

УДК 347(075.8)

Ж.В. ЗАВАЛЬНА, докт. юрид. наук, проф.,
Сумська філія Харківського національного університету внутрішніх справ

ДОГОВІР ЧИ МЕМОРАНДУМ: БУТИ ЧИ ЗДАВАТИСЬ?

Ключові слова: меморандум, договірне регулювання, форма договірної регулювання відносин, договір, наміри сторін, юридичні зобов'язання, політичні зобов'язання

Із підписанням та ратифікацією 05 грудня 1994 року Меморандуму про гарантії безпеки у зв'язку із приєднанням України до Договору про нерозповсюдження зброї (далі – Меморандум) [1] держава Україна набула позаблокового статусу. Україна вступила в нову стадію державотворення із побудовою і внутрішніх і зовнішніх відносин у новому форматі із врахуванням свого нового статусу та змісту положень підписаного Меморандуму. Виконуючи положення Меморандуму, Україна ліквідувала всю ядерну зброю на своїй території. Тим самим Україна знизила рівень своєї національної безпеки до небезпечного мінімуму, сподіваючись на виконання положень Меморандуму про забезпечення захисту України іншими сторонами-учасниками.

Окупація Автономної Республіки Крим Російською Федерацією була здійснена всупереч Меморандуму про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї 1994 року, а також із порушенням Договору про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і Російською Федерацією 1997 року та інших міжнародно-правових актів [2]. Реакція інших сторін-учасниць гарантів безпеки територіальної цілісності та недоторканості суверенітету України відрізняється від тієї, на яку очікувала держава, яка добровільно позбулась одного із найбільших запасів ядерної зброї у Європі.

Ще задовго до подій 2014 року, експерти та дипломати попереджали про те, що даний документ не зможе гарантувати безпеку України, а потрібно укладення повноцінного договору. В зв'язку з цим виникає питання: в чому різниця між договором та меморандумом.

Саме теперішня ситуація в Україні спонукала до звернення щодо розробки питань застосування меморандуму до регулювання відносин в середині України та поза її межами. Тому, метою даної статті є надання характеристики меморандуму як однієї із форм договірної регулювання відносин. При цьому ставляться до вирішення такі завдання, як філологічний аналіз поняття меморандуму та аналіз доктринальних підходів до сприйняття його ролі сторонами при встановленні відносин.

Дослідженню проблематики договірної регулювання відносин у різний час присвячували свої праці вітчизняні та іноземні науковці, які в свої працях досліджували теоретичні аспекти договірної регулювання, серед яких: М.І. Брагінській, В.В. Вітрянській, В.В.Іванов, А.Д. Корецькій, Н.М. Пархоменко, О.В. Плюснїна, М.Є. Некрасова, та інші. Б.Ч. Пугінській, Питання договірної регулювання міжнародних відносин у своїх працях в різний час розробляли: Бакстер Р. (R. Baxter), Білдер (R. Belder), М. Вайрелі (M. Virally), І.А. Діковська, А.С. Довгерт, В.І. Кисіль, Дж. Клабберс (J. Klabbers), В.М. Коссака, Н. Корнет (N. Cornet), О. Ландо (O. Lando), І.І. Лукашук, Т. В. Матвеева, А.Б. Покровская, М.А. Рожкова, В.Л. Чубарев Р.О. Халфіна, З.М. Юдін та інші.

На жаль, аналіз та характеристика такої форми регулювання відносин як меморандум висвітлювалась фрагментарно та переважно щодо регулювання публічних міжнародних відносин. У зв'язку з тенденцією збільшення застосування поняття «меморандум» при регулювання договірних відносин публічної сфери в середині країни виникає необхідність приділення більшої уваги саме характеристи-

ці меморандуму та правомірності використання такого поняття.

При застосуванні тих чи інших слів-понять іншомовного походження необхідно визначення суті та значення даного поняття, а тим паче, якщо це стосується назви цілого документа, оскільки назва визначає його зміст, сутність і, в майбутньому, програму поведінки сторін-учасниць. Нерозуміння суті понять, якими апелюємо, призводить до невтішних наслідків. Словники англійської мови дають значення *memorandum* – (з лат. *Memorandum* – те, про що необхідно пам'ятати, те, що варто уваги) пам'ятна записка, доповідна записка; мемуари; службова записка; запис [3, с.754]. У словосполученнях надаються значення – статут юридичної особи; третейський запис; компроміс [4, с.284]. Російські тлумачні словники надають пояснення слову «меморандум» таким чином: 1) дипломатичний документ, що відображає погляди уряду із будь-якого питання та подається із дипломатичною нотою країні-іншій стороні; 2) лист із нагадуванням про будь-що; 3) довідка, доповідна записка (застаріле) [5].

Дане поняття є доволі поширеним у правовій та економічній сферах для регулювання відносин як в середині країни, так і на міжнародній арені. Однак, розуміння є також доволі розмаїтим. У міжнародних відносинах меморандум вважається дипломатичним документом, що зазвичай передається особисто представнику іншої сторони (держави, компанії тощо). Також, меморандум, це дипломатичний документ, що супроводжує дипломатичну ноту, в якому докладно викладається позиція сторони на те чи інше питання, а також наводиться обґрунтування позиції сторони [6]. Також, меморандумом вважається дипломатичний документ відповідної держави, у якому докладно фіксується фактична сторона міжнародного питання [7, с.565].

На внутрішньодержавному рівні меморандум сприймається як багатостороння домовленість між партіями або іншими угрупову-

ваннями, що окреслює загальний план діяльності. Економічна сфера апелює поняттям інвестиційний меморандум, під яким розуміється документ, який містить структуровану інформацію, що надається потенційним інвесторам та має на меті найкращим чином представити інвестиційний проект, бізнес ідею.

Можна би продовжувати наводити й інші варіанти сприйняття даного поняття, бо доктринальні, довідкові та навчальні тематичні джерела надають можливість скласти загальне враження про меморандум, але не надають будь-яких сталих ознак меморандуму, які б характеризували його як інститут чи давали можливість вивести визначення його поняття.

Аналізуючи положення діючих на сьогодні документів під назвою «меморандум» [8, 9], що регулюють відносини на території України та в міжнародній сфері з її участю, можна констатувати, що вони укладені на добровільній основі з фіксацією вільної волі сторін, які приймають участь у даних відносинах. Виходячи з відсутності імперативності в положеннях документів та їх призначенні, можна говорити про те, що меморандум є однією із форм договірної регулювання відносин.

Виходячи з поняття форм договірної регулювання відносин, під якими ми розуміємо спосіб встановлення соціального зв'язку, який заснований на ініціативі сторін, їх внутрішньому переконанні, представлений у вигляді узгодженої програми поведінки, спрямований на досягнення результату визначеного сторонами [10, с.121]. В меморандумі проявляються всі названі ознаки, а саме: 1) наявність ініціативи сторін; 2) внутрішнє переконання щодо необхідності встановлення та підтримання відносин; 3) встановлення сторонами програми поведінки направленої на досягнення результату визначеного сторонами.

Так, застосовуючи наведені ознаки форм договірної регулювання відносин при аналізі змісту та ролі меморандуму, можна виявити всі наведені ознаки: 1) при урегулюванні

відносин присутня самостійна вільна ініціатива сторін-учасників відносин щодо врегулювання відносин саме за допомогою договірних форм регулювання за відсутності імперативної вказівки щодо застосування інших недоговірних форм; 2) внутрішнє переконання у необхідності встановлення та підтримання відносин. Наявні відносини, в яких сторони є рівними або формально рівними і їх волевиявлення на обрання та активного застосування форми «меморандум» сформовано самостійно без стороннього тиску; 3) як правило вважається, що метою застосування форми договірного регулювання є досягнення мети визначеної сторонами відносин. Так само, при встановленні відносин та фіксації їх у формі меморандуму сторони-учасниці визначаються відповідно до своїх інтересів та намірів. Виходячи з проаналізованих ознак, можна констатувати факт, що меморандум є однією із форм договірного регулювання відносин. Враховуючи вищевикладене, спробуємо надати загальну характеристику меморандуму як однієї з форм договірного регулювання відносин.

На сьогоднішній день практика встановлення договірних зв'язків і в середині країни і в міжнародних відносинах, показує неоднорозначність застосування форм договірного регулювання відносин, перш за все, за результатами такого регулювання. Теорія і практика договірного регулювання не встановлює чітких рамок та ознак для тих чи інших форм договірного регулювання за назвами. Крім того, не залежно від назви – договір, домовленість, меморандум, угода, декларація тощо – сторони-учасники відносин можуть врегулювати свої відносини на різних рівнях зобов'язань. Так, виділяються декілька рівнів: правовий рівень (правові зобов'язання); рівень честі (моральні зобов'язання); політичний рівень (політичні зобов'язання). При цьому, виявляється, що сторони можуть брати зобов'язання на одному або декількох із вказаних рівнів [11, с.167]. На противагу кон-

цепції неправових домовленостей, існує думка, згідно з якою такі форми договірного регулювання є «...неможливим до укладення (встановлення), а якщо і можливими, то небажаними» [12, с.25]. Але як показує аналіз існуючих форм договірного регулювання відносин, регулювання із взяттям зобов'язань на різних рівнях постійно відбувається і, на сьогоднішній день, набуло доволі великих масштабів.

Поширення договірного регулювання відносин, що не має юридичної сили різні автори пояснюють, використовуючи подібні аргументи. Так, Р. Більдер вказує, що це викликано небажанням сторін встановлювати тверді правові зобов'язання, а також пов'язано із бажанням зменшити ризики, які можуть виникнути у зв'язку із таким врегулюванням відносин. Встановлення зобов'язань на неюридичному рівні може залежати від політичної доцільності, юридичної можливості, ефективності очікуваних результатів тощо [13, с.101]. Російський автор вказує на більш прозаїчні чинники. По-перше, потреба в спрощенні та скороченні процедури встановлення зв'язків; по-друге, бажання *уникнути жорстких правових наслідків* (курсив наш. – Ж.В.); по-третє, наявність можливості спрощеного перегляду положень такого документу; по-четверте, бажання уникнути процедури ратифікації [7, с.554]. Показово, що саме в дипломатичній практиці Російської Федерації переважає тенденція не пов'язувати себе формами договірного регулювання відносин на правовому рівні, а відтак і тими наслідками, що вони тягнуть.

Аналогічна проблема виявляється і в праві інших держав. Так, у Меморандумі австрійської місії при ООН від 26.07.1951 року зазначається, що в австрійському публічному праві не існує чітко встановленого розмежування між договором (який породжує юридичні зобов'язання) та іншими видами договірних форм [14, с.6]. Про наявність та вагому роль в договірному регулюванні таких форм, які не

породжують юридичних зобов'язань, писав Р. Бакстер [15, с.549].

Питання вирішення правових та інших форм договірної регулювання регулюється Віденською Конвенцією про право міжнародних договорів [16]. Зокрема, в ній вказується, що для вирішення форм договірної регулювання, які породжують юридичні зобов'язання та інші юридичні наслідки, необхідно отримати позитивну відповідь на питання, чи підпадає така форма (зокрема – договір, конвенція, хартія, меморандум) під дію міжнародного права. Так само, в дану ознаку включається положення про те, що така форма має породжувати правові відносини. Таку позицію було сформовано і підтримано провідними юристами іноземних країн, які зазначали, що не всі форми договірної регулювання мають правову силу, але для того, щоб провести розмежування між ними (правовим та іншими), необхідно враховувати, що метою правових форм договірної регулювання є встановлення правових відносин та надання їм зобов'язуючої сили [17, с.23].

Віденська Конвенція про міжнародні договори не пов'язує дане вирішення (на правові та неправові) із конкретними назвами форм договірної регулювання, але практика договірної регулювання доводить, що найчастіше меморандум застосовують як форму договірної регулювання відносин на політичному та моральному рівнях. Тобто, для того, щоб меморандум набув юридичної сили, необхідна його ратифікація сторонами-учасниками.

Проста статистика доводить, що з більш як п'ятдесяти меморандумів, введених в дію на території України і період з грудня 2012 року і по теперішній час, було ратифіковано ВР України тільки три. Ними є Меморандум про взаєморозуміння між Україною як Позичальником та Європейським Союзом як Кредитором ратифікований Законом України № 848-VII 04.03.2014 року [18]; Меморандум про взаєморозуміння між Україною як Позичальником та Європейським Союзом як Кредитором і

Кредитної угоди між Україною як Позичальником, Національним банком України як Агентом Позичальника та Європейським Союзом як Кредитором щодо отримання Україною макрофінансової допомоги Європейського Союзу у сумі до 1 мільярда євро Закон України від 20.05.2014 р. № 1277-VII [19]; Меморандум про взаєморозуміння між Урядом України та Організацією з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ) про розміщення спеціальної моніторингової місії ОБСЄ Закон України від 29.05.2014 р. № 1282-VII [20].

Аналіз положень зазначених меморандумів показує, що сторони конкретизували встановлення прав та обов'язків в спеціальних угодах та виконали процедуру ратифікації. В даному випадку відносини, які врегульовані в такий спосіб, є врегульовані на правовому рівні і меморандум в даному випадку є не тільки пам'ятною запискою, але набуває правової природи.

Таким чином, виходячи з вище викладеного, меморандум можна вважати однією із форм договірної регулювання відносин, яка, як правило, засвідчує політичну волю сторін-учасниць відносин, на відміну від договору не породжує юридичних зобов'язань, призначена для фіксації інформації щодо понятійного апарату, юридичних фактів щодо намірів сторін. Іншими словами, меморандум є договірною формою, яка застосовується для регулювання широкого кола питань, може бути використовуватись у переддоговірному процесі, а також продовженням раніше укладених угод, їх конкретизацією або уточненням.

Висновки даної статті не є остаточними, вимагають поглиблення дослідження обраної проблематики, а також можуть бути використані для подальшої розробки питань, пов'язаних із договірним регулюванням відносин публічної сфери.

ЛІТЕРАТУРА

1. Меморандум про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору

про нерозповсюдження ядерної зброї [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/998_158.

2. Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» : від 15.04.2014 р., № 1207–VII // ВВР України. – 2014. – № 26. – Ст. 892.

3. Concise Oxford Russian Dictionary. Изд. 1-е исправ. – М. : Весь мир; ИНФРА-М, 2005. – С. 754.

4. Англо-русский юридический словарь / С. Н. Андрианов, А. С. Берсон, А.С. Никифоров. – М. : РУССО, 2005. – С. 284.

5. Толковый словарь [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gramota.ru/slovari/dic/?word=%EC%E5%EC%EE%F0%E0%ED%E4>.

6. Меморандум [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://ru.wikipedia.org/wiki>.

7. Лукашук И. И. Современное право международных договоров : в 2 т. Том 1. Заключение международных договоров / И. И. Лукашук. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 658 с.

8. Меморандум про співробітництво у сфері регулювання галузі зв'язку між Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації (Україна), та Комісією регулювання зв'язку Республіки Болгарія [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/100_098.

9. Меморандум взаєморозуміння між Урядом України і Організацією економічного співробітництва та розвитку щодо поглиблення співробітництва [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/966_003.

10. Завальна Ж. В. Договірне регулювання відносин : навчальний посібник / Ж. В. Завальна, О. О. Маркова. – Суми : Поліграф, 2014. – С. 121.

11. Virally M. Sur le nation d'accord / Virally M. // Festschrift für Rudolf Bindschieder. – Berne, 1980. – P. 167.

12. Klabbers J. The Concept of Treaty in International Law / Klabbers J. – The Hague, 1999. – P. 25.

13. Bilder R. Managing the Risks of Treaty in International Agreements / Bilder R. – Madison, 1981. – P. 25.

14. Laws and Practices Concerning the Conclusion of Treaties. – U.N., 1955. – P. 6.

15. Baxter R. International Law in «Her Infinite Variet» / Baxter R. // ICLQ. – 1980. – Part 2. – P. 549.

16. Постанова Ради Міністрів УРСР «Віденська конвенція про право міжнародних договорів» : від 26.03.1986 р., № 102: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_118/page.

17. U.N. Conference on the Law of Treaties. First Session. – P. 23.

18. Закон України «Про ратифікацію Меморандуму про взаєморозуміння між Україною як Позичальником та Європейським Союзом як Кредитором і Кредитної угоди між Україною як Позичальником, Національним банком України як Агентом позичальника та Європейським Союзом як Кредитором щодо надання Україні макрофінансової допомоги Європейського Союзу у сумі до 610 мільйонів євро» : від 04.03.2014 р., № 848–VII // Відомості Верховної Ради – 2014. – № 13. – Ст. 226.

19. Закон України «Про ратифікацію Меморандуму про взаєморозуміння між Україною як Позичальником та Європейським Союзом як Кредитором і Кредитної угоди між Україною як Позичальником, Національним банком України як Агентом Позичальника та Європейським Союзом як Кредитором щодо отримання Україною макрофінансової допомоги Європейського Союзу у сумі до 1 мільярда євро» : від 20.05.2014 р., № 1277–VII // ВВР України. – 2014. – № 27. – Ст. 924.

20. Закон України «Про ратифікацію Меморандуму про взаєморозуміння між Урядом України та Організацією з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ) про розміщення спеціальної моніторингової місії ОБСЄ» : від

29.05.2014 р., № 1282–VII // ВВР України. – | 2014. – № 28. – Ст. 938.

Завальна Ж. В. Договір чи меморандум: бути чи здаватись? / Ж. В. Завальна // Форум права. – 2015. – № 2. – С. 52–57 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2015_2_10.pdf

Досліджується правова природа меморандуму. Доводиться, що меморандум є однією із форм договірної регуляції відносин, при цьому, аналізуються загальні ознаки форм договірної регуляції. Встановлено, що особливістю меморандуму як однієї із форм договірної регуляції є те, що дана форма договірної регуляції не породжує юридичних зобов'язань, а виконує роль фіксації намірів.

Завальная Ж.В. Договор или меморандум: быть или казаться?

Исследуется правовая природа меморандума. Доказывается, что меморандум является одной из форм договорного регулирования отношений, при этом, анализируются общие признаки форм договорного регулирования. Установлено, что особенностью меморандума как одной из формы договорного регулирования является то, что данная форма договорного регулирования не порождает юридических обязательств, а выполняет роль фиксации намерений.

Zavalna G.V. Agreement or Memorandum: To Be or Surrender?

This article deals with the legal nature of a memorandum. It is shown that a memorandum is a form of agreement-based regulation of relations, and the common features of agreement-based regulation are analyzed. It is proven that a peculiar trait of a memorandum as a form of agreement-based regulation consists in the fact that this type of agreement-based regulation, as a rule, does not generate any legal obligations but is used to define intentions.

Форум права Форум