

Література

1. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1. Общие положения. — 841 с.
2. Боднар Т.В. Гарантія як вид забезпечення виконання зобов'язання за Цивільним кодексом України // Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 2. — С. 143–150.
3. Голгалю Б. М. Учение об обеспечении обязательств. — М.: Статут, 2002. — 222 с.
4. Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. — М.: Лекс-Книга, 2002. — 216 с.
5. Братусь Д. А. Залог прав: античные истоки и правовое регулирование по законодательству Республики Казахстан: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Алматы, 2003. — 26 с.
6. Диденко А. Г. Обеспечение исполнения договоров. — Астана: ЗАО Ип-т законодательства Республики Казахстан, 2002. — 184 с.
7. Кавкин А. В. Рынок кредитных деривативов. — М., 2001. — 237 с.
8. Ефимова Л. Страхование как способ обеспечения обязательств по кредитному договору // Хозяйство и право. — 1994. — № 7. — С. 87–94.
9. Ойгензихт В. А. Петиционные договорные отношения в гражданском праве: Учеб. пособие. — Душанбе, 1984. — 183 с.
10. Ожегов С. И. Словарь русского языка. — М.: Рус. яз., 1984. — 760 с.

УДК 341.225.5:347.796

*В. Ю. Шемонасв***ЗАГАЛЬНА АВАРІЯ ЯК ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО (ЦИВІЛЬНОГО) ПРАВА**

Як характерні риси міжнародного приватного морського права можуть бути названі:

- суб'єктний склад відносин (приватні особи);
- наявність, як правило, «іноземного елемента» (суб'єкти, об'єкти, територія і т.п.);
- коло відносин, що потрапляють у сферу правового регулювання;
- диспозитивний метод правового регулювання.

Аналіз особливостей міжнародного приватного морського права істотно доповнює і уточнює характеристика його джерел. Проте тут потребує узгодження перелік джерел стосовно приватного права взагалі та міжнародного приватного морського права зокрема, запропонований в літературі.

Так, А. Н. Шемякін до основних джерел міжнародного приватного морського права відносить:

- внутрішньодержавне морське законодавство;
- міжнародні конвенції і договори у сфері торгового мореплавання;
- міжнародні морські звичаї [1, 7].

Проте в літературі по цивільному праву наводиться схожий, але трохи інший перелік джерел приватного права:

- норми природного права, які створюють своєрідний правовий фундамент;
- норми національних систем, які засновані на певних загальних уявленнях про свободу індивіда;

- колізійні норми, через які національне право здійснює вплив на зміст приватного права в цілому;
- міжнародно-правові угоди щодо правового становища приватних осіб;
- римське приватне право як своєрідний еталон європейських систем приватного права [2, 8–9].

Уявляється, що, незважаючи на зовнішні відмінності, запропоновані переліки цілком сумісні один з одним.

Наприклад, що стосується оцінки природного права як основи приватного права, то це положення стосується і міжнародного приватного морського права, де норми природного права закріплені в міжнародних морських звичаях і відповідних конвенціях.

Щодо визначення значення римського приватного права як своєрідного еталона систем приватного права також заперечень не виникає. Хоча посилань безпосередньо на норми римського права в морській практиці не зустрічається, проте не викликає сумнівів давньоримський генезис багатьох інститутів морського права, зокрема приватної аварії.

Слід, крім того, особливо звернути увагу на таке джерело міжнародного морського права, як звичай. Якщо у внутрішніх системах значення звичаю в тій чи іншій мірі знижувалося, то в міжнародному праві це джерело традиційно продовжує відігравати істотну роль [3, 153]. Причому саме в міжнародному приватному морському праві, де нерідко виникають нові проблеми, що вимагають правового регулювання на універсальній основі, звичай є основним засобом створення нових юридично обов'язкових правил поведінки [4, 5–8].

Деякі сучасні автори при визначенні поняття звичаю стосовно сфери міжнародного морського права посилаються на Статут Міжнародного суду ООН, відповідно до ст. 38 якого звичай визначається як «доказ загальної практики, визнаної в ролі правової норми».

Таким чином, признається, що відправною точкою визначення звичаю і його першим необхідним елементом є практика, тобто фактичні дії держав, що зачіпають міжнародні відносини.

Другий необхідний елемент звичаю — явно виражене визнання державами того або іншого правила в ролі звичайно-правової норми, відомої в міжнародному праві як принцип *opinio juris*.

Таким чином, наявність двох елементів — практики і *opinio juris* є необхідною умовою створення міжнародно-правової норми у вигляді звичаю.

При цьому у процесі характеристики звичаю наголошується, що досить часто термін «звичай» використовується в широкому сенсі, коли під ним розуміється не правова норма, а юридично необов'язкове правило, що склалося в результаті одноманітної практики. В останньому випадку мова йде про узвичаєння, яке є також правилом, що фактично склалося, якого можуть на практиці дотримуватися держави, але без ознаки обов'язковості [5, 16].

У загальних рисах такий підхід виявляється цілком прийнятним. Проте його недоліком є зайве акцентування уваги на публічно-правовому елементі — встановленні звичаю в результаті практики держав і зі згоди держав, розгляді

держав як головного суб'єкта даних відносин і ін. Все це не так характерно для приватного права, де рівноправними суб'єктами визнаються всі учасники відповідних відносин.

Тому вважається доцільним в міжнародному морському праві виходити з гнучкішого підходу до розуміння звичаю і узвичаєння, який дозволив би виробити визначення, придатні для використання і в публічному, і в приватному праві.

Зокрема, слід звернути увагу на те, що звичай може бути визначений як правило, що склалося в тій або іншій сфері суспільних відносин на основі постійного і одноманітного повторення даних фактичних відносин [6, 62].

Узвичаєння — це правило, що склалося у сфері певних суспільних відносин на основі постійного і одноманітного повторення даних фактичних відносин і вважається таким, що входить до складу волевиявлення сторін договору у разі відповідності їх намірам [7, 17].

При цьому узвичаєння трактується як «не правовий звичай», що дає підстави для включення його до складу «звичаю» в широкому значенні слова, як родове поняття [7, 17]. Разом з тим слід зазначити, що в деяких правових системах, наприклад в праві Англії і США, більше уваги приділяється не розмежуванню понять «звичай» і «узвичаєння», а проблемі диференціації власне звичаю (*custom*) і торгового звичаю (*trade custom, trade usage*) [8, 103]. Причому *custom* охоплює сферу і публічних, і приватних відносин, тоді як *trade usage* ближче за своїм значенням до поняття «звичай» і стосується, перш за все, сфери приватних (торгових) відносин, зокрема у сфері торгового мореплавання [9, 261; 10, 158–182].

З урахуванням цього уточнення морський звичай можна визначити як правило, що склалося у сфері використання Світового океану і дна, морського судноплавства на основі постійного і одноманітного повторення певних фактичних відносин і застосування практики, що склалася.

Кажучи про суть і значення звичаїв в морському праві, слід звернути увагу на те, що звичайні норми можуть отримувати закріплення в міжнародних угодах. Як приклад тут зазвичай приводять Йорк-антверпенські правила, які регулюють загальну аварію і, по суті, є «писаним» зведенням міжнародно-правових звичаїв.

Перевага звичаю полягає в тому, що він веде до створення норм міжнародного права, які мають універсальний характер, а крім того регулює відносини між суб'єктами, які через які-небудь обставини не уклали між собою договір або не вказали в ньому відповідну умову.

Основним недоліком звичаю є відома нечіткість, що завдає труднощів у застосуванні звичаю в судовій практиці.

Одну з найважливіших тенденцій в процесі розвитку міжнародних морських звичаїв деякі автори вбачають в їх переростанні в правові норми, відзначаючи, що з цієї точки зору укладення Женевських конвенцій 1958 р. завершило становлення міжнародного морського права як галузі міжнародного права, оскільки кодифікували в основному звичайні норми міжнародного права [5].

Проте слід зазначити, що кодифікування звичаїв у сфері міжнародного приватного морського права не означає, що після такого кодифікування сам звичай, як такий, зникає. Він зберігає своє значення, але тепер уже в іншій ролі: існує як складова частина більш загальної категорії — збірки кодифікованих звичаїв, узвичаєнь і т.п. [11, 218–235].

Встановивши структуру і особливості морського права, можна перейти до визначення в ньому місця і галузевої приналежності інституту загальної аварії.

Оскільки визначаючим є поділ морського права, як і права взагалі, на приватне і публічне, то перш за все потрібно відповісти на запитання, чи є загальна аварія інститутом приватного або публічного права. Тим паче що у зв'язку з цим у літературі були висловлені різні точки зору.

Так, деякі автори, хоч і не відносять прямо інститут загальної аварії до публічного права, але звертають увагу на наявність у регулюванні розподілу таких збитків значної кількості публічно-правових елементів, що пояснюється переважанням сукупного колективного інтересу в даних відносинах над інтересом індивідуальним [12, 13]. Інші автори згадують загальну аварію серед інститутів міжнародного приватного морського права [5]. Разом з тим деякі фахівці у сфері міжнародного приватного морського права не згадують і не аналізують загальну аварію серед інститутів цієї галузі [1, 131].

Уявляється, що для визначення галузевої приналежності загальної аварії перш за все необхідно порівняти її властивості як правового інституту з характерними ознаками тієї або іншої галузі, мова про які йшла вище.

Як наголошувалося, визначальними рисами публічного права, окрім його спрямованості на захист колективних інтересів, є жорстка визначеність рамок поведінки суб'єктів; використання імперативного методу «зобов'язання», за якого учасникам правовідносин наказується діяти певним чином; застосування заборони дій як методу формування поведінки; використання в ролі стимулу примушення і ін.

Додатково міжнародне публічне морське право характеризує те, що воно стосується відносин, що складаються у сфері використання Світового океану, морського дна, а також морського торгового судноплавства (тут вживається саме вираз «морське торгове судноплавство» з урахуванням точного зауваження відомого цивіліста професора Київського університету П. П. Цитовіча щодо того, що «...не всяке судноплавство підпадає під норми морського торгового права...»); учасники даних відносин вступають у них добровільно, але після досягнення згоди беруть на себе обов'язок виконувати прийняті рішення (конвенції, протоколи і т.п.), що додає останнім загальнообов'язкову силу, і т. д. [13, 1–2].

Для приватного права характерні: визнання пріоритетності інтересів окремої (приватної) особи; юридична рівність учасників відповідних відносин; ініціативність сторін при встановленні правовідносин; вільний розсуд при виборі правил поведінки, прямо не заборонених законом, і т. д.

Для міжнародного приватного морського права, крім того, характерним є специфічне коло відносин, що потрапляють у сферу правового регулювання; певний суб'єктний склад даних відносин (приватні особи); наявність, як прави-

ло, «іноземного елемента» (суб'єкти, об'єкти, територія і т.п.); специфічний склад джерел — норми природного права (зокрема, правові звичаї), норми національних правових систем, колізійні норми, міжнародно-правові угоди щодо правового становища приватних осіб, римське приватне право як своєрідний еталон і ін.

Хоча інститут загальної аварії історично виник раніше договору морського перевезення і в сучасному морському праві обидва ці інститути формально відособлені (наприклад, розділи V і IX КТМ), насправді між ними існує нерозривний зв'язок. Особи, в загальних інтересах яких проводяться загальноаварійні витрати і пожертвування і між якими потім розподіляється сума, що утворилася, по загальній аварії, — це судновласник і вантажовласники, тобто учасники договору морського перевезення вантажів. Природно, що від їх узгодженої в договорі волі і розсуду перш за все залежить, якими умовами і правилами визначатимуться їх взаємини у разі виникнення загальної аварії.

На практиці умови про загальну аварію включаються чи не у всі чартери і коносаменти. Правда, замість докладного вирішення численних пов'язаних із загальною аварією питань ці умови посилають до спеціальних правових актів про загальну аварію — до Йорк-антверпенських правил, іноді також до національного законодавства тієї або іншої країни. Крім того, зазвичай вказується місце, де повинна розподілятися загальна аварія. Рідше зустрічаються в чартерах і коносаментах які-небудь інші положення про неї. Проте стислість і фрагментарність умов договору морського перевезення вантажу, що відносяться до загальної аварії, не повинна вводити в оману. Саме ці умови чартеру і коносамента є у разі виникнення загальної аварії головною юридичною підставою для подальшого регулювання взаємин судновласника з вантажовласником.

Значення договору тим більше очевидно, що Йорк-антверпенські правила самі по собі не мають обов'язкової сили. Їх застосування залежить у кожному конкретному випадку від включення умови про це в коносамент, чартер або аварійну підписку (бонд). На практиці майже всі проформи коносаментів і чартерів, що вживаються в міжнародному торговому мореплаванні, таку умову містять [14, 266–267].

Такий тісний зв'язок між загальною аварією і договором морського перевезення свідчить про те, що і він має своєю підставою не тільки звичай, але і угоду сторін.

Цим, у свою чергу, обумовлені такі характерні риси загальної аварії як правового інституту:

- своєю правовою основою цей інститут має уніфіковані **звичаї**, значна частина яких сформувалася ще в стародавні часи, що знайшло віддзеркалення в римському приватному праві;

- наявність, як правило, «іноземного елемента» у відносинах загальної аварії (суб'єкти, об'єкти, територія і т.п.);

- учасниками відносин, пов'язаних з розподілом загальної аварії, є приватні особи — учасники договору морського перевезення, які виступають як юридично рівні суб'єкти;

- розподіл загальної аварії, перш за все, має на меті захист приватної особи — того, хто зазнав збитків в загальних інтересах;
- учасники договору морського перевезення (який породжує приватноправові або цивільно-правові за своєю природою відносини) на свій розсуд вибирають ту редакцію Йорк-антверпенських правил, якими мають намір керуватися при розподілі загальної аварії;
- відправним моментом даних відносин, їх кінцевою метою і результатом є узгодження інтересів учасників договору морського перевезення.

Зіставляючи перераховані тут ознаки загальної аварії з характерними рисами названих вище галузей права, можна дійти висновку, що загальна аварія за своєю галузевою приналежністю є інститутом міжнародного приватного морського права.

У свою чергу, оцінюючи характер норм міжнародного приватного морського права, уявляється цілком обґрунтованим вважати їх, в основному, нормами цивільного права.

Звичайно, мова йде не про те, що все міжнародне приватне морське право слід визнати таким, що складається виключно з цивілістичних норм. Не викликає сумнівів, що в конвенціях з морського права, різних правилах, протоколах і т.п. в цій сфері містяться не тільки норми цивільного права і тісно пов'язані з ними процесуальні правила, але і норми деяких інших галузей права (в першу чергу це стосується норм міжнародного публічного права). Проте в цілому, як справедливо відзначає А. Л. Маковський, їх цивілістична чистота витримана у вельми високому ступені.

Тому, враховуючи ту обставину, що за своєю природою норми міжнародного приватного морського права є цивільно-правовими нормами, можна кваліфікувати приватну аварію як інститут цивільного права [15, 20].

При цьому мова йде не про національне цивільне право, а про цивільне право в широкому сенсі. Іншими словами, мається на увазі цивільне право як синонім приватного права, що характерний для розуміння співвідношення цих понять на сучасному етапі розвитку цивілістичної доктрини в нашій державі (наприклад, на тотожність понять «цивільне право» і «приватне право» в сучасній правовій доктрині звертав увагу А. С. Довгерт) і в інших країнах [16, 26, 29–30; 17, 46–80].

Таким чином, можна зробити висновок, що загальна аварія є одночасно в рівній мірі і інститутом міжнародного приватного морського права і інститутом приватного (цивільного) права, як такого, що дозволяє використовувати методологію, категорії і поняття цивільного права як органічно пов'язані з відносинами, що виникають при загальній аварії.

Література

1. Шемякіп О. М. Міжнародне приватне морське право. — О.: ЛАТСТАР, 2000.
2. Харитонов Е. О., Саниахметова П. А. Гражданское право: Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство: Учеб. пособие. — К.: А.С.К., 2001.

3. Зивс С. Л. Источники права. — М., 1981.
4. Рамзайцев Д. Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи. — М., 1958.
5. Гудулак В. Н. Морское право. — М.: РосКопсульт, 2000.
6. Повицкий И. Б. Источники советского гражданского права. — М., 1959.
7. Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. — М.: Междунар. отношения, 1983. — 160 с.
8. Levic J. H. Trade Usage and Custom under the Common Law and the Uniform Commercial Code // New York University Law Review. — 1960. — Vol. 40, N 6. — P. 1103.
9. Wortly B. A. Mercantile Usage and Custom // Rabels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht. — 1959. — Bd. 24.
10. Halsbury's Laws of England. — 1955. — Vol. 11.L.
11. Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікацій. — К.: Україна, 2000.
12. Харитонов Є. О., Харитопова О. І. Морське право: публічне і приватне // Торгове мореплавання. — 2000. — № 1. — С. 13.
13. Цитович П. П. Морское торговое право. — К., 1889.
14. Юридический справочник по торговому мореплаванию / Под ред. А. С. Кокина. — М.: Спарк, 1998.
15. Маковский А. Л. Международное частное морское право: (Поятие и источники). — М.: Транспорт, 1974.
16. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. А. С. Довгєрта. — К.: Укр. центр правничих студій, 2000.
17. Брагинский М. И. О месте гражданского права в системе «право публичное — право частное» // Проблемы современного гражданского права: Сб. ст. — М., 2000.

УДК 347.626(477)

Г. М. Ахмач

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВІДНОСИН ЧЛЕНІВ СІМ'Ї

Актуальність вибраної теми наукового дослідження визначається розширенням сфери договірних правовідносин між подружжям, подружжям як батьками, батьками і повнолітніми сином, дочкою і іншими членами сім'ї. У новому Сімейному кодексі України особлива увага приділяється договірній формі регулювання правовідносин, що виникають між членами сім'ї. В результаті реформи сімейного законодавства значно збільшилася кількість правових норм, що надають можливість членам сім'ї самостійно регулювати свої правовідносини шляхом укладення різних договорів. Крім того, СК України також передбачає можливість регулювання правовідносин членів сім'ї шляхом укладення міжнародних договорів за умови, що вони ратифіковані Верховною Радою України.

Проблема договірного регулювання сімейних відносин активно обговорюється в різних наукових виданнях, проте ще багато проблем у даній сфері вимагають додаткового вивчення. До них належать проблеми детальнішого правового регулювання таких правовідносин між членами сім'ї, як відносини, що виникають між батьками і їх повнолітніми сином, дочкою, продовжуючих навчання;

© Г. М. Ахмач, 2008