Для формирования национальной инновационной системы также необходимо совершенствование финансовой инфраструктуры. В настоящее время выделяются инвестиционные и инновационные фонды, банки развития, венчурные компании, как, например, АО «Российская венчурная компания» [21]. Задачей деятельности данной организации является осуществление с учетом приоритетов государства увеличения объема, ускорения темпов роста и коррекции направлений развития венчурного рынка РФ с целью повышения конкурентоспособности инновационного сектора экономики страны в международном масштабе.

В состав инновационной инфраструктуры России в настоящий момент входят такие государственные корпорации, как: Роснано, Ростехнология, Росатом, Роскосмос. Важно место занимает Фонд содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере (далее — Фонд) — государственная некоммерческая организация в форме федерального государственного бюджетного учреждения, образованная в соответствии с постановлением Правительства РФ [22].

Основными задачами Фонда являются: проведение государственной политики развития и поддержки в научно-технической сфере; создание и развитие инфраструктуры поддержки; содействие созданию новых рабочих мест для эффективного использования научно-технического потенциала РФ; финансовая, информационная и другая помощь; вовлечение молодежи в инновационную деятельность; привлечение внебюджетных инвестиций в сферу малого инновационного предпринимательства [23].

Однако, несмотря на широкий перечень и достаточное разнообразие мер, принятых на сегодняшний день для повышения уровня инновационного развития России, эффект от данных мер пока незначителен.

В мировой практике для оценки позиций страны в мировой экономике всё шире используется комплексный финансовый показатель — затраты в инвестициях на инновации. Он отражает способность страны к инвестиционно-инновационной деятельности, в основе оценки которой лежит множе-

ство финансово-экономических показателей (расходы на исследования и разработки, количество полученных патентов, развитость сферы образования в стране и т. д.). Одним из основных показателей в этом ряду является объем внутренних затрат на исследования и разработки, включая текущие и капитальные затраты [24, с. 69].

Абсолютная величина внутренних затрат на исследования и разработки в России в 15 раз ниже, чем в США, в 5–7 раз — чем в Японии, в 3 раза — чем в Германии. Внутренние затраты на исследования и разработки в расчете на одного исследователя в России в 5–7 раз меньше, чем в развитых странах [25, с. 70].

Помимо проблемы финансирования замедляет процесс инновационного развития и правовое регулирование.

Одной из правовых проблем является вопрос определения ОИС, участвующих как в инновационном процессе, так и в гражданском обороте вообще. Положения ст. 1225 ГК РФ содержат исчерпывающий перечень результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации. Однако в процессе оборота ОИС возникают проблемы коммерциализации тех объектов, которые либо не в полной мере соответствуют, либо вообще отсутствуют в предусмотренном ст. 1225 ГК РФ перечне или в специальных нормах, регулирующих права на конкретные ОИС.

Подтверждением данному утверждению является, например, право на единую технологию, предусмотренное главой 77 ГК РФ. Единой технологией признается выраженный в объективной форме результат научно-технической деятельности, который включает в том или ином сочетании изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ или другие РИД, подлежащие правовой охране в соответствии с правилами раздела VII ГК РФ, и может служить технологической основой определенной практической деятельности в гражданской или военной сфере (единая технология). В состав единой технологии могут входить также результаты интеллектуальной деятельности, не подлежащие правовой охране на основании правил раздела VII ГК РФ, в том числе технические данные, другая информация.

Однако единая технология не упоминается в перечне охраняемых ОИС, предусмотренном ст. 1225 ГК РФ, а информация, которая может быть включена в состав единой технологии, не является объектом гражданского оборота (ст. 128 ГК РФ).

На данную проблему обращалось внимание еще при разработке Концепции развития гражданского законодательства: «В изъятие из общих и специальных диспозитивных норм, регулирующих по существу те же самые отношения (статьи 772, 1298, 1371, 1373 ГК РФ), в ней установлены императивные нормы о закреплении за исполнителем прав на результаты выполнения договора (кроме строго ограниченных случаев согласно статье 1546 ГК). При этом положения главы 77 ГК РФ не содержат четких нормативных критериев, позволяющих разграничить те и другие отношения. Условный и неопределенный характер имеет и само понятие «единые технологии». Новеллы главы 77 ГК РФ не вписываются в четкую структуру

четвертой части ГК, так как «единые технологии» не относятся к объектам интеллектуальных прав, указанным в имеющем исчерпывающий характер перечне охраняемых РИД и средств индивидуализации» (п. 4.5. раздела VII Концепции). Однако изменения, внесенные 35-ФЗ, данного вопроса не коснулись.

Отдельно хотелось бы остановиться на проблеме стоимостной оценки ОИС, поскольку именно этот показатель необходим инновациям для полноценного участия в гражданском обороте.

В России основным законом, определяющим принцип регулирования оценочной деятельности, является ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» [26] (далее — 135-ФЗ).

Немаловажным вопросом для оценки ОИС остается проблема определения метода оценки такого объекта. Некоторые способы оценки содержат «Методические рекомендации по определению рыночной стоимости интеллектуальной собственности» [27] 2002 г., разработанные с целью обеспечения гражданского оборота при определении рыночной стоимости следующих объектов оценки: 1) исключительных прав на РИД и приравненные к ним средства индивидуализации, в том числе исключительных прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки и знаки обслуживания, программы для ЭВМ и базы данных, топологии интегральных микросхем, селекционные достижения, произведения науки, литературы и искусства; 2) прав на секреты производства (ноу-хау), 3) прав на РИД и приравненные к ним средства индивидуализации, передаваемых по лицензионным и иным договорам.

Стоит согласиться с позицией В. И. Мухопода, что охраноспособные РИД (изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы ЭВМ, базы данных, литературные, музыкальные и художественные произведения и др.) носят индивидуальный характер, создаются конкретными физическими лицами и не могут измеряться количеством затраченного на их создание общественно необходимого труда. Отдельный талантливый изобретатель в течение короткого времени и при сравнительно небольших затратах может сделать научное открытие или изобретение, имеющее пионерный, прорывной характер, в то время как большой творческий коллектив длительное время может трудиться над созданием новшества, имеющего узкую область применения. Очевидно, что определение стоимости указанных разработок по размеру произведенных затрат на их создание не отразит их значимости и не будет воспринято рынком [28, с. 307].

О. В. Сушкова [29, с. 178], в качестве методических основ определения рыночной стоимости ИС определяет следующие принципы: 1) *принцип полезности*, означающий, что рыночную стоимость имеют объекты оценки, способные удовлетворять конкретные потребности при их использовании в течение определенного периода времени; 2) *принцип спроса и предложения*, означающий, что рыночная стоимость объекта оценки зависит от спроса и предложения на рынке и характера конкуренции продавцов и покупателей; 3) *принцип замещения*, означающий, что рыночная стоимость объекта оценки не может превышать наиболее вероятные затраты на приобретение

объекта эквивалентной полезности; 3) *принцип ожидания*, означающий, что рыночная стоимость объекта оценки зависит от ожидаемой величины, продолжительности и вероятности получения доходов (выгод), которые могут быть получены за определенный период времени при наиболее эффективном его использовании; 4) *принцип изменения*, означающий, что рыночная стоимость объекта оценки изменяется во времени и определяется на конкретную дату; 5) *принцип внешнего влияния*, означающий, что рыночная стоимость объекта оценки зависит от внешних факторов, определяющих условия их использования, например, обусловленных действием рыночной инфраструктуры, международного и национального законодательства, политикой государства в области ИС, возможностью и степенью правовой защиты и других факторов; 6) *принцип наиболее эффективного использования*, означающий, что рыночная стоимость интеллектуальной собственности определяется исходя из наиболее вероятного использования ИС, которое является реализуемым, экономически оправданным, соответствующим требованиям законодательства, финансово осуществимым и в результате которого расчетная величина стоимости ИС будет максимальной [30, с. 179].

Современная структура экономики России не способствует инновационному развитию, поскольку большинство доминирующих отраслей экономики изначально имеют низкую инновационную активность (добыча и переработка нефти и газа, сфера услуг, металлургия и т. п.). Ситуация усугубляется тем, что, с одной стороны, существует зависимость от импортных поставок научного оборудования, приборов и электронной компонентной базы, стратегических материалов, а с другой — имеет место несанкционированная передача за рубеж конкурентоспособных отечественных технологий (прежде всего двойного назначения).

Результаты исследования, проведенного по инициативе Комитета Государственной Думы РФ по науке и наукоемким технологиям, свидетельствуют о том, что основным источником финансирования инновационной деятельности российских промышленных предприятий являются их собственные средства. При недостатке финансовых ресурсов опрошенные предприятия преимущественно не прибегали к кредитным ресурсам банков, почти не использовали финансовую аренду (лизинг) в процессе реализации инновационных проектов. Основной причиной этого является недоступность кредитных и аналогичных ресурсов из-за высоких процентных ставок. Также большинство предприятий не использовало налоговые льготы, предусмотренные НК РФ для стимулирования инновационной деятельности, право применять налоговый кредит для отсрочки платежей, связанных с реализацией долгосрочных инновационных проектов. Объяснить результаты исследования можно тем фактом, что на сегодняшний день отсутствует единая инновационная система, которая бы регулировала данную сферу не в отдельных направлениях, а в условиях четкой взаимосвязи элементов [31, с. 61].

Причины таких результатов кроются в различных сферах. Нам бы хотелось выделить следующие:

– нехватка финансирования (а именно, частных инвестиций, на сегодняшний момент законодатель не сформировал «экономический интерес» в развитии инноваций у частных предприятий), а все перечисленные выше меры в основном направлены на поддержку бизнеса с государственным участием;

– принципы действия налоговых органов (как показывает судебная практика, налогоплательщику достаточно трудно доказать обоснованность использования в хозяйственной деятельности НИОКР и ноу-хау, поскольку конечный результат может быть выражен в идеях, для которых не выработано единого критерия экономической оценки);

– невостребованность инновационных продуктов экономическими субъектами (разработка инновационных продуктов зачастую носит рисковый характер, поскольку ценность и сроки реализации конечного результата не всегда могут быть спрогнозированы). Данный фактор, с учетом исторических особенностей нашего государства и «предпринимательского менталитета» — заработать как можно больше и быстрее, во многом тормозит развитие инновационной экономики.

Эти и иные причины являются фактором, снижающим конкурентоспособность российской инновационной продукции на мировом рынке. По мнению специалистов [32, с. 62] (О. Н. Быковой, А. Ю. Анисимова), интенсивность применения НИОКР во многом определяет сегодня уровень экономического развития: в глобальной экономической конкуренции выигрывают страны, которые обеспечивают благоприятные условия для развития человека, научных исследований и научно-технического прогресса. В этой сфере значительна роль государства.

Чтобы сделать ИС основным источником роста экономики и производительности труда в России, необходимо создать благоприятные условия и механизмы стимулирования участников интеллектуальной деятельности, то есть особый инновационный климат, когда вложение средств в новые знания станет привлекательным для бизнеса, иными словами — прибыльным [33, с. 10].

Переход на инновационный путь развития в России станет возможным, если в стране будут созданы условия для ликвидации огромного разрыва в норме прибыли, получаемой в сырьевых и инновационных отраслях производства, и создания благоприятного инновационного климата, включая снижение или отмену налогов, меры государственной поддержки инновационных предприятий. Создание таких условий потребует значительных денежных средств, которыми не располагают инновационные предприятия. Управленческая роль государства должна заключаться в том, чтобы перераспределить получаемые в сырьевых отраслях средства, обеспечить прибыльность инновационной деятельности, в том числе за счет средств стабилизационного фонда. На государственную поддержку должны рассчитывать не только предприятия, использующие собственные ОИС, но и приобретающие их по лицензиям в своей стране и за рубежом. Именно такой путь проделали Япония, Германия и другие страны Запада, обеспечившие быстрый подъем своей экономики и решение социальных проблем в послевоенный период [34, с. 19].

Учитывая вышеизложенное, можно сделать следующие **выводы**. На сегодняшний день в России существуют правовые предпосылки становления национальной инновационной системы, выработаны стратегии инновационного развития, законодатель проводит работу по формированию правового регулирования в этой сфере, однако, существующие проблемы обуславливают отставание инновационного развития России от других передовых государств. Можно говорить о том, что в России инновационная деятельность еще не является двигателем социально-экономического роста.

К значительным проблемам можно отнести: непоследовательность выстраивания научных и инновационных приоритетов, недостаточный объем государственного финансирования и отсутствие инвестиционной привлекательности, декларативность правовых регуляторов, неразвитость налоговых инструментов, поскольку налогообложение направлено в большей степени на фискальные цели, а не на стимулирование научно-технического развития страны.

В мировой практике существует опыт построения «с нуля» национальной инновационной системы, важно не просто повторить существующие модели инновационного развития, которые в долгосрочной перспективе также могут быть подвергнуты изменениям, а задать самостоятельные тенденции развития данной сферы.

Список литературы

1. Быкова О. Н., Анисимов А. Ю., Ольховская М. О. Современное состояние и механизмы инновационного развития российской экономики [Текст] / О. Н. Быкова, А. Ю. Анисимов, М. О. Ольховская : монография. — М. : ФГБОУ ВПО РГАИС, 2015. — С. 67.
2. Мухопад В. И. Коммерциализация интеллектуальной собственности [Текст] / В. И. Мухопад. — М. : Магистр : ИНФРАМ, 2010. — С. 19.
3. Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в г. Астане 29.05.2014г. Вступил в силу с 01.01.2015 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.eaeunion.org/files/history/2014/2014_2.pdf. — Название с экрана (дата обращения: 20.04.2017 г.).
4. Каблов Е. Россия на рынке интеллектуальных ресурсов // Эксперт. — 2015. — № 28. — С. 6–12.
5. Быкова О. Н., Анисимов А. Ю., Ольховская М. О. Указ. соч. — С. 73.
6. Там же. — С. 16.
7. СЗ РФ. — 2008. — № 29 (ч. 1). — Ст. 3482.
8. Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 11.
9. СЗ РФ. — 2010. — № 40. — Ст. 4970.
10. Налоговый кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. — 2000. — № 32. — Ст. 3340.
11. Федеральный закон № 195-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части формирования благоприятных налоговых условий для финансирования инновационной деятельности» // СЗ РФ. — 2007. — № 31. — Ст. 3991.
12. СЗ РФ. — 2001. — № 7. — Ст. 657.
13. СЗ РФ. — 2005. — № 18. — Ст. 1686.
14. Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2008. — № 31.
15. Российская газета. — 2009. — № 4966 (142).
16. Халова Г. О., Александрова С. Ю. Использование опыта Германии и Швеции при создании малых инновационных предприятий при МГТУ им. Н. Э. Баумана / Г. О. Халова, С. Ю. Александрова // Гуманитарный вестник. — М., 2013. — Вып. 9. — С. 6.

17. Инновационное развитие — основа модернизации экономики России : Национальный доклад. — М. : ИМЭМО РАН, ГУ–ВШЭ, 2008. — С. 135.
18. Ерыгин Ю. В., Зинина О. В. Формы и методы интеграции вузовской науки в национальную инновационную систему: мировой и российский опыт / Ю. В. Ерыгин, О. В. Зинина // Вестник Сибирского государственного аэрокосмического университета имени академика М. Ф. Решетнева. — 2012. — С. 178.
19. Халова Г. О., Александрова С. Ю. Указ. соч. — С. 2.
20. Волынкина, М. В. Гражданско-правовая форма инновационной деятельности : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. — М., 2007. — С. 40–42.
21. СЗ РФ. — 2006. — № 25. — Ст. 2747.
22. Российская газета. — 1996. — № 24.
23. Фонд содействия инновациям [Электронный ресурс] : Официальный сайт. — Режим доступа : <http://www.fasie.ru/fund/>. — Название с экрана (Дата обращения: 20.04.2017 г.).
24. Быкова О. Н., Анисимов А. Ю., Ольховская М. О. Современное состояние и механизмы инновационного развития российской экономики [Текст] / О. Н. Быкова, А. Ю. Анисимов, М. О. Ольховская : монография. — М. : ФГБОУ ВПО РГАИС, 2015. — С. 69.
25. Там же. — С. 70.
26. СЗ РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3813.
27. Патенты и лицензии. — 2003. — № 3.
28. Мухопад В. И. Указ. соч. — С. 307.
29. Сушкова О. В. Правовой режим объектов интеллектуальной собственности в нотариальной деятельности // Международная научная конференция «Актуальные проблемы теории и практики нотариального, гражданского, исполнительного процесса: их соотношение и взаимодействие» ; КНУ им Т. Шевченко. — Киев, 2013. — С. 178.
30. Там же. — С. 179.
31. Быкова О. Н., Анисимов А. Ю., Ольховская М. О. Указ. соч. — С. 61.
32. Там же. — С. 62.
33. Каблов Е. Указ. соч. — С. 10.
34. Мухопад В. И. Указ. соч. — С. 19.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2017

А. Є. Царьова

Всеросійський державний університет юстиції (РПА Мін'юсту Росії),
кафедра цивільного та підприємницького права
вул. Азовська, 2, к. 1, Москва, 117638, Росія

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ СПОСОБИ ПІДТРИМКИ КОМЕРЦІАЛІЗАЦІЇ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В РОСІЇ

Резюме

Автор цієї роботи зупиняється на взаємозв'язку об'єктів інтелектуальної діяльності та інновацій, оскільки справедливо вважає, що захист прав інноваційного процесу необхідно розглядати крізь призму захисту прав на результати інтелектуальної діяльності. У першу чергу, проводиться аналіз різноманітних договірних конструкцій (з урахуванням змін, внесених в них ФЗ-35 з 01.10.2014 р.), оскільки саме специфічні договори і умови, до яких дійшли сторони договору, дозволяють найбільш повно і з мінімальним ризиком забезпечити захист учасників, що мають права на результати інтелектуальної діяльності та інновації. Велике значення у сфері, що розглядається, надається правовідносинам, що утворюються через отримувані гранти і договори НДДКР, оскільки у цей час залишається відкритим питання про належність отриманого результату виконавцеві або замовнику. По-перше, автор роботи наголошує на розвитку малих і середніх суб'єктів підприємницької діяльності, метою яких є підтримка інноваційної діяльності. У зв'язку з чим автор аналізує федеральне законодавство про Інноваційний центр «Сколково». При цьому, автор аналізує проблемні питання розвитку, підтримки і комерціалізації результатів інтелектуальної діяльності у ВНЗ, наводячи практику застосування зарубіжних правопорядків.

Особлива увага автором приділяється практичному та юридичному взаємозв'язку процесу отримання результату інтелектуальної діяльності у ВНЗ і впровадження його у практику (технологічний процес). Саме такі взаємопов'язані процеси дозволили провести аналіз специфічних юридичних осіб (некомерційних організацій унітарного типу) — Державних корпорацій, оскільки їх діяльність у цивільному обороті націлена саме на реалізацію всього процесу створення, підтримки і комерціалізації результатів інтелектуальної діяльності в одній організації.

Ключові слова: результати інтелектуальної діяльності, Інноваційний центр «Сколково», державні корпорації, грант, комерціалізація.

A. E. Tsaryova

The All-Russian State University of Justice
(RLA of the Ministry of Justice of Russia),
The Department of Civil and Business Law
Azovskaya str., 2, b. 1, Moscow, 117638, Russia

**THE CIVIL-LAW WAYS OF THE SUPPORT
OF THE COMMERCIALIZATION OF THE INTELLECTUAL PROPERTY
IN RUSSIA**

Summary

The author of this work dwells on the interconnection of objects of intellectual activity and innovations, as it rightly believes that the protection of the rights of the innovation process must be viewed through the prism of protecting the rights to the results of intellectual activity. First of all, the analysis of various contractual constructions (taking into account the changes introduced into them by FZ-35 from 01.10.2014) is being carried out, since it is precisely the specific contracts and conditions that the parties to the contract have reached that allow the participants to be most fully and with minimum risk, Who have rights to the results of intellectual activity and innovation. Of great importance in the sphere under consideration is the legal relations that are formed through the received grants and concluded R & D contracts, since, at present, the issue of the attribution of the result to the executor or the customer remains open. Secondly, the author of the work emphasizes the development of small and medium-sized business entities, whose purpose is to support innovation. In this connection, the author of the work does an analysis of the federal legislation on the Innovation Center «Skolkovo». At the same time, the author analyzes the problematic issues of the development, support and commercialization of the results of intellectual activity in the university, leading the practice of applying foreign law and order.

The author pays special attention to the practical and legal relationship between the process of obtaining the result of intellectual activity in the university and its introduction into practice (technological process). It is such interrelated processes that allowed the analysis of specific legal entities (non-profit organizations of a unitary type) — State corporations, since their activities in civil circulation are aimed precisely at realizing the entire process of creating, supporting and commercializing the results of intellectual activity in one organization.

Key words: results of intellectual activity, Innovation Center «Skolkovo», State corporations, grant, commercialization.

УДК 347.77:347.78

D. O. Yeliferov

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

ISSUES OF COPYRIGHT ENFORCEMENT IN THE DIGITAL ENVIRONMENT: P2P NETWORKING AND DARKNET

This article will provide a basic overview of the P2P Networking, its development into darknet, and the legal aspects and means of copyright enforcement will be analyzed. Furthermore, the correlation between copyright and right of privacy in digital environment will be shown. Finally, the available options of copyright protection and Technological Protection Measures will be discussed.

Key words: copyright enforcement, copyright protection, right of privacy, P2P Networking, Darknet.

Articulation of issue. Internet users no longer passively consume media. Today's consumers actively participate, communicate, collaborate, and create a considerable amount of amateur content (often referred to as user-generated content or UGC). This new breed of producer-consumers, sometimes termed «prosumers», embodies the democratic culture [1, P. 115–117]. The digital revolution promises prosumers freedom to interact with media on their own terms. Nowadays, users are not satisfied only with the possibility to watch, read, hear, or create whatever they want, they want to do it on demand. Peer-to-peer networking (P2P Networking) is a natural companion to peer production because it provides an efficient way of distributing digital media and allows free access to content [2]. Since users communicate directly and contribute both content and hardware resources, P2P replaces the traditional, central-server Internet model as the primary vehicle for content distribution.

However, with the creation of P2P networking, the problem of copyright holders' loss of control over their exclusive rights to reproduce and communicate digital copyright works has occurred. For example, The Recording Industry Association of America (RIAA) has sued over fifteen thousand individuals for alleged copyright infringement [3]. To escape liability, consumers demanded that P2P developers follow their own precedent and improve distributed networks to shield users from liability by providing users with anonymity, privacy, and increased security control [4]. Modified versions of P2P networks got the name «darknets» and constitute a particular threat to copyright holders, making it almost impossible to track user behavior on the net and, as a result, precluding copyright enforcement on the Internet.

Level of progress of the research. Nowadays issues of copyright protection and copyright enforcement are vital and vast majority of scholars in their re-

search papers are trying to find a way of striking balance between copyright holders and users. A. Toffler, J. Wood, N. Blackmore are well known for their papers concerning issues of new technologies and their particular threat to the existing ways of copyright protection. Nevertheless, as technologies are developing every single second the problem will never be completely solved and this article is providing piece of useful information about the current status of copyright protection in the digital environment and offers a number of solutions to some of them.

Discussion. P2P Networking as a new threat for copyright holders. Peer-to-peer distribution technology differs from traditional Internet functioning by permitting computers to share information directly with other computers without the need for a central storage server [5]. Typically, media files and other content are stored on central servers (hosts) in a traditional client/server relationship. In that system, client (user) computers can only access information on servers through websites using the Internet, and clients cannot exchange files directly with other client computers. In contrast, a P2P network permits a computer connected to the Internet to identify itself as both a client and a server, thereby enabling the computer to communicate directly with any other computer on the Internet to exchange files [6]. Each user can therefore contribute to the network by storing files on his/her computer and making those files available to other members of the network.

Generally, P2P networks are either centralized or decentralized. Centralized models, such as Napster, utilize a central server system that facilitates users' activities in the network. Files are stored and distributed by means of users' own computers, not on the server. The server's function is to establish connections between users and facilitate user-initiated file searches, using (and storing) a directory of available file names and users' IP addresses. Users can search the directory for files available on all host users' computers. Then, the P2P software establishes a connection between those two users, who transfer the file directly between their computers. Most importantly, users must register with the system (to be located and connected), so the service provider knows the identity of each user, as well as what he is downloading [7].

The detrimental impact of file sharing on copyright began with the rise of the P2P network Napster, which revolutionized the consumption of music by allowing users to share digital music files in.mp3 format. First generation 'centralized' P2P file-sharing networks such as Napster allowed users to make available copyright works for download by other users. Napster stored a list of the filenames of available works that users could search for on the network. The files remained on the users' computers, while only the list was present on Napster's servers. However, without Napster's servers facilitating the search function, users would not have been able to share files. The centralized architecture of the system could be analyzed against existing copyright law doctrines because exercise of control over the distribution of copyright works was attributable to the party operating the server.

What needs to be mentioned is that before rise of the P2P technology ISPs have protected themselves from the copyright infringement lawsuits by lob-

bying US government to pass the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) in 1998. According to it ISPs cannot be held accountable for transmitting copyrighted material. That is why copyright holders had to sue software companies and particular users for infringing copyright. While suing millions of direct infringers is obviously too costly and unfeasible, existing US case law is focused on the indirect liability of the P2P software providers for the direct infringement of its users. There are 3 types of indirect liability under US law — contributory infringement, vicarious liability and the theory of inducement. Contributory infringement occurs when one party being aware of his infringing activity somehow contributes to the infringing activity of the third party. Vicarious liability occurs when one party has control over the activities of the third party, who is a direct infringer, but due to the financial interest in the infringer's activity remains inactive. Finally, the theory of inducement says that if one party promotes infringing activities of the third party, he is liable for the resulting acts of infringement by the third parties.

Because Napster did not copy the files itself, it could not be directly liable for copyright infringement. Instead, copyright holders relied on secondary liability doctrines of contributory and vicarious infringement to enforce copyright. The Ninth Circuit court reasoned that Napster materially contributed to its users' infringement since evidence showed Napster had actual knowledge of infringing activity on the network but failed to purge the system. Additionally, the court found Napster vicariously liable for its users' infringing activities because the central index provided Napster with the right and ability to supervise its users. Furthermore, the court believed that Napster could locate infringing material listed on its central search indices and had the right to terminate users' access to the system. In addition to this, the court stated that although Napster's service was free to users, the unauthorized materials increased traffic and advertising revenue [8].

After Napster was shut down in 2001, other P2P networking providers were aware of law suits and started to develop their networks to avoid liability for user-initiated sharing. After modifications, the second generation of P2P networking (decentralized system) rolled up. Now, the technology connects users directly to each other without routing information through a central server. The second generation of P2P networking is less efficient than networks with a central server because the branching system design slows searches and file exchanges. Moreover, without a central server, the provider has little or no ability to supervise infringing activity and cannot remove infringed titles or infringing users from the system. Decentralized systems are also more difficult to shut down because there is no central access point, and, as many decentralized systems use open source protocols, shutting down part of the system is ineffective because users can adapt copies of the program's code to keep the system running [9, P. 2207, 2246]. One of the most famous examples is Gnutella. It does not rely upon any centralized server or service — a peer just needs the IP address of one or a few participating peers to reach any host on the Gnutella network. In addition, Gnutella is not controlled by anyone, it is an open protocol and anyone can write a Gnutella client application.

Creating such a system challenged copyright laws in a new way, because it broke down the existing secondary liability doctrines, and mandated the creation of a new doctrine focused on the behavior of the provider rather than the function of its network [10]. As providers have no control over the users' activities, they are removed from any copyright infringement that is committed. This makes the application of copyright laws to these providers exceptionally difficult.

However, all P2P networks still have one significant weakness — they are not anonymous. Allowing the detection of server endpoints, decentralized networks reveal the IP address of users. Although, users' activity in P2P networks are difficult to track, it is not impossible. Thus, it is possible to detect infringing behavior and identify defendants for litigation.

Concept of The Darknet as a future dead end of copyright. In November 2002, four senior Microsoft security engineers coined the term «Darknet» in an influential paper entitled «The Darknet and the Future of Content Distribution» [11]. The Darknet has its roots in underground physical networks organized around groups of friends that shared music on cassette tapes and computer disks. More recently, the term is used to differentiate private, anonymously distributed networks from their public predecessors. Fred von Lohmann is defining the Darknet as « [t]he collection of networks and other technologies that enable people to illegally share copyrighted digital files with little or no fear of detection» [12]. J. D. Lasica described the Darknet as a «vast, gathering, lawless economy of shared music, movies, television shows, games, software, and porn—a one-touch jukebox that would rival the products and services of the entertainment companies» [13, P. 109].

The goal of darknets is to create a closed network to communicate securely in a manner that defies detection or penetration by governments or corporations [14]. Thus, users can easily download and upload any content anonymously. Improvements in privacy and security enable increased anonymity, and the lack of a public entry point to the network makes it difficult or impossible for outsiders to discover what users share on darknets [15].

What attracts users and makes the darknet increasingly popular? The answer is anonymity. Each data stream is encrypted and routed in such a way that the source and destination of the request cannot, outside of user or program error, be determined. To prevent other forms of personal information from being leaked, it is common for Darknet applications to deliberately mask or sanitize any identifiable information that is sent, such as information commonly provided by web browsers. There are also mechanisms available to applications that run on Darknets for users to maintain a consistent identity, should they wish to do so, thereby enabling users to be pseudo-anonymous. These aliases allow for social networks to be established and utilized [16].

The biggest darknet today is The Onion Routing (the TOR) program. It scrambles data through various nodes to protect the IP addresses and data packets from unwanted traffic analysis. Effectively, no-one but the user can identify where and what content is being consumed [17]. Any legally created content on the darknet has been anonymously leaked onto the network, bla-

tantly breaching copyright law. The TOR network has been simply described as «similar to using a twisty, hard-to-follow route in order to throw off somebody who is tailing you — and then periodically erasing your footprints» [18].

Even though it does not guarantee absolute anonymity, TOR makes traffic analysis virtually unfeasible. Combined with periodic wiping of the hard drive, it is almost impossible to determine the identity and location of the end-user. This means the existing data retention policies become meaningless and untraceable [17]. As has already been mentioned, Microsoft engineers made a fundamental study of the darknet phenomenon and stated that «ultimately the darknet-genie will not be put back into the bottle» [11]. As the data is scrambled, internet service providers (ISPs) cannot hold any meaningful data and that arises questions of intermediary liability. From the *Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Ltd (2012) AJLR 494 (iiNet case)* [19] we can see that the current situation of legal enforcement of Internet law relies on the co-operation of the ISPs. And while the darknet becomes more and more popular, the lack of identifying information coming from ISPs will make existing laws almost unenforceable.

Copyright holders vs. Users. In order to understand why things appear to be as they are nowadays it is important to analyze the problem from both sides.

If we talk about copyright holders, in general, they oppose illegal file sharing. Madonna, Elton John, Sheryl Crow, Jay Z, Lenny Kravitz among others, have spoken out against illegal copying. Metallica filed a lawsuit against Napster in 2000 after discovering the circulation of the «I Disappear» demo. Although Metallica lost the battle, the case had some significant consequences. It was one of the first steps in breaking the emerging file sharing business. Over 300,000 Napster users were banned from the service for sharing Metallica MP3s. Other artists like Dr. Dre, Eminem and Madonna joined the battle against Napster [20].

On the other hand, a lot of artists support file sharing because sometimes it can stimulate sales. Better sales of Radiohead's album «Kid A» is a result of the appearing of the tracks on Napster. A study conducted by the Pew Internet & American Life Project surveyed 3,000 musicians and songwriters about their views about file sharing. Surprisingly, they found that 35 % of the subjects agreed that file sharing was not necessarily bad because it helped the market and distributed the artist's work and twenty three percent agreed that file sharing was harmless. When asked about the effect on their career, 37 % were indifferent and 35 % report that free downloading has actually boosted their reputation [21].

Nevertheless, if we talk about statistics, in 2009 International Federation for the Phonographic Industry estimates that 95 % of music downloads are unauthorized, and 60–80 % of internet traffic transmitted through internet service providers is comprised of file sharing of copyright material [22]. Online music piracy is estimated to cause \$12.5 billion of economic loss worldwide every year. Studies by Liebowitz (2006), Rob and Waldfoegel (2006), and Zentner (2006) have found evidence that file sharing directly harms record

sales, but how many illegally downloaded works represent actual economic loss is impossible to calculate [23].

If we talk about users, different views can be seen. Recent generations of consumers, so called 'digital natives', tend to have little respect for intellectual property rights, and have been conditioned to the idea that online content is free to be shared [24]. Breach of copyright in digital environment is not considered to be the same as theft of a tangible physical work. Young downloaders think that «getting free music is easy and it is unrealistic to expect people not to do it» [25]. A recent Finnish study found that most P2P file sharers are aware that they are breaking the law, and most also consider illegal file sharing morally wrong. However, they felt that the risk of getting caught was low [26]. A survey of New Zealand Internet users conducted by Internet service provider TelstraClear has shown that copyright infringement is widely, but not frequently, practiced. Forty-six percent of the households surveyed had P2P file sharing software installed on a home computer. Despite this, respondents showed sympathy for artists and an appreciation for copyright ownership, with only 15 % of respondents stating that ease of access to content via the Internet should mean it is available for free [27].

Privacy and Anonymity vs. Copyright Enforcement. Most activists view the government's battle against the Darknet as the new Reefer Madness, a misguided attack on something becoming increasingly endangered: privacy and anonymity online [16].

Privacy is nowadays something of a great value; that is why more and more people are increasingly adopting encryption tools for the purposes of protecting their data and personal privacy. But the question is if anonymity on the Darknet is capable of protecting personal privacy? The answer is not easy to find because when a person's identity is anonymous, it ensures that his privacy is protected. However, the existing legal frameworks on privacy do not mention anonymity in conjunction with privacy. Given the fact that anonymity is an integral part of the TOR browser, it is therefore essential that anonymity needs to be legally recognized as an important tool for protection and preservation of personal and data privacy [16].

Another question that should be answered is how to adapt existing legal framework to the changes brought about by technology. One can say that the best way is to create a law prohibiting the darknet and imposing a blanket ban on this technology. However, even if such a law is created it will be almost impossible to take down the darknet from a practical point of view [28]. In addition, the darknet is not used only for illegal purposes, but also as a field for exchanging of thoughts and ideas, being not aware of any censorship. So, if legislatures try to prohibit the darknet, it could be considered as a violation of the freedom of political communication granted almost in every constitution.

That is why the new reality should be accepted and legal framework should be adapted to it. However, this poses enormous challenges to copyright law in general and artists and copyright owners in particular. Because anonymous browsing has the capacity to circumvent legal detection, it significantly undermines the twin foundational pillars of copyright law. The first pillar is the

idea that the work of the author has attached to it certain rights in property and contract. The second pillar is the utilitarian idea that copyright law, by protecting authors' rights, provides an incentive for the creation of literary and artistic works [29]. Without the protection of copyright, the artistic health of our society weakens [30].

But not only legal steps should be taken to solve this problem. The boom in piracy comes despite every lawsuit against a successful P2P network entrepreneur [31]. We can see it from the «war» against Pirate Bay, which proudly publishes expletive-riddled replies to the numerous legal threats they receive. In riposte to the multinational law firms they end with a statistic: «... 0 torrents has [sic] been removed, and 0 torrents will ever be removed» [32]. Despite large fines to users, legal threats are barely having an impact on the boom [33].

As was mentioned above, despite everything users demand anonymity and privacy online and this demand creates numerous problems to copyright owners. Facing ineffectiveness of legal means of protection their rights, copyright holders are forced to refer to technology. Nowadays it is possible to create an encrypted-lockbox embedded within content to make it accessible for a particular user. This self-enforcing technology is a form of digital rights management (DRM) which can «directly impose technological controls on what users may, or may not, do with digital content» [34, P. 148]. There are numerous types of DRM used nowadays, e.g. Cinavia embeds code into the audio of a Blu-Ray file and then limits copy and use on certain machines [35].

But how does the existing law framework deal with DRM ? The DMCA allows implementation of DRM systems by prohibiting circumvention of «technological protection measures» which control copying and access to copyrighted content [49]. There are two types of technological protection measures: those that «effectively control access to a work» [51] and those that «effectively protect a right of a copyright owner» [51].

There is one difference in the scope of legal protection between them: while the first type encompasses any person using circumvention technology and prohibits manufacture or distribution of devices primarily designed for circumventing, the second type focuses only on prohibition of manufacture or distribution of devices primarily designed to circumvent copy protection measures.

Obviously, then, whether a given DRM system is characterized as an «access control» measure or «copy control» measure substantially affects the level of protection it will be afforded under the DMCA [49]. Notwithstanding how we characterize the DRM system it has a number of drawbacks. One of them is correlation between DRM and fair use doctrine. Statutory and Common Law interpretations of copyright law afford individuals «Fair Use» rights. Fair Use provides a defense to individuals who engage in an unauthorized use of protected content. It is impossible for DRM systems to incorporate Fair Use principles because they are difficult to define, and evolve over time. Fred von Lohmann of the Electronic Frontier Foundation has argued that for DRM to recognize Fair Use, engineers must be able to program a federal judge onto a

computer chip [50]. Another drawback is that developing a harsher version of DRM technology would nullify the whole idea of anonymity because copyright holders will be able to monitor usage of their product and trace every single infringer. However, with the ability to trace the usage of the product comes the ability to collect private data. Users may turn to the darknet in droves if and when they realize the moral hazards of multinational corporations collecting their private information [36, P. 68]. If this happens and users flock to the darknet, it would result in a huge problem for copyright holders. They would have no means of enforcing their rights and would be unable to pursue intermediary liability against ISP providers. Therefore, they will be implementing DRM systems that increase the «use of surveillance systems by both public and private sector entities, with possibly worrying consequences for even more rationalization and normalization, and the threat of increased social conformity» [37, P. 147].

Even from the economic point of view, implementing stronger DRM systems may act as a disincentive to legal commerce. Consider an MP3 file sold on a web site: this costs money, but the purchased object is as useful as a version acquired from the darknet, while a securely DRM-wrapped song is strictly less attractive: although the industry is striving for flexible licensing rules, customers will be restricted in their actions if the system is to provide meaningful security. This means that a vendor will probably make more money by selling unprotected objects than protected objects [11].

From the legal point of view, to ensure users' privacy and protect rights of the copyright owners, implementation of DRM systems into products should be regulated with due diligence to prevent unauthorized surveillance and data collection. Any tracking of data should require the clear and informed consent of the end-user. From my point of view, only such an approach to the problem of balancing privacy and copyright enforcement will be acceptable for both sides.

Alternative ways of promoting copyright. Thus, we can see that the copyright owners are not satisfied with the legal means available for protecting their rights because of the lack of efficiency. The idea of using DRM systems to protect products is not working in the way it is supposed to and users are even more aware of surveillance and data collection than before. Therefore, I think that the best option for protecting copyright in the future is not creating a new legal means of enforcing existing rights. Technology is developing too fast for the law framework to regulate it effectively. Instead, new ways of distribution that provide incentives for the authors and access to copyright works for users should be created and implemented. Doing so, P2P file sharing technologies might be used for good as a legal distributional channel for copyright protected works.

There is genuine public interest in legal models that offer a similar experience to illegal file sharing by providing simple access to a broad range of works [38]. Consumption of digital entertainment works is at an all time high and legal services such as the Apple iTunes Music Store have been highly successful [39]. For these reasons, a shift in focus is needed from the use of

legal solutions as a 'stick' for minimizing unauthorized use, to the adoption of commercial solutions as a 'carrot' for maximizing authorized use [40].

One alternative measure to advance the underlying goals of copyright law would be to alter the current scope of exclusive rights to create statutory exceptions for unauthorized private copying upon payment of equitable remuneration [41, P. 193]. Copyright infringements may be significantly reduced if copyright holders make their works available on a licensed basis, and users will pay for access to them. It has been shown that New Zealanders are willing to pay for quality content, at the right price [27]. Consequently, IPSs may get immunity for buying the blanket license that will allow them to provide their subscribers with copyright protected works. Under the terms of such licenses, subscribers will get rights to upload and download copyright protected work. A license applied to all subscribers would result in low-level consumers of creative works subsidizing the consumption habits of other subscribers [42]. The whole model will be operated by a rights collective organization that will receive license fees from Internet service providers. It will require copyright owners to register their works while IPSs will have to control their transmission.

Another alternative measure is used nowadays and supported by leading academics including N. Netanel [43] and W. Fisher [44]. The idea is to create a system where the fee for non-commercial copying will be collected and for that payment users will get the right to non-commercial distribution, adaptation and editing of copyright works. The first private copying regime came into force in Germany as a result of successful litigation by performance rights organization GEMA against audio equipment manufacturer Grundig. Similar to a license scheme, remuneration will be collected by an independent body and collecting societies would divide the proceeds among their members using digital tracking technologies [43].

A levy system has a number of advantages. It is easy to administer, allows unhindered use of copyright works and free technological development, while also providing copyright holders with fair and equitable remuneration for their creative efforts. It would also decriminalize the entrenched habits of file sharers. However, it would transform copyright from a proprietary right to a universal liability system in which all users of certain products and services would subsidize the infringing uses of a minority, may in fact encourage infringement amongst consumers who consider that they have already paid for the right to infringe copyright [45].

However, I think that the situation nowadays in digital environment may require a narrowing of copyright law to a basic right of remuneration. Copyright law is not inherently a proprietary copyright regime [43] and making the products of creativity proprietary on the internet has not worked well [10]. Such a change would significantly undermine the liberal values of copyright, but the realities of digital technology are challenging basic assumptions about ownership and copying [46]. A decade of litigation to enforce exclusive rights against file sharers has been futile in changing social norms surrounding copyright, and the divide between consumers and copyright holders has widened [26]. Thus, a new solution for all these issues should be found.

Conclusion. P2P networking technology is nowadays widespread and gains more audience, thus challenging existing copyright laws. The power to copy and communicate has given rise to an entrenched social norm of disrespect for digital intellectual property rights [47]. And now there is no true balance between the rights of copyright holders and the values and preferences of users.

As was previously mentioned, huge efforts to stop file sharing through legal suits have been made and they were not successful. Litigation has been brought in to uphold primary and secondary copyright law doctrines, and the courts tried to clarify the liability of file sharers, P2P providers and Internet service providers [42]. However, there is still significant uncertainty about the extent of the exclusive rights of copyright holders.

After lawsuits and huge fines, users started to flow into the darknet, which provided them with free and numerous copyright protected works. The most valuable attribute of today's darknet is anonymity and privacy and that significantly contributed to the popularity of this network. The copyright owners are not satisfied with the legal means available for protecting their rights because of the lack of efficiency. The idea of using DRM systems to protect product is not working in the way it supposed to and users are even more aware of surveillance and data collection then before.

Thus, this paper proposes to change the focus from attempts to stop users from infringing copyright with new litigation and new laws, to create new ways of reaching goals of copyright. Legal solutions cannot keep pace with technology, therefore over-regulation must be avoided for copyright law to remain relevant and ensure that a generation of Internet users are not criminalized. An alternative model of access to copyright works is needed which provides economic incentives for the creation and distribution of works of original expression and harmonizes the interests of copyright holders and consumers to all possible extent [43].

So far, attempts to fix a commercial problem with legal solutions have been unsuccessful, but until a solution is found, copyright owners are entitled to such protective rights as the law affords them [48]. Once new models become widespread, copyright law will obtain the second role in balancing the interests of copyright holders and users in digital environment, and, I am pretty sure that implementation of these models will change the attitude of the potential infringers by making the legal behavior more beneficial and easy for them.

Bibliography

1. Toffler Alvin, *The Third Wave* [Text] / Alvin Toffler // William Morrow & Company — 1980. — P. 115–117.
2. Wood Jessica, *The Darknet: A Digital Copyright Revolution* [Electronic resource] / Jessica Wood // XVI Rich. J.L. & Tech. 14 (2010). — Access mode: <http://jolt.richmond.edu/v16i4/article14.pdf>. — Title from the screen.
3. Posting of RIAA Watcher to RIAA Watch [Electronic resource]. — Access mode: <http://sharenomore.blogspot.com..> — Title from the screen.
4. Suvanto Mika, *Privacy in Peer-to-Peer Networks* [Electronic resource] / Mika Suvanto. — Access mode: <http://www.tml.tkk.fi/Publications/C/18/suvanto.pdf>. — Title from the screen.

5. Stephanos Androutsellis-Theotokis & Diomidis Spinellis, A Survey of Peer-to-Peer Content Distribution Technologies [Electronic resource] / Stephanos Androutsellis-Theotokis. — Access mode: <https://www.spinellis.gr/pubs/jrnl/2004-ACMCS-p2p/html/AS04.pdf> — Title from the screen.
6. Barkai David, An Introduction to Peer-to-Peer Computing [Electronic resource] / David Barkai. — Access mode: http://www2.it.lut.fi/wiki/lib/exe/fetch.php/courses/ct30a6900/p2p_barkai.pdf. — Title from the screen.
7. Niva Elkin-Koren, Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic [Electronic resource] / 7. Niva Elkin-Koren. — Access mode: <http://www.nyuilpp.org/wp-content/uploads/2012/11/Niva-Elkin-Koren-Making-Technology-Visible.pdf>. — Title from the screen.
8. A&M Recs., Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d (9th Cir. 2001) [Electronic resource]. — Access mode: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1341&context=btlj> — Title from the screen.
9. Jacover Aric, Note, I Want My MP3! Creating a Legal and Practical Scheme to Combat Copyright Infringement on Peer-to-Peer Internet Applications [Text] / Aric Jacover // 90 GEO. L.J., 2207, 2246 (2002).
10. Metro-Goldwyn-Meyer Studios, Inc v Grokster, Ltd 545 US 9 [Electronic resource]. — Access mode: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-480.ZS.html> — Title from the screen.
11. Biddle Peter, England Paul, Peinado Marcus, and Willman Bryan, The Darknet and the Future of Content Distribution [Electronic resource] / Peter Biddle. — Access mode: <http://msl1.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf>. — Title from the screen.
12. Fred von Lohmann, Measuring the Digital Millennium Copyright Act Against the Darknet: Implications for the Regulation of Technological Protection Measures [Electronic resource] / Fred von Lohmann // 24 LOY. L. A. ENT. L. REV. — Access mode: <http://www.wordspy.com/words/darknet.asp> — Title from the screen.
13. Lasica J. D., Darknet: Hollywood's War Against The Digital Generation [Text] / J. D. Lasica / John Wiley & Sons, Inc. 2005–320 p.
14. Markoff John, File Sharers Anonymous: Building a Net That's Private [Electronic resource] / John Markoff. — Access mode: <http://query.nytimes.com/gst/fullpagehtm-1?res=9503E4DE1E3FF932A3575BC0A9639C8B63>. — Title from the screen.
15. Johan A. Pouwelse et al., Pirates and Samaritans: a Decade of Measurements on Peer Production and Their Implications for Net Neutrality and Copyright [Electronic resource] / Johan A. Pouwelse. — Access mode: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.324.4041&rep=rep1&type=pdf> — Title from the screen.
16. Duggal Pavan, Darknet, Anonymity & Law, Saakshar Law Publications. Kindle Edition [Electronic resource] / Pavan Duggal. — Access mode: https://www.amazon.com/DARKNET-LAW-PAVAN-DUGGAL-ebook/dp/B00VVX0W9E/ref=sr_1_4?s=digital-text&ie=UTF8&qid=1429771363&sr=1-4 — Title from the screen.
17. Ralph Felix, Anonymity and the Law: The Darknet Rises [Electronic resource] / Felix Ralph. — Access mode: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/CommsLawB/2013/5.pdf> — Title from the screen.
18. The TOR Project [Electronic resource]. — Access mode: <https://www.torproject.org/about/overview.html.en> — Title from the screen.
19. Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited [2012] HCA 16, AJLR 494 (iiNet case) [Electronic resource]. — Access mode: <http://eresources.hcourt.gov.au/downloadPdf/2012/HCA/16> — Title from the screen.
20. Gabriel Alatorre, Christina Huang, Ethan Rigel, Copyright Infringement due to Online File Sharing [Electronic resource] / Gabriel Alatorre. — Access mode: https://ocw.mit.edu/courses/electrical-engineering-and-computer-science/6-901-inventions-and-patents-fall-2005/projects/online_fileshrng.pdf. — Title from the screen.
21. USATODAY.com — How do musicians feel about Internet file-sharing? [Electronic resource]. — Access mode: <http://usatoday.printthis.clickability.com/pt/cpt?action=cpt&title=USATODAY.com+-+How+do+musicians+feel+about+Internet+file-sharing+%3F&expire=&urlID=10192781&fb=Y&url=http+%3A+%2F+%2Fwww.usatoday.com+%2Ftech+%2F> — Title from the screen.

22. International Federation of the Phonographic Industry, Digital Music Report 2009 [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.ifpi.org/content/library/dmr2009.pdf> — Title from the screen.
23. Siwek S., The True Cost of Copyright Industry Piracy to the U.S Economy [Electronic resource] / Siwek S. — Access mode: http://ipi.org/ipi_issues/detail/the-true-cost-of-copyright-industry-piracy-to-the-us-economy — Title from the screen.
24. Gasser U. and Palfrey J., Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives [Electronic resource] / U. Gasser and J. Palfrey. — Access mode: http://pages.uoregon.edu/koopman/courses_readings/phil123-net/identity/palfrey-gasser_born-digital.pdf — Title from the screen.
25. Lenhart A. and Madden M., Teen Content Creators and Consumers Pew Internet and American Life Project [Electronic resource] / A. Lenhart and M. Madden. — Access mode: http://www.pewinternet.org/files/old-media/Files/Reports/2005/PIP_Teens_Content_Creation.pdf — Title from the screen.
26. Hietanen H., Huttunen A., and Kokkinen H., Criminal Friends of Entertainment: Analysing Results from Recent Peer-to-Peer Surveys [Electronic resource] / H. Hietanen. — Access mode: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/scripted/issue5-1.asp> — Title from the screen.
27. TelstraClear, Survey of New Zealanders' Opinions on Accessing and Copying Content (July 2009) Baseline Consultancy [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.telstraclear.co.nz/company-info/media-lease-template.cfm?newsid=348> — Title from the screen.
28. US Congress House, Stop Online Piracy Act H. R. 3261, 112th cong., 1st sess. [Electronic resource]. — Access mode: <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/3261> — Title from the screen.
29. Andrew Kenyon & Megan Richardson, New Dimensions in Privacy Law: International and Comparative Perspectives [Electronic resource] / Andrew Kenyon & Megan Richardson // Cambridge University Press, 1st ed, 2006. — Access mode: <https://www.amazon.com/New-Dimensions-Privacy-Law-International/dp/0521860741> — Title from the screen.
30. William Uzgalis, John Locke, The Stanford Encyclopedia of Philosophy [Electronic resource] / William Uzgalis. — Access mode: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/locke/> — Title from the screen.
31. Giblin Rebecca, The Code Wars: 10 Years of P2P Software Litigation [Electronic resource] / Rebecca Giblin. — Access mode: <http://www.artelaserpublicidad.com/code/code-wars-10-years-of-p2p-software-litigation.pdf> — Title from the screen.
32. The Pirate Bay [Electronic resource]. — Access mode: <http://thepiratebay.se/legal> — Title from the screen.
33. Sony BMG Music Entertainment v Tenenbaum, 93 USPQ 2d 1867 (D Mass, 2009); Sony BMG Music Entertainment v Tenenbaum, 2010 WL 2705499, at 3 (D Mass, 2010) [Electronic resource]. — Access mode: https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2010_%20Tenenbaum_%20Abridged.pdf — Title from the screen.
34. Charles Clark, The Answer to the Machine is the Machine [Text] / Charles Clark // The Future of Copyright in a Digital Environment: Proceedings of the Royal Academy Colloquium — P. 148 (The Hague: Kluwer Law International, 1996).
35. What is Cinavia Technology and What does it Do? [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.cinavia.com/languages/english/pages/technology.html> — Title from the screen.
36. Foroohar Rana, Learning to Hate Big Tech [Text] / Rana Foroohar // Time Magazine, New York — 4 May 2012 — P. 68.
37. David Lindsay and Sam Ricketson, Copyright, Privacy and DRM / David Lindsay and Sam Ricketson // Andrew Kenyon & Megan Richardson (eds), New Dimensions in Privacy Law: International and Comparative Perspectives. — Cambridge University Press, 1st ed, 2006. — P. 147.
38. Swedish Performing Rights Society, Pirates, filesharers and music users: a survey of the conditions for new music services on the internet, February 2009 [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.stim.se> — Title from the screen.
39. iTunes [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.apple.com/itunes/> — Title from the screen.
40. Daniel J. Gervais, The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File Sharing [Electronic resource] / Daniel J. Gervais. — Access mode: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=525083 — Title from the screen.

41. Guilbault L., The Limit of Balancing Interests through Copyright Levies [Text] / Guilbault L. // C. Lenk, R. Hoppe and R. Andorno Ethics and Law of Intellectual Property — Ashgate Publishing, 2007. — P. 193.
42. Harrop Matthew, Something for nothing: Copyright, ISP Liability and P2P file sharing [Electronic resource] / Harrop Matthew. — Access mode: <http://www.otago.ac.nz/law/research/journals/otago036304.pdf> — P. 193.
43. Netanel N., Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing [Electronic resource] / N. Netanel. — Access mode: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v17/17HarvJLTech001.pdf> — Title from the screen.
44. Fisher W., Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment [Electronic resource] / W. Fisher. — Access mode: <https://www.amazon.com/Promises-Keep-Technology-Entertainment-Stanford/dp/080475845X> — Title from the screen.
45. Blackmore N., Peer-to-Peer Filesharing Networks: The Legal and Technological Challenges for Copyright Owners [Electronic resource] / N. Blackmore // 55 New South Wales Society for Computers and the Law: Journal. — Access mode: <http://www.nswscl.org.au/journal/55/Blackmore.html> — Title from the screen.
46. UK Strategic Advisory Board for Intellectual Property Policy, Copycats? Digital Consumers in the Online Age (April 2009) [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.sabip.org.uk/sabip-cibersummary.pdf> — Title from the screen.
47. Fisher W., The Proposer’s Opening Remarks [Electronic resource] / W. Fisher // Economist Debates: Copyright and Wrongs, Statements 6 May 2009. — Access mode: <http://www.economist.com/debate/days/view/310> — Title from the screen.
48. Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd (2005) 65 IPR 289, summary per Wilcox J. [Electronic resource]. — Access mode: <https://jade.io/j/?a=outline&id=111225> — Title from the screen.
49. Gabriel M. Ramsey, Esq. Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, Legal Issues Affecting Creation And Implementation Of DRM Systems / Gabriel M. Ramsey [Electronic resource]. — Access mode: <http://twvideo01.ubm-us.net/o1/vault/gdc07/slides/S3798i3.pdf> — Title from the screen.
50. Fred von Lohmann, Reconciling DRM and Fair Use: Preserving Future Fair Uses? [Electronic resource] / Fred von Lohmann. — Access mode: <http://www.cfp2002.org/fairuse/lohmann.pdf> — Title from the screen.
51. 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(A), (a)(2), (b)(1) [Electronic resource]. — Access mode: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/1201> — Title from the screen.

Стаття надійшла до редакції 22.05.2017

Д. О. Сліферов

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

**ПРОБЛЕМАТИКА РЕАЛІЗАЦІЇ АВТОРСЬКОГО ПРАВА
У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ: МЕРЕЖІ P2P ТА ДАРКНЕТ**

Резюме

У статті проведено аналіз питань, пов'язаних з реалізацією авторського права у цифровому середовищі, особлива увага звернута на мережі P2P та даркнет.

Автор показує, що з розвитком та вдосконаленням технологій обсяги порушень авторських прав у цифровому середовищі зростають та наразі для правоводільців не існує дієвого правового механізму захисту своїх прав. Наведено статистику по провідних країнах світу, що наочно доводить масштаби проблеми.

Увага звернута на тенденцію використання правоводільцями альтернативних методів захисту своїх прав (e.g. DRM), розглянуті існуючі види таких методів та правове регулювання їх застосування. Також розглянута проблема співвідношення інтересів правоводільців та користувачів стосовно приватності та анонімності у мережі інтернет.

Ключові слова: реалізація авторського права у цифровому середовищі, захист авторського права, право на приватність, мережі P2P, даркнет.

Д. А. Елиферов

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРОБЛЕМАТИКА РЕАЛИЗАЦИИ АВТОРСКОГО ПРАВА В ЦИФРОВОЙ СРЕДЕ: СЕТИ P2P И ДАРКНЕТ

Резюме

В статье проведен анализ вопросов, связанных с реализацией авторского права в цифровой среде, особое внимание обращено на сети P2P и даркнет.

Автор показывает, что с развитием и совершенствованием технологий объёмы нарушений авторских прав в цифровой среде увеличиваются и на данный момент для правообладателей не существует эффективного правового механизма защиты своих прав. Приведена статистика по ведущим странам мира, доказывающая масштабы проблемы.

Обращается внимание на тенденцию использования правообладателями альтернативных методов защиты своих прав (e.g. DRM), рассматриваются существующие виды таких методов и правовое регулирование их применения. Также рассматривается проблема соотношения интересов правообладателей и пользователей по вопросам приватности и анонимности в сети интернет.

Ключевые слова: реализация авторского права в цифровой среде, защита авторского права, право на приватность, сети P2P, даркнет.

УДК 341.9

Д. А. Мінченко

магістр міжнародного бізнес права
Лондонського університету Королеви Марії,
Юридична фірма «Юрлайн», юрист
вул. Успенська, 11/13, Одеса, 65014, Україна

УМОВИ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ В АНГЛІЇ ЗА НОРМАМИ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА

У статті розглядаються умови виконання рішень іноземних судів англійськими судами відповідно до норм загального права. Зокрема, детально вивчені такі умови, як належна юрисдикція іноземного суду, остаточність судового рішення та матеріальний характер судового рішення — як вимоги, які повинні бути виконані для того, щоб іноземне судове рішення підлягало виконанню в Англії.

Ключові слова: іноземне судове рішення, англійське право, виконання іноземного судового рішення, загальне право.

Постановка проблеми. У сучасному світі, в якому торгівля здебільшого є міжнародною за своєю природою, міжнародна спільнота заінтересована в забезпеченні того, щоб судові рішення виконували функцію «міжнародної валюти». Якби судові рішення діяли та підлягали виконанню тільки у країнах їх походження, міжнародна торгівля була б набагато складнішою.

При розгляді відомої справи *Adams v Cape Industries Plc* було зазначено, що основою системи визнання та виконання іноземних судових рішень є визнання того, що міжнародне співтовариство працюватиме краще, якщо деякі іноземні судові рішення створюватимуть права та обов'язки, що можуть бути безпосередньо виконані в країнах, де знаходиться відповідач або його активи [3, с. 552].

Коли справа стосується визнання та виконання іноземного рішення, винесеного в країнах СНД, в США або, наприклад, в Японії, англійські суди застосовують норми загального (прецедентного) права, яке формується безпосередньо судами впродовж багатьох років.

Для того, щоб іноземне судове рішення підлягало виконанню в Англії, саме судове рішення повинне відповідати певним вимогам, які досить детально викладені в англійському праві. Саме наявність деталізації цих умов та певні складнощі у визначенні того, чи підлягає те чи інше судове рішення виконанню в Англії, є одними з причин, чому рішення українських судів стосовно компанії з англійськими активами виконати досить складно.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Тема визнання та виконання іноземних судових рішень за загальним правом Англії є досить обговорюваною в англійській науковій спільноті. Проблема умов виконання іноземних судових

рішень у різні часи досліджувалась такими науковцями, як Jonathan Hill, Alex Mills, A. Tvidal, Trevor Hartley, Adrian Briggs, Adeline Chong, та є предметом сучасного обговорення юристами (Louise Freeman, Steven Loble та ін.).

Метою даної наукової статті є аналіз та порівняння умов, які мають бути виконані для того, щоб іноземне судове рішення, винесене в країнах СНД, підлягало виконанню на території Англії.

Виклад основного матеріалу. Загалом, в англійській науці існує дві можливі теорії визнання та виконання іноземних судових рішень: доктрина взаємності та доктрина зобов'язання. І хоча раніше англійські суди час від часу «бавились» з доктриною взаємності, саме доктрина зобов'язання є основою загального (прецедентного) права та окремих статутних (законодавчих) режимів, що регулюють питання визнання та виконання іноземних судових рішень. Теорія зобов'язання походить від юрисдикційного підходу до визнання та виконання іноземних судових рішень. Якщо, з однієї сторони, існує зв'язок між країною, в якій було винесене судове рішення (далі — країна походження) та особою, проти якої це рішення було винесене, та цей зв'язок є суттєвим в цілях обґрунтування застосування юрисдикції саме суду країни походження, судове рішення створює зобов'язання, які мають бути визнані та, якщо можливо, виконані судами інших країн. Якщо, з іншої сторони, зв'язок не є суттєвим — таке судове рішення не породжує ніяких зобов'язань поза межами країни походження цього рішення. Доктрина зобов'язання була визнана частиною англійського загального (прецедентного) права при вирішенні справи *Schibsby v Westenholz* [15, с. 163]. Ця доктрина також була втілена і в статутних режимах, що регулюють питання визнання та виконання іноземних судових рішень деяких визначених країн.

В Англії рішення іноземного суду підлягає виконанню лише у випадку, якщо особа, що розраховує на результат іноземного судового рішення (стягувач за рішенням), може встановити, що виконані певні основні вимоги: (1) суд країни, в якому було винесене судове рішення (далі — первісний суд) мав належну підсудність (юрисдикцію); (2) рішення суду повинно бути остаточним; (3) рішення суду стосується певної визначеної суми коштів, що не відносяться до податків або штрафів. Якщо всі ці умови виконані, судове рішення може бути приведене до виконання. Однак факт задоволення умов для виконання рішення іноземного суду ще не гарантує того, що іноземне судове рішення буде виконане.

Розглядаючи питання *юрисдикції первісного суду*, слід зазначити, що англійський суд при розгляді клопотання про визнання або виконання іноземного судового рішення не зважає на внутрішнє право країни походження судового рішення. Навіть якщо через недоліки судове рішення може бути скасоване шляхом перегляду в апеляційному порядку, судове рішення все одно перш за все підлягає виконанню в Англії, якщо тільки воно не було скасоване судами країни походження. Як правило, питання, чи мав первісний суд юрисдикцію по відношенню до особи, проти якої виконується судове рішення, відповідно до законодавства цієї іноземної країни, є несут-

тевим. Питання полягає в тому, чи може суд країни походження рішення з точки зору англійського права вважатися судом компетентної юрисдикції в сенсі міжнародного приватного права. Іншими словами, чи достатнім був зв'язок між країною, в якій було винесене судове рішення та особою, щодо якої рішення підлягає виконанню, для виникнення зобов'язання, яке в свою чергу може бути визнане або виконане англійським судом? Розгляд цього питання слід почати з аналізу рішення у справі *Emanuel v Symon*.

Так, при розгляді даного питання суддя Лорд Баклі зазначив, що «стосовно позовів проти особи існує п'ять випадків, в яких суди Англії можуть привести до виконання іноземне судове рішення: (1) якщо відповідач є резидентом іноземної держави, в якій було винесене судове рішення; (2) якщо відповідач був резидентом іноземної країни, в якій почався розгляд справи; (3) якщо відповідач в ролі позивача вибрав місце розгляду справи, де до нього потім був пред'явлений окремий позов; (4) якщо відповідач з'явився добровільно; (5) якщо відповідач зобов'язався за контрактом бути присутнім у місці, де було отримане судове рішення [7, с. 309].

Ці випадки можна поділити на два види: перший, коли сторона проти якої виконується судове рішення, погодилась на юрисдикцію суду країни походження рішення (випадки 2, 4 та 5); другий, коли між стороною, проти якої застосовується судове рішення, та країною походження рішення є суттєвий територіальний зв'язок (випадок 3).

Суд країни походження рішення вважається таким, **що мав належну юрисдикцію**, якщо особа, проти якої виконується судове рішення, погодилась на юрисдикцію суду [13, с. 98]. Якщо особа вважається такою, що погодилась на подання проти неї позову в іноземному судовому процесі, така згода поширюється не тільки на первісний позов, але й на позови, що стосуються того ж предмету, що і первісний позов, та на позови, пов'язані з ним. Однак таке поширення згоди за межі первісного позову залежить перш за все від подальших позовів, що належним чином подаються первісним позивачем або іншими особами, що були сторонами іноземного судового процесу на момент надання згоди на юрисдикцію [11, с. 476].

Закон про цивільну юрисдикцію та судові рішення 1982 р. не передбачає визначення дій, що являють собою згоду на юрисдикцію. Проте стаття 33 цього закону визначає ряд процесуальних дій, які не слід розглядати як ті, що означають згоду. Так, та сторона спору, що оспорує юрисдикцію країни походження рішення, просить суд країни походження рішення про відхилення юрисдикції (наприклад, на підставі *forum non conveniens*, або якщо сторони погодились на арбітражний розгляд спору), або захищає своє майно, не вважається такою, що погодилась на юрисдикцію [1].

Відповідач вважається таким, що погодився на юрисдикцію суду країни походження рішення, якщо він добровільно заявився в процесі з метою надання заперечень проти позову по суті спору, якщо він подав зустрічний позов в цьому процесі, або якщо він погодився надати згоду на юрисдикцію суду (наприклад у разі існування договірної підсудності). Оскарження юрисдикції та надання заперечень по суті справи в якості альтернативи також вважається згодою. В ситуації, коли суд країни походження рішення

ня відхиляє заперечення відповідача щодо юрисдикції суду та відповідач продовжує захищати свої інтереси у справі по суті (без залишення за собою права зміни позиції щодо юрисдикції), відповідач повинен вважатися таким, що погодився на юрисдикцію суду. Однак відповідач не буде вважатися таким, що погодився на юрисдикцію суду країни походження судового рішення, якщо він «чітко зазначив в своїх первісних запереченнях, що він оспорує юрисдикцію суду» [10, с. 559].

Досить складно розрізнати, з однієї сторони, оспорювання юрисдикції та оскарження по суті в якості альтернативи та, з іншої сторони, оспорювання юрисдикції водночас із залишенням за собою права оскарження по суті у разі, якщо заперечення стосовно юрисдикції будуть відхилені. Відповідно, суд не може дуже швидко приймати рішення щодо того, чи надав відповідач згоду на юрисдикцію. Якщо процедура за іноземним законодавством вимагає від відповідача одночасного оспорювання юрисдикції та оскарження позову по суті, тоді згода не вважається наданою, тільки якщо відповідач не робить «певних кроків, що необхідні, тільки якщо клопотання про оспорювання юрисдикції було дійсно відхилене, або якщо юрисдикція не оспорювалась взагалі». Якщо участь відповідача в іноземному процесі не вважається згодою на юрисдикцію відповідно до положень законодавства країни, суд якої виніс судове рішення, такі дії не можуть вважатися згодою в контексті англійського міжнародного приватного права. Проте, якщо такі кроки були б зроблені в англійському судовому процесі, вони б вважалися згодою на юрисдикцію англійського суду [3, с. 466].

У складних багатосторонніх спорах виникає питання про те, чи може згода в одному судовому провадженні розглядатися як згода (або домовленість про згоду) у пов'язаному провадженні за участю тих же питань. У справі *Adams v Cape Industries Plc* англійська компанія, яка була залучена (через дочірні підприємства) до видобутку і продажу азбесту, була відповідачем у двох справах («позов Тайлер 1» та «позов Тайлер 2»), що були подані більш ніж 600 працівниками з азбестом у штаті Техас, США. І хоча відповідач брав участь у розгляді спору Тайлер 1, що був врегульований мирним шляхом, у справі Тайлер 2 відповідач оспорював юрисдикцію суду та не робив інших кроків у процесі. При розгляді питання про виконання судового рішення в Англії позивачі у справі Тайлер 2 стверджували, що відповідач, беручи участь у розгляді справи за позовом Тайлер 1, фактично погодився на юрисдикцію суду відносно справи Тайлер 2. При вирішенні цього спору суддя Скотт відхилив довід про те, що два провадження насправді становили «одну одиницю судового процесу», і постановив, що дії, вжиті відповідачем у справі Тайлер 1, не можуть вважатися наданням згоди на позов Тайлер 2 [3, с. 462].

Відповідач, що прямо надав згоду на юрисдикцію первісного суду, вважається таким, що погодився, навіть якщо судове рішення було винесене на користь позивача через неявку відповідача [17, с. 110]. Так, якщо сторони погодилися на розгляд спору за виключною підсудністю судів країни X, судові рішення, винесене на користь позивача судом країни X по справі, що підпадає під застереження щодо юрисдикції, підлягає виконанню в Англії.

Більш проблематичними є випадки, коли припускається, що особа, проти якої виконується судове рішення, опосередковано погодилась на юрисдикцію первісного суду. Вважається, що домовленість про згоду має бути чіткою [18, 14–072]. Наприклад, вибір права країни X не означає, що мається на увазі також і згода на юрисдикцію судів країни X. Однак чи є домовленість про згоду чіткою — це питання тлумачення договору, яке має бути вирішене згідно з положеннями того законодавства, що регулює цей договір. Досить часто цитується рішення по справі *Blohn v Desser*, в якому пропонується, що домовленість про згоду на юрисдикцію може матися на увазі, тобто бути опосередкованою. Відповідач в тій справі був пасивним партнером фірми, що займалась бізнесом в Австрії. Позивач, отримавши судове рішення проти фірми у Віденському суді, бажав привести до виконання це рішення в Англії щодо відповідача. Відповідач, чие ім'я знаходилось в комерційному реєстрі Відню, не брав участі у процесі в Австрії. При розгляді цієї справи суддя Діплок зазначав, що «зрозуміло, що домовленість про місце розгляду спору, з приводу якого було прийняте рішення, може бути прямою або опосередкованою» [4, с. 123]. Однак це зазначення не мало обов'язкового характеру, і вже у справі *Vogel v R & A Kohnstamm Ltd* суддя відхилив довід про те, що опосередкована домовленість про згоду на юрисдикцію може бути достатньою підставою для прийняття юрисдикції [16, с. 147]. Ще більше сумнівів виникло при розгляді справи *Adams v Cape Industries Plc*, де суддя Скотт стверджував, що необхідним мінімумом є «чітке визначення згоди на юрисдикцію іноземного суду» [3, с. 466].

За відсутності будь-якої форми згоди на юрисдикцію, юрисдикція суду залежить від фізичної присутності особи, щодо якої вимагається виконання судового рішення, у країні, суд якої виніс рішення, на момент початку розгляду справи. Для того, щоб визначити юрисдикцію в сенсі міжнародного приватного права, присутність в країні розгляду судової справи, щодо якої було винесене рішення, має бути добровільною. Тимчасова присутність сторони спору в країні винесення судового рішення не є підставою встановлення юрисдикції, якщо її присутність була викликана примусом або обманом [3, с. 518].

Визначення тимчасової присутності в іноземній країні в якості підстави для юрисдикції в сенсі міжнародного приватного права може бути обґрунтованим з огляду на той факт, що згідно з Цивільними процесуальними правилами Англії 1998 р. тимчасова присутність іноземця в Англії на момент початку процесу вважається достатньою для застосування юрисдикції англійського суду [2]. Однак рішення по справі *Adams v Cape Industries Plc*, яким керуються при розгляді справ про визнання та виконання іноземних судових рішень, було винесене до прийняття доктрини *forum non conveniens* в Англії. А після прийняття цієї доктрини, а також і низки правових принципів, було запропоновано, що раціонально визначити компетенцію іноземного суду в сенсі міжнародного приватного права шляхом встановлення *доцільності* іноземного суду, аніж відносно незмінних факторів, таких як присутність або проживання [21, с. 254].

Якщо тимчасова присутність є прийнятною основою для юрисдикції в сенсі міжнародного приватного права, то проживання відповідача в юрисдикції суду, що виніс рішення, також має бути прийнятним — хоча б у випадках, коли проживання доповнюється присутністю.

Ситуація, в якій особа, щодо якої виконується рішення, була резидентом країни суду, що розглядав справу, але не була присутня в цій країні на момент початку процесу, залишається не вирішеною. Хоча немає очевидних причин стверджувати, що проживання, що є більш суттєвим зв'язком з країною ніж проста присутність, не може бути достатнім, незалежно від того, чи доповнюється воно присутністю на момент початку іноземного судового процесу.

В той час, як щодо фізичних осіб присутність та проживання є більш-менш однозначними поняттями, **присутність компанії** є більш метафізичною. Розглядаючи питання присутності компанії, суди виділяють дві ситуації: 1) випадки, коли стверджується, що компанія має безпосередню присутність в іноземній країні; 2) випадки опосередкованої присутності, коли стверджується, що компанія присутня в іноземній країні через представника.

Безпосередня присутність має місце, коли компанія на початок розгляду судової справи веде бізнес в іноземній країні у певному визначеному місці, як було визначено при розгляді справи *Littauer Glove Corporation v FW Millington (1920) Ltd (1928) 44 TLR 746*. Опосередковану присутність визначити набагато складніше. Для того, щоб визначити, чи присутня компанія в іноземній країні через представника, суд розглядає всі обставини справи. Деяке значення має і те, чи мав представник повноваження укладати угоди від імені компанії. Якщо представник є не більш ніж особою, яка допомагає в комунікації компанії з третіми особами, така компанія не може вважатися присутньою у іноземній країні [16, с. 142].

У справі *Adams v Cape Industries Plc* позивачі стверджували, що відповідач, англійська компанія, вів бізнес в юрисдикції первісного суду через дочірні маркетингові компанії, які були засновані в штаті Іллінойс, США. Апеляційний суд відхилив аргумент позивачів щодо прямої присутності. І хоча з боку економічної реальності ситуація полягала в тому, що відповідач контролював діяльність групи субсидіарних компаній, залучених до видобутку та продажу азбестосу, відповідач та дочірні підприємства були окремими юридичними особами. Апеляційний суд також відхилив аргумент позивача щодо безпосередньої присутності. Хоча діяльність дочірніх підприємств і допомагала відповідачу, дочірні підприємства не створювали зобов'язань для відповідача та у більшості вели бізнес за свій власний рахунок.

Вважається, що той факт, що особа, щодо якої судове рішення приводиться до виконання, є громадянином країни, в якій було винесене судове рішення, є недостатнім для того, щоб обґрунтувати визнання або виконання судового рішення [18]. Проживання особи в тій юрисдикції, в якій було винесене рішення, також є недостатнім. Окрім того, згідно з положеннями англійського загального права іноземний суд не може вважатися належ-

ним з точки зору міжнародного приватного права тільки на тій підставі, що сторона, щодо якої виконується рішення, володіє активами в юрисдикції цього суду [7, с. 308–310]. Більше того, виникнення підстав позову через події, що відбулись в юрисдикції іноземного суду, також не означає, що суд мав юрисдикцію. Нарешті, варто відзначити, що хоча англійські суди готові розповсюджувати свою юрисдикцію на іноземного відповідача, згідно зі ст. 6.36 Цивільних процесуальних правил Англії 1998 р., у випадках, коли Англія вважається належним місцем розгляду спору (*forum conveniens*), іноземне судове рішення не підлягає визнанню або виконанню в Англії на підставі того, що первісний суд скористався своєю юрисдикцією щодо відповідача на тій же підставі [2].

Відповідно до норм загального права англійський суд зазвичай не розглядає справи, що стосуються права власності або права володіння нерухомим майном, що знаходиться поза межами Англії. Так само іноземний суд не може вважатися компетентним судом з розгляду питань, що відносяться до права власності або права володіння нерухомим майном, що знаходиться поза межами країни, в якій знаходиться цей суд [18]. Навіть якщо відповідач був присутній або проживав в тій країні на початок розгляду справи, або погодився на передачу спору до юрисдикції цього суду, таке судове рішення іноземного суду не буде підлягати визнанню або виконанню в Англії.

Таким чином, вимоги положень англійського загального права щодо визначення належної юрисдикції іноземного суду при розгляді справи є чітко визначеними та певною мірою обмежують коло іноземних судових рішень, що підлягають виконанню. Англійські суди мають досить прискіпливий підхід до встановлення належної юрисдикції іноземного суду.

Для того, щоб судове рішення вважалось остаточним у відповідності до норм англійського загального права, воно повинне остаточно вирішити спір між сторонами [5, с. 620]. Не можуть бути виконані проміжні рішення, що тільки тимчасово визначають права сторін. Судове рішення не є остаточним, якщо питання, вирішені в ньому, можуть бути переглянуті цим судом [8, с. 310–312]. Здається, однак, що судове рішення повинне вважатися остаточним навіть якщо залишається можливість внесення змін до рішення в частині виплат компенсації за клопотанням позивача або відповідача [9, с. 705].

Не всі судові рішення, що можуть бути охарактеризовані як проміжні, є тимчасовими. Необхідно розмежовувати тимчасові рішення, або ті, що підлягають перегляду (такі ухвали про забезпечення позову), та процедурні рішення, що є проміжними в тому сенсі, що вони потребують отримання дозволу на їх оскарження в апеляційний суд. Перша категорія рішень, які виносяться до вирішення справи по суті, не є остаточними. Навпаки можливо, що рішення з другої категорії остаточно розв'язує певне питання, винесене на судовий розгляд.

Існування можливості оскарження рішення до суду вищої інстанції у країні, в якій було винесене іноземне судове рішення, не позбавляє рішення його остаточності [12; 18]. Більше того, той факт, що апеляційна скарга

розглядається в країні в той момент, коли кредитор за судовим рішенням розпочинає судове провадження в Англії, не створює перешкод для його виконання. Однак, якщо апеляційна скарга на рішення розглядається за межами Англії, суд зазвичай призупинить процес з приводу виконання рішення до закінчення розгляду апеляційної скарги [6, с. 1293].

Згідно з положеннями загального права іноземні ухвали про забезпечення позовів або ухвали про спеціальне виконання не підлягають виконанню в Англії; *тільки судові рішення щодо визначеної грошової суми можуть бути приведені до виконання* [14, с. 257]. В деяких юрисдикціях загального права вважається загальноприйнятим, що суд може на власний розсуд приводити до виконання іноземні судові рішення нематеріального характеру. Проте англійські суди, хоча й готові виносити судові рішення нематеріального характеру, які можуть потребувати виконання в інших країнах, не приводять до виконання такі самі рішення, винесені іноземним судом за принципом взаємності [18]. Окрім того, якщо іноземне судове рішення стосується штрафу або іншого грошового стягнення, або сплати податків, воно не підлягає виконанню в Англії [20, с. 290]. Вважається, що англійське загальне право має розвиватися в цьому напрямку, оскільки це обмежує права осіб на визнання та виконання іноземних судових рішень на території Англії.

Висновки. При розгляді справ щодо виконання іноземних судових рішень зазвичай англійські суди на дивляться в корінь самого рішення іноземного суду. Виконання рішення не може бути відхилене через фактичні або юридичні підстави по справі, навіть якщо англійські суди дійдуть висновку, що іноземне судове рішення суперечить нормам права. Для того, щоб іноземне судове рішення було виконане, воно повинно бути остаточним та мати юридичну силу; суд поинен мати належну юрисдикцію для розгляду цього спору, а сам спір має бути матеріального характеру, і рішення в ньому визначає суму грошового стягнення. Англійське загальне право досить детально сформулоало критерії визначення виконання цих вимог, та, не дивлячись на відсутність практики застосування принципу взаємності, виконання іноземного судового рішення матеріального характеру, винесеного в країні СНД, є можливим, якщо судове рішення є остаточним та суд мав юрисдикцію розглядати спір.

Список літератури

1. Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (Закон про цивільну юрисдикцію та судові рішення 1982 р.) [Електронний ресурс]. — С. 27. — Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/27/pdfs/ukpga_19820027_en.pdf.
2. The Civil Procedure Rules 1998, No. 3132 (L. 17) (Цивільні процесуальні правила Англії 1998 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/made/data.pdf>.
3. *Adams v Cape Industries Plc* [1990] Ch 433 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad6ada70000015fbf8c31d78e4826fd&docguid=I5307AB80E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I53078470E42711DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&eps=1&td=441&crumb-action=append&context=3&resolvein=true>

4. *Blohn v Desser* [1962] 2 QB 116 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad6ada60000015fbfcc1a0d95135ddf&docguid=I75E1A2F0E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I75E17BE1E42711DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=16&crumb-action=append&context=58&resolvein=true>
5. *Buehler AG v Chronos Richardson Ltd* [1998] R.P.C. 609 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad629030000015fbfef8fe8c720d8fd&docguid=I7D25AED0E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I7D2587C0E42711DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=35&crumb-action=append&context=82&resolvein=true>
6. *Colt Industries Inc v Sarlie (No 2)* [1966] 1 WLR 1287 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad6ada70000015fbff8080f8bb907ec&docguid=I8BF4BA0E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I8BF49390E42711DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=33&crumb-action=append&context=105&resolvein=true>
7. *Emanuel v Symon* [1908] 1 KB 302 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad629030000015fbfa38566fb31b081&docguid=IA145E1E0E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=IA145BAD0E42711DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=57&crumb-action=append&context=22&resolvein=true>
8. *Kirin-Angen Inc v Boehringer Mannheim GmbH* [1997] FSR 289 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad69f8e0000015fbff372322536af49&docguid=ID47F7030E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=ID47F4920E42711DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=68&crumb-action=append&context=90&resolvein=true>
9. *Lewis v Eliades* [2004] 1 WLR 692 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad69f8e0000015fbff567d3a19b73c8&docguid=IE07D81B0E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=IE07D5AA0E42711DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=93&crumb-action=append&context=95&resolvein=true>
10. *Marc Rich & Co AG v Societa Italiana Impianti PA (No 2)* [1992] I. L. Pr. 544 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad69f8e0000015fbfabcf4fb88e9c64&docguid=IEE0BD020E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=IEE0B8200E42711DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=125&crumb-action=append&context=44&resolvein=true>
11. *Murthy v Sivajothi* [1999] 1 WLR 467 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad6ada70000015fbfa97140d7d738ca&docguid=I09CF0D40E42811DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I09CEE630E42811DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=10&crumb-action=append&context=34&resolvein=true>
12. *Nouvion v Freeman* (1889) 15 App Cas 1 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad69f8e0000015fbff6fc960eae5ba8&docguid=I1145E8F1E42811DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I1145E8F0E42811DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=74&crumb-action=append&context=100&resolvein=true>
13. *Pattni v Ali* [2007] 2 AC 85 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad6ada60000015fbfa7603278d97d9f&docguid=ID37FAA40577D11DCB14EDD62C48B6CF1&hitguid=IE374D83080F511DB98EBD38C348E81A1&rank=1&spos=1&epos=1&td=45&crumb-action=append&context=28&resolvein=true>
14. *Sadler v Robins* (1808) 1 Campb 253 170 E.R. 948 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad629030000015fbff96c7eeb8e953c&docguid=I5C607DC0B5F711DDA170AC525BD9F690&hitguid=I5C6056B0B5F711DDA170AC525BD9F690&rank=1&spos=1&epos=1&td=28&crumb-action=append&context=110&resolvein=true>

15. *Schibbsby v Westenholz* (1870) LR 6 QB 155 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad69f8e0000015fbf99fcd1359ab72&docguid=19889BF80E42811DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=198899870E42811DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=85&crumb-action=append&context=13&resolvein=true>
16. *Vogel v R & A Kohnstamm Ltd* [1973] QB 133 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.library.qmul.ac.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad6ada70000015fbfcd5d873f6aba1&docguid=1E7AE5E40E42811DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=1E7AE3731E42811DA8FC2A0F0355337E9&rank=1&spos=1&epos=1&td=18&crumb-action=append&context=63&resolvein=true>
17. Briggs A. *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law* / Oxford University Press. — Oxford, 2008. — 624 p.
18. Collins L., Dicey, Morris and Collins on *The Conflict of Laws* / Sweet & Maxwell. — London, 2006. — 14th edition. — 1950 p.
19. Hill J., Chong A., *International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Courts* / Hart Publishing, Oxford and Portland. — Oregon, 2010–4th edition — 896 p.;
20. Briggs A. *The Revenue Rule in the Conflict of Laws: Time for a Makeover* / Adrian Briggs // *Singapore Journal of Legal Studies*. — 2001. — p. 280–299.
21. Briggs A. *Which Foreign Judgments Should We Recognise Today?* / Adrian Briggs // *International and Comparative Law Quarterly*. — 1987. — Volume 36. — Issue 2. — p. 240–259.

Стаття надійшла до редакції 03.05.2017

Д. А. Минченко

Юридическая фирма «Юрлайн»

ул. Успенская, 11/13, Одесса, 65014, Украина

УСЛОВИЯ ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЙ ИНОСТРАННЫХ СУДОВ В АНГЛИИ СОГЛАСНО НОРМАМ ОБЩЕГО ПРАВА

Резюме

В статье рассматриваются условия исполнения иностранных судебных решений английскими судами в соответствии с нормами английского права. В частности, детально изучены такие условия, как надлежащая юрисдикция иностранного суда, окончательность судебного решения и материальный характер судебного решения — как те требования, которые должны быть выполнены для того, чтобы иностранное судебное решение подлежало исполнению в Англии.

Ключевые слова: иностранное судебное решение, английское право, исполнение иностранного судебного решения, общее право.

D. A. Minchenko

Law Firm «Jurline»

Uspenska street, 11/13, Odesa, 65014, Ukraine

**REQUIREMENTS FOR ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS
IN ENGLAND UNDER COMMON LAW RULES**

Summary

The article considers the requirements for enforcement of foreign judgments by English courts in accordance with English law. Particularly, article researches such conditions as proper jurisdiction of foreign courts, finality of judgments and monetary character of judgments as the requirements that have to be met in order for the foreign judgment to be enforced in England.

Key words: foreign judgment, English law, enforcement of foreign judgment, common law.

УДК 347.5:340:5

Ю. Є. Борисова

аспірант

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

МОРАЛЬНА ШКОДА ТА УМОВИ ЇЇ КОМПЕНСАЦІЇ В АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОМУ ПРАВІ

Статтю присвячено дослідженню категорії моральної шкоди в англо-американському праві та умов отримання відповідної компенсації.

Звертається увага як на загальні ознаки делікту, так і на додаткові умови, що необхідні для реалізації можливості компенсації моральної шкоди, оскільки кожний спеціальний делікт вимагає наявності певних спеціальних умов, відсутність яких унеможливує застосування відповідних засобів правового захисту.

Ключові слова: моральна шкода, компенсація моральної шкоди, умови компенсації моральної шкоди, поійменовані делікти, англо-американське право.

Постановка проблеми. У сучасних правових системах світу особа може захищати свої права та законні інтереси усіма незабороненими правовими засобами, серед яких компенсація моральної шкоди посідає одне із найважливіших місць.

Для цивільного права України категорія моральної шкоди є відносно новою. У країнах же англо-американського права інститут компенсації моральної шкоди є дуже розвиненим і широко застосовуваним. Тому вивчення досвіду правового регулювання відповідної сфери суспільних відносин для вітчизняних юристів являє не лише теоретичний, а й практичний інтерес.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми, пов'язані з відшкодуванням (компенсацією) моральної шкоди, досліджувались у наукових працях таких вчених, як: У. Бернам, К. Осаке, В. П. Палюк, В. Д. Примак, С. І. Шимон, О. М. Ерделевський та ін. Крім того, тією чи іншою мірою, їм приділяли увагу: І. С. Канзафарова, Т. С. Ківалова, Т. Є. Крисань, І. С. Ніжинська, С. Я. Ременяк, І. В. Саприкіна, А. В. Янчук та ін.

Проте питання щодо компенсації моральної шкоди у країнах англо-американського права у вітчизняній цивілістиці до цього часу залишається недостатньо вивченим.

Постановка завдання. Метою цієї статті є з'ясування сутності та змісту категорії моральної шкоди в англо-американському праві, а також вивчення питань, пов'язаних з умовами компенсації останньої.

Виклад основного матеріалу. У класичному англо-американському праві поняття *spiritual harm* («духовна шкода») [6, Section 575 (comment (b))

або *moral harm* асоціюється з нематеріальною (негрошовою, неекономічною, немайновою) шкодою, тобто за дефініцією в англо-американському праві під моральною шкодою розуміється економічно невимірювана шкода, шкода, завдана негрошовим інтересам (тобто нематеріальним благам і немайновим правам) іншої особи. Але, незважаючи на те, що моральна шкода є економічно невимірюваною, вона компенсується грошима [2, с. 133, 186].

Необхідно зазначити, що власне термін «моральна шкода» (*moral harm*) є чужим для термінології англо-американського права, тому його використання в рамках даного дослідження є умовним. Хоча за своєю сутністю наведені вище уявлення про моральну шкоду в цілому узгоджуються з уявленнями, висвітленими у сучасній українській юридичній літературі.

Так, наприклад, вітчизняний цивіліст О. Отрадна пропонує визначати моральну шкоду «як негативні наслідки для внутрішньої, психічної сфери людини, її відчуттів, самопочуття, ментального здоров'я, що полягають у відсутності емоційного благополуччя та/або наявності психічного розладу» [3, с. 21].

У середньовічному англійському праві виключне повноваження вирішувати питання моральної шкоди (тоді моральна шкода називалась духовною шкодою) належало лише суду англійського духовенства [2, с. 134].

Сьогодні вчення про моральну шкоду є одним із центральних у англо-американському деліктному праві. Згідно із зазначеним вченням, моральна шкода розглядається в рамках вчення про соціальну шкоду, яка може бути фактичною та юридичною. Остання поділяється на матеріальну і моральну, яка, своєю чергою, поділяється на багаточисельні поймаєновані різновиди.

На нашу думку, такий поділ шкоди на види в англо-американському праві в цілому кореспондує відповідним уявленням сучасних вітчизняних правознавців. При цьому варто звернути увагу на те, що у вітчизняній цивілістиці існує думка, що «поділ шкоди на соціальну, юридичну і фактичну є умовним, так званою «науковою абстракцією», що спрямована на більш детальне з'ясування правової природи наслідків цивільного правопорушення. В дійсності, співвідношення соціальної та юридичної шкоди проявляється як співвідношення змісту і форми. Соціальна шкода, щоби мати правове значення, повинна прийняти юридичну форму. Що стосується фактичної шкоди, то в цивільному праві вона має значення лише як можлива форма прояву соціальної шкоди» [4, с. 13–14].

«Багатоманітність» моральної шкоди дозволяє розглядати її у різних ракурсах і площинах: як філософську категорію, як родове поняття, юридичну категорію, багаточаузальне явище, багатосимптоматичне ушкодження, багатосуб'єктну втрату, медичний стан [2, с. 134–135].

К. Осаке звертає увагу на те, що в англо-американському праві поняття «моральна шкода» включає не менше тридцяти поймаєнованих видів нематеріальної шкоди, що складають «мозаїку» генетично споріднених юридичних різновидів шкоди. Іншими словами, моральна шкода розглядається як комплекс однорідних поймаєнованих видів духовної шкоди [2, с. 134].

Як родове поняття моральна шкода включає в себе окремі різновиди одно і того ж явища, тобто утворює групу однорідних випадків моральної шкоди. Емоційні страждання (що проявляються як моральні і (або) фізичні страждання) є найбільш розповсюдженим елементом цього родового поняття. Але поряд з емоційними стражданнями виокремлюються ще не менше тридцяти різновидів моральної шкоди, тому, на думку К. Осаке, в англо-американському праві було б фундаментальною помилкою порівнювати абсолютно незіставлювані поняття — «моральна шкода» та «емоційні страждання». Як юридична категорія моральна шкода є юридичним наслідком певного поїменованого делікту, тобто негативним результатом конкретної неправомірної вольової дії іншої особи. Моральна шкода є юридичною шкодою і завжди пов'язана з правопорушенням, а компенсація фактичної шкоди не передбачається і не повинна відбуватися [2, с. 135].

Як багатокаузальне явище моральна шкода завдається різними поїменованими деліктами. Один поїменований делікт здатен завдавати різні види моральної шкоди в одному діянні. Наприклад, поїменований делікт, що називається «дифамація» (Restatement (2nd) Torts, §§ 558–623), може одразу завдавати в одному діянні і шкоду репутації, і емоційні страждання — два окремі різновиди моральної шкоди [2, с. 135].

Як зазначає У. Бернам, дифамація як делікт вимагає наявності таких елементів: 1) висловлювання відповідачем наклепницьких заяв стосовно позивача; 2) опублікування заяви; 3) завдання заявою шкоди репутації позивача. При цьому не вимагається наявності у відповідача умислу або необережності; достатньо того, що відповідна заява відповідача була опублікована. У даному контексті поняття «опублікування» дещо відрізняється від звичайного і означає, що заяву було доведено до відома третьої особи. Дифамація може бути письмовою (*libel*) або усною (*slander*). Особа, що «переопубліковує» (повторює) наклепницьку заяву, підлягає такій самій відповідальності, як і особа, від якої дифамація первісно походила. Таким чином, відповідальність за наклеп може покладатись на: авторів статей; редакторів і власників газет, журналів; компанії, що друкують книги; теле- і радіокомпанії; теле- і радіотранслюючі компанії. А «первісне джерело» дифамації несе також додаткову відповідальність за шкоду, завдану таким «переопублікуванням» наклепу [1, с. 721–723].

Варто звернути увагу на те, що, на відміну від англійського права, право США розглядає заяву як наклепницьку, якщо вона завдає шкоди репутації особи в рамках конкретної соціальної підгрупи, а не в межах громади або соціальної спільноти в цілому. За загальним правилом, якщо дифамація доведена, збитки презюмуються; якщо дифамація була навмисною, суд може зобов'язати відповідача сплатити штрафні збитки. Проте таке правило, як і принцип покладення тягара доказування на відповідача, було модифіковано судами при вирішенні спорів, пов'язаних із захистом «публічного інтересу» [1, с. 722].

В англо-американському праві, поряд з принципом поїменованих деліктів (*nominate torts*), діє принцип поїменованих видів моральної шкоди

(*nominate species of moral harm*), і не може бути принципу генеральної моральної шкоди [2, с. 136].

У кожного пойменованого делікта є свій суб'єкт, свій об'єкт захисту, свої ознаки, свої підстави для звільнення від відповідальності, свої міри виміру розміру збитків, свої заходи захисту і своя процедура пред'явлення позову [2, с. 136].

В англо-американському праві виокремлюються такі ознаки делікта: зовнішній прояв вольової поведінки заподіювача шкоди у формі дії або бездіяльності; протиправність і шкідливість поведінки; наявність шкоди; причинний зв'язок між поведінкою і шкодою; вина; караність поведінки [2, с. 139].

О. М. Ерделевський звертає увагу на те, що у країнах англосаксонського права підстави відповідальності за завдану «психічну шкоду» диференціюються залежно від виду вини заподіювача шкоди. Підставами відповідальності за необережне завдання шкоди є: наявність у заподіювача шкоди обов'язку дотримання необхідної обережності по відношенню до потерпілого; порушення заподіювачем шкоди цього обов'язку; завдання потерпілому шкоди в результаті такого порушення [5, с. 16].

Пояснюючи наведені положення, О. М. Ерделевський зазначає, що обов'язок дотримуватись необхідної обережності передбачає обов'язок і можливість заподіювача шкоди передбачати шкідливі наслідки свого вчинку (передбачуваність шкоди) в результаті порушення обов'язку дотримуватись обережності. Іншими словами, умовою відповідальності є вина заподіювача шкоди у формі необережності. Крім того, правопорушення має бути безпосередньою причиною шкідливого результату, що настав, тобто необхідна наявність причинного зв'язку між неправомірною дією і шкодою, що настала. Поряд із цим, на заподіювача шкоди покладено обов'язок дотримуватись обережності по відношенню до своїх ближніх, під якими розуміються всі ті особи, які настільки прямо і безпосередньо можуть бути зачеплені діями заподіювача шкоди, що на ньому лежить обов'язок розумно передбачати можливість завдання шкоди. Але якщо шкода і передбачувана, то зовсім не завжди виникає обов'язок її відшкодувати — вона може бути визнана занадто віддаленою. Виходячи з цього, англійські суди приділяють велику увагу розмежуванню фактичного і правового причинного зв'язку, керуючись принципом: «Правопорушник не відповідає за шкоду, яка не могла бути передбачуваною, але це не означає, що він відповідає за будь-яку шкоду, яку розумна людина могла передбачити». Іншими словами, передбачуваність є необхідною умовою відповідальності за завдання шкоди, але її недостатньо для настання відповідальності, якщо шкода була занадто віддаленою [5, с. 16–17].

Висновки. В англо-американському праві під моральною шкодою розуміється економічно невимірювана шкода, тобто шкода, завдана негрошовим інтересам (нематеріальним благам і немайновим правам) іншої особи. Моральна шкода є юридичною шкодою і завжди пов'язана з правопорушенням. Вона завдається різними пойменованими деліктами, причому один пойменований делікт здатен завдавати різні види моральної шкоди.

В англо-американському праві для реалізації можливості компенсації моральної шкоди, крім наявності загальних ознак делікта, необхідна і наявність додаткових умов, оскільки кожний поймає делікт вимагає наявності певних спеціальних умов, відсутність яких унеможлиблює застосування відповідних заходів правового захисту.

Список літератури

1. Бернам У. Правовая система США. 3-й выпуск [Текст] / У. Бернам. — М. : Новая юстиция, 2007. — 1216 с.
2. Осаке К. Моральный вред в англо-американском праве: понятие, классификация и компенсация / К. Осаке // Ежегодник сравнительного права. 2011 / под ред. Д. В. Дождева. — М. : Статут, 2011. — С. 133–186.
3. Отраднова О. Компенсація моральної шкоди, заподіяної порушенням цивільно-правового договору / О. Отраднова // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2015. — № 2 (40). — С. 18–23.
4. Ременяк С. Я. Відшкодування шкоди, завданої малолітніми особами, за цивільним законодавством України [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — Одеса : ОНЮА, 2007. — С. 13–14.
5. Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики [Текст] / А. М. Эрделевский. — 3-е изд., испр. и доп. — М. : Волтерс Клувер, 2004. — 320 с.
6. Restatement (2nd) Torts. The American Law Institute, 1977 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <https://yalelawtechdotorg.files.wordpress.com/2013/10/info-privacy-handout.pdf>. — Назва з екрана.

Стаття надійшла до редакції 03.05.2017

Ю. Е. Борисова

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

МОРАЛЬНЫЙ ВРЕД И УСЛОВИЯ ЕГО КОМПЕНСАЦИИ В АНГЛО-АМЕРИКАНСКОМ ПРАВЕ

Резюме

Статья посвящена исследованию категории морального вреда в англо-американском праве и условий его компенсации. Акцентировано внимание на том, что в англо-американском праве под моральным вредом понимается экономически неизмеримый вред, то есть вред, причиненный неденежным интересам (нематериальным благам и неимущественным правам) другого лица.

Моральный вред является юридическим вредом и всегда связан с правонарушением. Он причиняется различными поименованными деликтами, при этом один поименованный деликт способен причинять разные виды морального вреда.

В англо-американском праве для реализации возможности компенсации морального вреда, кроме наличия общих признаков деликта, необходимо и наличие дополнительных условий, поскольку каждый поименованный деликт требует наличия определенных специальных условий, отсутствие которых делает невозможным применение соответствующих средств правовой защиты.

Ключевые слова: моральный вред, компенсация морального вреда, условия компенсации морального вреда, поименованные деликты, англо-американское право.

U. E. Borisova

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzsky Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

MORAL HARM AND CONDITIONS OF ITS COMPENSATION IN THE ANGLO-AMERICAN LAW

Summary

The article is devoted to a research of category of moral harm in the Anglo-American law and conditions of its compensation. The attention is focused that in the Anglo-American law moral harm is understood as economically immeasurable harm, that is the harm done to the non-monetary interests (the non-material benefits and the non-property rights) of other person.

Moral harm is legal harm and is always connected with offense. It is caused by various nominated torts, at the same time one nominated tort is capable to cause different types of moral harm.

In the Anglo-American law realization of a possibility of compensation of moral harm, except existence of the general signs of tort, requires also existence of additional conditions as each nominated tort demands existence of certain special conditions which lack makes impossible application of appropriate means of legal protection.

Key words: moral harm, compensation of moral harm, a condition of compensation of moral harm, the nominated torts, the Anglo-American law.

АКТУАЛЬНА ТЕМА

УДК 347.626.6

Ю. О. Пилипенко

здобувач

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

УМОВИ ВСТУПУ У «ФАКТИЧНИЙ ШЛЮБ»

У статті проведено аналіз формальних та матеріальних умов вступу в шлюб згідно з діючим сімейним законодавством. Зроблено висновки щодо необхідності застосування аналогії права до умов вступу у фактичні шлюбні відносини стосовно жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу.

Ключові слова: шлюб, фактичний шлюб, проживання чоловіка та жінки однією сім'єю без реєстрації шлюбу, умови вступу в шлюб.

Постановка проблеми. Діюче сімейне законодавство України, як і сімейне законодавство радянських часів, передбачає право осіб на шлюб, одночасно визначаючи певні критерії, за умови дотримання яких особи можуть реалізувати дане право. У 2004 році у сімейне законодавство увійшло положення, згідно з яким чоловіку та жінці, які проживають однією родиною без реєстрації шлюбу, закон надає певні майнові права та обов'язки подружжя. Проте закон не визначив для таких осіб обов'язку дотримання будь-яких критеріїв вступу у подібні відносини, як це передбачено для осіб, які мають намір взяти шлюб. Подібний стан речей, на нашу думку, являє собою законодавчу прогалину. У зв'язку з тим, що факт проживання чоловіка та жінки однією сім'єю без реєстрації шлюбу встановлюється в судовому порядку, суду, при ухваленні рішення, необхідно керуватись конкретними нормативними приписами, яких, станом на сьогоднішній день, фактично не існує. Подібний стан речей зумовлює актуальність теми дослідження, метою якого є розробка конкретних пропозицій щодо усунення даного законодавчого недоліку.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання умов вступу в шлюб вивчали такі відомі вчені, як Ю. С. Червоний, Г. С. Волосатий, О. С. Іоффе, М. В. Антокольська, проте в своїх працях зазначені вчені не торкаються питань умов вступу та перебування у фактичних шлюбних відносинах.

Постановка завдання. За мету в даній статті ми поставили проведення порівняльного аналізу матеріальних умов вступу у шлюб та вступу у

«фактичний шлюб», надання пропозицій з метою усунення суперечливої судової практики та існуючої законодавчої прогалини.

Виклад основного матеріалу. Так, відповідно до ст. 21 Сімейного кодексу України (далі — СК України) [1] шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану. Саме шлюб згідно з положеннями ст. 36 СК України є підставою для виникнення у осіб прав та обов'язків подружжя.

В юридичній науці існує точка зору про те, що умови укладення шлюбу — це ті підстави, наявність яких є необхідною для того, щоб шлюб мав правову силу (позитивні умови). Окремо виділяють перешкоди вступу у шлюб — тобто ті обставини, за наявності яких укладення шлюбу є неможливим. Вони являють собою правоперешкоджаючі юридичні факти (негативні умови) [2, с. 200; 3, с. 110].

Міжнародне приватне право у питаннях, пов'язаних з укладенням шлюбу, оперує такими поняттями, як матеріальні та формальні умови [4]. Формальні умови шлюбу — це вимоги до самої процедури укладення шлюбу, його оформлення (наприклад: попередня публікація про шлюб; церемонія шлюбу, яка відбувається в цивільній чи релігійній формі). Так, в Україні формальними умовами реєстрації шлюбу є подання до органів державної реєстрації актів цивільного стану заяви про реєстрацію шлюбу та, після спливу одного місяця, державна реєстрація шлюбу у тому ж органі.

Матеріальними виступають умови, від наявності або відсутності яких залежить нормативно визначений дозвіл або, навпаки, заборона укладення шлюбу. В залежності від цього матеріальні вимоги можуть бути позитивними чи негативними. З наявністю чи відсутністю таких умов пов'язуються питання про дійсність шлюбу (наприклад: досягнення шлюбного віку, наявність дієздатності, відсутність між особами, які укладають шлюб, певного ступеня спорідненості).

Матеріальні та формальні умови укладання шлюбу містяться у Главі 3 Розділу II «Шлюб. Права та обов'язки подружжя» Сімейного кодексу України.

Матеріальні умови укладення шлюбу, згідно з діючим сімейним законодавством, передбачають кілька позицій.

1. Статті 22, 23 СК України передбачають, що право на шлюб мають особи, які досягли шлюбного віку. Так, особи, які бажають зареєструвати шлюб, мають досягти шлюбного віку на день реєстрації шлюбу, а саме вісімнадцяти років. Встановлення шлюбного віку зумовлено тим, що для вступу у шлюб особа повинна набути статевої та психічної зрілості, мати можливість забезпечити народження здорових дітей, їх догляд, виховання та утримання. При цьому закон передбачає, що особі, яка досягла шістнадцяти років та яка має бажання вступити в шлюб, суд своїм рішенням за заявою цієї ж особи може надати право на шлюб (зниження шлюбного віку), якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам (ч. 2 ст. 23 СК України). Фактичними підставами для звернення особи з подібною заявою можуть бути: фактичне створення сім'ї, вагітність, народження дитини.

2. Шлюб є добровільним союзом чоловіка та жінки. Стаття 24 СК України передбачає, що шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки та чоловіка. Примушування жінки та чоловіка до шлюбу не допускається. Взаємна згода осіб, які вступають у шлюб, є однією з визначальних умов дійсності шлюбу. Так, відповідно до ст. 40 СК України, згода особи не вважається вільною, зокрема, тоді, коли в момент реєстрації шлюбу вона страждала тяжким психічним розладом, перебувала у стані алкогольного, наркотичного, токсичного сп'яніння, в результаті чого не усвідомлювала сповна значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, або якщо шлюб було зареєстровано в результаті фізичного чи психічного насильства. Шлюб, зареєстрований без вільної згоди жінки або чоловіка, визнається недійсним за рішенням суду. Стаття 24 СК України зазначає, що реєстрація шлюбу з особою, яка визнана недієздатною, а також з особою, яка з інших причин не усвідомлювала значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, має наслідки, встановлені статтями 38–40 цього Кодексу. Відповідно до ст. 39 СК України, шлюб, зареєстрований з особою, яка визнана недієздатною, є недійсним. Недійсний шлюб з юридичної точки зору вважається таким, що не існує, а відповідно виключає можливість виникнення або здійснення будь-яких прав та обов'язків, що виникають із шлюбних правовідносин.

3. Умова одношлюбності, закріплена у ст. 25 СК України, передбачає, що жінка та чоловік можуть одночасно перебувати лише в одному шлюбі і мають право на повторний шлюб лише після припинення попереднього шлюбу. Шлюб, зареєстрований з особою, яка одночасно перебуває в іншому зареєстрованому шлюбі, є недійсним.

4. Стаття 26 СК України містить перелік, згідно з яким у шлюбі між собою не можуть перебувати наступні особи:

– які є родичами прямої лінії споріднення, а також рідні (повнорідні — які мають спільних батьків, неповнорідні — які мають спільну матір або спільного батька) брат і сестра. У разі реєстрації шлюбу між такими особами шлюб є недійсним;

– двоюрідні брат та сестра; рідні тітка, дядько та племінник, племінниця; рідна дитина усиновлювача та усиновлена ним дитина; діти, які були усиновлені одним усиновлювачем; усиновлювач та усиновлена ним дитина. При цьому закон визначає можливість реєстрації шлюбу між усиновлювачем та усиновленою ним дитиною в разі скасування усиновлення. Також за рішенням суду може бути надане право на шлюб між рідною дитиною усиновлювача та усиновленою ним дитиною, а також між дітьми, які були усиновлені ним.

5. Вказана стаття не містить прямої вимоги, проте вона впливає зі змісту ст. 41 СК України, згідно з положенням якої шлюб може бути визнаний недійсним за рішенням суду, якщо він був зареєстрований з особою, яка приховала свою тяжку хворобу, небезпечну для другого з подружжя і (або) їх нащадків. Отже, можна зробити висновок про те, що повідомлення про стан здоров'я є однією з обов'язкових матеріальних умов реєстрації шлюбу.

6. Аналогічний висновок можна зробити і у відношенні матеріальної вимоги, яка не зазначена як така у статтях 22–26 СК України, проте логічно випливає зі змісту ч. 2 ст. 40 СК України — вимоги про обов'язковість наявності наміру створити сім'ю. Відсутність такого наміру є підставою для визнання судом шлюбу фіктивним.

Як ми бачимо, що стосується питання поняття шлюбу та матеріальних умов його укладення, закон чітко визначає, які умови є необхідними, а які недопустимими для осіб, які мають намір вступити у шлюб. Проте необхідно брати до уваги, що поряд з інститутом шлюбу закон містить інститут фактичних шлюбних відносин, який залишився більшою мірою поза межами правового регулювання.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 21 СК України, проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя. При цьому Сімейний кодекс України містить норми статей 74, 91 СК України, які передбачають, що майно, набуте за час спільного проживання жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі (фактичним подружжям), належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. На таке майно поширюються положення глави 8 СК України. Крім того, якщо жінка та чоловік, які не перебувають у шлюбі між собою, тривалий час проживали однією сім'єю, той із них, хто став непрацездатним під час спільного проживання, має право на утримання.

Вбачається, що відповідно до ст. 74 СК України, фактичне подружжя за відсутності домовленості володіє обсягом майнових прав та обов'язків, тотожним до обсягу майнових прав та обов'язків подружжя (осіб, які зареєстрували шлюб у встановленому законом порядку). При цьому сімейне законодавство не містить норм, які б регулювали немайнові відносини фактичного подружжя. Беручи до уваги дані положення СК України, не можна заперечувати той факт, що проживання тривалий час однією сім'єю жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою, все ж таки є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя.

Якщо говорити про формальні умови вступу у фактичні шлюбні відносини, то, на відміну від реєстрації шлюбу, яка проводиться у встановленому Главою 4 СК України порядку, будь-якої процедури реєстрації (церемонії) укладання фактичних шлюбних відносин закон не передбачає. Встановлення факту перебування у фактичних шлюбних відносинах відбувається виключно у судовому порядку. Нерідко подібна процедура відбувається вже після їх припинення або після смерті однієї зі сторін правовідносин.

І якщо відсутність законодавчо визначених формальних умов вступу у фактичний шлюб зумовлена природою фактичних шлюбних відносин, які передбачають ухилення від будь-якої процедури укладення шлюбу, то відсутність законодавчо визначених матеріальних умов вступу та перебування у фактичних шлюбних відносинах є прямою загрозою порушення прав як учасників цих правовідносин, так і третіх осіб. Крім того, наявність законодавчо визначених позитивних і негативних матеріальних умов стало

б гарантією дотримання особами, що мають намір вступити у шлюб, визначених законом моральних засад суспільства.

Дійсно, на відміну від шлюбу, закон практично не визначає матеріальних умов вступу у фактичні шлюбні відносини. У нормі статті 74 СК України зазначена лише одна матеріальна негативна умова для перебування у фактичних шлюбних відносинах — наявність іншого (паралельного) зареєстрованого у встановленому законом порядку шлюбу.

За таких умов, вважаємо за можливе застосовувати до фактичних шлюбних відносин аналогію закону. Необхідність застосування права по аналогії спричинена недосконалістю законодавства, наявністю прогалини у законі, неповнотою його в момент прийняття, а також проявленням у майбутньому нових сторін суспільних відносин, які підлягають регулюванню цим законом. Так, відповідно до статті 10 СК України, якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону).

Висновки. Беручи до уваги викладене, ми доходимо висновку, що суди, ухвалюючи рішення про встановлення факту проживання чоловіка та жінки однією сім'єю без реєстрації шлюбу, повинні застосовувати аналогію статей 22–26, 39–41 СК України, застосовуючи до фактичних шлюбних правовідносин ті ж принципи шлюбного законодавства, що застосовуються до зареєстрованих шлюбів.

Так, суди, задовольняючи заяву про визнання факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без реєстрації шлюбу, повинні виходити з наступних підстав:

1. Чи не перебували сторони на момент вступу та під час перебування у фактичному шлюбі у зареєстрованому шлюбі чи іншому фактичному шлюбі. Для цього судам доцільно було б надсилати відповідні запити до органів реєстрації актів цивільного стану, які за відповідними державними реєстрами, архівними даними надавали суду відповідні витяги, з яких можливо достовірно встановити подібну інформацію.

2. Чи досягли кожен із фактичного подружжя на момент вступу у відносини шлюбного віку. Якщо хоча б один з них не досяг на цей момент віку 18 років, то в задоволенні зави повинно бути відмовлено. Якщо ж на момент розгляду заяви судом кожному з учасників виповнилось 18 років, встановлення факту судом можливе виключно починаючи з дня, коли неповнолітньому учаснику відносин виповнилось 18 років, або з дня, коли йому було надано повну цивільну дієздатність у порядку, визначеному ЦК України.

3. Суду необхідно встановити, чи був вступ у фактичні шлюбні відносини добровільним, чи не відбувалось це за умов застосування фізичного чи психічного насильства, чи не перебувала особа у стані хронічного алкогольного, токсичного чи наркотичного сп'яніння, чи не страждала тяжким психічним розладом, в результаті чого не усвідомлювала значення своїх дій та не могла керувати ними. За умов доведення подібних обставин суд може відмовити у задоволенні заяви.

У відношенні шлюбу Пленум Верховного Суду України у Постанові № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» роз'яснює, що шлюб може бути визнаний недійсним, якщо «...за відсутності взаємної згоди осіб, які одружуються, хтось із них у той момент не розумів значення своїх дій та не міг керувати ними» [5]. У даному випадку мова йде про момент реєстрації шлюбу, який визначений конкретною датою та часом, станом на який можливо зафіксувати стан алкогольного, токсичного чи наркотичного сп'яніння, наявність психічного розладу. У випадку ж фактичного шлюбу, встановлення конкретної дати не є доцільним, а часто і неможливим, оскільки фактичні шлюбні відносини становлять собою юридичний факт — стан, який існує протягом конкретного періоду часу. У цьому випадку доцільніше встановлювати відповідний стан особи у певний період часу (хронічний алкоголізм, наркоманія).

4. Важливою умовою є дієздатність особи під час вступу у фактичні шлюбні відносини. Встановлення судом факту наявності рішення суду, що набрало законної сили, про визнання особи недієздатною на момент виникнення фактичних шлюбних відносин є підставою для відмови в задоволенні заяви про їх визнання. При цьому, суди мають брати до уваги, що наявність психічного захворювання у особи, яке виникло після вступу у фактичні шлюбні відносини, не може бути підставою для відмови у заяві.

5. Крім того, суди повинні встановлювати, чи не перебуває фактичне подружжя у тісному родинному зв'язку: чи не є вони родичами прямої лінії споріднення, рідними братом і сестрою. За умови встановлення даної обставини суд повинен відмовляти в задоволенні заяви.

6. Окрім зазначеного, судам необхідно встановлювати, чи відповідає фактичний шлюб матеріальним вимогам, які стосуються заборони реєстрації шлюбів між двоюрідним братом та сестрою, рідною тіткою, дядьком та племінником, племінницею. За умови недотримання вимоги, встановленої ст. 26 СК України до шлюбу, суд повинен відмовити у задоволенні заяви. При цьому, беручи до уваги тривалість спільного проживання, характер взаємовідносин фактичного подружжя, наявність спільних дітей, а також інших суттєвих обставин, що мають істотне значення, суд може задовольнити заяву про визнання факту проживання однією сім'єю без реєстрації шлюбу, подану рідною дитиною усиновлювача та усиновленою ним дитиною, а також дітьми, які були усиновлені ним. За наявності рішення суду про скасування усиновлення, подібний факт може бути встановлений судом у відношенні усиновлювача та усиновленої ним дитини.

7. Встановлюючи факт проживання чоловіка та жінки однією сім'єю без реєстрації шлюбу, суд повинен переконатись, що дані відносини дійсно існують з наміром створити сім'ю, а не з корисливою метою набуття сторонами юридичних прав (наприклад, вселення на житлову площу, спадкування).

8. Що ж стосується з'ясування питання стану здоров'я, то в зазначеному питанні на момент розгляду справи сторони повинні засвідчити перед

судом те, що вони повідомили один одного про відомі їм наявні захворювання. Тут же заявники повинні надати суду згоду на те, що вони не заперечують проти перебування у фактичному шлюбі із особою, у якій виявлено захворювання, яке є небезпечним для другого з подружжя і (або) їх нащадків.

На відміну від шлюбу, для якого наявність або відсутність позитивних чи негативних матеріальних умов можливо чітко встановити станом на конкретний момент (день), коли відбувається церемонія реєстрації шлюбу, для фактичних шлюбних відносин під час вирішення судом справи властивим було б прийняття до уваги наявності чи відсутності матеріальних умов як під час вступу, так і під час перебування у фактичних шлюбних відносинах. Варто зазначити, що часто цей період досить проблематично визначити в певних часових межах, особливо це стосується випадків, коли встановлення факту перебування у фактичному шлюбі відбувається після його припинення, за наявності спору між фактичним подружжям або після смерті одного з них.

Отже, як було встановлено, норми СК України передбачають певні умови укладення шлюбу. Їх законодавча визначеність для шлюбних правовідносин зумовлює однаковість застосування норм права на практиці та формує одностайне розуміння всіма суб'єктами права загальних принципів шлюбу. Видається, що відсутність законодавчого визначення умов вступу у фактичні шлюбні відносини не може залишатися поза увагою законодавця та потребує подальшого детального наукового вивчення.

Список літератури

1. Сімейний кодекс України [Електронний ресурс] : Закон України від 10.01.2002 № 2947-III — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>. — Назва з екрана.
2. Иоффе О. С. Советское гражданское право [Текст] : курс лекций. Ч. 3. — Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. — 347 с.
3. Антокольская М. В. Семейное право [Текст] : учебник. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — М. : Юристъ, 2000. — 336 с.
4. Дахно І. І. Міжнародне приватне право [Електронний ресурс] : навчальний посібник. — 2-ге, вид. — К., 2004. — 312 с. — Режим доступу : http://www.vuzlib.su/books/1162-Міжнародне_приватне_право/78-5.3.1._Матеріальні_та_формальні_умови_укладення_шлюбу. — Назва з екрана.
5. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя [Електронний ресурс] : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 11 від 21.12.2007. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0011700-07>. — Назва з екрана.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2017

Ю. А. Пилипенко

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

УСЛОВИЯ ВСТУПЛЕНИЯ В «ФАКТИЧЕСКИЙ БРАК»

Резюме

В статье проведен анализ формальных и материальных условий вступления в брак в соответствии с действующим семейным законодательством. Сделаны выводы о необходимости применения аналогии права к условиям вступления в фактические брачные отношения в отношении женщины и мужчины, которые проживают одной семьей без регистрации брака.

Ключевые слова: брак, фактический брак, проживание мужчины и женщины одной семьей без регистрации брака, условия вступления в брак.

Y. O. Pilipenko

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

CONDITIONS OF ACCESSION IN FACTO MARRIAGE

Summary

The article analyzes the formal and material conditions for marriage under operative family law. The conclusions about the necessity of application of law analogy to the conditions of entry into de facto marital relations relative to women and men living as one family without marriage.

Key words: marriage, common-law marriage, living men and women as one family without marriage, conditions of the marriage.

Українською, російською та англійською мовами

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації:
серія КВ № 11463-336Р від 07.07.2006 р.

Журнал є фаховим виданням з юридичних наук
(наказ МОН України № 1021 від 07.10.2015 р.)

Рекомендовано до друку Вченою радою
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова.
Протокол № 9 від 30 травня 2017 р.

Відповідальні за випуск особи: В. В. Валах, О. М. Нагуш

Тираж 100 прим. Зам. № 678 (150).

Адреса редколегії:
65082, м. Одеса, вул. Дворянська, 2
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Видавництво і друкарня «Астропринт»
65091, м. Одеса, вул. Разумовська, 21
Тел.: (0482) 37-07-95, 37-24-26, 33-07-17, 37-14-25
www.astroprint.odessa.ua; astro_print@ukr.net
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1373 від 28.05.2003 р.