

**КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА**

РСЗНІКОВА В.В., РОССИЛЬНА О.В.

**ПОСЕРЕДНИЦТВО
І ПРЕДСТВНИЦТВО
В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ
ТА ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ**

Навчальний посібник

Київ
Видавництво Ліра-К
2016

УДК

Копіювання, сканування, запис на електронні носії і тому подібне будь-якої частини посібника без дозволу видавництва заборонено.

Рецензенти:

А.Г. Бобкова – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, декан юридичного факультету Донецького національного університету МОН України;

Р.А. Джабраїлов – доктор юридичних наук, доцент, заступник завідувача відділу проблем модернізації господарського права та законодавства Інституту економіко-правових досліджень НАН України.

Рекомендовано Вченою радою юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (протокол № 9 від 27 травня 2016 року)

Резнікова В.В., Россильна О.В.

Посередництво і представництво в господарському праві та процесі України: навч. посіб. – К. : Видавництво Ліра-К, 2016. – 216 с.

ISBN

У навчальному посібнику розглядаються теоретичні і практичні аспекти правового регулювання посередництва та представництва в господарському праві та процесі України.

Розглянуто поняття посередництва, висвітлено його правову природу. Розкрито поняття, особливості та структуру посередницьких правовідносин, особливості та види посередницьких договорів.

Висвітлено поняття, принципи та переваги медіації (посередництва) як способу вирішення господарських спорів, а також моделі медіації. Окреслено перспективи впровадження медіації в Україні.

Значну увагу приділено як представництву загалом, так і комерційному представництву зокрема, в господарському праві. Розкрито правову природу, а також порядок видачі довіреності. Здійснено розмежування посередництва та представництва як суміжних правових категорій, висвітлено проблеми їх співвідношення.

Розкрито поняття господарського процесуального представництва, визначено його ознаки та види, особливості правового статусу фахівців у галузі права, посадових осіб, інших працівників, процесуальних співучасників, а також специфіку участі законних представників у господарському процесі. Проаналізовано правовий статус державних та інших органів, які беруть участь у господарському процесі з метою представництва публічно-правових інтересів. Розкрито процесуальну природу повноважень органу юридичної особи, особливості участі прокурора в господарському процесі, а також виділено характерні ознаки виконання зазначеними особами представницьких функцій.

Розрахований на викладачів, аспірантів, студентів юридичних факультетів вищих навчальних закладів, а також юристів, яких цікавлять проблеми господарського та господарського процесуального права.

ISBN

© Резнікова В.В., Россильна О.В., 2016
© Видавництво Ліра-К, 2016

**ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ,
СКОРОЧЕНЬ ТА ТЕРМІНІВ:**

АМК/АМКУ	–	Антимонопольний комітет України
ВГСУ	–	Вищий господарський суд України
ВРУ	–	Верховна Рада України
ВСУ	–	Верховний Суд України
ГК/ГКУ	–	Господарський кодекс України
ГПК/ГПКУ	–	Господарський процесуальний кодекс України
ЄЕС	–	Європейське економічне співтовариство
ЄС	–	Європейський Союз та/або Європейське співтовариство
КАСУ	–	Кодекс адміністративного судочинства України
КМУ	–	Кабінет Міністрів України
КСУ	–	Конституційний Суд України
ЦК/ЦКУ	–	Цивільний кодекс України
ЦПК/ЦПКУ	–	Цивільний процесуальний кодекс України

ЗМІСТ

ГЛАВА 1. ПОСЕРЕДНИЦТВО В ГОСПОДАРЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

- § 1. Господарське посередництво: поняття, ознаки, види 5
- § 2. Поняття, особливості та види посередницьких правовідносин 28
- § 3. Посередницькі договори: поняття, особливості та види 42

ГЛАВА 2. МЕДІАЦІЯ (ПОСЕРЕДНИЦТВО) ЯК СПОСІБ ВИРІШЕННЯ ГОСПОДАРЬКИХ СПОРІВ

- § 1. Поняття, принципи та переваги медіації як одного з альтернативних способів вирішення господарських спорів 60
- § 2. Моделі медіації: підходи до класифікації 75
- § 3. Перспективи впровадження медіації в Україні 82

ГЛАВА 3. ПРЕДСТАВНИЦТВО В ГОСПОДАРЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

- § 1. Загальні положення про представництво в господарському праві. Правова природа та порядок видачі довіреності 93
- § 2. Комерційне представництво 103
- § 3. Посередництво та представництво як суміжні правові категорії, їх співвідношення 110

ГЛАВА 4. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА В ГОСПОДАРЬКОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

- § 1. Правова природа, поняття, ознаки представництва в господарському процесі 144
- § 2. Види процесуального представництва 160
- § 3. Правовий статус представників та інших осіб, які здійснюють представницькі функції у господарському процесі 173

- Список рекомендованої літератури 211

ГЛАВА 1.

ПОСЕРЕДНИЦТВО В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

§ 1. Господарське посередництво: поняття, ознаки, види

Як в цивілістичній, так і в господарсько-правовій науці питання правової природи, а також змісту посередництва є дискусійним. Загалом мають місце три підходи щодо інституту посередництва

1. *Посередництво – це вчинення фактичних дій, спрямованих на виявлення потенційного контрагента, узгодження з ним необхідних умов угоди, а також зведення сторін для безпосереднього її укладення.* Посередництво, таким чином, сприяє укладенню угод, зближуючи контрагентів, шляхом вчинення дій фактичного характеру. Посередництво трактується і як вид правової діяльності, який здійснюється однією особою – посередником, в інтересах іншої – клієнта, що сприяє його вступу в правовідносини з третіми особами. Посередник здійснює фактичне сприяння іншим особам в набутті та реалізації їхніх прав і обов'язків, а також в їх зміні, припиненні. Для нього не виникає правових наслідків щодо третіх осіб¹.

Представниками цього підходу є Г. Ф. Шершеневич², Н. О. Нересов³ та ін.

Отже, посередництво – це діяльність суб'єкта (посередника), яка здійснюється ним, як правило, від власного імені, з надання послуг

¹ Майфат А. В. Понятие и организационно-правовые формы посредничества в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. В. Майфат. – Екатеринбург, 1992. – С. 6–8.

² Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Спартак, 1994. – С. 99.

³ Див.: Нересов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве / Н. О. Нересов. – М.: Статут (серия «Классика российской цивилистики»), 2000. – С. 20–24. Автор, до речі, детально класифікував фактичне сприяння при укладенні угод. До однієї з груп відніс сприяння (співучасть) щодо укладення юридичної угоди, що має форму поради або ж зовнішнього формулювання угоди (словесно, письмово). Сама ж угода укладається лише після виявлення волі принципала (у належній формі, належним чином). До того моменту, незважаючи на прояв фактичної співучасті, угоди в юридичному сенсі немає. До такого виду фактичної співучасті, вважає автор, належить і діяльність посередника, який здійснює пошук контрагентів, сприяє укладенню між ними угоди, веде переговори, готує угоди, проте укладають її самі контрагенти.

фактичного характеру, спрямована на виявлення потенційних контрагентів, зведення їх (у часі, просторі) для безпосереднього укладення угоди між ними. Комерційний або інший посередник сприяє укладенню угоди шляхом пошуку осіб, зацікавлених у її укладенні, збору і передачі інформації щодо умов відповідної угоди, однак в жодному разі він не вчиняє дій юридичного характеру (правовстановлювальних), що могли б потягти за собою виникнення прав і обов'язків у інших осіб. Діяльність «простого посередника» спрямована на те, аби за її наслідками особи, що користуються його послугами, могли безпосередньо самі (своїми діями) спричинити юридичні наслідки у відносинах між собою.

2. *Посередництво – це діяльність повіреного, комісiонера, агента і, нерiдко, довірчого управителя, тобто діяльність, що сприяє, як правило, без будь-якого втручання зі сторони послугоотримувача, виникненню правового результату для останнього (встановленню зобов'язального правовiдношення, переходу права власності на товар тощо).* До змісту посередництва включається здійснення юридичних дій, на противагу фактичним діям посередника, які оформляються різноманітними договірними формами.

Кожен з прибічників цього підходу пропонує свій набір договірних форм, які охоплюються поняттям посередництва. Здебільшого до посередницьких відносять договори доручення, комісії, агентування (комерційного посередництва). Л. Ф. Сохновський натомість не обмежує посередництво рамками угод, а визначає його дію сферою цивільного обороту, вважаючи, що посередництво – це одне із зобов'язань з надання послуг, що має специфічний об'єкт, свою сферу застосування та специфічне коло суб'єктів, виявляється у формі діяльності юридичного характеру, яка опосередковує рух суспільного продукту зі сфери виробництва до сфери виробничого або особистого споживання⁴. На думку О. Л. Невзгодіної, посередництво – це вид встановлення та реалізації цивільних правовідносин між двома особами за участю третьої (встановлення – це юридична трансмісія юридичних прав і обов'язків між особою, яку представляють, та третьою особою)⁵.

⁴ Сохновский А. Ф. Правоотношения торгового посредничества между социалистическими организациями / А. Ф. Сохновский // Правоведение. – 1976. – № 5. – С. 57–59.

⁵ Невзгодина Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву / Е. Л. Невзгодина. – Томск: Томск. гос. ун-т, 1980. – С. 15, С. 47.

Таким чином, змістом посередництва, за таким підходом, є юридичні дії, а саме посередництво визначається як «юридичне» й трактується як діяльність від імені і за рахунок іншої особи або від власного імені, але за рахунок іншої особи. Є. О. Суханов у зв'язку з цим вводить навіть новий термін – «юридичні послуги», зміст якого не обмежується одними лише юридичними діями⁶. Між тим не вказується за яким критерієм слід розмежовувати дії фактичного характеру, котрі входять до змісту поняття «юридичні послуги», від фактичних дій, що складають зміст інших договорів про надання послуг.

3. Посередництво може виявлятися як у формі вчинення дій фактичного характеру, так і у формі вчинення дій юридичного характеру.

М. Р. Саркісян, наприклад, вважає, що як юридичні, так і фактичні дії породжують правові наслідки. Будь-які дії (зокрема, й фактичні), котрі, з огляду на загальні правові начала, спричиняють настання правового результату, потрібно визнавати юридичними. Не можна категорично стверджувати, що посередник виконує лише фактичні або юридичні дії. До змісту посередницьких послуг слід включати будь-які правомірні дії незалежно від того, юридичні вони чи фактичні⁷. На думку А. В. Єгорова, категорія посередництва стосується самостійної діяльності особи, яка виступає в чужих інтересах, зокрема готує, укладає договір для зацікавленої особи або ж надає сприяння при укладенні такого договору, – провадить діяльність, котра готує та спрощує процес його укладення, зводить контрагентів, залишаючи для зацікавленої особи лише здійснення цілеспрямованого волевиявлення. Діяльність із укладення договору для зацікавленої особи автор називає юридичним посередництвом, а діяльність, пов'язану лише зі сприянням при його укладенні, – фактичним⁸. Г. І. Сальнікова дійшла висновку, що посередництво – це підприємницька діяльність юридичних і фізичних осіб (посередників), спрямована на сприяння вступу клієнта у правовідносини з третіми особами шляхом вчинення посередником дій юридичного і фактичного характеру, як від свого імені, так і від імені,

⁶ Гражданское право: в 2-х томах. Том 1: Учебник / [отв. ред. проф. Е. А. Суханов]. – М.: Издательство «Бек», 1998. – С. 112.

⁷ Саркісян М. Р. Биржевое посредничество по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Саркісян Маризетта Размиковна. – Краснодар, 2000. – С. 45–46.

⁸ Єгоров А. В. Понятие посредничества в гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Єгоров Андрей Владимирович. – М., 2002. – С. 38–45.

Посередництво і представництво в господарському праві та процесі України

за рахунок і в інтересах клієнта⁹. В. А. Васильєва також визначає посередництво як правовий інститут, що регулює відносини у сфері надання послуг і спрямований на сприяння у встановленні правових зв'язків між клієнтами шляхом здійснення посередником правомірних дій юридичного і/або фактичного характеру¹⁰.

Таким чином, посередництво може бути фактичним, юридичним або змішаним, залежно від того, які дії (фактичні, юридичні або ж ті й інші в сукупності) є предметом діяльності посередника, – в основі зазначеного поділу лежить характер дій посередника. Вчинення фактичних дій не призводить до юридичних наслідків, у той час як вчинення юридичних такі наслідки спричинює. Фактичне посередництво – це дії, спрямовані на організацію, підготовку майбутньої угоди. До фактичних дій відносять: ведення переговорів, аналіз попиту і пропозиції на ринку на певний товар тощо, а до юридичних – укладення угоди (як від свого імені, так і від чужого). Тезу щодо спричинення фактичними діями, як і юридичними, правових наслідків, цивілісти обґрунтовують на підставі норми, встановленої ст. 11 ЦК, яка передбачає, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки. Цим обґрунтовується висновок, що будь-які дії (зокрема, фактичні), які, на основі загальних засад і змісту законодавства, породжують права та обов'язки, а звідси – і правовий результат, потрібно визнавати юридичними. Враховується і той факт, що при укладенні угод волевиявлення посередника є обмеженим, оскільки правовідносини виникають унаслідок сукупності дій між сторонами угоди, яким належить право самостійно погоджувати її умови, хоч і під контролем та/або за участю посередника. При посередництві правовідносини з реалізації товарів, робіт, послуг виникають у результаті дій як посередника, так і інших учасників (сторін угоди), причому обидва види дій складають єдине ціле і спрямовані на суто правову мету – укладення угоди між сторонами. Сумнівною є категоричність тверджень щодо виконання посередником лише фактичні дії. У цьому разі до змісту посередницьких послуг включається діяльність, пов'язана не тільки з

⁹ Сальнікова Г. І. Правове регулювання посередництва у підприємницькій діяльності : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. І. Сальнікова. – Харків, 2003. – С.С. 4–6, 10–11.

¹⁰ Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг: Монографія / В. А. Васильєва. – Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2006. – С. 44.

пошуком партнерів, сприянням у просуванні товарів і послуг на ринок (організація реклами, технічного обслуговування тощо), але й діяльність із виконання повноважень (будь-які правомірні дії). Яскравим прикладом «простого» (фактичного) посередництва у сфері господарювання є брокерська діяльність (діяльність біржових, митних, страхових брокерів тощо). Водночас господарське посередництво не може обмежуватися лише вчиненням фактичних дій. Так, наприклад, комерційне посередництво (агентська діяльність) є підприємництвом, що полягає в наданні комерційним агентом послуг суб'єктам господарювання при здійсненні ними господарської діяльності шляхом посередництва від імені, в інтересах, під контролем та за рахунок суб'єкта, якого він представляє (ст. 295 ГК). Важливо враховувати, що ця діяльність неможлива без вчинення посередником дій юридичного характеру. Крім того, предметом агентського договору можуть бути не тільки юридичні дії, але й фактичні (ч. 1 ст. 297 ГК), які не спричиняють виникнення, зміни або припинення господарських правовідносин для особи, яку представляє комерційний агент. З огляду на це поділ посередництва на фактичне, юридичне та змішане виглядає досить умовним, таким, що не має вирішального значення при розкритті правової природи посередництва у сфері господарювання. Як слушно зауважила І. М. Галушина, недоступність, неповнота, ненадійність ринкової інформації, невідлагодженість зв'язків між продавцями та покупцями, ризикованість господарської діяльності в умовах економічного та соціального дисбалансу спричиняють підвищений попит на посередницькі послуги, а тому реалії сьогодення такі, що обмежувати господарську діяльність посередника виконанням лише фактичних дій означає не виправдано звужувати сферу його діяльності та позбавляти учасників господарського обороту можливості для найбільш оптимального задоволення своїх потреб. Посередники сьогодні здійснюють як фактичні, так і юридичні дії, що є вимогою часу, наслідком об'єктивних економічних передумов¹¹. Отже, при аналізі посередництва через призму юридичних та/або фактичних дій, що складають його зміст, неможливо розкрити на сучасному етапі розвитку правової науки його правову природу, а також сутність посередництва як господарсько-правової категорії.

Необхідно провести аналіз юридичного змісту категорії «посередництво» в господарському праві, у зв'язку з чим можна

¹¹ Галушина И. Н. Посредничество как гражданско-правовая категория: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Галушина Ирина Николаевна. – Пермь, 2006. – С. 104.

виділити три концептуальних напрямки розгляду посередництва: як «дії, діяльності», як «правовідношення» та як «прийому юридичної техніки».

За першим – *посередництво є одиначною дією або комплексом (системою) дій, тобто діяльністю*, яка трактується: а) як діяльність (юридичні та/або фактичні дії) за чужий рахунок і в чужому інтересі; б) як діяльність, що провадиться в умовах обізнаності третіх осіб щодо її посередницького характеру; в) як діяльність, що породжує безпосередній правовий результат для іншого суб'єкта (в інтересах та за рахунок якого така діяльність здійснюється). Так, наприклад, А. Л. Дядюк визначає комерційне посередництво саме як діяльність, яка здійснюється в інтересах господарюючих суб'єктів із метою встановлення економічних або правових відносин із третіми особами та організації ефективного використання їх майна (послуг), результатом якої є послуги вартісного характеру¹². Передумовою посередництва виступає правовідношення між замовником (клієнтом) та виконавцем (посередником), за якого він отримує повноваження діяти за рахунок, в інтересах замовника. Саме правомірна діяльність посередника є тим юридичним фактом, що зумовлює настання правового результату для замовника, в інтересах якого вона здійснюється. Однак діяльність посередника (як від власного імені, так і від імені особи, в інтересах якої він діє) залишалась би неприпустимим втручанням до правової сфери замовника, і не мала б для нього будь-яких правових наслідків, якби не було факту надання посередникові повноваження. Правові дії є специфічною формою вольової активності суб'єктів суспільних відносин. При посередництві виконавець діє активно. Дії посередника – це ті юридичні факти, котрі у складі інших правових підстав можуть бути достатніми й необхідними для досягнення мети посередництва. Діяльність посередника (як від власного імені, так і від імені особи, в інтересах якої вона здійснюється), може сприяти досягненню відчутного правового результату лише поряд з волевиявленням самого замовника (клієнта). Це може виражатися як в наданні посередникові відповідних повноважень діяти певним чином, так і у «визнанні» правового результату його дій. Коли посередник діє від власного імені, хоч за рахунок та в інтересах

¹² Дядюк А. Л. Правове регулювання комерційного посередництва (агентських відносин) у сфері господарювання : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. техн. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / А. Л. Дядюк. – Київ, 2010. – С. 6.

замовника, цього достатньо. Однак деколи посередництво виявляється тісно пов'язаним із представництвом. У практиці господарювання посередникові досить часто для гарантованого досягнення ним позитивного ефекту одночасно з посередницькими повноваженнями (діяти за рахунок і в інтересах замовника) надаються також представницькі повноваження (діяти від імені замовника при проведенні переговорів, укладенні угод тощо). В такому разі посередництво і представництво стають взаємопов'язаними. Значення набуває також волевиявлення третьої особи, зумовлене каузою угоди, що укладається з замовником (в інтересах якого діє посередник), й прийняттям умовного волевиявлення посередника (це його дії від імені, за рахунок і в інтересах замовника, обмежені рамками наданих повноважень). Відносно правовідношення між посередником (виконавцем) та особою, в інтересах якої він діє (замовником), у межах якого і виникає повноваження, функціонально є передумовою безпосередніх дій посередника. Посередництво як діяльність, що спрямована на досягнення «корисного ефекту» (блага) для замовника, входить до структури такого відносного правовідношення, і складає його матеріальний зміст. Мета посередництва досягається лише при послідовній реалізації всієї сукупності правових зв'язків учасників цих відносин.

За другим – *посередництво* розглядається як «*правовідношення*», за якого правомірні (юридичні та/або фактичні) дії однієї особи (посередника), в межах наданих їй повноважень у інтересах, за рахунок іншої особи (замовника) щодо третіх осіб спричиняють виникнення, зміну або припинення прав і обов'язків безпосередньо у замовника. За «чистого посередництва» (посередник діє від власного імені, хоч і в інтересах замовника) відповідну господарську угоду за результатами виконання посередником своїх повноважень замовник укладає безпосередньо на підставі власного волевиявлення (хоч і не без сприяння посередника щодо встановлення відповідного господарського зв'язку). При «чистому посередництві» його зміст складають переважно фактичні дії. В той же час, при наданні представницьких повноважень (діяти від імені, за рахунок та в інтересах замовника) посередник може укладати угоди, стороною в яких є замовник. Правові наслідки за ними виникають безпосередньо для замовника. При такій «змішаній» формі посередництва в його змісті переважають дії юридичного характеру.

За третім – *посередництво* трактується як «*прийом юридичної техніки*»¹³. З точки зору прийомів юридичної техніки посередництво є дещо подібним до явища «умовної угоди» (у цьому аспекті «умовна угода» – це не лише угода, укладена з відкладальною умовою як прийом юридичної техніки, оскільки «умова» набуває більш широкого значення, як категорія, що дає сторонам можливість підпорядковувати собі майбутнє замість того, щоб залежати від нього). Дійсне посередництво, як і представництво, ґрунтується на роз'єднаності причини і дії в угоді. Причина, тобто діяння, стосується посередника (представника), а дія, наслідок цього діяння – замовника (принципала). Посередництво (як і представництво) містить штучне роздвоєння того, що в природному утворенні правовідношення є цілісним. Штучність структурної будови як посередництва, так і представництва, їхня спорідненість із умовою в складі угоди виявляється в тому, що корисний ефект угоди забезпечується перед настанням події, яка має його безпосередньо викликати (волевиявлення представника, посередника). З'єднання розірваного зв'язку причини та наслідку забезпечується юридичною нормою¹⁴.

Правову природу господарського посередництва може бути визначено через такі притаманні йому *ознаки*.

1. *Посередництво – це господарська діяльність, предметом якої є надання посередником (послугонадавачем) посередницької послуги іншій особі (послугоотримувачеві)*. Сутність посередництва, таким чином, розкривається через сутність *посередницької послуги* як

¹³ Слід зауважити, що як такого поняття „юридична техніка” правовою доктриною поки що не визначено. У науковому обороті це поняття використовується для позначення: а) прикладних аспектів професійної юридичної діяльності; б) формально-структурних аспектів теорії права, а також чинного права; в) ступеня досконалості форми, структури та мови права. Умовно прийоми та засоби юридичної техніки поділяються на загально-соціальні (мова, загальні поняття та судження тощо), спеціально-юридичні (правові поняття і терміни, юридичні конструкції, фікції, аналогії, аксіоми, презумпції, преюдиції, класифікації, правові приписи тощо) і технічні (засоби систематизації, збереження нормативної інформації тощо). Традиційно термін „юридична техніка” використовується у контексті власне змісту права, для окреслення соціально-юридичних засобів і прийомів, вироблених юриспруденцією для вдосконалення механізму правового регулювання. Див. також : Муромцев Г. И. Юридическая техника: некоторые аспекты содержания понятия / Г. И. Муромцев // Проблемы юридической техники: Сборник статей / [под ред. В. М. Баранова]. – Нижний Новгород, 2000. – С. 23–37.

¹⁴ Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке / Н. Л. Дювернуа; [под. ред. В. А. Томсинова]. – М.: Зерцало, 2004. – С. 255–259.

господарсько-правової категорії, – це юридична та/або фактична дія (сукупність дій) суб'єкта господарювання – посередника, що вчиняється ним від власного імені, але за рахунок і в інтересах іншого учасника господарських відносин – послугоотримувача, результатом якої є певний корисний ефект як нематеріальне благо, що має споживчу вартість і задовольняє потреби такого послугоотримувача.

Визначення посередництва як господарської діяльності не означає, що воно не може здійснюватися в інших сферах, крім сфери господарювання та/або мати некомерційний характер, крім комерційного. Однак у сфері некомерційного господарювання посередництво є швидше винятковим явищем, ніж загальнопоширеною практикою. Випадки провадження посередництва суб'єктами некомерційного господарювання (казенними підприємствами, об'єднаннями підприємств при делегуванні їм відповідних повноважень, органами державної влади в порядку надання управлінських («адміністративно-господарських») послуг тощо) є в кожному разі індивідуальними (характеризуються спеціальними ознаками щодо кожного з випадків такого посередництва). В практиці господарювання трапляються випадки надання платних посередницьких послуг та/або виконання посередницьких функцій на підставі делегованих повноважень суб'єктами некомерційного господарювання (в такому разі отриманий дохід спрямовується на забезпечення виконання статутних завдань, не підлягаючи розподілу за результатами діяльності). Непоодинокими є випадки, коли суб'єкти некомерційного господарювання виступають споживачами посередницьких послуг, що надаються суб'єктами підприємництва, – в такому разі посередництво все ж є підприємництвом, здійснюваним на професійних засадах. Комерційне посередництво є більш характерним для вітчизняної економіки. У той же час використання послуг посередника не обмежується однією лише сферою господарювання (проте, саме в цій сфері воно набуває особливого значення, – зменшуються витрати (як грошових коштів, зусиль, так і часу), пов'язані з пошуком інформації, веденням переговорів, укладанням угод).

В кожному разі ознака діяльності для посередництва (у сфері господарювання – діяльність господарська) дозволяє відмежовувати посередництво від інших суміжних правових категорій, зокрема представництва, оскільки сутність останнього визначається не через

діяльність, а через правовідношення. Згідно зі ст. 237 ЦК, представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. У чинному законодавстві знайшла втілення концепція, за якою представництво трактується як правовідношення, а не як діяльність. Відповідно до цієї концепції, представництво – це правове відношення, за яким правомірні юридичні дії, здійснені представником від імені того, кого представляють, безпосередньо створюють, змінюють або припиняють для останнього права та обов'язки. Трактують представництво як правовідношення видається виправданим, оскільки представництво – це не правочин або договір (двосторонній чи багатосторонній правочин) і не діяльність, а саме правовідносини. Останні виникають, змінюються, припиняються в результаті вчинення правочину чи укладення договору або ж вчинення дій юридичного характеру. Водночас, якщо діяльність представника щодо вчинення юридичних дій від імені довірителя є лише реалізацією відповідного правовідношення, яке вже виникло, то посередництво не можна розглядати з таких позицій. До того ж в аспекті аналізу правової природи посередництва слід розрізняти підставу провадження посередником своєї господарської діяльності та саму посередницьку діяльність.

Загалом, посередництво – це діяльність, яка, є різновидом господарської, здійснюється посередниками – суб'єктами господарювання в інтересах та за рахунок іншого учасника господарських відносин, який є замовником надання йому посередницької послуги. Суть посередницької діяльності в тому, що в процесі її здійснення один суб'єкт господарювання (посередник) діє в інтересах іншого учасника господарських відносин, створюючи подекуди для нього певні правові наслідки (виникнення, зміну, припинення прав і обов'язків). Мета – забезпечення інтересів одного учасника господарських відносин (замовника (послугоотримувача)) діями іншого (посередника (послугонадавача)). Через посередництво задовольняється потреба у вчиненні певної дії без особистої присутності самого учасника таких відносин. Мета посередництва, таким чином, обумовлена потребами господарського обороту і полягає ще й у тому, аби здійснювалося сприяння в укладенні договору між майбутніми контрагентами та/або укладались відповідні господарські договори. Суттю посередництва є надання одним суб'єктом господарювання (посередником) іншому учаснику

господарських відносин (замовнику) посередницької послуги (вона є послугою вартісного характеру, що має цінову визначеність). Результат посередництва не має упредметненого результату, полягає в отриманні одним учасником господарських відносин (замовником) певного корисного ефекту, а також в отриманні іншим суб'єктом господарювання (посередником) плати за надану ним посередницьку послугу. Об'єктом посередництва є саме послуга нематеріального характеру, яку (з економічної точки зору) слід розглядати як дію/діяльність, яка є корисною і споживається тільки в процесі її здійснення.

2. *Посередництво є предметом господарської діяльності посередника.* Характеризується тим, що є переважно основним (в окремих випадках, встановлених законодавством – виключним) видом господарської діяльності посередника, що впливає з такої ознаки цієї діяльності як систематичність.

3. *Посередництво провадиться суб'єктом господарювання – посередником з дуалістичною господарською метою (забезпечення досягнення як інтересу послугоотримувача, так і власного господарського інтересу).*

Посередництво – це діяльність в «чужому» інтересі, – таку думку висловив свого часу Є. О. Суханов. Посередником, є особа, яка може діяти як від власного імені, так і від чужого, однак так чи інакше в чужих інтересах. Посередництвом є діяльність, що безпосередньо чи в кінцевому рахунку створює, змінює або припиняє певні права, обов'язки для принципала (послугоотримувача, комітента тощо). До цього, на думку автора, зводиться суть посередницьких послуг як послуг «юридичного» характеру, що дозволяють зобов'язаним та уповноваженим особам досягати визначеного правового результату через посередництво інших осіб¹⁵. Б. Д. Завідов також вважає, що посередник може діяти як від власного, так і від чужого імені, однак завжди в чужому інтересі (при цьому змінюється або припиняється певне коло прав і обов'язків клієнта посередника, такою є суть цих послуг)¹⁶. Поняття «чужого інтересу» щодо посередництва потрібно розуміти через призму права (не слід підміняти правовий інтерес майновим). На думку В. А. Васильєвої, «чужим» юридичним інтересом

¹⁵ Гражданское право: в 2-х томах. Том 1: Учебник / [отв. ред. проф. Е. А. Суханов]. – М.: Издательство «Бек», 1998. – С. 2–6.

¹⁶ Завідов Б. Д. Договори посереднических услуг / Б. Д. Завідов. – М.: ФБК–Прогрес, 1997. – С. 19.

є потреба в реалізації правосуб'єктності іншої особи¹⁷. Такі правореалізаційні дії «замість» іншої особи складають предмет посередницької послуги. Критерій розмежування «свого» і «чужого» інтересу – факт виникнення прав і обов'язків у інших осіб в результаті дій посередника. Діяльність посередника, що здійснюється в чужому інтересі, – це виконання всіх дій відповідно до вказівок замовника. Якщо ж їх немає, посередник діє відповідно до власного уявлення про інтереси замовника. При виникненні спору щодо того, у чиєму інтересі вчинено правочин, правовизначальною є думка посередника, якщо інше не передбачено договором або законом. З точки зору господарського права, це вказує на наявність у посередника своєрідного *дуалізму інтересів*: з одного боку, посередник діє у власному господарському інтересі, маючи на меті отримання плати за досягнення визначеного соціально-економічного результату через надання посередницької послуги; а з іншого – посередник, як послугонадавач, неминуче діє в «чужому» інтересі (послугоотримувача). Парадокс в тому, що посередник не може досягти власного господарського інтересу без задоволення інтересу послугоотримувача. Без діяльності в «чужому» інтересі (послугоотримувача), не може бути посередництва у правовому розумінні.

Актуальним для практики господарювання є питання можливості здійснення посередницької діяльності в інтересах не одного клієнта (замовника), а одночасно в інтересах двох і більше. Йдеться про можливість одночасного посередництва в інтересах двох і більше осіб за їх згодою, чим зумовлюється необхідність нормативно-правового закріплення низки гарантій для осіб, в інтересах яких можлива така форма посередництва, передусім для усунення ризику можливого «конфлікту інтересів» у посередника.

Посередництво як господарська діяльність залежно від мети здійснення може бути підприємницьким (комерційним) та некомерційним. Однак мета провадження посередництва у сфері господарювання є завжди господарською, – спрямовується на отримання прибутку чи досягнення іншого соціально-економічного ефекту (надання підтримки партнерам, суміжникам, контрагентам – як діловим партнерам, з якими підтримуються сталі господарські зв'язки; забезпечення ефективності діяльності підприємств – учасників об'єднання підприємств шляхом централізації в

¹⁷ Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг: Монографія / В. А. Васильєва. – Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім.В.Стефаника, 2006. – С. 96.

останньому функції та повноважень посередництва – на зарубіжних ринках, зокрема, що обтяжливо для окремих учасників об'єднання).

4. *Послугоотримувачем є учасник господарських відносин.* Фізичні та юридичні особи є учасниками широкого кола відносин, які охоплюються предметом правового регулювання тієї чи іншої галузі. Кожна з таких галузей права визначає свій різновид правосуб'єктності щодо означеного суб'єкта як учасника відносин, що охоплюються її правовим впливом. Положення ГК встановлюють щодо суб'єктів господарювання спеціальну правосуб'єктність, яку розглядають як синонім терміна «господарська компетенція» (ч. 1 ст. 55, ч. 1 ст. 207), – передбачає здатність особи бути учасником господарських правовідносин, що виникають у процесі безпосереднього здійснення господарської діяльності (зокрема, з приводу встановлення організаційних зв'язків між елементами господарської інфраструктури). Коло учасників відносин у сфері господарювання визначено ст. 2 ГК. Відносини посередництва, в яких замовником (послугоотримувачем) не виступатиме учасник господарських відносин, не будуть господарськими.

5. *Посередництво – це завжди діяльність за рахунок послугоотримувача.* Діяльність за власний рахунок не можна кваліфікувати як посередницьку в правовому розумінні. Діяльність суб'єкта господарювання, що провадиться останнім за власний рахунок (наприклад, у випадку подальшого перепродажу придбаного товару) здійснюється завжди на його власний розсуд, у своєму господарському інтересі. Цей процес відбувається під впливом ряду факторів: політичних, економічних, соціальних тощо. Однак ці фактори стосуються загальних умов функціонування на ринку, їх дія не є виявом індивідуального регулювання, заснованого на правовому відношенні між особою конкретного посередника та його контрагента. Це суттєво відрізняє посередника в його економічному розумінні від посередника в правовому сенсі. За рахунок клієнта (послугоотримувача) діють всі без винятку відомі чинному законодавству види посередників – комісіонер, брокер, агент, управитель майном та ін. Діяльності посередника за рахунок клієнта («за чужий рахунок»), означає юридичну, а не економічну можливість віднести результат своїх дій до майнової сфери іншої особи. Про можливість понести на чужий рахунок власні втрати може йтися в межах теорії торгівлі при економічному розумінні посередництва, коли продавець того товару, який має стабільний попит на ринку, покриває свої витрати та/або втрати від продажу

однієї партії товару за рахунок збільшення продажної ціни іншої партії товару. Така можливість допустима, однак регулюється суто економічними законами. Юридичну ж можливість несення на чужий рахунок як позитивних, так і негативних результатів власної діяльності, встановлено правом для випадків провадження діяльності «за чужий рахунок» (зокрема, посередництва).

6. *Посередництво* – це діяльність посередника (послугонадавача) переважно від власного імені. Посередницька діяльність (на відміну від представництва), як зазначає І. Н. Галушина, є такою лише тоді, коли вона здійснюється від власного імені¹⁸. К. П. Победоносцев, В. А. Удінцев при дослідженні інституту представництва також відрізняли від нього, виділяли в окрему групу відносини, що пов'язані з діяльністю опосередковуючої особи, яка здійснюється хоч і в інтересах, за рахунок іншої особи, однак від свого імені¹⁹.

Висловлюються й протилежні точки зору, – договорами, які породжують відносини представництва, є договори доручення та агентування, за якими одна сторона (повірений у договорі доручення або агент у договорі агентування) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок іншої особи (довірителя в договорі доручення або принципала в договорі агентування) певні юридичні дії²⁰. Е. А. Щергіна зазначає, що комерційний посередник може діяти за рахунок клієнта як від власного імені, так і від імені клієнта²¹. А. Гордон, В. І. Синайський зауважують, що дія особи за чужий рахунок, у чужих інтересах, але від власного імені є одним із видів представництва, так званим «прихованим» (одностороннім) представництвом²².

Таку ознаку посередництва, як діяльність від власного імені, можна вважати однією з ключових, оскільки її може бути

¹⁸ Галушина І. Н. Посредничество как гражданско-правовая категория: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Галушина Ирина Николаевна. – Пермь, 2006. – С. 103–107.

¹⁹ Победоносцев К. П. Курс гражданского права: в трёх частях. Часть третья: Договоры и обязательства / К. П. Победоносцев. – М.: Статут, 2003. – С. 471; Удінцев В. А. Конспект лекцій по торговому праву / В. А. Удінцев. – К.: Товариство "Печатня С. П. Яковлева", 1900. – С. 94.

²⁰ Гражданское право: в 2-х томах. Том 1: Учебник / [отв. ред. проф. Е. А. Суханов]. – М.: Издательство «Бек», 1998. – С. 401.

²¹ Щергіна Е. А. Коммерческое посредничество: существующие точки зрения на понятие и выделяемые признаки / Е. А. Щергина // Юрист. – 2005. – № 1. – С. 9.

²² Гордон А. Представительство в гражданском праве / А. Гордон. – Спб., 1879. – С. 18; Синайский В. И. Русское гражданское право / В. И. Синайский. – М.: Статут, 2002. – С. 159.

використано як критерій для відмежування посередництва від представництва. Характеристика посередництва як діяльності від власного імені посередника є загальним правилом. Комісіонер вчиняє за дорученням другої сторони (комітента) за плату один або декілька правочинів від свого імені (ст. 1011 ЦК), при управлінні майном – управитель за плату здійснює від свого імені управління майном (ст. 1029 ЦК), при транспортній експедиції – від власного імені діє експедитор, а при брокерській діяльності – брокер. Отже, спільним для всіх видів посередників є те, що вони виступають в господарському обороті від власного імені, хоч і в чужому інтересі.

Єдиним винятком з правила за чинним законодавством є агентська діяльність (комерційне посередництво), яка, відповідно до ст. 295 ГК, є підприємницькою діяльністю, що полягає в наданні комерційним агентом послуг суб'єктам господарювання при здійсненні ними господарської діяльності шляхом посередництва від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє. Це визначення комерційного посередництва вітчизняним законодавцем так чи інакше тяжіє до комерційного представництва. Більше того, в агентській діяльності за чинним законодавством комерційне посередництво та комерційне представництво ніби «розчиняються» одне в одному, що унеможливує їхнє розмежування (отождоження зазначених понять також неприпустиме). Відповідно до ч. 1 ст. 243 ЦК, комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері господарської (підприємницької) діяльності. Отже, якщо суб'єкт підприємництва укладає договір щодо здійснення представництва з іншим суб'єктом, який постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері підприємництва, то в цьому разі, згідно зі ст. 243 ЦК, слід вести мову про комерційне представництво. Визначення законодавцем комерційного посередництва практично збігається з визначенням комерційного представництва, оскільки в обох випадках йдеться насамперед про «представницьку» діяльність від імені, за рахунок, в інтересах та під контролем суб'єкта, якого представляють; крім того в кожному з випадків діяльність здійснюється самостійно, систематично, на комерційній основі як вид підприємництва. Комерційним представником, як і комерційним посередником, може виступати юридична чи фізична особа, яка займається підприємницькою діяльністю та зареєстрована як суб'єкт підприємництва (ч. 2 ст. 50 ЦК). Такий висновок впливає з цілей

Посередництво і представництво в господарському праві та процесі України

правовідносин комерційного представництва та/або посередництва: вони передбачають підписання договорів саме у сфері підприємництва, чим можуть займатися тільки суб'єкти господарювання (ст.ст. 42, 55 ГК). Як правило, комерційні представники, як і посередники, укладають від імені підприємців договори в тій галузі відносин, в якій вони володіють: а) більш кваліфікованими знаннями; б) достатньою інформацією. Особливістю діяльності комерційного представника є те, що він одночасно може представляти інтереси кількох сторін угоди. Таке представництво допускається тільки за згодою сторін договору та в інших випадках, встановлених законом. Це один з винятків із загального правила ч. 3 ст. 239 ЦК, про можливість яких у цій нормі йдеться. Згода осіб, від імені яких діє комерційний представник, не є необхідною, якщо комерційний представник діє від імені декількох осіб, які не укладають між собою договори через спільного комерційного представника. Допускаються немонопольні агентські відносини і за комерційним посередництвом, коли агент має право здійснювати комерційне посередництво також для інших суб'єктів господарювання, якщо інтереси суб'єктів, яких представляє комерційний агент, не є суперечливими у питаннях, для вирішення яких запрошено цього агента (ст. 299 ГК). Не допускається здійснення угод комерційним представником від імені особи, яку він представляє, щодо себе особисто. Аналогічну заборону встановлено і для комерційного посередника. При буквальному аналізі й тлумаченні ст. 243 ЦК виходить, що визначення поняття комерційного представництва, яке наведено в ч. 1 ст. 243 ЦК, обмежує зміст цього поняття, а це, в свою чергу, звужує сферу дії ст. 243 ЦК. Висновок: а) комерційним визнається тільки таке представництво, яке передбачає укладення представником договорів у сфері підприємництва, б) поняття комерційного представництва не можна поширювати на випадки, коли представник здійснює юридичні дії в процесі виконання договорів, а не їх укладення.

Разом з тим, в літературі зазначається, що термін «укладення договорів» в контексті аналізу ст. 243 ЦК не можна тлумачити обмежувально, адже про зміну та припинення договору може бути також укладено договір, і укладення таких договорів може охоплюватись поняттям комерційного представництва²³. Головна відмінність комерційного представництва від звичайного полягає в

²³ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4-х томах / [А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань]. – Т. 1. – К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2004. – С. 594–596.

постійному, систематичному характері такої діяльності, спрямованої на отримання доходу повіреним. При комерційному представництві та/або посередництві зводиться нанівець фідуціарний характер, оскільки особистісно-довірчий зв'язок учасників не має значення. Для особи, яку представляють, в цьому разі головними є професійні якості повіреного як обізнаного та кваліфікованого суб'єкта господарювання (підприємця), його досвід і вміння діяти на ринку відповідним чином. Особистісних відносин між довірительом і повіреним, за таких обставин не виникає. Такий підхід характерний для будь-яких зобов'язань, в яких одна сторона, яка займається підприємництвом, зобов'язується надати певні послуги іншій. Таким чином, відповідно до господарського законодавства, в аспекті аналізу агентства у сфері господарювання, хоч законодавець таку діяльність і називає комерційним посередництвом, та за своєю суттю вона є комерційним представництвом (діяльністю, яка здійснюється за рахунок, від імені та в інтересах особи, яку представляють). Окрім того, Гл. 31 ГК «Комерційне посередництво (агентські відносини) у сфері господарювання» містить й інші положення, що характерні передусім для представництва: заборону діяти від власного імені, заборону укладати угоди від імені того, кого комерційний агент представляє, щодо себе особисто; правила щодо передоручення, тобто передачі комерційним агентом іншим особам прав, якими він володіє, в інтересах того, кого представляє. У чинному законодавстві (ст. 237 ЦК) представництво визначено як правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Законодавцем зроблено спробу розмежування суміжних категорій: «посередництво» та «представництво», а за критерій розмежування взято те, виступає особа від свого чи від чужого імені. Відповідно до ч. 2 ст. 237 ЦК, не є представником особа, яка, хоч і діє в чужих інтересах, але від свого імені, а також особа, уповноважена на ведення переговорів від імені другої сторони, яку вона представляє. Таке правило логічно пов'язане з положеннями ст.ст. 238, 239 ЦК, згідно з якими представник має діяти від імені того, кого представляє, а вчинений ним правочин створює, змінює, припиняє права і обов'язки безпосередньо для особи, яку представляють. За своєю правовою природою відносини представництва належать до організаційно-майнових правовідносин, головним змістом яких є сукупність прав і обов'язків сторін щодо створення передумов для виникнення безпосередньо у того, кого представляють, прав та обов'язків унаслідок вчинення правочинів

представником від його імені. Основним правом представника є повноваження діяти від його імені та за рахунок особи, яку він представляє. Але повноваження не лише надає представникові можливість діяти від імені особи, яку він представляє, а й визначає зміст і межі таких дій, стає видом і мірою можливої поведінки. Основний елемент цього складного за структурою права – це повноваження на власні позитивні дії, тобто можливість представника діяти певним чином від імені особи, яку він представляє. Але, як і кожне суб'єктивне право, повноваження також включає можливість вимоги, у даному випадку – право вимагати від того, кого представляють, прийняття на себе юридичних наслідків дій, що здійснені в межах повноваження. У свою чергу особа, яку представляють, має право вимагати, щоб представник діяв відповідно до повноваження і у його межах. Особливістю правовідносин представництва є те, що вони виникають і реалізуються не в інтересах, того, хто безпосередньо укладає правочини (представника), а з метою здійснення і захисту прав та інтересів того, кого представляють. Цим підтверджується висновок про те, що, за загальним правилом, посередництво – це діяльність від власного імені посередника.

Цю ознаку можна використати як основний критерій для відмежування посередництва від представництва, оскільки останнє, за загальним правилом, здійснюється від імені довірителя. Виняток (йдеться про агентську діяльність) правила цього не спростовує, а лише свідчить про те, що використана вітчизняним законодавцем конструкція комерційного посередництва є невдалою, має невідповідність застосованій правовій формі щодо змісту (за формою закріплена в ГК конструкція визначається як комерційне посередництво, в той час як за змістом своїм вона є комерційним представництвом, а тому тяжіє до останнього і, по суті, отожднюється з ним).

У цьому аспекті доречним буде звернення до практики правового врегулювання діяльності комерційного агента зарубіжним законодавцем, оскільки для зарубіжної практики законотворення характерне визначення діяльності комерційного агента не як посередницької, а саме як представницької. У зарубіжному законодавстві для врегулювання агентських відносин застосовується правова форма представництва як діяльності, що здійснюється від імені, за рахунок, в інтересах та під контролем іншої особи. Так, наприклад, відповідно до законодавства Німеччини (параграф 84 Німецького Торгівельного Зведення), торгівельним представником є

особа, що постійно займається промислом, і якій доручено постійно здійснювати представництво в інтересах іншого підприємця в угодах або укладати їх від його імені. В Німеччині торгівельний представник має статус основного суб'єкта торгівельного права – комерсанта. Торгівельний представник діє в інтересах лише однієї особи – свого принципала та від його імені²⁴. Статусу торгівельних представників (в Німеччині) відповідає статус комерційних агентів (у Франції), що також визначається нормами торгівельного права. Відповідно до статті L134-1 Французького Торговельного кодексу, комерційним агентом є повірений, який, діючи як незалежний спеціаліст, не будучи зв'язаним трудовим договором, уповноважений на постійних засадах вести переговори, а за необхідності укладати договори купівлі-продажу, оренди або надання послуг від імені та за рахунок виробників, промисловців, комерсантів, або інших комерційних агентів²⁵. Таким чином, статус комерційного агента у Франції відповідає статусу представника, а договір між комерційним агентом та довірительом вважається різновидом договору доручення. Як бачимо, французький законодавець при визначенні функцій комерційного агента – уповноваженої особи (представника) не застосовує терміна «посередництво». На відміну від торгівельного представника у Німеччині, який обов'язково повинен мати статус комерсанта, діяльність комерційного агента у Франції, незважаючи на те, що регламентується Торговельним кодексом, має цивільно-правову природу. Французька доктрина це пояснює тим, що, виконуючи дане йому доручення, агент діє не для себе, а від імені та за рахунок довірителя. Він не укладає торгівельної угоди, оскільки договори, підготовлені ним, чи щодо яких він вів переговори, мають майновий результат не у майні комерційного агента, а у майні довірителя²⁶.

Суть колізії в тому, що агентський договір, який закріплено в чинному ГК, є продуктом англо-американської правової системи, а

²⁴ Жапинский А. Ведение в немецкое право / А. Жапинский, А. Рєрихт. – М.: Спарк, 2001. – С. 471; Шустер П. Основы германского торгового права // Основы немецкого торгового и хозяйственного права / П. Шустер. – М.: БЕК, 1995. – С. 16–23; Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов: гражданские и торговые кодексы / [под ред. В. К. Пугинского, М. И. Кулагина]. – М.: Изд-во УДН, 1986. – С. 18–106.

²⁵ Nouveau Code de Commerce [Електронний ресурс] // Режим доступу: www.legifrance.gouv.fr.

²⁶ Баженов Ю. Система распределения во Франции / Ю. Баженов, О. Письменная // Торговля. – 1992. – № 3. – С. 50–53; Leloup J. M. Les agents commerciaux / J. M. Leloup. – Delmas, 1993. – P. 53.

норми, які регулюють комерційне представництво й закріплені в чинному ЦК, є продуктом романо-германської правової системи. В такому комбінуванні й співіснуванні норм права різних правових систем виявляється специфіка вітчизняного законодавства щодо регулювання інститутів представництва і посередництва. Саме тому розкрити треба й взаємозв'язок понять посередництва та представництва з системою права.

Представництво в системі англосаксонського права (Великобританія, США) в широкому розумінні включає в себе всі відносини, що склалися між двома особами, коли одна з цих осіб (агент) діє за іншу особу (принципала) та під її контролем. До категорії представників включаються і комісіонери, і торгівельні представники, і комівояжери, і брокери, і капітани суден, і адвокати²⁷. Посередництво та представництво як самостійні інститути матеріального права континентальної Європи, в англо-американському праві мають єдину форму – форму агентства (agency), котра є своєрідним правовим феноменом, неадекватним праву континентальної Європи. Агентство (*agency*) – це правовідношення між двома особами, в якому одна особа виявила свою згоду діяти на користь, в інтересах та під контролем іншої особи²⁸. Відносини агентства виникають, коли дві особи домовляються, що одна з них (агент) буде виконувати роботи чи надавати послугу в інтересах іншої особи (принципала) відповідно до вказівок останньої чи під її контролем²⁹. Агент може бути уповноваженим на здійснення будь-яких (як фактичних, так і юридичних) дій. Передбачається, що особа, яка дає іншій особі (агенту) певні повноваження, одночасно дає згоду на здійснення агентом всіх юридичних угод, котрі є допустимими при здійсненні обумовлених повноважень. Агент може виступати як від імені принципала, так і від власного імені. Щодо третіх осіб агент може виступати: а) розкриваючи існування принципала, інформацію про особу принципала, вказуючи його ім'я (конструкція «відкритого принципала» – *disclosed principal*); б) розкриваючи існування принципала, але не вказуючи його імені (конструкція «частково

²⁷ Васильев Е. А. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е. А. Васильев. – М.: Международные отношения, 1993. – С. 100–102.

²⁸ Гражданское и торговое право капиталистических стран. Учебное пособие / Гаврилов Э. П., Жидков О. А., Кулагин М. И., Мозолин В. П., и др.; [под ред. В. П. Мозолина, М. И. Кулагина]. – М.: Высш. шк., 1980. – С. 107.

²⁹ Reitzel J. D. Contemporary business law: principles and cases / J. D. Reitzel, N. J. Roberts, C. B. Severense. – New York, 1990. – P. 694.

відкритого принципала» – *partially disclosed principal*); в) не розкриваючи існування принципала і укладаючи договір від свого імені (конструкція «нерозкритого принципала» – *undisclosed principal*). Агентом є особа, котрій інша особа доручила бути представником останньої і діяти за неї у правовідносинах із третіми особами. Агент у цьому розумінні є посередником (перебуваючи за своїм правовим статусом між принципалом і третіми особами), котрому доручено ведення справ принципала у правовідносинах із третіми особами³⁰. З однієї сторони, агентські відносини в англо-американському праві мають багато спільного з відносинами представництва в розумінні континентального права: а) агентські відносини мають особистісно-довірительний (фідучіарний) характер, властивий представництву; б) діяльність агента може бути безоплатною (за винятком тих випадків, коли вона здійснюється на професійній основі); в) агента, що здійснюється ним в межах своїх повноважень, породжують зобов'язання в правовому відношенні для принципала, а не для агента (у більшості випадків агенти не хочуть бути потенційними відповідачами за збитками по договору, укладеному в інтересах принципала, і намагаються в очевидній і зрозумілій формі розкрити факт існування агентських відносин, інформацію про принципала, з усіма правовими наслідками такого розкриття); г) принципал має право (навіть у випадку укладення угоди від імені агента) вступити в прямі договірні зв'язки з третьою особою на основі укладеного договору між агентом та цією третьою особою; г) принципал несе деліктну відповідальність перед третіми особами за дії агента, що вчиняються ним при виконанні доручень принципала, незалежно від того, чи розкривав агент факт існування агентських відносин. Однак, з іншої сторони, агентські відносини не можна трактувати як відносини представництва в чистому вигляді. Це пов'язано з тим, що: а) предмет агентського договору можуть складати не тільки юридичні дії, але й дії фактичного характеру, б) за певних умов тільки агент, а не принципал, набуває прав та несе обов'язки за укладеним ним з третьою особою договором (наприклад тоді, коли діє в інтересах «нерозкритого» принципала і укладає угоди від власного імені). Отже, термін «агент» в англо-американському праві вживається як в широкому розумінні, охоплюючи всі види представництва й посередництва, так і у більш вузькому розумінні, коли агентом визнається особа, уповноважена

³⁰ McCarty F. W. The legal environment of business / F. W. McCarty, J. W. Bagby. – Homewood, 1990. – P. 408.

на укладення угод і вчинення інших дій в інтересах принципала та за його рахунок або ж на посередництво між сторонами при укладенні угод ними самими. В англо-американському праві не проводиться розмежування між діями за чужий рахунок від власного імені чи від чужого імені, так само, як і не має чіткої розмежувальної лінії між представництвом та посередництвом. Виділення критеріїв для віднесення агентських відносин до посередництва або представництва є актуальним лише для континентальної системи права.

У країнах з континентальною системою права розуміння посередництва і представництва різняться залежно від належності до дуалістичної чи моністичної системи приватного права. В тих країнах, де приватне право представлене торгівельним та цивільним правом (Франція, Німеччина), представництво здійснюється в рамках цивільного права, а посередництво – в рамках торгівельного права. В країнах з моністичною системою приватного права існує проблема розмежування цих двох суміжних категорій. Характерним для країн континентальної системи права також є те, що економічне поняття посередництва та представництва не співпадають з їх юридичними поняттями. З економічної точки зору не має значення: наділений представник повноваженнями укладати угоди чи ні, діє він від імені особи, інтереси якої представляє, чи від власного імені, – він все одно є посередником (особою, яка за своїм статусом, змістом здійснюваної діяльності стоїть між виробником та споживачем товару). За такого підходу поняття посередництва та представництва змішуються, переплітаються.

Таким чином, порівняння договору про комерційне представництво за ЦК та агентського договору за ГК дозволяє зробити висновок: одні й ті ж майнові відносини по-різному врегульовано в цих нормативно-правових актах. Предметом агентського договору за ГК не є певні специфічні відносини, відмінні від представницьких, навпаки – він побудований за моделлю договору доручення. З метою усунення колізії може бути запропоновано внесення змін до ГК шляхом викладення в новій редакції Глави 31 з назвою «Посередництво у сфері господарювання». Важливо чітко розмежувати комерційне представництво і посередництво, які є хоч і суміжними, та цілком самостійними правовими інститутами, що опосередковуються й відповідними договірними конструкціями (представницького та/або посередницького характеру).

Господарське посередництво за підставою виникнення може бути як договірним, так і недоговірним. У той же час,

посередницький договір і, відповідно, таке посередницьке договірне правовідношення, що виникає на його основі, є найпоширенішою юридичною підставою посередництва. Специфічною юридичною підставою посередництва може бути квазі-договірне зобов'язання з ведення чужих справ. Своєрідність такого ведення справ, порівняно з традиційним посередництвом, яке здійснюється на підставі посередницького договору в рамках договірному посередницького правовідношення, полягає в наступному. Гестору (посереднику за квазі-договірним зобов'язанням з ведення чужих справ) ніхто не надає повноваження (права) на вчинення посередницьких дій, оскільки немає замовника посередницької послуги, тому посередником він є лише внаслідок своєрідного ретроспективного погляду на нього, тобто вже після вчиненні дій, що мають ознаки посередницьких. Ця специфіка квазі-договірного ведення чужих справ не розглядається як перешкода при зарахуванні особи, яка їх веде, до когорти посередників. У випадку ведення чужої справи без уповноваження йдеться про невисловлене волевиявлення іншої особи, яке мається на увазі, оскільки його за всіма конкретними об'єктивними умовами господарського обороту обов'язково особа б висловила, якби особи мала ті відомості, які мав в своєму розпорядженні гестор³¹.

З урахуванням виділених ознак, *господарське посередництво* – це господарська діяльність суб'єктів господарювання – посередників, що здійснюється ними від власного імені й предметом якої є надання посередницьких послуг з господарською метою (отримання прибутку та/або досягнення іншого соціально-економічного результату) учасникам господарських відносин в їхніх інтересах та за їх рахунок.

Класифікувати господарське посередництво можна: *за метою провадження* (підприємницьке (комерційне) та некомерційне); *за сферами провадження* (посередництво у сфері зовнішньоекономічної діяльності, туризму, реклами, банківської діяльності, страхування, інвестування тощо); *за правовими підставами здійснення* (договірне та недоговірне); *за ступенем обов'язковості здійснення* (обов'язкове та факультативне); *за правовим статусом посередника* (універсальне та спеціалізоване); *за засадами здійснення* (професійне та непрофесійне); *за обов'язковістю ліцензування* (ліцензоване та неліцензоване).

³¹ Егоров А. В. Понятіе посрединчества в гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Егоров Андрей Владимирович. – М., 2002. – С. 101–109.

§ 2. Поняття, особливості та види посередницьких правовідносин

У *широкому розумінні* посередницьке правовідношення – це правовідношення, за якого одна сторона (посередник) вчиняє від власного імені дії в інтересах іншої сторони (замовника) з метою створення для останнього бажаних юридичних та/або фактичних наслідків. У більш *вузькому розумінні* – це правовідношення, за якого одна особа, будучи суб'єктом господарювання (посередник), самостійно, систематично й на оплатній основі у межах повноважень (прав і обов'язків), визначених посередницьким договором, діє (вчиняє юридичні та/або фактичні дії) в сфері господарювання в інтересах іншої особи – учасника господарських відносин (замовника), за її рахунок, хоч і від власного імені, виявляючи сприяння (юридичне та/або фактичне) такій особі (замовнику) щодо встановлення господарських зв'язків з третіми особами.

Посередництво, у зв'язку з цим, належить розглядати не як одиничне правовідношення, а як систему правовідносин, яка передбачає включення до цієї системи господарських відносин, що складаються між замовником та посередником на підставі укладеного між ними посередницького договору – «*внутрішні відносини*», а також відносин між посередником та третіми особами, що виникають при наданні посередником замовникові відповідної посередницької послуги, виконанні посередницького договору – «*зовнішні відносини*». Виникає особлива система відносин, що поєднує дві самостійні, але генетично пов'язані одна з одною групи відносин, найважливішими з яких є відносини «внутрішні», оскільки саме в них виявляється специфіка посередництва. Втім тісний зв'язок внутрішніх і зовнішніх відносин, об'єднаних фігурою посередника, спільність їх кінцевої мети дозволяє розглядати ці правовідносини як структурні елементи єдиного правовідношення посередництва.

Така система відносин не є лише ідеальною формою відносин посередництва, а отже, – потрібні цілком визначені змістовні юридичні форми. Такою юридичною формою для внутрішніх відносин посередництва є договір про надання посередницьких послуг, в якому закріплюються відповідні повноваження посередника (діяти від власного імені, але в інтересах та за рахунок замовника). В повноваженнях посередника закріплюються зміст і межі його дій (юридичних та/або фактичних), які він може вчиняти в інтересах та за рахунок замовника.

Погляди вчених на *правову природу повноваження* різняться: повноваження тлумачать як юридичний факт або прояв правоздатності, як суб'єктивне немайнове право або обов'язок. Однак, не зважаючи на досить широкий діапазон точок зору на природу повноваження, його правове значення полягає в наділенні однієї особи можливістю вчиняти юридично значимі дії в інтересах та за рахунок іншої особи (хоч і від власного імені, на відміну від представництва).

За змістом концепції *«повноваження як юридичний факт»*, повноваження є колом правочинів, дозволених посередникові, юридичною та/або фактичною дією (сукупністю дій), тим юридичним фактом, який обумовлює, породжує посередництво. Посередницький договір передбачає обов'язок посередника діяти за рахунок та в інтересах замовника. Повноваження відповідно розглядається також як юридичний факт, що визначає межі приєднання до правоздатності замовника дієздатності посередника. Критикується ця концепція через те, що: а) її прибічники змішують дві різних правових категорії, а саме – юридико-фактичну підставу повноваження з самим повноваженням; б) юридичним фактом є дія замовника щодо наділення посередника відповідними повноваженнями діяти в його інтересах, тобто повноваження як волевиявлення. У цьому випадку саме повноваження важко віднести до юридичного факту, до того ж такого, що має межі. Здатність визначати межі поведінки особи – властивість суб'єктивного права. Юридичний факт такою властивістю не наділений.

Зміст концепції *«повноваження – прояв правоздатності»* передбачає, що повноваження є проявом правоздатності (правомочністю), яка дозволяє суб'єктові вчиняти правомірні юридичні та/або фактичні дії в межах посередництва від власного імені, але в інтересах та за рахунок іншої особи, з юридичними наслідками для неї. Ця концепція також є об'єктом критики. Посередник діє від власного імені, а не від імені замовника, на відміну від представництва. Дії посередника не можуть створювати юридичних наслідків для замовника, оскільки в процесі посередництва посередник замовника собою у правовідносинах з третіми особами не замінює. Категорія «правоздатність» має своє усталене в правовій доктрині тлумачення: це здатність мати права та виконувати обов'язки. Логіка виключає можливість мати «чужі права». Мати «чужі права» можна лише в результаті зміни правоволодільця за речово-правовим титулом або на підставі

зобов'язання, а також через правоздійснення чужого суб'єктивного права, точніше – повноважень на підставі уповноваження суб'єкта цього права. А це вже категорія дієздатності, котра, в свою чергу, допускає набуття прав і виконання обов'язків власними діями для себе, а також для іншої особи на підставі того ж уповноваження чи в результаті подальшого схвалення таких дій. Обсяг правоздатності встановлюється законом, а обсяг повноваження зумовлюється волею особи, яка його надає. В повноваженнях посередника закріплюються конкретні його правомочності, тоді як категорія правоздатності лише вказує на абстракту здатність суб'єкта мати ті чи інші права.

Позиція, за якої розглядається *«повноваження як особливе суб'єктивне право»* є найбільш популярною. В її основу покладено такі доводи. Повноваження посередника є суб'єктивним немайновим правом. Змістом його є право на власні дії, а також можливість вимагати певної поведінки від інших осіб. Суб'єктивному праву посередника кореспондує обов'язок замовника прийняти виконане за посередницьким договором, результат здійснення посередницької діяльності в межах наданих посередникові замовником повноважень (в т.ч. прийняти надані йому посередницькі послуги за актом приймання-передачі, що є невід'ємною складовою посередницького договору). Повноваження має межі, а це вже властивість суб'єктивного права. Повноваження формується на внутрішніх правових зв'язках посередництва. Повноваження як суб'єктивне право входить до структури внутрішнього (відносного) правовідношення між посередником та особою, в інтересах якої він діє (замовника). Критиці ця концепція піддається з огляду на те, що: а) повноваженню не кореспондує будь-чий обов'язок; б) повноваження не можна порушити як суб'єктивне право; в) повноваження не породжує права на позов. Реалізуючи повноваження у зовнішніх правовідносинах з третьою особою, посередник діє як уповноважений, здійснюючи певні правомочності в рамках міри можливої поведінки. Повноваження сформоване у внутрішній стороні посередництва як сукупність правомочностей посередника, які посередник може здійснювати в інтересах, за рахунок замовника задля досягнення певного корисного ефекту (блага) для нього, і з цих позицій є матеріальним змістом суб'єктивного права посередника, що вступає у правовідносини з третіми особами в процесі надання посередницької послуги замовникові.

Суть же концепції *«повноваження як суб'єктивний обов'язок»* полягає в тому, що замовник посередницької послуги вправі

вимагати від посередника вчинення передбачених посередницьким договором юридичних та/або фактичних дій в інтересах самого замовника, і цьому праву замовника кореспондує обов'язок посередника. Суть повноважень посередника зводиться до обов'язку вчиняти певні юридичні та/або фактичні дії в інтересах та за рахунок замовника. Обов'язок здійснювати посередницькі дії ґрунтується на посередницькому зобов'язанні, що випливає з договору (комісії, агентування, транспортної експедиції тощо). Проте і ця концепція зазнає критики, оскільки категорія суб'єктивного обов'язку не відображає сутності правової природи повноваження. У зовнішній стороні посередництва повноваження проявляється як матеріальний зміст суб'єктивного права посередника, який у процесі здійснення посередницької діяльності вступає у правовідносини з третіми особами. І лише внутрішня сторона посередництва опосередковується правовими зв'язками, де повноваження є матеріальним змістом належної поведінки посередника.

Посередництво розглядається і як триланкова структура правових зв'язків: 1) внутрішнє правовідношення між посередником і особою, в інтересах якої діє посередник (замовником); 2) зовнішні правовідносини, що складаються між посередником і третіми особами в процесі здійснення посередницької діяльності; 3) правовідносини особи, в інтересах якої діяв посередник (замовника) з третіми особами як результат реалізації правовідносин першої й другої ланок в структурі посередництва. Однак щодо третьої ланки правового зв'язку, то ці відносини не є посередницькими у власному розумінні, оскільки посередник вже не бере в них безпосередньої участі (не набуває за ними будь-яких прав і обов'язків). Відносини між замовником та третьою особою не можуть входити до складу правовідносин посередництва; вони є лише результатом посередництва, його кінцевою метою – тим господарських зв'язком, виникненню якого своїми діями (юридичними та/або фактичними) сприяв посередник. Функція посередника полягає лише у встановленні відповідного господарсько-правового зв'язку між замовником та третіми особами, однак посередник не бере безпосередньої правової участі у відповідному правовому зв'язку. Правовий зв'язок посередника і особи замовника, в інтересах якого він діє, щодо внутрішньої сторони посередництва, в силу реалізації котрого посередник наділяється повноваженням діяти в інтересах та рахунок замовника, надаючи останньому в такий спосіб посередницьку послугу, може бути віднесено до числа посередницьких делегуючих організаційних правовідносин. Їх особливістю є, в цьому

випадку, виникнення правових наслідків, встановлення господарських зв'язків у замовника з третіми особами як наслідок уповноважених дій посередника. У зовнішніх правових зв'язках виділяється два види організаційних правовідносин: 1) інформаційне правовідношення між посередником та третіми особами, що є конструктивним елементом зовнішніх відносин посередництва; 2) правовідношення організаційно-передумовного характеру з аналогічним суб'єктивним складом, особливість котрого визначається змістом уповноважених юридичних та/або фактичних дій посередника. Об'єктом подібних організаційних відносин О. А. Красавчиков називає впорядкованість відносин, зв'язків, дій учасників «організаційного» відношення³². Таким чином, тісний зв'язок зовнішніх і внутрішніх відносин посередництва, об'єднаних особою посередника, їх взаємозв'язок і взаємозумовленість, єдність кінцевої господарської мети, дозволяють розглядати їх як структурні елементи (хоча вони і не співпадають за суб'єктивним складом) єдиного складноструктурного посередницького правовідношення.

Правова природа повноваження не обмежується рамками суб'єктивного права чи обов'язку, вона не є проявом правоздатності чи юридичним фактом. При розгляді цього явища в процесі реалізації господарсько-правових зв'язків посередництва наочною стає багатоаспектність категорії «повноваження». Це зокрема виявляється в тому, що замовник, як особа правоздатна, реалізуючи дієздатність через волевиявлення, трансформує свою абстрактну здатність мати будь-які права, які не суперечать чинному законодавству, і нести обов'язки, у можливість реалізації конкретних прав та обов'язків посередником в процесі здійснення ним господарської діяльності (як комплексу фактичних та/або юридичних дій) з надання посередницької послуги замовникові. В свою чергу, можливість реалізації прав в інтересах інших осіб ґрунтується на здатності посередника своїми діями реалізовувати права та виконувати обов'язки не лише для себе, але й для інших осіб («субсидіарна дієздатність»). Повноваження як сукупність правомочностей, відображених та закріплених у посередницькому договорі, у внутрішніх зв'язках посередництва, є матеріальним змістом суб'єктивного обов'язку посередника, а у зовнішніх правових зв'язках – матеріальним змістом суб'єктивного права посередника, який вступає в правовідносини з третіми особами в процесі надання посередницької послуги замовникові.

³² Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения / О. А. Красавчиков // Антологий уральской цивилистики. 1925-1989. – М.: Статут, 2001. – С. 164–165.

На противагу викладеному існує позиція, що повноваження не властиве для посередництва. Повноваження трактується як атрибут представництва, а останнє визначається як право (повноваження) представника здійснювати юридичну діяльність для того, кого представляють, та правовідношення останнього з представником. Повноваження у зазначеному контексті трактується як можливість набути або здійснити право та/або обов'язок іншої особи по відношенню до третьої особи. За цим підходом, повноваження – це засноване на договорі чи законі право однієї особи представляти інтереси (вчиняти правочини та інші юридично значимі дії) від імені іншої, створюючи, змінюючи та/або припиняючи права та обов'язки особи, яку представляють. Значимим моментом при аналізі повноваження є те, що для того, аби дії представника спричинили настання юридичних прав та обов'язків в особи, яку представляють, обов'язковою є наявність повноваження для представника.

Отже, *повноваження посередника* – це сукупність прав і обов'язків, що закріплені у посередницькому договорі (самостійного, професійного, оплатного характеру), котрими замовник наділяє посередника з огляду на його статус для здійснення посередницької діяльності в інтересах замовника. Кожне з цих прав і кожен обов'язок є самостійним повноваженням посередника діяти в господарському обороті в інтересах замовника та за його рахунок, хоч і від власного імені. Це також зміст і межі посередницької діяльності (вид і міра можливої поведінки посередника).

Господарські посередницькі правовідносини – це сукупність врегульованих нормами господарського права суспільних відносин, що виникають із приводу та в процесі здійснення посередницької діяльності, учасники яких є носіями суб'єктивних прав та обов'язків, що утворюють між ними правовий зв'язок посередництва. Поряд з цим, за І. Н. Галушиною, посередницьким правовідношенням є таке правовідношення, в силу якого одна особа (посередник) за винагороду та за дорученням іншої особи (клієнта), від власного імені, але за рахунок та в інтересах клієнта, укладає дво- або багатосторонні угоди та/або сприяє клієнту в їх укладенні³³.

Ознаки посередницьких правовідносин: а) *майнова цінність* – вони носять переважно майновий характер, хоч його результат і не є

³³ Під сприянням при цьому розуміється вчинення дій, котрі полегшують та спрощують процедуру укладення договору. Див.: Галушина І. Н. Посередництво как гражданско-правовая категория: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Галушина Ирина Николаевна. – Пермь, 2006. – С. 104.

упредметненим, являючи собою нематеріальне благо, оскільки виникає у сфері майнового обороту. Посередницькі правовідносини є матеріальними за змістом, однак їх матеріальний зміст, що розкривається через загальне суспільне «виробництво» послуг та їх реалізацію в господарському обороті суб'єктами господарювання, не слід ототожнювати з результатом їхнього надання, який є певним нематеріальним благом, що проявляється в корисному ефекті від надання такої послуги і не може бути матеріалізованим, втіленим у певну упредметнену форму; б) *посередницькі правовідносини відносяться переважно до горизонтальних* (за класифікацією В. А. Рахмиловича³⁴), оскільки не мають ознак влади та підпорядкування, в яких взаємні права і обов'язки, здебільшого майнового характеру, виникають переважно із договорів та інших юридичних фактів. Посередницькі правовідносини є тією ланкою, що поєднує вимоги правових норм із конкретно посередницькою діяльністю суб'єктів господарювання в механізмі правового регулювання посередницької діяльності; в) *участь* в них *особливого суб'єкта господарювання – посередника*, який є повноправним учасником господарських відносин, що діє в межах своєї господарської компетенції, безпосередньо здійснюючи посередницьку діяльність з господарською метою (переважно, отримання прибутку), при цьому посередництво є для такого суб'єкта основним та/або виключним видом його діяльності. Г. І. Сальнікова зазначає, що посередником може виступати будь-яка фізична або юридична особа, будь-якої організаційно-правової форми, зареєстрована у встановленому законом порядку як суб'єкт підприємництва³⁵. Посередником є будь-який суб'єкт господарювання, що вчиняє дії юридичного та/або фактичного характеру, виступаючи в господарському обороті від власного імені, однак завжди в інтересах замовника. Мета посередництва в посередницьких правовідносинах відображає вагомі правові, економічні та/або соціальні результати його реалізації (здійснення посередницької діяльності шляхом надання посередницької послуги). Результат забезпечується правомірними діями всіх

³⁴ Рахмилович В. А. О хозяйственном праве и путях развития хозяйственного законодательства / В. А. Рахмилович // Советское государство и право. – 1989. – № 10. – С. 48–49.

³⁵ Сальнікова Г. І. Правове регулювання посередництва у підприємницькій діяльності: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. І. Сальнікова. – Харків, 2003. – С. 4.

учасників посередницьких правовідносин. Очікуваним з боку замовника результатом (змістом бажаного для замовника «корисного ефекту» від посередницької послуги) є зміст повноваження (прав та обов'язків) посередника на здійснення останнім діяльності (вчинення юридичних та/або фактичних дій посередницького характеру) в інтересах та за рахунок замовника. Для посередника досягнення мети посередницького правовідношення полягає в задоволенні потреби замовника й отриманні доходу/прибутку від наданих посередницьких послуг.

Посередницькі правовідносини можуть бути класифіковані за різноманітними критеріями. Суб'єктами посередницьких правовідносин завжди є замовник, посередник і треті особи, тому *за структурою* їх можна поділити на внутрішні (виникають між замовником та посередником) і зовнішні (виникають між посередником та третіми особами). *Залежно від сфери здійснення господарського посередництва*: а) правовідносини в сфері торгівельного посередництва; б) правовідносини, що виникають з приводу посередництва в сфері виконання робіт; в) правовідносини в сфері фінансового посередництва; г) правовідносини в сфері посередництва на ринку цінних паперів (фондове посередництво); д) правовідносини в сфері передачі у користування майна; ж) правовідносини, що є за своїм змістом представництвом, яке виникло на підставі посередницького договору, тощо. Цей перелік не є вичерпним. Посередницькі послуги можуть надаватися у всіх сферах економіки, як тільки у такій діяльності виникає потреба, крім випадків, коли за законом вимагається особисте вчинення дій (об'єкт є невід'ємним від носія).

Суб'єктний склад посередницьких правовідносин зумовлюється їхньою складною системою. Посередництво як система відносин виражається у певній договірній юридичній конструкції (посередницькому договорі). В юридичній літературі немає єдності поглядів щодо того, яке саме правовідношення (між якими суб'єктами) є безпосередньо правовідношенням посередництва. За одним із підходів в структурі посередництва виділяють «внутрішнє» *правовідношення* між посередником та замовником, і «зовнішнє» – між посередником та третіми особами, з якими посередник вступає в правовідносини у процесі надання посередницької послуги замовникові, з метою виконання відповідного посередницького договору. Правовідношення між замовником і третіми особами, встановлення між ними господарського зв'язку, виникненню якого

Посередництво і представництво в господарському праві та процесі України

сприяв посередник, трактується як результат реалізації внутрішнього й зовнішнього відношення. Таким чином, до суб'єктів посередництва (окрім замовника та посередника) відносять і третіх осіб. За іншим підходом, власне посередництвом визнається внутрішнє правовідношення між посередником та замовником щодо надання останньому посередницької послуги за посередницьким договором. Не виключається проте і наявність «зовнішнього» правовідношення, щодо розуміння якого помітні розбіжності: 1) ним визнається зв'язок між посередником та третьою особою з приводу надання посередницької послуги замовникові, досягнення для нього корисного результату («внутрішнє» та «зовнішнє» правовідношення розглядаються як передумови виникнення господарських зв'язків між замовником та третьою особою за сприяння посередника), а суб'єктами посередництва визнаються замовник і посередник; 2) ним визнається не господарський зв'язок посередника з третьою особою, а правовідношення між замовником та третьою особою, що виникло за сприяння посередника, а тому до суб'єктів посередництва відносять і третю особу.

На основі цього можна стверджувати, що особливий суб'єктний склад є кваліфікуючою ознакою посередницьких правовідносин. Постійне та самостійне посередництво, що здійснюється на підставі оплатних договорів, має ознаки підприємництва. Учасниками внутрішньої сторони посередництва є особи, що здійснюють підприємницьку діяльність (юридичні особи, створені в організаційно-правових формах, передбачених чинним господарським законодавством для комерційних організацій, а також фізичні особи, зареєстровані в установленому законом порядку як суб'єкти підприємництва без створення юридичної особи). Залежно від виду господарської діяльності, а також сфери господарювання, де складаються посередницькі правовідносини, поряд з вказаними особами на стороні замовника можуть виступати і некомерційні організації, якщо це прямо не заборонено законом, не суперечить їх статуту. Такі некомерційні організації можуть вступати в посередницькі правовідносини з господарською (некомерційною) метою задля досягнення своїх статутних цілей. Натомість треті особи, з якими суб'єкт господарювання – посередник вступає в правовідносини при виконанні посередницького договору, безпосереднього надання посередницької послуги замовникові, у зовнішній стороні посередництва не зобов'язані володіти господарською компетенцією суб'єктів підприємництва.

Замовником в посередницьких правовідносинах є учасник господарських відносин, який надав (переважно на підставі посередницького договору) суб'єкту господарювання – посередникові право на вчинення в сфері господарського обороту певних юридичних та/або фактичних дій, хоч переважно й від власного імені, але в його інтересах та за його рахунок, з метою встановлення господарських зв'язків з третіми особами.

Посередником (ключовою фігурою посередницьких правовідносин) є особа (суб'єкт господарювання), котра систематично здійснює на професійних засадах посередницьку діяльність за загальним правилом від власного імені, але за рахунок та в інтересах замовника за винагороду. Посередник – це суб'єкт господарювання, що налагоджує господарські зв'язки між виробником товарів та/або послуг і третіми особами (в т.ч. споживачами) з метою прискорення та полегшення господарського обороту товарів та/або послуг, руху, обігу продукції, валюти, інформації.

Статус суб'єкта господарювання закріплюється за посередником при його державній реєстрації, сам факт якої і є отриманням статусу, набуттям додаткового порівняно із загальними правами й свободами правового простору для здійснення професійної діяльності. Однією з особливостей правового режиму, встановленого для посередництва в сфері господарювання, є те, що посередник вправі укладати, окрім звичайних, такі господарські договори, яких інші суб'єкти господарювання без звернення до його послуг укладати не можуть (посередництво як виключний вид господарської діяльності). Як правило, посередники здійснюють свою господарську діяльність у тій сфері (туризму, страхування тощо), де вони володіють найбільш кваліфікованими знаннями, навичками, спеціальною інформацією, діловими зв'язками. Таким чином, на стороні посередника виступають особи, що володіють особливими професійними знаннями та навичками у певній сфері господарювання, чия ділова та професійна компетенція забезпечує досягнення економічно і юридично значущих результатів для замовника. Через це окремими видами посередництва, перелік котрих визначається на законодавчому рівні (наприклад, посередницька діяльність туроператорів, митних брокерів, посередництво з працевлаштування на роботу за кордоном, професійна посередницька діяльність на ринку цінних паперів) суб'єкт господарювання – посередник вправі займатися лише на підставі спеціального дозволу – ліцензії. В той же час особливості посередницьких правовідносин у окремих

сферах господарювання регулюються спеціальним галузевим законодавством. З аналізу чинного господарського законодавства вбачається, що такі особливості стосуються: 1) *кваліфікаційних вимог* щодо основних суб'єктів «внутрішнього» посередницького правовідношення (посередника і замовника); 2) *матеріально-технічних вимог* до майнового стану посередника у відповідній сфері; 3) *організаційно-правових вимог* до порядку укладення посередницького договору і відповідних угод у «зовнішній» стороні посередництва. Названі особливості встановлюються для діяльності суб'єктів посередництва через владні приписи зобов'язуючого характеру, заборони, що носять імперативний характер. Такі особливі вимоги до здійснення посередництва встановлюються з метою дотримання: а) правил здійснення ліцензованих видів посередницької діяльності в окремих сферах господарювання; б) правил укладання «кваліфікованих» господарських (посередницьких) договорів, що вимагають попереднього схвалення з боку органу управління господарської організації; в) антимонопольного законодавства, інших нормативно-правових актів щодо захисту конкуренції.

Щодо *класифікації посередників*, то за ознакою залежності можна виділити незалежних, частково залежних і залежних посередників (залежність настає через територіальні, цінові й інші обмеження посередника з боку замовника). *Залежно від сфери здійснення посередницької діяльності* посередників можна класифікувати на *торговельних* (в т.ч. біржових, митних, туристичних тощо), *фінансових* (в т.ч. страхових, фондових тощо), посередників у *працевлаштуванні*. За *національною належністю* посередники поділяються на національних посередників (резидентів), що сприяють встановленню господарських зв'язків між суб'єктами господарювання та господарському обороту товарів і послуг в межах внутрішнього (національного) ринку, зовнішньоторговельних національних посередників (резидентів) та іноземних посередників (нерезидентів).

Теоретичне і практичне значення в рамках аналізу суб'єктного складу посередницьких правовідносин має, на сьогодні, вирішення проблеми множинності осіб в посередництві. На сьогодні така практика в сфері господарювання вже досить поширена з огляду на відсутність прямих законодавчих обмежень щодо множинності осіб у посередництві. Множинність осіб може бути як на стороні замовника, так і посередника.

В практиці господарювання актуальним є питання щодо можливості здійснення посередницької діяльності в інтересах не одного клієнта (замовника), а одночасно в інтересах двох і більше. Йдеться про можливість одночасного посередництва в інтересах двох і більше осіб за їх згодою. Це обумовлює необхідність нормативно-правового закріплення низки гарантій для осіб, в інтересах яких можлива така форма посередництва, передусім для усунення ризику можливого «конфлікту інтересів» у посередника.

У зв'язку з цим потребує закріплення на законодавчому рівні положення про те, що множинність осіб на стороні замовника в посередницькому правовідношенні є допустимою лише при наявності об'єднуючої щодо зазначених осіб єдиної господарсько-правової цілі, єдиного господарського інтересу, тієї господарської мети, на досягнення якої повинні бути спрямовані дії, зусилля посередника.

Проблема множинності осіб в посередницькому правовідношенні актуалізується з наділенням замовником кількох посередників правом діяти від власного імені, але в його інтересах у господарському обороті для досягнення однієї господарської мети. В цьому випадку множинність осіб зумовлена необхідністю здійснення спільних, скоординованих (узгоджених) дій юридичного та/або фактичного характеру з боку кількох посередників в інтересах одного замовника.

Питання множинності осіб на стороні посередника нерозривно пов'язане з однозначним вирішенням на законодавчому рівні питання щодо можливості залучення посередником співвиконавців при наданні замовникові посередницької послуги щодо передачі (за аналогією з передорученням при представництві) іншим особам повноважень діяти в господарському обороті в інтересах та за рахунок замовника; щодо загального порядку оплати послуг та розподілу витрат при множинності осіб на стороні посередника тощо.

Об'єктом господарських посередницьких правовідносин можна визначити (а) саму діяльність (сукупність юридичних та/або фактичних дій) посередника, – посередницьку послугу як економічну форму діяльності, що споживається у процесі її здійснення; (б) результат посередницької діяльності, як предметом господарського інтересу учасників посередницьких правовідносин, нематеріальне благо та/або корисний ефект, що є наслідком надання посередницької послуги й заради якого сторони вступають в посередницьке правовідношення.

Об'єктом посередницьких правовідносин за таким підходом є продукт посередницької діяльності, з приводу якого складається посередницьке відношення, або посередницька послуга як економічна форма праці, яка споживається у процесі цієї діяльності й має своїм результатом корисний ефект, економічне благо для заінтересованої сторони (послугоотримувача). Якщо об'єктом господарського права є ті суспільні відносини, які можуть бути предметом господарсько-правового регулювання і потребують такого регулювання, то об'єкт посередницьких правовідносин – це відповідна частина суспільних відносин, елемент, з приводу якого взаємодіють суб'єкти посередництва, це те, на що спрямовані суб'єктивні юридичні права та обов'язки.

Змістом посередницького правовідношення є діяльність (дії) – процес надання посередницької послуги, в якому контрагенти наділені кореспондуючими правами та обов'язками. Як зауважує Г. І. Сальнікова, специфіка змісту посередницького правовідношення визначається метою, з якою у нього вступають клієнт і посередник – сприяння у встановленні нового правовідношення з третіми особами (об'єктом і матеріальним змістом посередницького правовідношення є активні дії з надання послуг контрагентам)³⁶. На думку С. М. Мотуренка, зміст посередницького правовідношення полягає в наділенні осіб, які беруть у ньому участь, кореспондуючими правами та обов'язками у певній сфері господарювання, а посередництво – це господарське зобов'язальне правовідношення, що виникає як результат діяльності третьої особи, складається у сфері товарного виробництва і товарообороту³⁷. Подібні правовідносини називають зобов'язальними, оскільки вони відображають певні зобов'язання осіб, які беруть у них участь. Із численних видів зобов'язань можна виділити в окрему групу господарські зобов'язання, що опосередковують економічний оборот у його широкому розумінні. Серед господарських зобов'язань виділяють зобов'язання з надання послуг (виконання фактичних та/або юридичних дій). Зазначені господарські зобов'язальні відносини можуть, зокрема, встановлюватися через

³⁶ Сальнікова Г. І. Правове регулювання посередництва у підприємницькій діяльності : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. І. Сальнікова. – Харків, 2003. – С. 10–12.

³⁷ Мотуренко С. М. Правовое положение таможенных посредников : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.03 / Мотуренко Сергей Михайлович. – М., 2006. – С. 7–9, С. 53–55.

послуги посередників, що носять також зобов'язальний характер³⁸. Посередницьке зобов'язання, як зазначає А. Ф. Сохновський, виявляється у формі діяльності юридичного характеру, яка опосередковує рух продукту зі сфери виробництва до сфери виробничого або особистого споживання³⁹. М. К. Сулейменов додає, що характерною рисою такого зобов'язання є включення в посередницьке правовідношення третіх осіб⁴⁰.

Господарські посередницькі правовідносини, як і правовідносини будь-якої іншої галузевої належності, є явищем динамічним – вони існують у часі (виникають, змінюють і припиняються). Динаміка правовідносин пов'язана з низкою передумов, серед яких за логікою теорії права є норми права, правосуб'єктність і юридичні факти. Поширюючи це положення на господарсько-посередницькі правовідносини, як передумови їх виникнення, зміни і припинення, слід назвати норми господарського права, для реалізації яких і слугують відповідні правовідносини, господарську правосуб'єктність учасників останніх як властивість їх бути суб'єктами посередницьких відносин, здатність мати відповідні права та обов'язки в процесі посередництва, а також юридичні факти. Норми господарського права слугують формально-юридичною підставою посередницьких правовідносин, а також визначають правовий статус кожного з видів учасників цих відносин, чим обумовлюють їх господарську правосуб'єктність. Отже, динаміка посередницьких правовідносин найбільше пов'язана саме з юридичними фактами, оскільки норми права і господарська правосуб'єктність мають більш сталий характер. Юридичні факти якраз і виступають підставами виникнення, зміни та припинення посередницьких правовідносин⁴¹. ГК, інші нормативно-правові акти господарського законодавства не містять легального переліку підстав виникнення, зміни і припинення як в цілому господарських,

³⁸ Танчук И. А. О межвидовом характере и сути хозяйственных обязательств / И. А. Танчук, В. П. Ефимочкин, Т. Е. Абова // Хозяйственные обязательства. – М.: Юрид.лит, 1970. – С. 31–122.

³⁹ Сохновский А. Ф. Правоотношения торгового посредничества между специализированными организациями / А. Ф. Сохновский // Правоведение. – 1976. – № 5. – С. 57–59.

⁴⁰ Сулейменов М. К. Хозяйственно-посреднические договоры услуг / М. К. Сулейменов // Советское государство и право. – 1973. – № 3. – С. 50–54.

⁴¹ Віхров О. Юридичні факти як підстави виникнення, зміни і припинення господарських правовідносин / О. Віхров // Право України. – 2008. – № 7. – С. 53–57.

так і посередницьких правовідносин зокрема. Разом з тим, аналіз змісту окремих норм ГК може допомогти у з'ясуванні того, з яких підстав виникають господарські правовідносини. Ст. 144 ГК передбачає підстави виникнення майнових прав і обов'язків суб'єкта господарювання. Оскільки юридичний зміст господарських правовідносин складають саме права, обов'язки суб'єктів, у т.ч. й майнові, підстави виникнення цих прав, обов'язків можна розглядати і як підстави виникнення відповідних правовідносин, – останні існують не інакше, як у правах і обов'язках їх учасників. Ст. 174 ГК закріплює підстави виникнення господарських зобов'язань, які є одним із видів господарських правовідносин, і тому підстави їх виникнення в повному обсязі входять до більш широкої категорії підстав виникнення господарських правовідносин. Викладене дає можливість назвати розширений перелік підстав, з яких можуть виникати, змінюватися і припинятися посередницькі правовідносини: безпосередньо закон або інший нормативно-правовий акт, що регулює посередницьку діяльність; акт управління посередництвом як господарською діяльністю; посередницький договір чи інша господарська угода; заявка чи звернення суб'єкта господарювання у передбачених законом випадках; інші дії суб'єктів, з якими закон пов'язує настання правових наслідків у посередництві. В кожному разі, посередницькі договори були і залишаються основою підставою виникнення посередницьких правовідносин⁴².

§ 3. Посередницькі договори: поняття особливості та види

Посередницькі договори є договорами про надання послуг. Спільним для всіх зобов'язань з надання послуг (зокрема, посередницьких) є те, що предметом їх є дії нематеріального характеру (юридичні та/або фактичні). У цьому їх основна відмінність від договорів підряду, де предметом є результат діяльності виконавця (матеріальний об'єкт). Характерними ознаками

⁴² Що правда, посередницькі правовідносини можуть виникати і внаслідок фактичного вчинення посередником дій, на підставі так званого «квазі-контракту», – юридичний склад, необхідний для виникнення правовідносин, складається з двох елементів: а) факту виконаної дії посередницького характеру, що мала корисний ефект, б) подальшого схвалення таких дій отримувачем послуги.

нематеріальних послуг як предмета зобов'язання є те, що:
а) діяльність послугонадавача не виражається в речовому результаті,
б) послугонадавач не гарантує досягнення передбачуваного результату. Зобов'язання з надання посередницьких послуг є однією з ланок системи господарсько-правових зобов'язань, в той же час система зобов'язань з надання посередницьких послуг не має замкненого, вичерпного характеру.

Посередницьке договірне правовідношення – це зобов'язання, в якому одна сторона (посередник) зобов'язується за завданням іншої сторони (замовника) надати посередницьку послугу, яка споживається в процесі вчинення першою стороною (посередником) визначеної фактичної та/або юридичної дії (здійснення діяльності), діючи в інтересах та за рахунок цієї сторони (замовника), та сприяючи останній у встановленні, зміні або припиненні правовідносин в сфері підприємницького обороту, а інша сторона (замовник) зобов'язується оплатити їй надану послугу. За посередницьким зобов'язанням, основний обов'язок виконавця послуги (посередника) полягає у безпосередньому наданні посередницької послуги, а замовника послуги – в оплаті послуги у розмірі, строки та порядку, визначеному законом або за згодою сторін.

Господарський договір про надання посередницьких послуг (посередницький договір) – це угода, за якою одна сторона – посередник (послугонадавач) зобов'язується за завданням, за рахунок та в інтересах іншої сторони – замовника (послугоотримувача) надати посередницьку послугу – виконати юридичну та/або фактичну дію (сукупність дій), а замовник (послугоотримувач) зобов'язується своєчасно та належним чином оплатити зазначену послугу.

Всі господарські договори, якими опосередковуються посередницькі правовідносини, умовно можна поділити на дві групи: 1) *загальні* – виключно посередницькі та/або представницькі договори, предметом яких є виконання юридичних та/або фактичних дій посередником за завданням, за рахунок та в інтересах замовника (доручення, комісія, агентський договір); 2) *спеціальні* – договори, що укладаються при здійсненні окремих видів посередницької діяльності й містять елементи загальних посередницьких договорів або стають посередницькими за певних умов (до цієї групи пропонується відносити й усі непоіменовані посередницькі договори). Всі договори, якими оформляються посередницькі правовідносини, може бути умовно віднесено до групи

посередницьких договорів. Спільним для всіх договірних конструкцій, якими оформляються посередницькі правовідносини, є те, що посередник діє в межах наданого йому замовником повноваження/права діяти за рахунок замовника, виконуючи юридичні та/або фактичні дії в його ж інтересах на оплатних засадах. *Посередницький договір* – це дво- або багатосторонній господарський договір платного характеру, за яким одна сторона (посередник) в інтересах іншої сторони (замовника) переважно від власного імені та/або в окремих випадках, коли до складу посередницької послуги входить супутнє вчинення окремих дій від імені замовника та за його рахунок, вчиняє дії юридичного та/або фактичного характеру, спрямовані на встановлення господарських зв'язків з іншими суб'єктами господарювання, укладення угод в сфері господарювання, що є змістом посередницької послуги.

Самостійного характеру посередницькому договору надають такі ознаки: особливість предмета договору; обмеженість суб'єктного складу; складність щодо охоплення питань, котрі необхідно враховувати при його підготовці та укладенні; сфера застосування та вид діяльності, що спрямована на задоволення тієї чи іншої потреби, а також ступінь поширення різноманітних видів вказаного договору.

Змістом посередницького договору є діяльність посередника з надання відповідних послуг замовникові (зокрема, при укладенні договорів у сфері підприємництва). Мета – забезпечення інтересів однієї особи (замовника) діями іншої особи (посередника). Найзагальнішим і принципово важливим для посередницьких договорів, пов'язаних з реалізацією товарів, є те, що право власності на нього не переходить до контрагента за договором. Особистісно-довірительних відносин між сторонами підприємницьких договорів не виникає, а отже не виникає їх і між сторонами посередницького договору, який укладається в сфері господарювання і є, як правило, підприємницьким. Сторони посередницького договору є учасниками господарських відносин. Ці майнові за своєю економічною природою відносини, як відносини обміну, є самостійними, заснованими на началах оплатності та еквівалентності, мають товарно-грошову форму. Посередницький договір у зв'язку з цим є оплатним договором, за яким посередник має право вимагати виплати йому обумовленої угодою сторін винагороди на надану ним посередницьку послугу, вчинені юридичні та/або фактичні дії в інтересах замовника, а також відшкодування понесених ним у зв'язку з цим фактичних витрат. Сторонами посередницького

договору є посередник, котрий діє в інтересах та за рахунок замовника щодо надання останньому посередницької послуги, а також безпосередньо сам замовник, задля задоволення господарських потреб якого така діяльність здійснюється. Специфіка суб'єктного складу посередницького договору полягає в тому, що посередник – це завжди підприємець, що володіє високою кваліфікацією у сфері здійснюваної ним посередницької діяльності, відзначається професіоналізмом, необхідним для надання посередницьких послуг, та відповідним рівнем знань у тій сфері, де такі послуги надаються. Як правило, професійний посередник в сфері господарювання характеризується наявністю у нього певних навиків, вмій, ділових контактів, ділової репутації тощо. Діяльність посередника носить самостійний, систематичний (постійний) характер, є основним та/або виключним видом діяльності для посередника. Професійний посередник, як і будь-який інший суб'єкт підприємництва, підлягає обов'язковій державній реєстрації, а в окремих випадках здійснює свою діяльність лише на підставі спеціального дозволу – ліцензії. Замовниками можуть виступати як фізичні та/або юридичні особи – підприємці, так і суб'єкти некомерційного господарювання. Посередницький договір є дво- або багатостороннім (при множинності осіб зі сторони замовника чи посередника, в т.ч. при здійсненні посередником діяльності в інтересах та за рахунок одночасно декількох осіб).

Сутність посередницького договору розкривається через зміст його істотних умов, до яких слід віднести умови про предмет (юридичні та/або фактичні дії, які повинен виконати посередник в інтересах замовника, а також «корисний ефект», що є бажаним для замовника результатом діяльності посередника), строк виконання посередницької послуги (вчинення відповідних дій посередницького характеру), розмір винагороди посередника (порядок оплати його послуг). Предмет посередницького договору формується з урахуванням двох факторів: а) специфіки послуги посередника, особливості котрої полягає в оплатному вчиненні посередником від власного імені юридичних та/або фактичних дій посередницького характеру в інтересах і за рахунок замовника; б) мети посередництва, якою визначається зміст дій посередника, а також зміст посередницького договору, ті права і обов'язки (повноваження), якими наділяється посередник, щоб діяти в інтересах замовника за його рахунок.

Права та обов'язки сторін у посередницькому договорі зумовлені його предметом, наповнюються конкретним змістом

залежно від сфери здійснення діяльності посередником, мети посередництва. Основні права та обов'язки сторін у посередницькому договорі з урахуванням принципу реального і належного виконання зобов'язання можна звести до наступного: 1) обов'язку посередника щодо надання посередницької послуги замовникові (змістом якої є вчинення від імені посередника юридичних та/або фактичних дій в інтересах замовника і за його рахунок) кореспондує право замовника вимагати від посередника надання йому посередницької послуги (вчинення відповідних дій посередницького характеру); 2) обов'язку замовника щодо виплати винагороди посередникові (оплати наданих ним посередницьких послуг), а також щодо відшкодування посередникові понесених ним у процесі здійснення посередницької діяльності в інтересах замовника витрат кореспондує відповідне право вимоги посередника⁴³; 3) обов'язку посередника щодо надання замовнику інформації про хід здійснення дорученої йому посередницької діяльності в інтересах замовника кореспондує відповідне право вимоги замовника на надання йому такої поточної та/або кінцевої (звіт виконавця) інформації, а обов'язкові посередника щодо надання звіту про понесені ним в інтересах замовника витрати з усіма підтверджуючими документами, якщо цього вимагає договір, кореспондує відповідне право вимоги замовника.

Основними договорами, якими в практиці господарювання опосередковуються посередницькі правовідносини, є: договір доручення, комісії та агентський договір. Усі ці договори з певною мірою умовності іменуються «посередницькими»⁴⁴. До недавнього часу вважалося, що договори доручення, комісії і агентування є однотипними, оскільки в них співпадає предмет і

⁴³ Способи виплати винагороди посередникові можуть бути різноманітними: тверда грошова сума; відсоток від вартості товарів, робіт, послуг, на просування на ринку яких було спрямовано діяльність і зусилля посередника, тощо. Практика господарювання свідчить, що оплата замовником послуг посередника може бути здійснена як у натуральній (в тому числі й через зустрічне надання), так і в грошовій формі, в той час як відшкодування витрат посередникові – це завжди грошове зобов'язання замовника.

⁴⁴ Умовність пояснюється тим, що за допомогою окремих з них здійснюється договірне оформлення і представницьких за своїм змістом правовідносин, оскільки на сучасному етапі розвитку чинного законодавства не проведено чіткого розмежування між інститутами посередництва і представництва. Більш докладно див.: Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти): монографія / В. В. Резнікова. – Хмельницький: Вид-во ХУУП, 2010. – 706 с.

регулюють вони однотипні суспільні відносини. У вітчизняному праві їх врегульовано як самостійні. Порівняльно-правовий аналіз основних «посередницьких» договорів (доручення, комісії, агентування) свідчить про наявність у них як спільних, так і відмінних рис.

Спільні риси основних посередницьких договорів:

- Ними опосередковуються господарські відносини з надання посередницьких та/або представницьких послуг, сутність яких полягає в тому, що одна особа діє в інтересах іншої, створюючи для неї певні правові наслідки. Ця обставина зумовлює певний зв'язок цих договорів, їх спільну правову природу і дає підстави для віднесення їх до однієї групи господарських договорів – «посередницьких». Отже, всі вказані договори пов'язані з наданням посередницьких послуг, вчиненням дій, які мають правові наслідки.

- Договори доручення, комісії та агентський є різновидами договорів про надання послуг, тобто таких договорів, за умовами яких одна сторона (посередник), тобто фізична або юридична особа – підприємець) бере на себе зобов'язання щодо вчинення дій за рахунок і в інтересах іншої сторони (замовника), створюючи для неї певні правові наслідки (виникнення, зміну, припинення прав і обов'язків). Такі дії посередника, які він вчиняє в інтересах замовника, обов'язково сприяють вступу замовника в правовідносини з третіми особами. Метою є забезпечення інтересів однієї особи (замовника) діями іншої особи (посередника).

- Предмет договору, надання відповідних (посередницьких за характером) послуг є однією з істотних умов зазначених видів договорів, що відрізняє їх від інших договорів (зокрема, підряду), предметом яких є не дії, а кінцевий матеріальний результат. Предметом посередницьких договорів є надання посередником посередницьких послуг замовнику щодо встановлення правовідносин із третіми особами⁴⁵. Оскільки суб'єктами посередницьких правовідносин завжди є замовник, посередник і треті особи, то за структурою посередницькі правовідносини поділяються на внутрішні (виникають між замовником і посередником) та зовнішні (виникають між посередником і третіми особами). До того ж предмет договору є обов'язковою істотною умовою для кожного з зазначених видів посередницьких договорів.

⁴⁵ Цим посередницька послуга відрізняється від інших видів послуг, посередницький договір від інших видів договорів, а посередницькі правовідносини від інших видів правовідносин.

Певне коло дій, яке складає, посередницьку послугу повинно бути чітко передбачене у посередницькому договорі. Незважаючи на таку вимогу, посередник самостійно приймає рішення вчинити ту чи іншу дію (його воля є похідною від волі замовника). В. А. Васильєва вважає, що загальною для всіх видів посередницьких договорів є можливість діяти в межах загальних вказівок довірителя. Не можна вважати, що, поки конкретне право не надане посереднику, він не може його використовувати, – специфіка посередництва полягає в тому, що права і обов'язки довіреної особи мають невизначений, дискретний характер, оскільки динамічно змінюються у процесі здійснення посередницької діяльності⁴⁶. Діяльність посередника загалом (за кожним із аналізованих видів посередницьких договорів) повинна підпорядковуватися загальним правилам, а саме: воля на вчинення певної дії має бути похідною від волі замовника; діяльність посередника повинна бути спрямована на досягнення максимально ефективного результату; дії посередника повинні відповідати «правилу розумності». Посередник за будь-яким договором не може приймати протизаконних рішень.

- Ці договори об'єднує те, що вони опосередковують відносини, учасником яких є особа (посередник), яка у правовідношенні діє не у власних інтересах, а в інтересах іншої особи. Зобов'язання посередництва задовольняють потребу у вчиненні певної дії без особистої присутності. Спорідненість договорів доручення і комісії полягає у тому, що в договорі доручення є третя особа, а також на підставі цих договорів одна сторона (повірений, комісіонер) укладає угоди в інтересах другої особи (довірителя, комітента). Спільною рисою аналізованих договорів є те, що в кожному з них одна сторона (довіритель, комітент, принципал) досягає певного результату за допомогою іншої сторони (повіреного, комісіонера, агента), тобто тієї, котра діє в інтересах, під контролем і за рахунок особи, яка надає відповідне доручення (замовляє надання посередницької послуги).

- Щодо співвідношення договорів комісії і доручення, то договір комісії – це договір про надання посередницьких послуг, який за своїми основними ознаками дуже подібний до договору доручення. За договором комісії вчиняються угоди не безпосередньо особою, яка зацікавлена в їх кінцевому результаті, а за її дорученням, за її рахунок іншою особою. Подібно до договору

⁴⁶ Васильєва В. А. Істотні умови посередницького договору / В. А. Васильєва // Університетські наукові записки. – 2006. – № 1 (17). – С. 79–82.

доручення предметом комісії є вчинення однієї чи декількох угод, що їх укладає комісіонер з третіми особами за рахунок комітента щодо купівлі-продажу майна. Це робить інститут комісії схожим і до комерційного посередництва, що оформляється агентськими договорами, предметом яких є також укладення угод. Подібно до договору доручення, предметом договору комісії є юридичні дії. Однак дії, які вчиняє комісіонер за дорученням комітента, породжують правові наслідки не для нього, а для комітента. Внутрішня сторона взаємовідносин між комітентом та комісіонером також має де в чому спільні риси зі взаємовідносинами довірителя і повіреного (основою таких взаємовідносин є договір доручення). Схожість договорів доручення і комісії в тому, що і в договорі доручення є третя особа, а також у тому, що на підставі цих договорів одна сторона (повірений, комісіонер) укладає угоди в інтересах другої сторони (довірителя, комітента).

- При використанні цих договорів у сфері торгівельної діяльності право власності на товар не переходить до посередника.

- Зазначені господарські договори є двосторонніми (хоч можуть бути і багатосторонніми), взаємними і оплатними. Агентський договір завжди оплатний за ч. 1 ст. 301 ГК, де визначено, що комерційний агент отримує агентську винагороду за посередницькі операції. Договір комісії також оплатний. Якщо розмір комісійної плати в договорі не визначено, то така плата здійснюється з урахуванням звичайних цін на такі послуги після закінчення виконання договору (ст. 1013 ЦК). Аналіз норм ЦК дає підстави для висновку, – договір доручення може бути оплатним і безоплатним (ст. 1002 ЦК). Безоплатним він буде лише тоді, коли про це прямо вказано в договорі доручення. Якщо сторони з будь-якої причини не обумовили в договорі винагороду повіреного, договір вважається оплатним. Довіритель в цьому разі зобов'язаний оплатити послугу повіреного після виконання ним доручення за звичайними цінами на такі послуги. Однак протилежний висновок впливає з аналізу змісту відповідних норм ГК. Істотними умовами господарських договорів доручення, комісії, агентування, що укладаються між суб'єктами господарювання, на відміну від його цивільно-правового аналогу, є не тільки умова про предмет договору, але й умова про строк, ціну (оплату послуг посередника, його «винагороду»). Це логічно впливає зі змісту ч. 3 ст. 180 ГК, – при укладенні господарського договору сторони зобов'язані в будь-якому разі погодити предмет, ціну і строк дії договору.

Господарський договір (доручення, комісія, агентування), що укладається між суб'єктами господарювання не може бути безоплатним і безстроковим. Якщо розглядати умови про строк дії і ціну договору як істотні (підставою для такого тлумачення є назва ст. 180 ГК «Істотні умови...»), то недодержання сторонами вказаного обов'язку відповідно до норм ч. 8 ст. 181 ГК повинно спричинити визнання договору неукладеним (таким, що не відбувся) із застосуванням відповідних правових наслідків. Ціна визначається як істотна умова договору і в ч. 2 ст. 189 ГК. Відповідно до положень ст. 632 ЦК, ціна у договорі встановлюється за домовленістю сторін. Якщо ціну не встановлено і її не може бути визначено виходячи з умов договору, то вона визначається на основі звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги (посередницькі) на момент укладення договору.

• За кожним із основних посередницьких договорів (незалежно від того, діє посередник від свого імені чи від імені замовника) посередник завжди діє за рахунок і в інтересах іншої особи (замовника). З точки зору економічного результату, немає значення, від чийого імені діє посередник (від свого імені чи від імені замовника), головне – в чітких інтересах він діє, чий інтерес він обслуговує своїми діями. В літературі зауважується, – факт вчинення дій в чужому інтересі вказує на наявність правового зв'язку з особою, чий інтерес репрезентується, проте тлумачення чужого інтересу через призму договірної зобов'язання слід проводити тільки з урахуванням майнового компонента, оскільки в площині договірної зобов'язання інтерес, незалежно від того, в якій сфері він виникає, проходить стадію вартісної оцінки, оскільки йдеться про предмет правового регулювання⁴⁷. Посередницьке правовідношення, в основі якого лежить представницьке повноваження, завжди направлене на правове забезпечення можливості «юридично» бути присутнім одночасно в декількох місцях. В такій «множинності» особи як суб'єкта правовідносин полягає головний юридичний інтерес посередницького зобов'язання. Об'єктом інтересу завжди є різноманітні блага (зокрема, корисний результат), які мають здатність задовольняти потреби суб'єктів права. Самі ж суб'єктивні права і правовідносини є правовими засобами реалізації інтересів з приводу отримання цих

⁴⁷ Васильєва В. А. Істотні умови посередницького договору / В. А. Васильєва // Університетські наукові записки. – 2006. – № 1 (17). – С. 82.

благ. Об'єкт підприємницького договору є одночасно і об'єктом інтересу однієї зі сторін, тим благом, задля отримання якого суб'єкт вступає в договірне правовідношення. Договірне правовідношення може містити у своїй структурі один або декілька об'єктів прав; незалежно від цього об'єктів інтересу в договірному правовідношенні завжди декілька. Кожна з сторін, укладаючи договір, має на меті реалізацію власного інтересу, об'єктом якого фактично є зустрічне задоволення. В посередницькому договірному правовідношенні, що виникає на підставі будь-якого з основних посередницьких договорів, кожна сторона має на меті задоволення власного інтересу (інтерес посередника полягає в отриманні винагороди за вчинення посередницьких дій, надання відповідних послуг), однак, вчиняючи юридичні та/або фактичні дії, що є предметом кожного з основних посередницьких договорів, посередник повинен діяти виключно в інтересах замовника, і саме інтереси замовника (а не власні та/або третіх осіб) посередник повинен обслуговувати своїми діями.

Відмінні риси основних посередницьких договорів:

- На відміну від договорів доручення, комісії, сферою застосування агентських договорів є винятково господарська (підприємницька) діяльність. На це насамперед вказує те, що агентською діяльністю, за визначенням, є підприємницька діяльність, яка в свою чергу, обумовлює наявність статусу підприємця в суб'єктів, які надають відповідні послуги. За договором доручення як довіритель, так і повіреним може бути просто фізична особа, фізична особа – підприємець, а також будь-яка юридична особа. Сторонами агентського договору (принципалом і комерційним агентом) можуть бути тільки суб'єкти господарювання (ст. 295 ГК): згідно з ч. 2 ст. 295 ГК комерційним агентом може бути суб'єкт господарювання (громадянин чи юридична особа), який за повноваженням, заснованим на агентському договорі, здійснює комерційне посередництво; наявність статусу суб'єкта підприємництва в агента обумовлена визнанням агентської діяльності підприємницькою (ч. 1 ст. 295 ГК). Отже, прямих вимог щодо наявності у клієнта за агентським договором статусу суб'єкта господарювання законодавство не містить. Проте вказівка у визначенні агентської діяльності на здійснення господарської діяльності, в процесі чи з приводу якої укладається агентський договір, вказує на те, що обидві сторони агентського договору (як агент, так і клієнт) повинні мати статус

підприємця. Чинне законодавство в більшості випадків не передбачає конкретних обмежень щодо участі в зобов'язальних посередницьких правовідносинах, що впливають із договорів доручення і комісії, окремих осіб чи організацій при безпосередньому здійсненні посередництва. Сторонами договорів комісії і доручення можуть бути як юридичні особи, так і фізичні особи – підприємці. Однак, якщо для замовника чи виконавця посередницької послуги участь у посередницьких правовідносинах спрямована на отримання прибутку та/або його участь у посередницькій діяльності можна кваліфікувати як підприємництво, то вони повинні бути зареєстровані у встановленому чинним законодавством порядку як суб'єкти господарювання, і тільки за таких підстав посередницька діяльність та правовідносини, що складаються при цьому, будуть господарськими.

- Подібно до договору доручення, предметом договору комісії є вчинення одного чи декількох правочинів. Це робить інститут комісії схожим до інституту комерційного посередництва, що оформляється агентськими договорами, предметом яких є також укладення угод, і, відповідно, відрізняє від інституту доручення, предметом якого є «вчинення юридичних дій», в т.ч. і укладення угод. За договором комісії зміст доручення комісіонеру обмежується вчиненням «правочинів», тоді як за договором доручення повіреному доручається вчинення «юридичних дій». Останнє поняття, крім вчинення тих самих правочинів, передбачає вчинення інших юридичних дій (складання документів, представництво в суді тощо). За договором доручення повірений виконує лише юридичні дії, але порівняно з комісіонером, його повноваження є ширшими: повірений вчиняє не тільки правочини, але й виконує інші дії юридичного характеру (приймає виконання договору, видає довіреності в порядку передоручення, у разі спору представляє інтереси довірителя у суді тощо). За договорами агентським, управління майном агент та управитель вчиняють не тільки юридичні, але й фактичні дії (ч. 2 ст. 1038 ЦК; ч. 1 ст. 297 ГК).

- Особливість договору комісії (порівняно з договорами доручення і агентським) полягає в тому, що комісіонер укладає угоди в інтересах комітента за його дорученням, за його рахунок, але від свого імені (ст. 1011 ЦК). Отже, права і обов'язки за укладеною угодою з третьою особою придбаває комісіонер, а не комітент. У цьому відмінність договорів комісії, договору та агентування. За договором доручення повірений виконує юридичні

дії не від свого імені, а від імені особи, за дорученням якої він діє, внаслідок чого зобов'язальні правовідносини виникають між особою, яку він представляє, та третьою особою. Таким чином, правочин, вчинений повіреним, створює, змінює, припиняє суб'єктивні права і обов'язки для довірителя. Відносини комерційного посередництва передбачають участь у них особливої категорії підприємців – агентів. Особливістю цих відносин є те, що агент не заміщує особу суб'єкта, якого він представляє, – комітента (у договорі комісії) чи довірителя (у договорі доручення). Тим часом за договором комісії комісіонер діє хоч і за дорученням іншої особи, однак від власного імені, самостійно набуває прав за вчиненими в інтересах комітента правочинами зі сторонніми особами. Головною ознакою, яка відрізняє договір доручення від договору комісії, є те, що повірений діє від імені довірителя, у той час як комісіонер діє у правовідношенні від власного імені, хоч і в інтересах іншої особи (ст. 1011 ЦК). Правовим наслідком цієї відмінності є те, що внаслідок угод, укладених повіреним з третіми особами, права і обов'язки набуває безпосередньо довіритель, тоді як за договором комісії угоди, укладені комісіонером з третіми особами, для комітента будь-яких прав і обов'язків не породжують, бо це права і обов'язки самого комісіонера. Зобов'язання, що виникають між комісіонером і третіми особами, – автономні зобов'язання, хоча в основному їх зміст визначається змістом комісійного доручення (щодо предмету, ціни тощо). У комісіонера виникають права і обов'язки щодо третьої особи, повірений же ніяких прав і обов'язків за укладеними угодами не набуває. Договір комісії обумовлює виникнення двох видів правовідносин: між комісіонером і комітентом, комітентом і третіми особами. За договором доручення ніяких правовідносин між повіреним і третіми особами не виникає, вони існують лише між довірительцем і третіми особами. Таким чином, на відміну від договору доручення, де має місце пряме представництво (повірений виступає від імені довірителя), у договорі комісії комісіонер – це сторона, яка виконує договір, виступає в інтересах комітента, але від власного імені, що унеможливорює виникнення представницьких правовідносин. Договір доручення відрізняється і від агентського договору, але не за вказаною ознакою. Відповідно до ч. 1 ст. 297 ГК, агент також діє від імені особи, яку він представляє. Разом з тим на відміну від договору доручення, агент вчиняє не тільки юридичні, а й фактичні дії (надає фактичні послуги). Комерційний агент надає суб'єкту,

якого він представляє, послуги в укладенні угод, сприяє їх укладенню. В цьому разі до обов'язків агента можуть входити як безпосереднє укладення угоди в інтересах суб'єкта, якого він представляє, на умовах, що вказані в агентському договорі, так і пошук можливих партнерів в широкому розумінні, що охоплюється категорією «сприяння». У договорі доручення повірений вчиняє певні юридичні дії за дорученням довірителя за його рахунок і від його імені (ст. 1000 ЦК). Юридичні дії повіреного можуть бути спрямовані як на укладення договорів, їх виконання, так і на вчинення процесуальних дій, організацію оформлення правоустановчих документів тощо. Завдяки виконанню повіреним певних юридичних дій довіритель може реалізувати свої права й виконати обов'язки або набути, змінити, припинити їх. Предметом агентського договору можуть бути не тільки юридичні дії, але й фактичні послуги (ч. 1 ст. 297 ГК), які не спричиняють виникнення, зміни або припинення правовідносин особи, яку представляє комерційний агент. Таким чином, через те, що комерційний агент діє за рахунок суб'єкта, якого він представляє, агентський договір за своїм змістом подібний до договору доручення (чого не можна сказати про договір комісії, за яким комісіонер діє від власного імені). Однак, послуга комерційного агента за агентським договором обмежується лише «укладенням» угоди від імені довірителя, «сприянням» її укладенню. Натомість за договором доручення повірений може надавати послугу як з укладення угод, так і з їх виконання, зміни чи припинення, а також вчиняти інші юридичні дії. З урахуванням можливості вчинення виключно юридичних дій (без урахування можливості надання фактичних послуг), – сфера укладення агентського договору є вужчою порівняно з договором доручення. Водночас як у договорі доручення, комісії, так і в агентському договорі предмет договору є істотною умовою цих договорів.

- Договір комісії, на відміну від агентського договору або договору доручення, не є підставою виникнення відносин представництва.

- Повірений зобов'язаний виконати доручення особисто, якщо інше не передбачене договором. Однак він може з власної ініціативи передоручити виконання доручення третій особі, якщо обставини змусять його до цього з метою охорони інтересів довірителя. Про передоручення він негайно повідомляє довірителю. За договором комісії, за згодою комітента комісіонер має право укласти договір

субкомісії з третьою особою (субкомісіонером), залишаючись відповідальним за дії субкомісіонера перед комітентом. За договором субкомісії комісіонер набуває щодо субкомісіонера права, обов'язки комітента). У виняткових випадках, якщо цього вимагають інтереси комітента, комісіонер має право укласти договір субкомісії без згоди комітента. Комерційний агент повинен особисто виконати дане йому доручення (ч. 1 ст. 300 ГК). На відміну від повіреного, агенту заборонено на свій розсуд передавати свої права за агентським договором третім особам, якщо інше прямо не передбачене в самому договорі (ч. 2 ст. 300 ГК).

- По-різному здійснюється і припинення цих договорів за спеціальними підставами. Характерною ознакою договорів про надання послуг є те, що сторони мають право відмовитися від договору в будь-який час. Однак попри те, що можливість відмови від договору є спільною ознакою для всіх договорів про надання послуг, все ж процес такої відмови для кожного виду договору (доручення, комісії, агентування) має свої особливості.

Договір доручення може бути розірваний в односторонньому порядку за бажанням будь-якої зі сторін у будь-який час, оскільки чинним законодавством передбачена можливість відмови довірителя, повіреного від договору. Відмова від права на відмову від договору доручення є нікчемною. Сторони не вправі включити в договір положення, відповідно до якого довіритель та повірений можуть розірвати договір тільки за взаємною згодою і не в змозі відмовитися від нього в односторонньому порядку. Така домовленість є нікчемною (недійсною в силу прямого припису закону). Навіть якщо сторони включають її у договір, вона не буде мати правового значення. Таке правило пояснюється довірчим підґрунтям договору доручення і свободою сторін у вирішенні питання щодо його існування. Є спеціальне правило стосовно припинення договору доручення за участю повіреного, який діє як підприємець: для припинення договору сторона, яка відмовляється від нього, має про це повідомити другу сторону не пізніше, ніж за один місяць до його припинення, якщо триваліший строк не встановлено договором. Попередження сторони щодо припинення договору заздалегідь спрямовано на забезпечення інтересів як довірителя, так і повіреного. Воно враховує особливості підприємницької діяльності повіреного. Потрібно враховувати що: а) збитки, завдані повіреному припиненням договору внаслідок відмови довірителя від договору доручення не відшкодовуються

(крім випадку, коли повірений діяв як комерційний представник); б) збитки, завдані довірителеві припиненням договору внаслідок відмови повіреного від договору доручення, відшкодовуються лише у разі відмови повіреного від договору за таких умов, коли довіритель позбавлений можливості інакше забезпечити свої інтереси, а також відмови від договору, за яким повірений діяв як комерційний представник. В літературі звертається увага на те, що в ст. 1008 ЦК, яка визначає підстави припинення договору доручення, не йдеться про таку підставу, як припинення юридичної особи (довірителя або повіреного)⁴⁸. Таку підставу було закріплено в п. 4 ч. 1 ст. 192 ЦК УРСР 1963 р. Незважаючи на відсутність в ст. 1008 ЦК вказівки щодо припинення договору доручення в разі припинення юридичної особи – сторони договору, висновок щодо цього можна зробити на основі аналізу окремих норм ЦКУ. Зокрема, в ч. 2 ст. 1010 ЦК, яка визначає обов'язки ліквідатора юридичної особи (повіреного), зазначено, що ліквідатор повинен повідомити довірителя про припинення договору доручення. Факт припинення договору доручення у випадку ліквідації юридичної особи – повіреного сумнівів не викликає. В такому випадку необхідно застосовувати ст. 609 ЦК, згідно з якою зобов'язання припиняється ліквідацією юридичної особи (боржника або кредитора), крім випадків, коли обов'язки боржника не покладаються на іншу особу. Отже, незважаючи на те, що в ст. 1008 ЦК прямо не передбачено, що в разі ліквідації юридичної особи – довірителя або повіреного договір доручення припиняється (ст. 609, ч. 2 ст. 1010 ЦК). На цьому фоні викликає певні зауваження абз. 2 ч. 3 ст. 1008 ЦК, згідно з яким у разі припинення юридичної особи, яка є комерційним представником, довіритель має право відмовитися від договору доручення без попереднього повідомлення про це повіреному. Ця норма в повному обсязі не збігається зі ст. 609 та ч. 2 ст. 1010 ЦК, згідно з якими, як вже зазначалося, у разі ліквідації юридичної особи – учасника договору сам договір також припиняється. Відомо, що припинення юридичної особи може бути пов'язано або не пов'язано з правонаступництвом. Якщо має місце перший варіант і юридична особа припиняється з переданням всього свого майна, прав та обов'язків іншим юридичним особам (злиття, приєднання,

⁴⁸ Науково-практичний коментар цивільного кодексу України: У 2т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. II. – С. 666–667.

поділ, перетворення), то діє правило, встановлене абз. 2 ч. 3 ст. 1008 ЦК. Мається на увазі ситуація, коли повірений, який діє як підприємець, припиняє свою діяльність і його обов'язок з договору доручення переходить до іншої юридичної особи – правонаступника. Особа правонаступника може не задовольняти довірителя, тому йому дається право відмовитися від договору доручення негайно, без попереднього повідомлення про це повіреному. Якщо довіритель не заперечує, виконання зобов'язання може бути покладено на іншу особу – правонаступника. В такому разі договір буде продовжувати свою дію на майбутнє. Це правило збігається і з ч. 1 ст. 107 ЦК. Інша ситуація виникає, якщо юридична особа – повірений припиняється внаслідок ліквідації, тобто без правонаступництва. У такому разі правило абз. 2 ч. 3 ст. 1008 ЦК не діє і зобов'язання припиняється внаслідок припинення юридичної особи – боржника (ст. 609, ч. 2 ст. 1010 ЦК). У зв'язку з тим, що договір припинив свою дію, довірителеві немає від чого відмовлятися. Інше свідчило б про можливість існування зобов'язання без боржника. Достатньо вказати, що згідно з закріпленим в абз. 2 ч. 3 ст. 1008 ЦК правилом відмова від договору є правом довірителя. Виходить, що у разі, коли довіритель не відмовиться від договору, той буде продовжувати свою дію і після припинення юридичної особи – повіреного. З цим погодитися не можна. Слід вважати, що у разі припинення юридичної особи – повіреного або довірителя без правонаступництва (ліквідація) договір доручення припиняється, а ліквідатор юридичної особи – учасник договору зобов'язаний повідомити іншу сторону про його припинення. Якщо ж припинення здійснюється з правонаступництвом, договір доручення може бути припинено внаслідок відмови від нього довірителя.

Агентський договір може бути дострокового припинений за угодою сторін. Вказаний договір може бути припинений в односторонньому порядку у разі: а) відкликання повноважень комерційного агента суб'єктом господарювання, якого агент представляє; б) відмови комерційного агента від подальшого здійснення комерційного посередництва. Отже, для агентського договору ГК також допускається одностороння відмова від виконання договору. Право односторонньої відмови від виконання договору надається як комерційному агенту, так і суб'єкту господарювання, якого агент представляє. Так право на розірвання агентського договору в односторонньому порядку надано

принципалу. Він зобов'язаний повідомити про це агента не менше ніж за один місяць, якщо більш тривалий термін не визначено договором (ст. 304 ГК). Комерційний агент може скористатися таким правом лише в тому випадку, якщо агентський договір укладено без визначення терміну його дії. Згідно зі ст. 1025 ЦК, комітент також має право відмовитися від договору комісії.

Якщо *договір комісії* укладено без визначення строку, комітент повинен повідомити комісіонера про відмову від договору не пізніше ніж за 30 днів. У разі відмови комітента від договору комісії, він повинен у строк, встановлений договором, а якщо такий строк не встановлено, – негайно розпорядитися своїм майном, яке є у комісіонера. У випадку невиконання комітентом цього обов'язку комісіонер має право передати це майно на зберігання за рахунок комітента або продати майно за найвигіднішою для комітента ціною. У разі такої відмови комісіонер має право на відшкодування витрат, зроблених ним у зв'язку з виконанням договору. Ст. 1026 ЦК дозволяє комісіонеру відмовитися від договору комісії лише тоді, коли строк не встановлено договором. Комісіонер повинен повідомити комітента про відмову від договору не пізніше, ніж за 30 днів. Комісіонер, який відмовився від договору комісії, повинен вжити заходів, необхідних для збереження майна комітента. У разі відмови комісіонера від договору комісії, комітент повинен розпорядитися своїм майном, яке є у комісіонера, протягом 15 днів від дня отримання повідомлення про відмову комісіонера від договору. У випадку невиконання комітентом цього обов'язку комісіонер має право передати це майно на зберігання за рахунок комітента або продати майно за найвигіднішою для комітента ціною.



Запитання та завдання для самоконтролю:

1. Дайте визначення поняття господарського посередництва.
2. Які доктринальні підходи щодо розуміння правової природи посередництва Вам відомі?
3. Назвіть ознаки господарського посередництва.
4. За якими критеріями можлива класифікація господарського посередництва?
5. Яка структура посередницьких правовідносин?

6. Які наукові концепції щодо правової природи повноважень посередника Вам відомі?
7. Які ознаки властиві посередницьким правовідносинам?
8. Назвіть види посередницьких правовідносин.
9. Які особливості суб'єктного складу посередницьких правовідносин?
10. За якими критеріями можлива класифікація посередників?
11. Що є об'єктом посередницьких правовідносин?
12. Дайте загальну характеристику посередницьким договорам.
13. Як співвідносяться між собою основні посередницькі договори? Назвіть спільні та відмінні риси договорів доручення та комісії, агентського договору.

ГЛАВА 2.

МЕДІАЦІЯ (ПОСЕРЕДНИЦТВО) ЯК СПОСІБ ВИРІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ

§ 1. Поняття, принципи та переваги медіації як одного з альтернативних способів вирішення господарських спорів

Як показує досвід, за наслідками судового чи третейського розгляду господарського спору, добре, якщо хоча б одна сторона є задоволеною результатом. Здебільшого результатом повністю або частково є незадоволеними обидві сторони. На відміну від вітчизняної практики, де судовий порядок (в межах господарського та/або адміністративного судочинства) є переважаючим, у зарубіжній практиці позасудові (альтернативні судовим) способи вирішення спорів (комерційних, торгових, економічних тощо) зазнали більш широкого застосування.

Альтернативне вирішення спорів визначається як *група процесів, за допомогою яких вирішуються спори, конфлікти і справи, без звернення до судових розглядів*. Це переговори, медіація, арбітраж, технології оцінки справи й приватного суддівства, – всі вони призначені допомогти залученим у конфлікті сторонам дійти обопільної згоди у вирішенні справи⁴⁹. *Альтернативне врегулювання спорів – це також група процесів, за допомогою яких вирішуються спори і конфлікти без звернення до формальної системи судочинства*. Альтернативне врегулювання спорів здійснюється, як правило, недержавним органом чи приватною особою, виходячи з принципів добровільності, нейтральності, конфіденційності, диспозитивності, рівноправності⁵⁰. Основне призначення цих позасудових процесів, що в сукупності іменуються альтернативним

⁴⁹ Кимберли К. Ковач. *Фундаментальные основы альтернативного разрешения споров* / Ковач К. Кимберли // *Материалы 3-й ежегодной конференции по внесудебному разрешению коммерческих споров* [перевод Украинского центра согласия]. – [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/ADR_Kovach.html.

⁵⁰ Притика Ю. Д. *Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді* : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Ю. Д. Притика. – Київ, 2006. – 29 с.

врегулюванням спорів, полягає в тому, що за їх допомогою відбувається «фільтрування» тих правових спорів, які дійсно потребують повного судового розгляду, від тих, які можливо вирішити в позасудовому порядку. Їх запровадження в правові системи європейських держав обумовлене прагненням таких держав до забезпечення ефективного захисту прав своїх як громадян, так і юридичних осіб, до ліквідації правових конфліктів на добровільних засадах.

Розвиток альтернативних форм вирішення економіко-правових конфліктів, не дивлячись на відмінності правових систем в різних державах, має багато спільного. Зокрема, застосовуються одні й ті ж способи врегулювання спору, хоча частково різняться їх процедура. Загалом, європейська практика позасудового вирішення конфліктів здійснюється у таких основних формах: (а) *третейський суд або арбітраж (arbitration)* – вирішення спору за допомогою незалежної, нейтральної особи – арбітра (або групи арбітрів), який уповноважений винести обов'язкове для сторін рішення; (б) *посередництво або медіація (mediation)*, що передбачає врегулювання правового конфлікту за допомогою незалежного, нейтрального посередника, який сприяє сторонам у досягненні згоди; (в) *переговори або неогоціація (negotiation)* – спосіб врегулювання економіко-правового спору безпосередньо сторонами без участі інших осіб⁵¹. Критеріями такого розподілу є участь у врегулюванні розбіжностей третьої особи або її повноваження. Елементи цих трьох «чистих» форм входять складовою частиною до багатьох інших процедур (так, наприклад, посередництво часто використовується як посередня процедура до початку судового розгляду).

Відповідно одним із таких альтернативних способів вирішення економічних конфліктів, який дедалі більше привертає до себе увагу в Україні, є медіація як особлива форма посередництва при врегулюванні господарських спорів, що виникають між учасниками господарських відносин.

Окремі питання визначення поняття, ознак медіації, практичних аспектів її застосування як альтернативного способу захисту прав учасників різних категорій спорів досліджувались, зокрема, у працях: Н. Бондаренко-Зелінської, Г. Єрьоменко, К. Канішевої,

⁵¹ Бондаренко-Зелінська Н. Л. Запровадження альтернативних способів врегулювання спорів: європейський досвід для України / Н. Л. Бондаренко-Зелінська // Приватне право і підприємництво: збірник наукових праць. – Випуск 8. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2009. – С. 163.

Л. Момот, Ю. Притики, Д. Проценко, Ю. Сліпченко, Г. Ульянової та ін. В той же час, актуальні питання впровадження практики вирішення господарських спорів у позасудовому порядку, зокрема за участю медіатора, не зазнали достатньо широкого висвітлення у вітчизняних наукових дослідженнях. Разом з тим, визначення правових засад запровадження медіації, визначення категорій господарських спорів, вирішення яких можливе за участі медіатора, має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки має сприяти більш ефективному захисту прав та інтересів суб'єкта господарювання.

У сучасній доктрині немає єдиного підходу до розуміння сутності такого альтернативного способу вирішення господарсько-правових конфліктів, як медіація. Поняття *«медіація»* походить від латинського *«mediare»* – бути посередником. Медіація – це міжнародний, загальноживаний термін, що відповідає українському терміну «посередництво». *Медіація* визначається як *переговори за участі нейтрального посередника (медіатора), добровільний і конфіденційний процес, в якому нейтральна третя сторона (медіатор) допомагає конфліктуючим сторонам досягти взаємоприйнятної угоди, як метод, за яким сторони управляють і володіють як самим процесом, так і його результатом – угодою, тобто нічого не вирішується без згоди сторін*⁵². *Медіація* означає *структурований процес, незалежно від його назви або посилання на нього, за допомогою якого дві або більше сторін спору намагаються самостійно, на добровільній основі, досягти згоди для вирішення спору за підтримки медіатора*⁵³. *Медіація* – це діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу й урегулювання спору самостійно самими сторонами⁵⁴. Зазначені визначення є нормативними.

В соціальній психології вчені розглядають *медіацію* як специфічну форму врегулювання спірних питань, конфліктів, узгодженні інтересів

⁵² Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18 березня 2004 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

⁵³ Про деякі аспекти медіації у цивільних та господарських правовідносинах: Директива 2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21 травня 2008 р. – [електронний ресурс]. – Режим доступу: [http:// www.ukrmediation.com.ua](http://www.ukrmediation.com.ua).

⁵⁴ Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10.05.2006 р. [електронний ресурс] // Комп'ютерна правова система «Нормативні акти України»: база даних ЗАТ «Інформтехнологія». – Режим доступу: [http:// www.nau.kiev.ua](http://www.nau.kiev.ua).

та/або як технологію вирішення конфлікту за участю нейтральної третьої сторони. В той же час, в правовій доктрині *медіацією* називають також процес переговорів, коли до вирішення спірного питання залучається нейтральна сторона – медіатор (посередник), яка веде цей переговорний процес, вислуховує аргументацію сторін щодо суті спору й активно допомагає сторонам зрозуміти свої інтереси, оцінити можливість компромісів і самостійно прийняти рішення, що задовольнить усіх учасників переговорів⁵⁵. *Медіація (посередництво)* розглядається також як добровільний і конфіденційний процес розв'язання будь-якого спору, в якому нейтральна третя особа допомагає сторонам досягнути домовленості (згоди) в їхньому спорі шляхом переговорів⁵⁶. Визначають *медіацію* і як певний підхід до розв'язання конфлікту, в якому нейтральна третя сторона забезпечує структурований процес, для того, щоб допомогти конфліктуючим сторонам прийти до взаємно прийняттого вирішення спірних питань. О. В. Белінська розуміє під поняттям «*медіація*» добровільний та конфіденційний спосіб вирішення конфліктної ситуації, де медіатор у ході структурованої процедури допомагає учасникам конфлікту вступити у прямі перемовини з метою вироблення спільного рішення щодо проблеми (головними ознаками медіації авторка вважає добровільність, конфіденційність, наявність структурованої процедури проведення, часткове втручання третьої сторони (медіатора), що передбачає допомогу у налагодженні спілкування та сприяння проходженню справи)⁵⁷. На думку Г. В. Єрмоєнко, *медіація* – це процес переговорів, коли до вирішення спірного питання залучається нейтральна сторона – медіатор (посередник), яка веде цей переговорний процес, вислуховує аргументацію сторін щодо суті спору і активно допомагає сторонам зрозуміти свої інтереси, оцінити можливість компромісів і самостійно прийняти рішення, що задовольнить всіх учасників переговорів⁵⁸.

Враховуючи відсутність спеціального закону, який врегулював би порядок проведення медіації, маємо лише

⁵⁵ Ульянова Г. О. Актуальні питання запровадження медіації у сфері права інтелектуальної власності / Г. О. Ульянова // Південноукраїнський правничий часопис. – 2010. – № 3. – С. 66.

⁵⁶ Кузьмина М. Юридический конфликт: теория и практика разрешения / М. Кузьмина. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 59–60.

⁵⁷ Белінська О. В. Медіація – альтернативне вирішення спорів / О. В. Белінська // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 1 (5). – С. 158–159.

⁵⁸ Єрмоєнко Г. Медіація як спосіб вирішення спорів / Г. Єрмоєнко // [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://innovations.com.ua/uk/interview/6/39/374>.

можливість проаналізувати ті визначення поняття «медіація», які наводяться у законопроектах. Так, у ст. 2 Проекту Закону України «Про медіацію» № 3665 від 17.12.2015 р. медіація визначається як альтернативний (позасудовий) метод вирішення спорів, за допомогою якого дві або більше сторони спору намагаються в рамках структурованого процесу за участі медіатора досягти згоди для вирішення їх спору⁵⁹. В альтернативному законопроекті № 3665-1 від 29.12.2015 р. під медіацією пропонується розуміти позасудову процедуру врегулювання конфлікту (спору) шляхом переговорів за допомогою одного або декількох посередників (медіаторів)⁶⁰.

Для порівняння варто звернутись також до зарубіжного досвіду визначення поняття медіації, зокрема, й у сфері господарських правовідносин. Наприклад, ст. 3 Федерального Закону Російської Федерації «Про альтернативну процедуру врегулювання спорів за участю посередника (процедура медіації)» від 27.07.2010 р. визначає процедуру медіації як «спосіб врегулювання спорів за сприянням медіатора на основі добровільної згоди сторін із метою досягнення ними взаємоприйнятного рішення»⁶¹. Ст. 2 Закону «Про медіацію» Республіки Казахстан від 28.01.2011 р. визначає медіацію як процедуру врегулювання спору (конфлікту) між сторонами за сприянням медіатора (медіаторів) з метою досягнення ними взаємоприйнятного рішення, що реалізується за добровільною згодою сторін⁶². Як переговори сторін за участю медіатора з метою врегулювання спору (спорів) сторін шляхом напрацювання ними взаємоприйнятного рішення визначає медіацію Закон Республіки Білорусь «Про медіацію» від 12.06.2013 р.⁶³. Закон Республіки Молдова «Про медіацію» від 14.06.2007 р., визначає медіацію як

⁵⁹ Про медіацію : Проект Закону №3665 від 17.12.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

⁶⁰ Про медіацію : Проект Закону №3665-1 від 29.12.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57620.

⁶¹ Федеральний Закон Российской Федерации «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» №193-ФЗ от 27 июля 2010 г. // СЗ РФ. – 2010. -№31,- Ст. 4162.

⁶² Закон Республики Казахстан «О медиации» от 28 января 2011 года // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30927376#pos=250;34.

⁶³ Закон Республики Беларусь «О медиации» от 12 июля 2013 года № 58-3 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravo.by/main.aspx?guid=3871&pO=H11300058&p1=1>.

альтернативний спосіб вирішення конфлікту між сторонами за взаємною згодою за допомогою третьої особи⁶⁴.

У європейських країнах розуміння медіації ґрунтується в основному на положеннях Директиви № 2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради Європи «Про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах». Так, відповідно до Стандартів проведення медіації Республіки Польща під «медіацією» розуміється добровільний та конфіденційний процес, у якому фахово підготовлена незалежна стороння особа за згодою сторін допомагає їм вирішити конфлікт (стандарт VI)⁶⁵. Закон Греції 3898/2010 «Про медіацію» визначає медіацію як структурований процес, під час якого дві або більше сторін за допомогою посередника намагаються вирішити спір на добровільній основі з метою досягнення згоди⁶⁶. Закон Республіки Болгарія «Про медіацію» визначає медіацію як добровільну та конфіденційну процедуру позасудового вирішення спору, під час якої третя особа – медіатор допомагає сторонам у досягненні згоди⁶⁷. Закон Німеччини «Про медіацію» від 21.07.2012 р. визначає медіацію як конфіденційний та структурований процес, під час якого сторони намагаються на добровільній основі та автономно досягти взаємоприйняттого вирішення їх конфлікту за допомогою одного або декількох медіаторів⁶⁸.

Щодо законодавства інших країн світу, то, наприклад, Закон Мальти «Про медіацію» від 21.12.2004 р. (Malta Mediation Act)⁶⁹

⁶⁴ Закон Республіки Молдова «О медиации» от 14 июня 2007 года №134-XVI // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=22397.

⁶⁵ Standardy prowadzenia mediacji i postpowania mediatora. Uchwalone przez Radę w dniu 26 czerwca 2006 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.ms.gov.pl/mediacje/adr_standardy_mediacji.rtf.

⁶⁶ Mediation in Greece/ Current Trends, Future opportunities [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gmi-mediation.com/1giannopoulou.aspx>.

⁶⁷ Mediation Act. Promulgated, State Gazette No. 110/17.12.2004, amended and supplemented, SG No. 86/24.10.2006, supplemented, SG No. 9/28.01.2011, amended and supplemented, SG No. 27/1.04.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112:mediation-act&catid=30:actsformmediation&Itemid=74&lang=bg.

⁶⁸ MediationsG. Ausfertigungsdatum: 21.07.2012. Vollzitat: «Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577)» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/mediationsg/gesamt.pdf>.

⁶⁹ Mediation Act. 21st December, 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8940&l=1>.

визначає медіацію як процес, під час якого медіатор налагоджує переговори між сторонами з метою досягнення самостійного рішення стосовно їх спору. Аналогічне визначення міститься і в статті 2 Єдиного Акту про медіацію США 2001 року (The U.S. Uniform Mediation Act)⁷⁰.

Незважаючи на розмаїття точок зору щодо визначення посередництва, більшість юристів погоджується з тим, що вирішення проблем між сторонами, розв'язання конфлікту при медіації здійснюється на основі переговорів за участю нейтрального посередника.

Важливо, однак, зробити застереження, що неприпустимим є абсолютне ототожнення медіації з процесом переговорів, оскільки останній є самостійним альтернативним способом вирішення господарських спорів в європейській практиці позасудового вирішення економічних конфліктів. Так, переговори трактуються як форма вирішення економіко-правового конфлікту шляхом обговорення його суб'єктами господарювання, що є сторонами такого конфлікту з метою досягнення взаємовигідного (компромісного) рішення. Своєрідною формою переговорів можна визнати претензійний порядок досудового врегулювання, який застосовується сьогодні вітчизняними суб'єктами господарювання при вирішенні господарських спорів відповідно до ст. 222 ГКУ та Розділу II ГПКУ. Для переговорів є характерним «прямий» діалог сторін господарського спору, в той час, як при медіації він опосередковується обов'язковою участю в переговорному процесі нейтрального посередника.

На думку Д.Б. Єлісеєва, *теоретико-правова природа медіації* розкривається через певні концепти, які тісно взаємопов'язані між собою, а саме:

- в рамках досудового та/або позасудового чи поза процесуального вирішення конфліктів та спорів медіація виступає конвенційною формою посередництва як механізму примирення, а також об'єктивуванням, виразом концепції відновлювальної юстиції, покликаної забезпечити відновлення порушених прав; при цьому медіація (за законодавством низки держав) може бути запропонована судовим рішенням;

- медіація, виступаючи механізмом, що забезпечує зниження навантаження на суддів і, як наслідок, економію бюджетних

⁷⁰ Uniform Mediation Act [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm>.

ресурсів та підвищенню якості здійснення правосуддя загалом, в основі своїй має парадигму державно-приватного партнерства, оскільки держава, по суті, делегує деяку частину своїх виняткових публічно-владних повноважень у сфері здійснення правосуддя недержавним суб'єктам, а саме тимчасовому колективу (сторони та медіатор), який вирішує конфлікт;

- медіація є наслідком і відображенням низки конституційних прав людини, в тому числі, право захищати свої права і свободи всіма способами, які не заборонені законом, право на отримання кваліфікованої юридичної допомоги, право на охорону честі та гідності особистості, а також низки конституційних імперативів, наприклад, примату інтересів особистості, а також і інших імперативів⁷¹.

Вихідні і визначальні правові ідеї, положення та засади, які становлять процедурне та організаційне підґрунтя здійснення процедури медіації і спрямовані на ефективне, взаємоприйнятне, законне розв'язання конфлікту між учасниками спору іменуються в юридичній літературі *принципами медіації*⁷². Такими базовими принципами медіації, які найбільш розповсюдженні у законодавстві про медіацію зарубіжних країн і визначені в основних рамкових міжнародних документах, є:

- *добровільність*, тобто прийняття усвідомленого рішення учасниками господарських відносин – сторонами процесу про застосування такої альтернативної процедури розв'язання спору, можливість відмовитися від участі на будь-якому етапі, причому будь-який тиск на сторони заборонений (слово «добровільність» акцентує, що рішення не може бути результатом зовнішнього примусу чи активного переконання будь-кого у необхідності певного спрямування дій, – воно не повинно бути результатом активного впливу волі іншої особи, а лише результатом вибору господарюючого суб'єкта, що ґрунтується на повній інформації про ситуацію);

- *рівність сторін* – сторони мають рівні права піз час медіації, не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси,

⁷¹ Елисеєв Д.Б. Роль медиации в разрешении правовых конфликтов (теоретико-правовой анализ): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права, история учений о государстве и праве» / Д. Б. Елисеєв. – Москва, 2013. – С. 11-12.

⁷² Притика Ю. Д. Посередництво як нова форма вирішення приватноправових спорів / Ю. Д. Притика // Вісник господарського судочинства. – 2005. – № 1. – С. 231–237.

кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками;

– *нейтральність медіатора* – медіатор повинен виконувати свої обов'язки неупереджено, ґрунтуючись на обставинах справи, беручи до уваги думку сторін та не нав'язуючи сторонам певного рішення, яке приймається винятково за взаємною згодою сторін;

– *конфіденційність* – інформація, отримана медіатором під час проведення медіації, є конфіденційною і не може бути розголошена ним без попередньої згоди сторін (учасники процесу повинні бути впевненими, що інформація, яку вони повідомили, потім не буде використана проти них і інших випадках). Дуже важливим у контексті цього принципу є закріплення на рівні закону «іммунітету» для медіатора, а це, в свою чергу, означає, що медіатор не може бути допитаний щодо інформації, яка стала йому відома під час проведення медіації або стосується безпосередньо суті медіації, крім випадків, коли сторони не заперечують проти розголошення такої інформації.

Метою медіації є орієнтування на досягнення обопільної згоди, консенсусу, прийняття спільного рішення, яке задовольнятиме обидві сторони конфлікту. Саме ж вирішення спору, досягнення рішення – не самоціль для медіатора. Основною відмінністю медіації від інших способів вирішення господарських спорів є те, що вона не зосереджується на пошуку та доведенні правоти тієї чи іншої сторони. *Головне завдання медіатора* – концентрація зусиль на зміцненні здатності сторін до медіації, на визнанні і сприйнятті представниками сторін один одного з усіма розбіжностями у поглядах. Медіатор – це особа, завданням якої є надання допомоги сторонам з метою досягнення примирення у спорі. Медіатор не наділений повноваженнями на прийняття рішень, а його роль та значення в процесі медіації науковці визначають за допомогою таких трьох позицій:

1) забезпечення зворотного зв'язку між сторонами спору для того, щоб вони змогли зрозуміти перспективи розв'язання конфлікту та з'ясувати головні потреби й інтереси один одного в існуючому спорі;

2) раціоналізація переговорного процесу між сторонами;

3) спонукання сторін конфлікту до напрацювання щодо переговорів принципового підходу і знаходження рішень, котрі загалом відповідають їхнім головним інтересам, а в окремих випадках і на прохання сторін – внесення суттєвих пропозицій, спрямованих на стимулювання, направлення сторін до досягнення

згоди⁷³. Отже, особливість медіації як альтернативного способу вирішення господарського спору полягає в тому, що сторони економічного конфлікту самостійно обирають медіатора, який не ухвалює остаточне рішення для сторін, а сприяє вирішенню конфлікту шляхом організації й проведення примирювальних процедур, зокрема переговорів, так, щоб сторони конфлікту самостійно ухвалили спільне рішення зі спірного питання.

Переваги медіації, порівняно з іншими способами вирішення господарських спорів, полягають в тому, що:

– медіація – це не публічна процедура вирішення економічних конфліктів, тому вона є найбільш прийнятною для суб'єктів господарювання, які уникають небажаного публічного розголошення як факту наявності, так і подробиць конфлікту, що виник між ними (*це особливо важливо в тих випадках, коли сторони господарського спору не бажають піддавати публічному розголосу як наявність конфлікту, його суть, так і кінцевий результат його вирішення*);

– медіація може забезпечити економічно ефективне та швидке позасудове вирішення спорів у господарських справах на засадах врахування потреб сторін, адже строки вирішення економічних конфліктів за допомогою медіації коротші, ніж при судовій процедурі (*винесене рішення на користь однієї зі сторін господарського спору судом може підлягати оскарженню в апеляційному та касаційному порядкух, крім того, є ймовірність повернення справи на новий розгляд, що займає чимало часу, а поки відбуватиметься судовий розгляд справи можуть тривати порушення прав та законних інтересів сторін спору*);

– вартість медіації значно менша ніж розміри судових витрат, пов'язані зі сплатою судових зборів, оплатою послуг адвокатів тощо;

– як правило, при судовому розгляді справи від імені сторін виступають їх представники, адвокати, які зацікавлені саме в прийнятті рішення на користь їх клієнтів, тоді як медіатор сприяє пошуку компромісного рішення, яке б задовольнило інтереси кожної зі сторін⁷⁴;

⁷³ Кузьміна М. Юридический конфликт: теория и практика разрешения / М. Кузьмина. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 59.

⁷⁴ Ульянова Г. О. Актуальні питання запровадження медіації у сфері права інтелектуальної власності / Г. О. Ульянова // Південноукраїнський правничий часопис. – 2010. – № 3. – С. 67.

Посередництво і представництво в господарському праві та процесі України

– гнучкість процедури дозволяє прийти сторонам до компромісного рішення, на відміну від рішення суду, яке є обов'язковим до виконання, однак в той же час є спроможним задовольнити інтереси лише однієї зі сторін спору;

– існує значна ймовірність того, що домовленості, досягнуті в результаті медіації, будуть добровільно дотримуватися, а між сторонами збережуться дружні та стабільні партнерські відносини (*позитивне вирішення конфлікту при медіації передбачає задоволення вимог кожної зі сторін і надання згоди на їх виконання*);

– універсальність процедури (*за допомогою медіації можна врегулювати як різні категорії господарських спорів, так і на різних стадіях провадження в господарських справах*), ефективність (*процес медіації орієнтований на конструктивність розв'язання спору, пошук оптимальних рішень, контроль сторін за процесом досягнення взаємовигідних домовленостей*), стратегічність і творчість (*медіація дає можливість сторонам бути далекоглядними, креативними у пошуку рішень, вибудувати план подальших взаємин*), дієвість.

Процедура медіації є чітко структурованою та поділяється загалом на чотири стадії:

1) *попередню (вступну) стадію*, яка складається з двох етапів: *підготовчого етапу* (на цьому етапі медіатор намагається здобути довіру учасників, оцінює їх готовність до медіації, пояснює правила медіації, роз'яснює свою роль у цьому процесі) та *етапу індивідуальних зустрічей* (на цьому етапі медіатор вивчає позиції учасників конфлікту і забезпечує їх взаємне спілкування). На цій стадії встановлюється перший контакт медіатора зі сторонами, підписується згода сторін (*для судової медіації*) та/або контракт (*для комерційної, позасудової медіації*) на проведення медіації, роз'яснюється суть медіації, правила проведення відповідної процедури;

2) *відкриваючу стадію (розвідки та збору інформації)* (на цій стадії відбувається поступове налагодження прямого спілкування між сторонами, її етапами є пояснення сторін, а також виклад кожної зі сторін своєї позиції у спорі, з'ясування причин виникнення спору та мотивації сторін у спорі, уточнення позицій сторін, поділ загальної суті спору на окремі складові, підсумок). На цій стадії кожна зі сторін має можливість викласти свої бачення суті спору, а медіатор шляхом постановки питань та узагальнення сприяє з'ясуванню причин конфлікту, працює з емоціями сторін й після сумісного визначення тем переговорного процесу, серед них визначаються спільні поєднувальні чи протилежні, встановлюється

пріоритетність тем, порядок їх опрацювання в процесі медіації. Одним із етапів вказаної стадії є також визначення інтересів кожної зі сторін, в процесі якого за допомогою медіатора сторони сумісно визначають, які з інтересів є спільними, а які підлягають окремому розгляду, тобто здійснюють категоризацію інтересів;

4) *середню стадію (розробка варіантів рішень)* – передбачає спільний пошук шляхів вирішення спору, а етапність цієї стадії полягає у визначенні першочергових питань, з'ясуванні невиявлених інтересів сторін, визначенні спільних засад та інтересів сторін у спорі, обговоренні й пошуку взаємоприйнятних способів вирішення спору, пошуку консенсусу. Це стадія протягом якої відбувається «мозкова атака», під час якої сторони висловлюють та записують на протязі відведеного медіатором часу будь-які ідеї, навіть, на перший погляд, неймовірні, які мають відношення до їх проблеми, після генерування варіантів рішень здійснюється сторонами їх групування у відповідності до тем та груп інтересів;

5) *заключну (вирішення спору між сторонами по суті, укладення угоди, підведення підсумків)*. При знаходженні спільних варіантів рішень сторони за домовленістю переходять до останньої стадії – складання угоди, яка готується виключно сторонами, містить взаємні поступки та після її остаточного формулювання перевіряється на допустимість й можливість виконання та справедливості, підписується сторонами. Сторони оцінюють, чи отриманий результат співпадає з їх уявою про цінність і справедливості, оскільки це важливо для визначення їхньої здатності виконати спільно досягнуте, сформульоване, оформлене та підписане рішення. Добровільність виконання підписаної під час медіації угоди – це гарантія її безумовного виконання сторонами.

Л. В. Гола, натомість, до етапів роботи медіатора відносить: влаштування переговорів між сторонами конфлікту; адекватний виклад претензій сторін; висвітлення зацікавленості сторін; пошук причини спору; розробка методів розв'язання спору; підписання угоди про примирення⁷⁵. В кожному разі, як наголошує М. Кузьміна, вважати медіацію завершеною можна лише у тому випадку, коли умови медіації будуть не лише погоджені, а й фактично виконані сторонами у добровільному чи примусовому порядку⁷⁶.

⁷⁵ Гола Л. В. Медіація як метод досудового врегулювання господарських спорів / Л. В. Гола // [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rusnauka.com/10_NPE_2010/Pravo/63120.doc.html.

⁷⁶ Кузьміна М. Юридический конфликт: теория и практика разрешения / М. Кузьміна. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 60.

*Сторонами медіації є як суб'єкти господарювання – сторони відповідного господарського спору, так і нейтральний посередник – медіатор. Іншими учасниками медіації можуть бути: суд при ініціюванні ним процедури медіації та/або в інших, передбачених законом випадках, а також експерти, перекладачі, аудиторів та інші спеціалісти у разі визнання сторонами медіації їхньої участі необхідною та/або доцільною задля найбільш швидкого та ефективного врегулювання господарського спору. При цьому **медіатор** означає будь-яку третю особу, до якої звернулися з проханням провести медіацію ефективно, неупереджено та компетентно, незалежно від віросповідання або професії цієї третьої особи, а також способу, у який ця третя особа була призначена або отримала запит провести медіацію*⁷⁷.

Відповідно до Указу Президента України від 10.05.2006 р. «Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» й сформульованого у ньому визначення поняття медіації вбачається, що медіатор – це не будь-який, а саме *професійний посередник*⁷⁸. У той же час, згідно з Указом Президента України від 20.05.2015 р. «Про стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки», одним із пріоритетних завдань реформи визнано підвищення ефективності правосуддя та оптимізація повноважень судів різних юрисдикцій через розширення способів альтернативного (позасудового) врегулювання спорів, зокрема, шляхом практичного впровадження інституту медіації і посередництва.

В Україні на сьогодні розроблено декілька законопроектів про медіацію. За існуючими проектами вітчизняних законодавчих актів щодо медіації, на відміну від вже прийнятого закону в Російській Федерації⁷⁹, пропонується закріпити положення, згідно з яким, медіаторами можуть виступати лише особи, які пройшли спеціальну підготовку за відповідним напрямком в

⁷⁷ Про деякі аспекти медіації у цивільних та господарських правовідносинах: Директива 2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21 травня 2008 р. – [електронний ресурс]. – Режим доступу: [http:// www.ukrmediation.com.ua](http://www.ukrmediation.com.ua).

⁷⁸ Про деякі аспекти медіації у цивільних та господарських правовідносинах: Директива 2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21 травня 2008 р. – [електронний ресурс]. – Режим доступу: [http:// www.ukrmediation.com.ua](http://www.ukrmediation.com.ua).

⁷⁹ Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): Закон Российской Федерации от 27 июля 2010 г. – [електронний ресурс]. – Режим доступу: [http:// base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base= LAW;n=103038](http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base= LAW;n=103038).

Україні або в іноземній державі. Крім того, медіатор має бути сертифікований та/або акредитований будь-яким підприємством, установою чи організацією, які здійснюють підготовку медіаторів в Україні або в іноземній державі за програмою, що складає не менше сорока академічних годин, включаючи практичні заняття⁸⁰. Отже, намітилась тенденція до впровадження медіації (примирювальних процедур при врегулюванні економічних конфліктів за участю посередника), на вітчизняних теренах не інакше як на професійних засадах.

Медіатор, виступаючи посередником у конфлікті сторін, створює атмосферу конструктивної співпраці та дбає про коректне ставлення сторін одна до одної. Інтереси медіатора не пов'язані безпосередньо з предметом спору. Медіатор, як незалежна третя сторона, контролює процес, сприяє реалістичній оцінці ситуації сторонами, прийняттю адекватного рішення тощо. Дотримуючись принципу безсторонності, медіатор уникає особистих коментарів або суджень стосовно учасників, їхньої відповідної участі у процесі медіації чи обґрунтованості їхніх позицій. В той час як суддя здебільшого дивиться у минуле й вирішує, що в ньому відбулося неправильно (з порушенням прямого припису закону або ж договірної домовленості сторін), – медіатор, навпаки, спонукає учасників зосередитися на реальному майбутньому.

Підсумовуючи викладене зазначимо, що *медіація* – це такий альтернативний спосіб вирішення спору (зокрема, господарського), що являє собою структурований переговорний процес, який здійснюється за допомогою незалежного, нейтрального та кваліфікованого посередника (медіатора), що допомагає сторонам спору самостійно, на добровільній основі, досягти згоди для вирішення спору, що відповідатиме інтересам кожної зі сторін спору. *Медіацію* може бути потрактовано також як господарську діяльність професійних, нейтральних (незалежних й неупереджених) посередників, що провадиться ними на засадах конфіденційності, добросовісності, рівності сторін шляхом вчинення дій (сукупності дій) фактичного характеру в інтересах сторін спору з метою

⁸⁰ Про медіацію: Закону України (проект). – [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.commonground.org.ua/dld/doc/Mediation%20draft%20law%201%20july%202010.doc>; Обговорення законопроектів «Про медіацію (примирення)» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо процедури медіації (примирення)». – [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rj.org.ua/node/121>.

спрямування їх до віднайдення компромісу й урегулювання спору самостійно, самими ж сторонами.

Метою медіації є досягнення згоди сторін, консенсусу, прийняття спільного рішення, яке задовольнятиме обидві сторони конфлікту. *Особливістю медіації* як альтернативного способу вирішення господарського спору полягає в тому, що сторони економічного конфлікту самостійно обирають медіатора, який не ухвалює остаточне рішення для сторін, а сприяє вирішенню конфлікту шляхом організації й проведення примирювальних процедур, зокрема переговорів, так, щоб сторони конфлікту самостійно ухвалили спільне рішення зі спірного питання. Медіація не зосереджується на пошуку та доведенні правоти тієї чи іншої сторони. Медіація є призначеною активізувати потенціал самих сторін спірних правовідносин, спонукаючи їх до самостійного пошуку можливостей ліквідації спору на взаємовигідних умовах. Медіатор відповідає за організацію процесу переговорів і тим самими сприяє пошуку взаємоприйняттого рішення (медіатор не несе відповідальності за досягнення позитивного результату, але від професіоналізму медіатора, від того, як він організує переговорний процес, залежить успіх медіації).

Принципами медіації є: добровільність, конфіденційність, нейтральність (незалежність та неупередженість) медіатора, рівність сторін.

Медіацію, за засадами її провадження нейтральним медіатором, може бути класифіковано на *професійну* та *непрофесійну*. За належністю до судового провадження медіація може бути *судовою* та *позасудовою*. З аналізу змісту Директиви 2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21.05.2008 р. «Про деякі аспекти медіації у цивільних та господарських правовідносинах» вбачається також, що за такими критеріями як суб'єкт ініціювання та/або підставою здійснення, медіація може бути: (а) *ініційованою самими сторонами господарського спору*; (б) *здійснюваною у результаті пропозиції чи розпорядження суду*, а також (в) *в порядку виконання припису законодавства*⁸¹.

⁸¹ Про деякі аспекти медіації у цивільних та господарських правовідносинах: Директива 2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21 травня 2008 р. – [електронний ресурс]. – Режим доступу: [http:// www.ukrmediation.com.ua](http://www.ukrmediation.com.ua).

§ 2. Моделі медіації: підходи до класифікації

Моделі медіації створюють основу (базис) для виявлення різних медіативних підходів та їх співвідношення один з одним. Такі моделі не претендують на універсальне застосування, а скоріше слугують концептуальним орієнтиром як для практикуючих медіаторів, так і для сторін конфлікту, а також усіх осіб зацікавлених у дослідженні та вивченні медіації як багатоаспектного явища.

На думку А. В. Біцай, під терміном «модель медіації» варто розуміти абстрактну теоретичну конструкцію, яка відображає процедурні особливості проведення медіації через характеристику її основних компонентів, а саме підстав звернення до медіації (добровільність чи обов'язковість), ступеня інтеграції у судову систему країни, типу переговорів між сторонами у поєднанні з медіативною технікою медіатора та обсягу компетенції медіатора під час проведення процедури врегулювання конфлікту⁸².

Класифікація моделей медіації виконує низку функцій:

1) пізнавальну функцію, тобто класифікація моделей медіації орієнтована на глибоке вивчення даної процедури як правового явища, а також на здобуття і розширення наукових знань про медіацію;

2) інформаційну функцію, яка полягає у тому, що класифікація моделей медіації містить значний обсяг інформації про медіативну техніку та прийоми, якими користується медіатор, про їх співвідношення та вплив на результат процедури тощо;

3) аналітичну функцію, яка дає змогу зробити, на основі порівняння, висновки про можливість застосування певної моделі медіації у конкретній сфері;

4) евристичну функцію, яка спрямована на пізнання закономірностей виникнення, функціонування, розвитку та використання різних моделей медіації.

Так, класифікацію моделей медіації можливо здійснити на підставі таких критеріїв:

1) залежно від інтеграції у судову систему;

2) залежно від ролі медіатора та предмету спору⁸³.

⁸² Біцай А.В. Моделі медіації у світі та перспективи для України/А.В. Біцай// Право і суспільство. – 2013. – №6. – С. 85 – 89.

⁸³ Біцай А.В. Моделі медіації у світі та перспективи для України/А.В. Біцай// Право і суспільство. – 2013. – №6. – С. 85 – 89.

Залежно від інтеграції у судову систему країни виділяють:

- присудову модель медіації;
- позасудову модель медіації.

Присудова медіація (court-related, court-connected, court-annexed mediation, в дослівному перекладі «медіація, пов'язана з судом») є самостійною моделлю медіації, яка інтегрована в судову систему країни. У літературі, залежно від ролі судді у процедурі медіації, можна зустріти декілька підходів до розуміння присудової медіації. Відповідно до першого підходу суддя безпосередньо повинен проводити процедуру посередництва, за умов, передбачених національним процесуальним законодавством.

Прихильники іншого підходу до присудової медіації відносять процедури, проведення яких здійснюється відповідно до рекомендацій судді після прийняття до свого провадження відповідної справи, а також в якості обов'язкового досудового порядку в силу приписів закону. Тобто достатньо, щоб суддя лише ініціював медіацію, а його безпосередня участь не є обов'язковою.

На сьогоднішній день у світовій практиці склалося кілька варіантів реалізації присудової медіації, які, як правило, обумовлені різними цілями впровадження примирних процедур, а зокрема, медіації в національний правовий простір. Так, можна виділити такі підходи:

1) залучення для проведення медіації спеціалізованих організацій або приватно-практикуючих медіаторів («приватна медіація в рамках судового процесу»);

2) проведення медіації в суді співробітниками суду, в тому числі судьями (умовно такий вид посередництва можна назвати «медіація інкорпорована в судовий процес»);

3) проведення медіації безпосередньо суддею, який розглядає справу (інтеграція медіативної технології в судовий процес)⁸⁴.

Позасудова медіація – це порядок розв'язання спору між сторонами, який проводиться незалежною, третьою стороною (зовнішнім медіатором), який у досудовому порядку намагається допомогти сторонам дійти згоди⁸⁵.

Процедура позасудової медіації дозволяє сторонам не тільки зберегти значний обсяг власних повноважень при веденні

⁸⁴ Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции./ Калашникова С.И.// М.: Инфотропик Медиа, 2011. – С.125.

⁸⁵ Курс цивільного процесу : підручник І В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова. –Х.; Право, 2011. – С. 1319.

переговорів, але одночасно і високі шанси на сприятливе вирішення конфлікту. Медіаторами під час позасудової медіації виступають особи, які пройшли навчання з основ медіації та отримали відповідний сертифікат про право на зайняття медіацією.

Наприклад, в Австралії в програмах судової медіації примірні процедури проводять приватні посередники, яких сторони самостійно обирають зі спеціально підготовлених списків, сформованих в судах. В Австрії аналогічні списки складає Міністерство юстиції, в Нідерландах – Нідерландський інститут посередництва. Діяльність зовнішніх медіаторів не регламентується на рівні національного законодавства, тому в своїй діяльності зовнішні медіатори керуються загальними рекомендаціями, які затверджені Радою Європи з проведення медіаційної процедури. Сторони наділяють медіатора чітко визначеним обсягом процесуальних повноважень. До обов'язків медіатора належить супроводження сторін на шляху усунення конфлікту, однак не ведення їх по ньому. Він може збирати і відтворювати інформацію, розділяти і узагальнювати її, робити позначки, визначати перспективи, створювати відповідну атмосферу, однак він не повинен впливати на процес за допомогою власних уявлень (про належне).

Сторони в якості експертів повинні самостійно ліквідувати конфлікт в рамках власної позиції. У цьому випадку сторони конфлікту зберігають за собою при медіації високий ступінь автономії. Рішення проблеми постає перед ними не як нав'язана ззовні воля, а як результат власної співпраці. Це призводить до високого рівня впевненості у правильності та справедливості результатів переговорів⁸⁶.

При досягненні певних результатів у медіації, коли сторони за допомогою зовнішнього медіатора дійшли певної згоди в їхньому спорі, укладається відповідна медіаційна угода. Така медіаційна угода за своєю юридичною природою має суто формальний характер і примусової сили не має, на відміну від проведення медіації в суді, де суддя-медіатор затверджує мирову угоду між сторонами або закриває провадження у справі у разі відмови сторони від позову або визнання позову⁸⁷. Таким чином, правовідносини сторін в межах позасудової медіації закріплюються

⁸⁶ Катарина Грефін фон Шлиффен, Бернд Вегманн. Медіація в нотаріальній практиці (альтернативні способи розшення конфліктів) / Пер. с немец. С.С. Трушнікова -М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 8.

⁸⁷ Курс цивільного процесу : підручник І В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова. –Х.; Право, 2011. – С. 1320.

в договорі, тоді як в присудовій закріплення відбувається в процесуально-правовій формі.

Свій підхід до класифікації моделей медіації пропонує Д. Б. Єлісеєв. Так, вчений виділяє два критерії для поділу:

А. За критерієм суб'єктності медіатора:

1) юрисдикційна медіація (здійснюється судовою інстанцією або за вимогою такої спеціалізованим адміністративним органом з розгляду скарг та претензій, державним чи приватним нотаріусом, спеціальним державним медіативним органом чи спеціалізованим медіативним підрозділом тощо):

- процесуальна юрисдикційна медіація;
- позапроцесуальна юрисдикційна медіація;

2) позаюрисдикційна медіація (здійснюється приватною медіативною організацією чи приватним медіатором, іншою організацією, яка в межах своєї діяльності надає медіативні послуги (наприклад, торгово-промислові палати), приватним арбітражем, адвокатами тощо):

- процесуальна позаюрисдикційна медіація;
- позапроцесуальна позаюрисдикційна медіація.

Б. За критерієм визначення мети медіації:

1) медіація, спрямована на повне вирішення спору / врегулювання конфлікту, на відмову від судового розгляду конфлікту / спору або припинення вже розпочатого такого розгляду;

2) медіація, спрямована на редукування / часткове купірування конфлікту, демпфірування його детермінантів і/або зниження обсягу претензій, або на перетворення проблеми;

3) медіація, спрямована на аудит спору / конфлікту і оцінку перспектив його вирішення / врегулювання⁸⁸.

Одним з відомих підходів до моделей медіації (посередництва) залежно від ролі медіатора та предмета медіації є «схема Леонарда Рискіна». Відповідно до схеми Леонарда Рискіна в результаті комбінації зазначених параметрів формуються чотири можливі моделі медіації:

- 1) оціночна медіація з вузьким предметом;
- 2) медіація сприяння з вузьким предметом;
- 3) оціночна медіація з широким предметом;

⁸⁸ Єлісеєв Д.Б. Роль медиации в разрешении правовых конфликтов (теоретико-правовой анализ): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права, история учений о государстве и праве» / Д. Б. Елисеев. – Москва, 2013. – С. 12-13.

4) медіація сприяння з широким предметом⁸⁹.

Подібний підхід до побудови моделей медіації залежно від ролі медіатора запропонувала Н. Александер в концепції «метамоделі медіації»⁹⁰. Автор виділяє дві площини в медіації:

- 1) площину взаємодії;
- 2) площину «інтервенції».

Перша відноситься до сторін і характеризує обраний спосіб ведення переговорів. В межах площини взаємодії Н. Александер розглядає три основні переговорні техніки: позиційні переговори, інтеграційні переговори і трансформаційні переговори або діалог, спрямований на відновлення відносин між сторонами. У кожному з перерахованих випадків різні мета і бажаний результат переговорів. Так, позиційні переговори спрямовані на взаємоприйнятний розподіл ресурсів, який здійснюється шляхом досягнення компромісу на основі зустрічних поступок.

Інтеграційні переговори мають на меті більш креативні рішення та нестандартні підходи до врегулювання конфлікту. В трансформаційних переговорах первинним є не матеріальний результат, а корінне перетворення взаємин сторін. Як правило, трансформаційний підхід в переговорах використовується для врегулювання соціальних конфліктів, коли необхідно відновити мирне співіснування окремих груп населення. Площина «інтервенції» відноситься до медіатора і означає його роль і повноваження у процедурі. Виділяються два рівні інтервенції медіатора:

- 1) рівень процедури врегулювання спору;
- 2) рівень предмету (змісту) спору.

У першому випадку основним обов'язком медіатора є забезпечення процедурних правил, не втручаючись у зміст спору і не пропонуючи варіанти його вирішення. У другому – навпаки, медіатор більшою мірою заглиблюється в економічні, юридичні, технічні й інші підстави спору, має право висловлювати власну думку про можливі шляхи врегулювання спірної ситуації.

Від рівня інтервенції залежать і вимоги, яким має відповідати медіатор. У разі якщо медіатор працює на рівні процедури, йому необхідно повною мірою володіти медіативною компетентністю для врегулювання спору (як правило, в ролі медіатора виступають

⁸⁹ Riskin L.L. Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, 1996. -51p. – P. 26-31.

⁹⁰ Alexander N. The Mediation Metamodel: Understanding Practice // *Conflict Resolution Quarterly*. – Vol. 26, № 1. – Fall 2008. – P. 97-123.

особи, які мають спеціальну підготовку та здійснюють медіацію на професійній основі). При «втручанні» на рівні предмету спору в ролі медіатора виступають особи, які володіють спеціальними знаннями у сфері предмету конфлікту. На підставі зазначених компонентів, автор виділяє шість метамodelей медіації:

- 1) регулятивна медіація;
- 2) медіація сприяння;
- 3) трансформативна медіація;
- 4) експертно-консультативна медіація;
- 5) медіація «мудрої поради»;
- 6) традиційна медіація⁹¹.

Досить простий і практичний підхід до розгляду modelей медіації запропонували Л. Боуль і М. Несік. Вчені виділяють чотири modelі медіації:

- 1) медіація сприяння у врегулюванні спору (класична модель);
- 2) оціночна медіація;
- 3) регулятивна медіація;
- 4) терапевтична медіація⁹².

Залежно від ролі медіатора в процедурі медіації Річард Фолкнер, Корбет Хейзелгров-Спарін і Дж. Томас виділяють чотири modelі медіації:

1) «модель рятівника», характеризується тим, що медіатор не має спеціальних професійних знань і навичок, а лише допомагає вирішити незначні, переважно побутові конфлікти;

2) модель, за якої медіатор відіграє роль посередника і виступає третьою стороною у спорі. Він створює атмосферу конструктивної співпраці та дбає про коректне ставлення сторін одна до одної, сприяє реалістичній оцінці ситуації сторонами, прийняттю адекватного рішення тощо;

3) модель, за якої медіатор з метою вирішення конфлікту може використовувати будь-які засоби та методи, в тому числі і маніпулювати сторонами;

4) модель, за якої медіатор виступає в ролі організатора вирішення конфлікту⁹³.

⁹¹ Alexander N. The Mediation Metamodel: Understanding Practice // Conflict Resolution Quarterly. – Vol. 26, № 1. – Fall 2008. – P. 97-123.

⁹² Boule L., Nescic M. Mediation: principles, process, practice. London, Dublin, Edinburgh: Bunerworths, 2001. -637p. – P.27.

⁹³ Faulkner R. Mediation Methods for Mediators and Client Representatives (5th Edition)/ Faulkner R., Haselgrove-Spurin C., Thomas G. R. – Dallas: Nationwide Mediation Academy, 2006. – P. 10.

На думку І. Г. Ясиновського у залежності від того, хто виступає в ролі медіатора, можна виділити наступні моделі медіації:

1. *Судова медіація*. У деяких країнах медіація розглядається як частина судочинства, тому вона проводиться суддею, який отримав на це доручення і, який має відповідну підготовку, навички та не відповідає за винесення рішення по справі. Допустивши медіацію, суд здійснює контроль в передбаченій законом формі. Зокрема, суд має право за своєю ініціативою припинити посередництво, якщо виявляться ознаки порушення належного здійснення цієї процедури. Угода, якої досягли сторони в ході медіації, затверджується судом. Залежно від суб'єкта, що виступає в ролі посередника, судова медіація може проводитися суддями і безпосередньо посередниками, медіаторами. Так, у Канаді в Апеляційному суді Квебека медіацію вправі проводити судді. При цьому у сторін зберігається право вибору – звернутися до приватного медіатора, який бере участь в програмі судової медіації, або до судді-медіатора. Гармонічним компонентом системи правосуддя є медіація у Німеччині.

2. *Адвокатська медіація*. Відповідно у ролі медіатора виступає особа, яка має право на зайняття адвокатською діяльністю. Однак як заперечення, науковці стверджують, що адвокат, який є представником однієї з сторін, уже не може здійснювати процедуру примирення, оскільки тут виникає конфлікт інтересів. Для прикладу, в Італії асоціації адвокатів вправі створювати свої організації з надання послуг медіації. Більше того, організації внесені до реєстру, можуть пропонувати послуги медіації в режимі «он-лайн».

3. *Нотаріальна медіація*. У ролі посередника виступає нотаріус, який допомагає сторонам досягти згоди, і належно оформити домовленість. Такий різновид медіації є не дуже популярним.

4. *Професійна медіація*. У більшості країн існують об'єднання медіаторів, діяльність яких регулюється внутрішнім актом. Так, в США діють державні та приватні служби медіації⁹⁴.

Розроблені моделі медіації не претендують на універсальне застосування, а скоріше слугують концептуальним орієнтиром як для практикуючих медіаторів, так і для сторін конфлікту, а також усіх осіб зацікавлених у дослідженні та вивченні медіації як багатоаспектного явища.

⁹⁴ Ясиновський І.Г. Характеристика моделей медіації в розвинутих країнах / Ясиновський І.Г. // Юридичний вісник.– №4 (33).– 2014- С. 95.

§ 3. Перспективи впровадження медіації в Україні

Суб'єкти господарювання більшості країн світу вже тривалий час активно застосовують процедуру медіації. Перш за все, це обумовлено простотою, швидкістю, економічною обґрунтованістю, меншим формалізмом (у порівнянні із судовим способом вирішення спорів) та результативністю вирішення спорів у різних сферах суспільних відносин. Так, наприклад, у Великобританії систему вирішення комерційних спорів із залученням незалежного посередника (медіатора) доведено до автоматизму, як наслідок 80 % комерційних конфліктів та спорів вирішують за допомогою медіації протягом одного дня. А у Китаї Народний комітет медіації щорічно вирішує більше ніж 7,2 мільйонів спорів⁹⁵.

Медіація вже отримала значний розвиток у країнах США, Європи, Австралії та активно розвивається на теренах країн пострадянського простору. Зокрема, законодавство що врегульовує процес застосування альтернативних способів вирішення спорів за участі третьої незалежної сторони – посередника (процедура медіації) вже прийнято у Республіці Білорусь, Російській Федерації, Республіці Казахстан, Республіці Молдові тощо. На жаль, при аналізі запропонованих до прийняття ВРУ законопроектів неможливо не звернути увагу на дослівне відтворення норм законодавства зазначених країн.

У науковій юридичній літературі можна знайти різні підходи до вирішення проблеми законодавчого регулювання процедури медіації. Так, можна виділити такі основні точки зору:

- 1) законодавче регулювання медіації необхідно вирішити шляхом прийняття окремого закону. Очевидно, що ця позиція є найбільш прийнятною і робота в цьому напрямку триває;
- 2) включити норми, що регулюватимуть процедуру медіації до національного процесуального законодавства. Цю ідею впроваджувала в життя загальнодержавна програма «Прозорість та ефективність судової системи України». За такого підходу, медіація виступатиме як допоміжний спосіб врегулювання спорів;
- 3) залишити медіацію без врегулювання на законодавчому рівні.

Першою спробою реалізувати ідею медіації і втілити її у життя в Україні було внесення до ВРУ проекту Закону «Про медіацію» у

⁹⁵ Гончарова Г.С. Мирова угода та медіація: загальні риси та відмінності між ними / Гончарова Г.С. // Право та інновації.– 2013р.– №3(4).– С. 83.

2010 році. Основна мета даного законопроекту – запровадження культури досудового вирішення спорів без звернення до формальної системи судочинства шляхом ведення між сторонами узгоджувальних переговорів за участю нейтральної особи, яка допомагає у пошуку взаємоприйняттого рішення⁹⁶. Проте, комітет ВРУ з питань правосуддя після розгляду цього документа 6.04.2010 р. вказав на те, що проєкт потребує суттєвого доопрацювання з огляду на те, що в ньому не зазначено низку процесуальних питань⁹⁷.

Існує позиція, що доки в Україні не запроваджено спеціального законодавства, то правові засади здійснення медіації слід визначати через норми наявного процесуального законодавства. Зокрема, йдеться про дію ст. 175 ЦПКУ та ст. 78 ГПКУ, які безпосередньо присвячені регулюванню правових засад укладання мирової угоди.

Однією з головних проблем становлення медіації в Україні є відсутність чіткого розуміння та єдиної точки зору щодо того, яким чином медіація має бути «вбудована» в українську правову систему. Доволі поширеною є думка, що медіацію слід розглядати як частину судочинства, і проводиться вона має суддею, який отримав на це доручення. Прихильники цієї моделі розвитку вважають, що судова медіація має на меті покращити функціонування правової системи та запропонувати альтернативний спосіб вирішення спору, що дозволяє уникнути таких чинників, як тривалість та дорожнеча судового процесу, його можлива заангажованість, перенавантаженість судів тощо.

З іншого ж боку – достатньо багато фахівців категорично заперечують доцільність поглинання існуючою системою правосуддя медіаційних процедур. Вони наполягають на тому, що надання послуг з медіації є абсолютно нормальною комерційною діяльністю. Комерційна, або, як її ще називають, ринкова медіація – це процес, у якому примирення осіб здійснює спеціально підготовлений експерт, діяльність якого оплачують сторони. Недоліком такої моделі медіації називають її екстенсивний характер розвитку.

⁹⁶ Про медіацію: проєкт Закону України від 17 грудня 2010 року реєстр. № 7481: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rada.gov.ua/pls/zweb_n/w ebproc4_1?pf3511= 39276.

⁹⁷ Висновок Комітету з питань правосуддя щодо проєкту Закону України «Про медіацію» від 6 квітня 2011 року № 7481: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rada.gov.ua/pls/zweb_n/w ebproc4_1?pf3511= 39276.

Судова форма медіації розглядається як форма розв'язання спору до винесення судового рішення. В той же час, на думку Н.Л. Бондаренко-Зелінської, намагання перетворити медіацію на елемент судового розгляду навряд чи буде успішним, адже підпорядкування її вимогам процесуальної форми знищить весь позитивний потенціал цього способу альтернативного вирішення спорів⁹⁸.

Не слід забувати, що згідно зі ст. 55 Конституції України кожен громадянин має право звернутися до суду за захистом прав і свобод, якщо ці права чи свободи порушені або порушуються. Однак, зважаючи на деякі недоліки вітчизняної судової системи, доцільніше інколи не звертатись до суду, а захищати порушені права та законні інтереси суб'єктів господарювання іншими, альтернативними способами.

Фактично в Україні медіація застосовується вже тривалий час, але розробка нормативно-правового регулювання ще й досі триває. Неодноразово у ВРУ реєструвались законопроекти «Про медіацію», проте наразі жоден із запропонованих проектів так і не був прийнятий. На сьогодні на розгляді знаходяться два Проект Закону України «Про медіацію» № 3665 від 17.12.2015 р. (далі – Законопроект №3665)⁹⁹ [28] та Проект Закону України «Про медіацію» № 3665-1 від 29.12.2015 р.¹⁰⁰ (далі – Законопроект №3665-1)[29].

Зазначені законопроекти мають на меті встановити правові засади впровадження інституту медіації у національну правову систему, закріпити основні принципи врегулювання конфлікту сторонами за участю посередника (медіатора), поширити практику мирного вирішення спорів позасудовими методами та забезпечити збалансовані взаємовідносини між інститутом медіації та судовою системою.

Законопроекти №3665 та №3665-1 у багатьох питаннях є досить подібними, а саме практично ідентичним є підхід до проведення самої процедури медіації, визначення її принципів, статусу сторін процедури,

⁹⁸ Бондаренко-Зелінська Н. Л. До питання про примирення сторін в цивільному процесі / Н. Л. Бондаренко-Зелінська // Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції «Десяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 18-19 листопада): у 4-х частинах. – Частина третя. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2011. – С. 32-34.

⁹⁹ Про медіацію: Проект Закону №3665 від 17.12.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

¹⁰⁰ Про медіацію: Проект Закону №3665-1 від 29.12.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57620.

медіаційної угоди, поділу на судову та позасудову медіацію тощо. Принципово ж вказані проекти, по суті, відрізняються лише в питанні статусу медіатора, що є безумовно одним з ключових аспектів. Так, згідно з Законопроектом №3665 медіатором може бути фізична особа, яка досягла *двадцяти п'яти років*, має *вищу або професійно-технічну освіту* та пройшла *професійне навчання медіації*, що має включати *90 академічних годин* початкового навчання, в тому числі *не менше 45 академічних годин навчання практичним навичкам*. У той час, як Законопроектом №3665-1 визначається, що медіатором може бути фізична особа, яка досягла *двадцяти одного року* та пройшла *професійну підготовку за напрямом «медіація»* в навчальному закладі або організації в Україні або за її межами, яка має включати не менш як *сто двадцять академічних годин* теоретичного та *практичного* навчання, останнє з яких повинно складати не менш як *шістдесят академічних годин*.

Як показує практика здійснення процедури медіації у господарських та інших спорах (конфліктах), відповідні послуги посередництва у вирішенні спорів надають як професійні юристи, так і різноманітні психологи, бізнес-консультанти, економісти та будь-які інші особи, які пройшли відповідну підготовку та мають сертифікат медіатора. Проте навіть у випадку прийняття спеціального закону найближчим часом все одно можуть виникати певні перешкоди доступу до професії. Такою проблемою є відсутність єдиних стандартів підготовки та встановленої процедури ліцензування і сертифікації центрів підготовки професійних медіаторів за фактичної наявності таких навчальних закладів. В Україні є досвід організації навчання і професійної підготовки медіаторів: розроблено декілька варіантів як самостійних програм для навчання медіаторів, так і включених до курсу навчання у межах загальної підготовки спеціалістів гуманітарного профілю (Національний університет «Києво-Могилянська академія» (Український центр медіації, започаткований при Києво-Могилянській Бізнес Школі), Національний університет «Львівська політехніка», Національний університет «Юридична академія імені Ярослава Мудрого» та ін.), але ще відсутня загальна система підготовки, не співвіднесені професійні критерії, обмежена кількість вітчизняної фахової літератури¹⁰¹. Напрацювання знань у сфері медіації, узагальнення досвіду інших країн є основним

¹⁰¹ Демидович О.М. Професійна підготовка фахівців з медіації в університетах Іспанії : дис. ... канд.наук : 13.00.04 / Демидович Оксана Миколаївна. – К., 2011. – С. 6.

напрямок діяльності також для Українського центру порозуміння, Одеської групи медіації, Школи медіації при Академії адвокатури України тощо.

Не зважаючи на відсутність єдиних, законодавчо закріплених стандартів підготовки медіаторів, існує узагальнене розуміння, якою сукупністю навичок професійний медіатор повинен володіти. Посередник повинен уміти: 1) оцінювати конфлікт, розбиваючи його на окремі проблеми і виявляючи реальні інтереси сторін; 2) бути неупередженим організатором, задаючи тон переговорів і допомагаючи сторонам досягати процедурних і змістовних угод; 3) бути активним слухачем, відокремлюючи змістовні моменти конфлікту від емоцій сторін і даючи сторонам конструктивний зворотний зв'язок; 4) бути випробувачем реалістичності і здійсненності висловлюваних сторонам ідей з вирішення спору, допомагаючи їм вибудувати розумні і реалістичні пропозиції, щоб прийняті сторонами кінцеві угоди були надійними і довгостроковими; 5) бути генератором альтернативних пропозицій для вирішення спору, допомагаючи сторонам вийти за стереотипи звичних і часто обмежених поглядів на їхню проблему; 6) бути розширювачем ресурсів сторін, направляючи їх до тих, хто може дати їм необхідну фактичну та іншу інформацію, надати юридичну або економічну консультацію; 7) бути вчителем у досягненні співпраці на переговорах, навчаючи зі сторони думати, діяти та вести переговори на принципах співпраці і допомагаючи їм шукати рішення, які б відповідали як їхнім власним інтересам, так і інтересам іншої сторони; 8) уміти сприяти сторонам у доведенні угод до завершеності, піклуючись про те, щоб у кожній стороні збереглося повне розуміння і відповідальність щодо укладеної угоди¹⁰².

Основним органом, на якого покладаються функції щодо координації діяльності з підготовки та належного здійснення посередництва у вирішенні конфліктів професійними медіаторами, відповідно до законопроектів має стати об'єднання медіаторів. Покладення функцій контролю за діяльністю медіаторів на професійні організації медіаторів вже підтверджено практикою європейських країн світу. З одного боку, такі органи є самостійними, проте з іншого – держава залишає за собою повноваження з нагляду за належним функціонуванням цих організацій. Саме тому закон про

¹⁰² Дементьев О.М. Альтернативне вирішення спорів: короткий аналітичний нарис / О.М. Дементьев, Е.В. Тихонова. – Тамбов, 2010. – С. 62-70.

медіацію повинен закріпити досить жорсткі вимоги до об'єднань медіаторів, зокрема, щодо створення дієвих механізмів оскарження дій або бездіяльності медіаторів в конкретних справах; відповідальності медіаторів; необхідності створення та дотримання кодексів етики та кодексів процедур медіаторами, оприлюднення інформації для широкого доступу громадян тощо.

Відповідно до ст.1 Законопроекту № 3665, об'єднаннями медіаторів є місцеві, всеукраїнські і міжнародні об'єднання, створені згідно з законодавством України медіаторами; організаціями, що забезпечують проведення медіації; організаціями, що проводять професійне навчання медіаторів. Крім того, об'єднання медіаторів передбачається наділити правом акредитувати фізичних та юридичних осіб, що здійснюватимуть підготовку професійних медіаторів. На об'єднання медіаторів покладаються повноваження з ведення спеціальних реєстрів медіаторів, які, у свою чергу, у своїй сукупності складатимуть загальний реєстр медіаторів України. Також планується наділити об'єднання медіаторів повноваженнями дисциплінарних органів, що не тільки розроблять спеціальні правила етики медіаторів та правила проведення медіаційних процедур, а й прийматимуть скарги на незаконні дії чи бездіяльність медіаторів та здійснюватимуть накладення стягнень у вигляді вилучення з реєстру медіаторів. Виходячи з аналізу норм проектів закону, спірним питанням залишається обов'язковість участі медіаторів в таких об'єднаннях.

Дискусійним серед законотворців, практикуючих юристів та інших зацікавлених осіб є питання щодо нормативного закріплення обов'язковості процедури медіації в окремих категоріях спорів. Єдність думок полягає у тому, що обов'язковість такої процедури може встановлюватися лише законом. Проте й такі новели можуть виявитися не надто ефективними. Як показує вітчизняний досвід, досудове врегулювання спору в господарських правовідносинах (претензійна стадія) себе не виправдало, і з часом від нього довелось відмовитися як від обов'язкової процедури, що передувала судовому розгляду. Існує ризик, що така ж доля може спіткати й медіацію.

Прибічники медіації як альтернативного методу врегулювання господарських спорів зауважують, що впровадження медіації значно розвантажить судову систему, враховуючи низку переваг, про які йшлося вище, а також невітїшну статистику виконання судових рішень. Такий аргумент ставиться під сумнів, що пов'язано безпосередньо з процедурою виконання договору, укладеного за

результатами медіації. Він є обов'язковим для виконання сторонами у визначені ним строки та спосіб. Проте у разі невиконання стороною узятих на себе зобов'язань за таким договором інша сторона має право звернутися до суду у встановленому законом порядку для захисту порушених прав і законних інтересів. Існує точка зору, що масове вирішення конфліктів за допомогою посередника може, навпаки, стати черговим засобом зловживання своїми правами недобросовісними сторонами та ще більше завантажити суди справами про виконання, визнання недійсними медіативних угод тощо. У значній мірі розвиток такої ситуації залежить від рівня суспільної свідомості та правової культури. Таким чином, висока мета розвантаження судової системи може обернутися додатковим навантаженням на неї.

Щодо формату законодавчого закріплення також існують суперечки. Одні вважають, що необхідно прийняти базовий закон, який би містив основні, фундаментальні положення, що дозволили б медіаторам працювати централізовано, а їхня діяльність не піддавалася би сумніву. У той час, як інші, зокрема, Міністерство юстиції України наполягає на жорсткій регламентації діяльності медіаторів та встановленні відповідальності за неналежне виконання обов'язків.

Таким чином, на сьогодні чітко окреслилося дві основних концепції щодо шляхів впровадження медіації в національну правову систему.

Перша – це концепція судової медіації, відповідно до якої остання повинна стати складовим елементом процесуальної процедури. Цю ідею впроваджувала в життя програма «Прозорість та ефективність судової системи України». Представники другої концепції стверджують, що медіація повинна бути автономним способом вирішення правових спорів, і, за прикладом третейського судочинства, функціонувати паралельно з судовим процесом. А в ідеалі – передувати йому. Такий задум покладено в основу діяльності медіаторних груп, які вже функціонують на території України¹⁰³.

¹⁰³ Бондаренко-Зелінська Н. Л. До питання про примирення сторін в цивільному процесі / Н. Л. Бондаренко-Зелінська // Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції «Десяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 18-19 листопада): у 4-х частинах. – Частина третя. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2011. – С. 32–34.

Сьогодні складно визначитися, яка з відомих у світі форм медіації, а саме судова чи комерційна, найкраще увійде в правову систему нашої держави. Зрозуміло, що з огляду на євроінтеграційні прагнення України ми маємо уважно вивчати європейський досвід розвитку альтернативних технологій вирішення спорів (Alternative dispute resolutions – ADR).

Після проведення моніторингових досліджень, вивчення та аналізу надбань деяких провідних країн світу в царині медіації, Рада Європи запропонувала Україні здійснити певні кроки з реформування своєї нормативно-правової бази¹⁰⁴. Зокрема, йдеться про рекомендації та керівні принципи, які було викладено в наступних документах:

- 1) Рекомендації щодо медіації в сімейних справах Rec (98)¹⁰⁵;
- 2) Рекомендації щодо медіації в кримінальних справах Rec (99)19¹⁰⁶;
- 3) Рекомендації щодо медіації в цивільних справах Rec (2002)10¹⁰⁷;
- 4) Рекомендації щодо альтернативного судового розгляду спорів між адміністративними органами і сторонами – приватними особами (адміністративні справи) Rec (2001)9¹⁰⁸.

Отже, враховуючи піввіковий світовий досвід та реалії національного законодавства й правозастосування, за допомогою медіації вже сьогодні можна вирішувати такі господарські спори, як: спори, що виникають між суб'єктами господарювання при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів; корпоративні спори; земельні спори, що виникають із земельних відносин, в яких беруть участь суб'єкти господарської діяльності, за

¹⁰⁴ Гайдук А.В. Проблеми законодавчого забезпечення медіації в Україні / А.В. Гайдук// Часопис академії адвокатури України. – 2013. – № 2. – Режим доступу:http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2013_2_9.

¹⁰⁵ Рекомендації щодо медіації в сімейних справах Rec (98) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1568851&Site=COE>.

¹⁰⁶ Рекомендації щодо медіації в кримінальних справах Rec (99)19 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1568851&Site=COE>.

¹⁰⁷ Рекомендації щодо медіації в цивільних справах Rec (2002)10 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1568851&Site=COE>.

¹⁰⁸ Рекомендації щодо альтернативного судового розгляду спорів між адміністративними органами і сторонами – приватними особами (адміністративні справи) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1568851&Site=COE>.

винятком тих, що віднесено до компетенції адміністративних судів тощо. Важливе значення при зверненні до медіації має саме можливість досягнення сторонами конфлікту взаємної згоди. При цьому питання можливості вирішення за допомогою медіації публічно-правових спорів, що виникають із господарських правовідносин, є дискусійним в правовій науці. Одні вчені вважають, що на сьогодні вже не виникає сумнівів, чи може бути медіація ефективним способом вирішення публічно-правових спорів у сфері управління (зокрема, господарською діяльністю), адже у сучасному світі вона стала вкрай необхідною, оскільки, зважаючи на складність проблем у суспільній сфері, які потребують вирішення, збору інформації, пошук варіантів та альтернатив не може бути здійснений шляхом авторитарного прийняття рішень. Медіація є своєрідним барометром дотримання органом влади демократичних принципів в управлінні¹⁰⁹. Інші ж переконані, що застосування медіації до публічно-правових спорів, в тому числі, пов'язаних з оскарженням дій органів державної влади, не є можливим, адже в таких випадках важливим є не пошук компромісів, а встановлення законності в діях органів державної влади¹¹⁰.

Переваги медіації (конфіденційність, відносна швидкість вирішення спору, економність, узгодження інтересів кожної зі сторін тощо), порівняно із захистом прав суб'єктів господарювання в судовому порядку, має сприяти, з одного боку, розширенню практики її застосування, з іншого – зменшенню навантаження на судові органи. Водночас, важливо пам'ятати, що медіація не є якоюсь панацеєю, – вона може стати допоміжним засобом, дієвим альтернативним способом вирішення господарського спору лише тоді, коли сторони будуть готові й спроможні взяти участь у медіації. Застосування медіації є найбільш доцільним при вирішенні спорів, що виникають в межах довгострокових господарських договорів (контрактів), коли виникають питання технічного характеру, невизначеність щодо тлумачення положень договору, а предмет спору є лише видимою причиною конфлікту. В кожному разі головним для сторін повинно бути бажання вирішити спір шляхом переговорів. Законодавець наразі не планує запровадження

¹⁰⁹ Кузьміна М. Юридический конфликт: теория и практика разрешения / М. Кузьмина. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 60.

¹¹⁰ Ульянова Г. О. Актуальні питання запровадження медіації у сфері права інтелектуальної власності / Г. О. Ульянова // Південноукраїнський правничий часопис. – 2010. – № 3. – С. 67.

медіації як примирної процедури в її класичному вигляді (як альтернативи державному судовому розгляду), а розглядає лише можливість додаткового способу вирішення спорів, що передані на вирішенні суду (в т.ч. господарського). Пояснюється це тим, що в Україні поки що не вистачає кваліфікованих медіаторів, а тому як єдино прийнятна форма медіації розглядається та запроваджується лише, так звана, «судова медіація», коли процедура медіації проводиться в рамках розпочатого в суді провадження по справі суддею чи науковим співробітником цього ж суду, які мають відповідну підготовку медіатора. Така форма медіації розглядається як форма розв'язання спору до винесення судового рішення. В той же час, на думку Н. Л. Бондаренко-Зелінської, намагання перетворити медіацію на елемент судового розгляду навряд чи буде успішним, адже підпорядкування її вимогам процесуальної форми знищить весь позитивний потенціал цього способу альтернативного вирішення спорів¹¹¹. Це не означає, що медіація не може слугувати способом примирення сторін і застосовуватись паралельно із судовим провадженням. Цінними є й медіативні технології, використання яких дозволило б професійним суддям допомагати сторонам правового спору знаходити вихід із конфліктної ситуації.

До чинників же, які перешкоджають поширенню медіації як способу вирішення господарських спорів на теренах України, вчені загалом відносять¹¹²: (а) необізнаність суб'єктів господарювання, що сторонами спору, про існування можливості вирішення спору без участі суду; (б) відсутність у сторін упевненості в дієвості процедури медіації, її ефективності; (в) відсутність законодавче регулювання як приватноправових і приватно-процесуальних питань медіації (посередництва), так і публічно-правової оцінки факту застосування примирних процедур і публічно-правових наслідків угод, досягнутих як результат примирення. При цьому, хоча Україна й перебуває на етапі формування вітчизняної моделі відновного

¹¹¹ Бондаренко-Зелінська Н. Л. До питання про примирення сторін в цивільному процесі / Н. Л. Бондаренко-Зелінська // Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції «Десяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 18-19 листопада): у 4-х частинах. – Частина третя. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2011. – С. 32–34.

¹¹² Задорожна С. Ф. Перспективи запровадження примирної процедури (медіації) в Україні / С. Ф. Задорожна // Приватне право і підприємництво: збірник наукових праць. – Випуск 8. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2009. – С. 191.

правосуддя, ідея запровадження інституту примирення (медіації) у вітчизняній системі права підтримується широким колом спеціалістів. Це повною мірою відповідає прагненню України до гармонізації національного законодавства із законодавством ЄС, на теренах якого медіації приділено значну увагу.

Саме тому Спільною програмою ЄС та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України» проводиться ряд заходів щодо впровадження в системі судочинства України медіації як способу альтернативного вирішення правових спорів. Так, зокрема, з цією метою, у квітні 2009 року експерти Ради Європи визначили 4 пілотних суди: Вінницький окружний адміністративний суд, Донецький апеляційний адміністративний суд, Івано-Франківський міський суд, Білоцерківський міськрайонний суд Київської області, для проведення експерименту при розгляді адміністративних, господарських та цивільних справ у судах України. Починають з'являтися організації, які розвивають медіацію, наприклад, благодійна організація «Український центр порозуміння», яку підтримують Верховний суд, Академія суддів та Міністерство юстиції, ставить за мету діяльності впровадження відновного правосуддя у правову систему. Медіація пропагується як перспективний та оптимальний інструмент вирішення спорів, адже характеризується мінімальними втратами для опонентів у спорі.



Запитання та завдання для самоконтролю:

1. Які альтернативні способи вирішення спорів Вам відомі?
2. Назвіть підходи до розуміння сутності медіації.
3. Які існують види медіації?
4. Назвіть переваги медіації, порівняно з іншими способами вирішення господарських спорів.
5. Назвіть стадії здійснення медіації.
6. Які підходи до класифікації моделей медіації Вам відомі?
7. У чому полягають особливості судової медіації?
8. Проаналізуйте основні законопроекти, якими передбачається впровадження медіації в Україні.
9. Які основні перешкоди вбачаються на шляху до впровадження медіації в Україні.

ГЛАВА 3.

ПРЕДСТАВНИЦТВО В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ

§ 1. Загальні положення про представництво в господарському праві.

Правова природа та порядок видачі довіреності

У системі здійснення і захисту прав суб'єктів господарювання важливе місце посідає конструкція представництва. Фізичні та юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності можуть укладати угоди на власний розсуд і власними діями або за допомогою інших осіб через інститут представництва.

Якщо мова йде про фізичних осіб (у тому числі, тих, що зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності), то вони можуть діяти як самостійно у власних інтересах, задовольняючи власні потреби (самопредставництво), так і звертатись за допомогою до професійних представників. При цьому такі форми участі можуть бути характерними і для матеріальних, і для процесуальних правовідносин, суб'єктом яких є відповідна фізична особа. Таким чином, така особа здійснює своє волевиявлення самостійно або у встановленому законом порядку наділяє відповідними повноваженнями іншу особу.

Реалізація юридичною особою своєї правоздатності через свої органи та представництво – це два різних правових інститути, оскільки, як зазначають С. Фурса та К. Капляр, орган, який представляє юридичну особу не має достатньої самостійності для визнання його особою. Це положення втілене, зокрема, в ст. 92 ЦКУ. Лише у випадку коли юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків та здійснює їх через своїх учасників застосовуються норми інституту представництва, оскільки такі учасники діють за довіреністю. Наприклад, відповідно до ст. 122 ЦКУ, якщо ведення справ доручено окремим учасникам повного товариства, інші учасники можуть вчиняти правочини від імені товариства за наявності у них довіреності, виданої учасниками, яким доручено ведення справ товариства. Тому, волевиявлення органу юридичної особи не є самостійним, а є волевиявленням безпосередньо юридичної особи¹¹³.

¹¹³ Фурса С., Капляр К. Нотаріальне процесуальне представництво: підстави виникнення та особливості здійснення представництва за законом / С. Фурса, К. Капляр // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2011. – № 89. – С. 6.

Під представництвом зазвичай розуміється вчинення однією особою, представником, у межах наявних у нього повноважень правочинів та інших юридичних дій від імені та в інтересах іншої особи, яку представляють (довіритель)¹¹⁴.

Статус суб'єкта господарських відносин, як, власне, і цивільних також, характерний тим, що надає йому можливість розширити сферу свого юридичного впливу за межі власних можливостей. Необхідність у такому розширенні виникає, перш за все, з причини неможливості одночасного перебування однієї і тієї самої особи в кількох місцях одночасно, а також у випадках об'єктивної неможливості окремих фізичних осіб виразити свою волю ззовні з причин недоліків у дієздатності. Право за допомогою конструкції представництва приписує діям певних осіб (представників) таке юридичне значення, яке вони мали б, будучи вчиненими третьою особою (довірителем).

Спірним питанням є *розмежування представництва в матеріальному праві та процесуального представництва*. Дискусії з цього приводу мають глибоке коріння, оскільки першочергово представництво зародилось саме в матеріальному праві. Саме тому досить тривалий час ці два поняття не розмежовувались, а розглядались як синонімічні. На сьогоднішній день практично ні в кого не викликає сумнівів те, що між ними є різниця.

Відтак, видається можливим розмежувати процесуальне та матеріальне представництво за низкою таких критеріїв.

1. Предмет регулювання. Представництво в матеріальному розумінні завжди носить приватноправовий характер. У господарсько-процесуальному представництві не все так однозначно. З одного боку, воно має публічно-правовий характер, бо однією зі сторін у цих правовідносинах є суд. А з іншого – інтереси, які представляються в господарському суді, можуть мати як приватний, так і публічний характер.

Важливою правовою категорією для представництва є поняття «інтерес», визначення якого немає в законодавстві України. Як слушно зауважує В. В. Резнікова, кожен суб'єкт господарського права має свій інтерес як усвідомлену господарську потребу в досягненні певних матеріальних та / або нематеріальних благ. Зазвичай, кожен господарюючий суб'єкт (фізична чи юридична

¹¹⁴ Див.: Цивільне право України. Загальна частина: підручник / [Бервено С. М., Галянтич М. А., Довгерт А. С. та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданника. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – С. 555.

особа), діючи вільно в господарському обороті, набуває господарських прав та обов'язків з власної волі та у своєму інтересі¹¹⁵. Проте є законодавчо встановлені винятки, коли особа може діяти «в чужих інтересах», зокрема, і з метою процесуального представництва інтересів інших осіб.

Найбільш поширеним підходом до визначення поняття «інтересу» є його аналіз як об'єктивно-суб'єктивної категорії¹¹⁶. Інтерес є об'єктивним явищем, оскільки зумовлений усією сукупністю об'єктивно існуючих обставин господарської діяльності конкретного суб'єкта господарювання. Разом з тим, у праві немає інтересу, що не був би суб'єктивно зумовленим¹¹⁷.

2. Цілі. Метою представництва в матеріальному праві є вчинення представником правочинів для іншої особи, які безпосередньо створюють, змінюють або припиняють права та обов'язки особи, яку представляють. Наприклад, О. Л. Невзгодіна представництво в цивільному праві визначає як організаційне правовідношення, відповідно до якого юридичні дії, що їх вчиняє в межах повноважень одна особа (представник) від імені іншої особи (яку вона представляє) щодо третіх осіб, обізнаних із представницьким характером таких дій, спричиняють виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків безпосередньо в особи, яку представляють, у її правовідносинах з третіми особами¹¹⁸.

Метою процесуального представництва є забезпечення ефективного захисту матеріальних прав та інтересів сторін або третіх осіб у суді шляхом використання встановлених процесуальним законом засобів у межах наданих представникові повноважень.

Влучно зазначив Я. Розенберг про те, що метою представництва в цивільному праві є вчинення правочинів чи інших юридичних дій

¹¹⁵ Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти) : [монографія] / Резнікова В. В. – Хмельницький, 2010. – 706 с. – С. 76.

¹¹⁶ Фогельсон Ю. Конструкция «интерес» и «риск» в Гражданском кодексе / Ю. Фогельсон // Хозяйство и право. – 2003. – № 6. – С. 24-25.

Керимов Д. А. Потребность, интерес и право (к вопросу об объективном и субъективном в праве) / Д. А. Керимов // Правоведение. – 1971. – № 4. – С. 100.

¹¹⁷ Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти) : [монографія] / Резнікова В. В. – Хмельницький, 2010. – 706 с. – с. 74.

¹¹⁸ Невзгодина Е. Л. Представительство по гражданскому праву / Е. Л. Невзгодина // Советское государство и право. – 1978. – № 3. – С. 123-124.

у сфері цивільного обороту. Метою представництва в процесі є здійснення юридичних дій, а саме процесуальних дій¹¹⁹.

3. Засоби досягнення цілей. Представник в господарському процесі для досягнення своїх цілей може використовувати лише засоби, визначені законом (подання позову, подання доказів, пояснень тощо), а в матеріальному праві ці засоби визначає для представника довіритель або, за його розсудом, в окремих випадках – і сам представник.

4. Суб'єктний склад. У процесі представниками можуть бути лише фізичні особи, оскільки повинні володіти волею в психологічному сенсі для здійснення конкретних процесуальних дій. У матеріально-правовому представництві допускаються як фізичні, так і юридичні особи.

Крім того, у матеріальному праві представник у відповідних випадках може представляти кілька сторін одночасно (наприклад, при комерційному представництві, за згодою таких сторін), а процесуальний представник – лише одну зі сторін, що обумовлено діаметральною протилежністю інтересів позивача та відповідача в господарському процесі.

5. Обсяг повноважень. У матеріальних галузях права обсяг повноважень представника визначає сам довіритель на основі договору доручення, а також шляхом видачі довіреності.

Процесуальні ж права представника чітко визначені в ГПКУ, а тому їх обсяг не може бути змінений чи збільшений самим довірительом, представник просто використовує ті з них, які вважає за доцільне використати, виходячи із завдань, які перед ним стоять у процесі. А в довіреності визначається лише коло повноважень, які надаються представникові залежно від бажання і волі особи, яку він представляє.

6. Правові наслідки видачі доручення на здійснення юридичних дій. У матеріально-правових відносинах діє або сам суб'єкт права, і представник при цьому не потрібен, або діє представник, який заміщує довірителя, оскільки останній у вчиненні правочину участі не бере.

У процесуальних правовідносинах паралельна участь представника і особи, яку представляють, допускається законодавством.

7. Підстави припинення. Представництво в матеріально-правовому розумінні припиняється з припиненням дії довіреності (у

¹¹⁹ Розенберг Я.А. Представительство в советском гражданском процессе / Розенберг Я. А. – Рига, 1974. – 132 с. – С. 39.

разі договірною представництва) та настання інших юридичних фактів (у випадку з законним представництвом).

Підстави для припинення представництва в господарському процесі значно ширші. Поряд з матеріально-правовими фактами такими підставами є і факти процесуальні (припинення провадження по справі, залишення заяви без розгляду, винесення судом рішення у справі та інші підстави, але за відсутності у представника повноважень на оскарження подібних судових актів).

Досить часто до послуг довірителів звертаються, щоб скористатися спеціальними знаннями та досвідом представника. Діяльність юридичних осіб взагалі неможлива без постійного чи навіть епізодичного звернення до представництва, функціонування філії і представництв, представництва в суді тощо.

За допомогою представництва можуть здійснюватися як майнові, так і окремі немайнові права.

Таким чином, представництво характеризує статус суб'єкта, що має право діяти як представник, та визнає можливими набуття, зміну та припинення прав шляхом вчинення юридичних дій особою, що отримала право здійснювати представництво від імені іншої особи.

Правовою основою представництва в господарському праві служать цивільно-правові норми, що регулюють відносини, пов'язані з представництвом, довіреністю, договором доручення.

Інститут представництва регулюється гл. 17 ЦКУ. Відповідно до ч. 1 ст. 237 ЦКУ, *представництвом* є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє.

У правовій доктрині представництво розглядається як своєрідне правовідношення, у силу якого одна особа (представник) набуває і здійснює в інтересах і від імені іншої особи, яку вона представляє, права й обов'язки з метою вчинення правочинів у межах, встановлених для представника або наданих йому повноважень.

Крім того, представництвом називається також діяльність представника, спрямована на реалізацію наданого йому повноваження. Зміст цього правового відношення становить повноваження однієї особи (представника) діяти від імені, в інтересах і за рахунок іншої особи (довірителя), що виникає з договору, акта уповноваженого на це державного органу або органу місцевого самоврядування, або в силу закону.

Під **повноваженням** розуміється система двох суб'єктивних прав представника, одне з яких є абсолютним, інше – відносним,

спрямованим проти довірителя (того, кого представляють). Абсолютне право представника включає в себе (1) можливість вчинення певних юридичних дій від імені, в інтересах і за рахунок довірителя та (2) можливість вимагати від довірителя, своїх контрагентів і будь-яких інших осіб не його юридичну сферу як представника з юридичною сферою довірителя. Складовими відносного права представника є (1) можливість розраховувати на те, що всі юридичні наслідки, створені його діями, падають на довірителя; (2) можливість вимагати від довірителя відшкодування всіх необхідних витрат, понесених ним у процесі здійснення представництва¹²⁰.

Основним елементом цього складного за структурою права (повноваження) є право на власні «позитивні» дії, тобто можливість представника діяти певним чином від імені певної особи, яку він представляє. Але, як і кожне суб'єктивне право, повноваження не вичерпується цією правомочністю, бо суб'єктивне право має включати і правомочність вимоги певної поведінки від інших осіб. У цьому разі така правомочність вимоги полягає у праві представника зажадати від особи, яку він представляє, прийняття на себе юридичних наслідків дій, вчинених на підставі та в межах повноваження.

При цьому, як свідчить аналіз норм ЦКУ, перевага надається договорі доручення, який традиційно вважається «договором про представництво». Від інших договорів доручення він відрізняється тим, що лише в ньому представник спеціально виконує завдання за допомогою вчинення юридичних дій від імені і за рахунок того, кого представляють. За договором доручення предметом угоди може бути тільки виконання юридичних дій, тобто дій, що створюють для довірителя правові наслідки щодо третьої особи.

Враховуючи, що принципово важливим є не лише визначення змісту та моменту виникнення повноваження, але й встановлення тих форм, у яких воно може бути повідомлене при укладенні правочину третім особам. У цьому контексті традиційно пропонується *довіреність* вважати як документ, що визначає обсяг і зміст повноважень, наданих особою, яку представляють, своєму представникові¹²¹.

¹²⁰ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть / В. А. Белов. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – С. 608.

¹²¹ Гранін В. Л. Повноваження представника та його реалізація за цивільним законодавством України : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. Л. Гранін. – Одеса, 2005. – С. 10-11.

Важливим є розмежування близьких за змістом понять: двостороннього правочину – договору доручення і одностороннього – видачі довіреності. Шляхом видачі довіреності (як односторонньо-уповноважуючого правочину) суб'єкт в односторонньому порядку надає іншій особі лише право (уповноважує) на представництво інтересів довірителя перед третіми особами. Тому її видача не вимагає згоди представника, а прийняття довіреності або відмова від неї є правом представника. Це означає, що у випадку неналежного здійснення повноважень представником притягнути його до відповідальності за неякісне виконання обов'язків буде практично неможливо.

Довіреність адресована третім особам та засвідчує повноваження представника перед третіми особами. По суті, ключове значення довіреність має саме у т.зв. «зовнішніх» відносинах представництва (між повіреним та третіми особами), оскільки є підтвердженням для третіх осіб того, що повірений дійсно має відповідні повноваження на здійснення представницьких дій від імені та в інтересах довірителя. У свою чергу, договір доручення (або ж договір про надання юридичної допомоги) опосередковує «внутрішні» відносини представництва (між довірителем та представником), де, окрім повноважень представника, зазначаються також інші права та обов'язки сторін договору, зокрема, обов'язок довірителя оплатити послуги представника.

Варто зауважити, що за договором доручення, серед обов'язків довірителя на перший план можна винести обов'язок видати повіреному довіреність (ст. 1007 ЦКУ), крім випадків передбачених законодавством. Необхідність видачі довіреності обумовлена декількома моментами. По-перше, у поняття договору доручення законодавець не включив передачу повноважень повіреному. Разом з тим, слід зазначити про допустимість вказівки в самому тексті договору на передачі повноваження і їхній обсяг, що, зокрема, впливає з аналізу п. 3 ст. 244 ЦК. По-друге, довіреність служить підтвердженням повноважень перед третіми особами, з якими довіритель планує вступити в юридично значимі відносини. Довіреність може виступати також як доказ наявності повноважень, що дозволяє зробити висновок про можливість для повіреного вимагати повторної видачі довіреності у випадку її втрати ¹²².

¹²² Федорченко Н.В. Договір доручення : автореф. дис.... канд.юрид.наук: 12.00.03 / Н.В. Федорченко. – Київ, 2004. – 23 с.

Таким чином, основною відмінністю між договором доручення та довіреністю є те, що на відміну від договору доручення за довіреністю у повіреного виникає лише право вчинити певні дії, а не обов'язок.

Виходячи з викладеного, найбільш поширеною формою закріплення повноважень представника є видача довіреності особою, яка уповноважує представника на вчинення певних юридичних дій. Тривалий час дискусійним залишається питання співвідношення понять «довіреність» та «видача довіреності». Одні вчені зазначають, що одностороннім актом, що містить повноваження, є власне довіреність, інші – правові наслідки пов'язує саме з актом її видачі.

Термін «довіреність», як зауважує О. Л. Невзгодіна, можна було б використовувати поряд з терміном «видача довіреності» для позначення юридичного факту – одностороннього правочину, в якому особа, яку представляють, наділяє повноваженнями, якби довіреність означала дію, як це, наприклад, має місце щодо терміну «договір»¹²³.

Видача довіреності залежить лише від волі особи, яку представляють, яка і після її вчинення може утриматися від передачі її представнику. А. І. Штейнберг вважав, що поки довіреність знаходиться в руках довірителя, вона не породжує ніякого юридичного ефекту, тобто вона ще не діє і не дає повіреному можливості за її допомогою виконати надане йому доручення. Підтримуючи вказану думку, О.Л. Невзгодіна звертає увагу на те, що для того, щоб повноваження виникло у стані, готовому до реалізації, або було переведеним у такий стан, необхідно, щоб довіритель виразив свою волю на представництво двічі: при вчиненні довіреності та при її видачі повіреному. Вирішальне значення має видача довіреності¹²⁴. Н. О. Нерсесов, наприклад, висловив думку, що довіреність, як односторонній правочин, потребує прийняття, як кожна оферта¹²⁵.

Відповідно до ч. 3 ст. 244 ЦКУ довіреністю є письмовий документ, що видається однією особою іншій особі для представництва перед третіми особами. Інакше кажучи, видача

¹²³ Невзгодина Е.Л. Основания представительства в советском гражданском праве / Е. Л. Невзгодина // Вопросы правового регулирования в социалистическом обществе. – Свердловск, 1974. – С. 78.

¹²⁴ Там само.

¹²⁵ Нерсесов Н.О. Представительство и ценные бумаги в гражданском праве / Н.О. Нерсесов. – М., 1998. – С. 234.

довіреності – це односторонній правочин, тобто юридичний факт, який передбачає волевиявлення тільки однієї особи, хоч юридичні наслідки в результаті одностороннього правочину можуть наставати також і для інших суб'єктів.

За змістом та обсягом повноважень, що їх отримує представник, розрізняють три види довіреностей: генеральні (загальні), спеціальні та разові. Генеральна довіреність видається на вчинення широкого кола угод та юридичних дій (наприклад, генеральною є довіреність, яка видається керівникові філії юридичної особи). Спеціальна довіреність видається представникові на здійснення багатьох однорідних юридичних дій. До спеціальних можна віднести довіреність на представництво у суді, довіреність, яка видається експедиторові на отримання вантажів від залізниці. Разова довіреність видається для вчинення однієї конкретної угоди або іншої юридичної дії (наприклад, довіреність на отримання зарплати, на підписання певного договору).

Форма довіреності має відповідати формі, в якій відповідно до закону повинен вчинятися правочин. Довіреність від імені фізичної особи (у тому числі, фізичної особи-підприємця) підлягає нотаріальному посвідченню. Крім того, відповідно до ст. 42 ЦПКУ довіреність фізичної особи може бути посвідчена також посадовою особою організації, в якій довіритель працює, навчається, перебуває на службі, стаціонарному лікуванні чи за рішенням суду, або за місцем його проживання. Проте варто зауважити, що у випадку процесуального представництва громадяни можуть вести свої справи в господарському суді через представників, повноваження яких підтверджуються виключно нотаріально посвідченою довіреністю (ст. 28 ГПКУ). Нотаріуси посвідчують довіреності, складені від імені фізичної особи або юридичної особи, на ім'я однієї або кількох осіб з чітко визначеними юридичними діями, які належить учинити представникові.

Посвідчені нотаріусами довіреності, а також довіреності, видані в порядку передоручення, припинення їх дії, підлягають обов'язковій реєстрації в Єдиному реєстрі довіреностей у порядку, установленому Положенням про Єдиний реєстр довіреностей.

Довіреність на вчинення правочину, який відповідно до його змісту може бути вчинений лише особисто довірителем, нотаріусом не посвідчується.

Довіреність повинна містити:

- зазначення особи, що видає довіреність;
- зазначення особи, якій видано довіреність;

Посередництво і представництво в господарському праві та процесі України

- зазначення третьої особи, перед якою здійснюється представництво;
- повноваження представника;
- строк довіреності;
- дату видачі довіреності. Довіреність, у якій не вказано дати її вчинення, є нікчемною (ст. 247 ЦКУ);
- підпис особи, яка видала довіреність, а якщо довіреність видано юридичною особою, то й печатку юридичної особи.

Довіреність від імені юридичної особи видається на бланку відповідної юридичної особи та засвідчується підписом керівника, а також скріплюється печаткою (за наявності). Довіреність юридичній особі може бути видана тільки на укладення угод, що не суперечать її статутіві.

У випадку, коли однією зі сторін представницьких правовідносин є іноземний суб'єкт господарювання, то слід мати на увазі, що відповідно до ст. 34 Закону України «Про міжнародне приватне право» порядок видачі, строк дії, припинення та правові наслідки припинення довіреності визначаються правом держави, у якій видана довіреність.

Виходячи з того, що інститут представництва є міжгалузевим інститутом права, до порядку видачі й форми довіреності на представництво в господарському суді слід застосовувати норми цивільного та цивільного процесуального законодавства в тій частині, в якій це питання не врегульоване нормами господарського та господарського процесуального законодавства.

Наприклад, відповідно до положень Закону України «Про акціонерні товариства»¹²⁶ певні особливості існують щодо *представництва інтересів акціонерів*. Так, представником акціонера – фізичної чи юридичної особи на загальних зборах акціонерного товариства може бути інша фізична особа або уповноважена особа юридичної особи; а представником акціонера – держави чи територіальної громади – уповноважена особа органу, що здійснює управління державним чи комунальним майном. Проте посадові особи органів товариства та їх афілійовані особи не можуть бути представниками інших акціонерів товариства на загальних зборах.

У зв'язку з тим, що таке представництво носить добровільний характер, акціонер має низку прав, а саме: призначити свого

¹²⁶ Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 року // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50-51. – Ст. 384.

представника постійно або на певний строк; у будь-який момент відкликати чи замінити свого представника, повідомивши про це виконавчий орган акціонерного товариства; видати довіреність на право участі та голосування на загальних зборах декільком своїм представникам. При цьому, згідно з ч. 3 ст. 40 Закону України «Про акціонерні товариства», у разі, якщо для участі в загальних зборах з'явилося декілька представників акціонера, реєструється той представник, довіреність якому видана пізніше.

Відповідними повноваженнями щодо участі в загальних зборах акціонерного товариства представник наділяється шляхом видачі йому довіреності акціонером. Довіреність на право участі та голосування на загальних зборах, видана фізичною особою, посвідчується нотаріусом або іншими посадовими особами, які вчиняють нотаріальні дії, а також може посвідчуватися депозитарною установою у встановленому Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку порядку. Довіреність на право участі та голосування на загальних зборах від імені юридичної особи видається її органом або іншою особою, уповноваженою на це її установчими документами.

Довіреність на право участі та голосування на загальних зборах акціонерного товариства може містити завдання щодо голосування, тобто перелік питань порядку денного загальних зборів із зазначенням того, як і за яке (проти якого) рішення потрібно проголосувати. Під час голосування на загальних зборах представник повинен голосувати саме так, як передбачено завданням щодо голосування. Якщо довіреність не містить завдання щодо голосування, представник вирішує всі питання щодо голосування на загальних зборах акціонерів на свій розсуд. Як і у випадках представництва в інших матеріальних правовідносинах, надання довіреності на право участі та голосування на загальних зборах не виключає право участі на цих загальних зборах акціонера, який видав довіреність, замість свого представника.

§ 2. Комерційне представництво

Питання комерційного представництва регулює лише одна стаття 243 ЦКУ. ЦКУ не передбачає поняття комерційного представництва. Існує точка зору, що комерційне представництво є однією з можливих форм (різновидів) комерційного посередництва. На відміну від комерційного представництва, такі різновиди комерційного посередництва, як маклерська, ріелторська діяльність

передбачають здійснення виключно фактичних дій, які сприяють вчиненню правочину. Комісіонер та консигнатор, на відміну від комерційного представника, діють від власного імені. Комерційне представництво слід також відрізнити від інших суміжних правовідносин, зокрема дилерства, дистриб'юторства. На відміну від комерційного представника, дилер та дистриб'ютор діють від власного імені, за власний рахунок, у власних інтересах.

Комерційне представництво є видом добровільного представництва з особливим суб'єктним складом і сферою застосування. Особливістю суб'єктного складу відносин комерційного представництва є те, що комерційними представниками можуть бути як юридичні, так і фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності.

До особливостей здійснення комерційного представництва можна також віднести предмет та характер дій комерційного представника, внаслідок чого закон надає йому право одночасно представляти різні сторони при укладенні правочину, якщо на це є їхня згода або якщо така можливість прямо передбачена законом. Проте не допускається здійснення угод комерційним представником від імені особи, яку він представляє, щодо себе особисто¹²⁷.

І. Я. Верес¹²⁸ пропонує визначення комерційного представництва як правовідношення, в якому одна сторона (комерційний представник – фізична особа-підприємець або юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності) зобов'язана вчиняти правочини у сфері підприємницької діяльності від імені другої сторони (особи, яку представляють – фізичної особи-підприємця або юридичної особи, яка є суб'єктом підприємницької діяльності), а також здійснювати необхідні при цьому інші юридичні дії та (або) пов'язані з ними фактичні дії, а друга сторона зобов'язана сплатити за надані послуги певну грошову суму.

Для комерційного представництва як представницького правовідношення характерні такі ознаки:

- у межах правовідносин комерційного представництва обов'язковим є вчинення комерційним представником правочину;

¹²⁷ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. 1. – С. 412.

¹²⁸ Верес І. Я. Цивільно-правове регулювання комерційного представництва : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. Я. Верес. – Київ, 2010. – 19 с.

- комерційний представник має право діяти лише від імені особи, яку він представляє;
- комерційний представник діє тільки в межах наданих йому повноважень;
- комерційний представник діє в інтересах особи, яку він представляє, та за її рахунок.

Характерною ознакою комерційного представництва як різновиду добровільного є те, що передумовою його виникнення є волевиявлення особи, яку представляють, та комерційного представника, відображене у договорі про комерційне представництво або в односторонніх правочинах особи, яку представляють, та комерційного представника (видача та прийняття довіреності). З моменту укладення договору про комерційне представництво або вчинення односторонніх правочинів особою, яку представляють, та комерційним представником (видача та прийняття довіреності) виникає зобов'язальне правовідношення – комерційне представництво, в якому комерційний представник зобов'язується вчиняти правочин (правочини) від імені особи, яку він представляє.

Кваліфікуючими ознаками комерційного представництва є такі:

- комерційного представника уповноважують не лише на вчинення правочинів у сфері підприємницької діяльності, а й на здійснення юридичних або (та) фактичних дій, якщо вони є пов'язаними та необхідними для вчинення правочинів;
- комерційним представником та особою, яку представляють, може виступати лише фізична особа – підприємець або юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності;
- послуги комерційного представника мають відплатний характер.

Таким чином, однією з ключових характерних рис комерційного представництва, яка дозволяє виділити його в окремий вид представництва є особливий правовий статус комерційного представника. Відповідно до ч. 1 ст. 243 ЦКУ комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері підприємницької діяльності. Для більш комплексного та системного розуміння необхідно проаналізувати ту сукупність прав та обов'язків, якими наділений комерційний представник¹²⁹.

¹²⁹ Верес І. Я. Права та обов'язки комерційного представника / І. Я. Верес // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 4. – С. 24-30.

Так, до обов'язків комерційного представника належать:

1. Вчинення від імені особи, яку комерційний представник представляє, правочинів. Комерційний представник повинен здійснювати також інші юридичні дії та (або) фактичні дії, якщо вони є необхідними для вчинення правочинів, якщо це не суперечить правовій природі комерційного представництва і якщо інше не передбачено в договорі про комерційне представництво¹³⁰.

2. Обов'язок повідомити третю особу, з якою комерційний представник вступає у відносини від імені і в інтересах особи, яку він представляє, про свій статус комерційного представника і надати докази наявності повноважень діяти від імені та в інтересах особи, яку представляє. Невиконання цього обов'язку спричиняє загалом невиконання комерційним представником своїх зобов'язань згідно з договором про комерційне представництво.

3. Обов'язок повідомляти особу, яку представляють, про обставини виконання зобов'язання, які істотно можуть вплинути на її інтереси, зокрема про вчинені від її імені правочини, а також на вимогу особи, яку представляють, повідомляти про інші відомості щодо виконання зобов'язання. У ч. 1 ст. 1006 ЦКУ передбачений обов'язок повіреного повідомляти довірителеві на його вимогу всі відомості про хід виконання його доручення. Слід підкреслити, що даний обов'язок не визначений законом як імперативний у будь-яких випадках, а виникає лише на вимогу довірителя.

4. Обов'язок надавати особі, яку представляють, звіт та виправдальні документи після виконання зобов'язання. Відповідно до ч. 1 ст. 1006 ЦКУ, повірений зобов'язаний після виконання доручення або в разі припинення договору доручення до його виконання надати звіт про виконання доручення та виправдальні документи, якщо це вимагається згідно з умовами договору та характером правовідношення. Особливості зобов'язань комерційного представника обумовлюють потребу для особи, яку представляють, отримувати від комерційного представника звіт та виправдальні документи. Звіт дає можливість оцінити послугу представника, визначитись із витратами та винагородою представникові.

5. Обов'язок комерційного представника негайно передати особі, яку він представляє, все одержане у зв'язку з виконанням

¹³⁰ Климівська І. Я. Особливості послуг комерційного представника / І. Я. Климівська // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2008. – Вип. 46. – С. 125.

своїх зобов'язань. Відповідно до ч. 1 ст. 1006 ЦКУ, повірений зобов'язаний негайно передати довірителеві все одержане у зв'язку з виконанням доручення. Даний обов'язок обумовлений тим, що комерційний представник уповноважується на вчинення юридичних дій, які можуть бути спрямовані на виникнення, зміну або припинення господарських прав та обов'язків, реалізацію вже існуючих прав та виконання зобов'язань від імені та виключно в інтересах особи, яку комерційний представник представляє. А вчинення комерційним представником даних дій супроводжується отриманням майна, відповідних документів, що свідчать про наявність правових зв'язків між особою, яку представляють, та третіми особами. Дане майно повинне бути передане їхньому власникові.

6. Обов'язок повернути довіреність негайно після припинення праводносин комерційного представництва. Відповідно до ч. 1 ст. 1006 ЦКУ, повірений зобов'язаний після виконання доручення або в разі припинення договору доручення до його виконання негайно повернути довірителеві довіреність, строк якої не закінчився. Згідно з ч. 3 ст. 243 ЦКУ документом, який є достатнім для підтвердження повноважень, може бути письмовий договір, укладений між комерційним представником та особою, яку він представляє. За таких обставин, видача комерційному представникові довіреності є необов'язковою¹³¹. Таким чином, обов'язок щодо її повернення виникає лише у випадку видання особою, яку комерційний представник представляє, окремої довіреності.

7. Варто погодитись з думкою І. Я. Верес¹³² про доцільність закріплення на законодавчому рівні обов'язку комерційного представника щодо нерозголошення конфіденційної інформації, яка стала йому відома при здійсненні повноважень. Слід зауважити, що в ст. 302 ГКУ встановлений обов'язок щодо нерозголошення конфіденційної інформації в агентських відносинах. Враховуючи те, що вітчизняне законодавство розмежовує праводносини, які виникають в процесі здійснення комерційного представництва, та агентські відносини, то існує необхідність нормативного закріплення аналогічного

¹³¹ Климовська І. Я. Підстави виникнення комерційного представництва / І. Я. Климовська // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2008. – Вип. 3. – С. 129.

¹³² Верес І. Я. Права та обов'язки комерційного представника / І. Я. Верес // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 4. – С. 27.

обов'язку й для комерційного представника. Відповідна заборона повинна діяти і після припинення правовідносин комерційного представництва. При здійсненні комерційного представництва одночасно кількох сторін правочину вказаний обов'язок виступає особливо важливою гарантією для захисту їхніх інтересів. Для ефективного застосування норми необхідно, щоб комерційний представник та особа, яку він представляє, визначали умови щодо обсягу, передачі і використання конфіденційної інформації в договорі про комерційне представництво або в окремому договорі про нерозголошення. Також повинен бути встановлений строк, протягом якого, після припинення правовідносин комерційного представництва, комерційний представник і надалі зобов'язаний не розголошувати відповідну конфіденційну інформацію.

8. Договором про комерційне представництво також можуть бути передбачені додаткові обов'язки комерційного представника, зокрема обов'язок не укладати з іншими особами договорів, які аналогічні вже укладеному договору про комерційне представництво¹³³.

Правами комерційного представника є:

1. Право на плату за надані послуги. Здійснення комерційного представництва обов'язково передбачає вчинення правочинів, тому комерційний представник отримує право на плату за вчинення даних дій. Комерційний представник, як правило, здійснює також юридичні та (або) фактичні дії, які є необхідними для вчинення правочинів, тому в таких випадках комерційний представник вправі вимагати окремо відповідну плату за їх здійснення. Якщо вищевказані плати не охоплюють фактичні витрати, необхідні для виконання комерційним представником своїх обов'язків, комерційний представник вправі вимагати відшкодування понесених ним фактичних витрат. Як момент виникнення права в комерційного представника на плату, можна визначити момент прийняття особою, яку представляють, звіту про виконання комерційним представником своїх зобов'язань. У випадку одностороннього припинення правовідношення комерційного представництва до повного виконання зобов'язання комерційним представником, останньому належить плата пропорційно виконаній ним роботі та сума витрат, пов'язаних з виконанням зобов'язання (ч. 1 ст. 1009 ЦКУ).

¹³³ Абрамова Н. В. Договори поручення, комісії. Агентские договори / Н. В. Абрамова. – М. : Издательско-консультационная компания «Статут- Кво 97», 2004. – С. 117.

Згідно з ч. 2 ст. 1002 ЦКУ, якщо в договорі доручення не визначено порядок виплати плати повіреному, вона виплачується після виконання доручення. Отже, право комерційного представника не може залежати від проведення взаєморозрахунків між особою, яку він представляє, і третьою особою за укладеним між ними договором. Хоча договором про комерційне представництво сторони можуть визначити протилежне.

2. У ч. 2 ст. 1004 ЦКУ передбачено, що повіреному, який діє як комерційний представник, довірительом може бути надано право відступати в його інтересах від змісту доручення без попереднього запиту про це. Дане право розширює загалом межі повноваження комерційного представника.

3. Відповідно до ч. 2 ст. 243 ЦКУ комерційний представник може здійснювати комерційне представництво одночасно кількох сторін правочину за їхньою згодою. При цьому комерційний представник не вправі від імені особи, яку він представляє, вчиняти правочин із самим собою як стороною. У ч. 2 ст. 243 ЦКУ закріплена лише одна умова для здійснення комерційного представництва одночасно кількох сторін правочину, а саме згода цих сторін. Право на комерційне представництво одночасно кількох сторін, як інші повноваження, може бути передбачене в письмових договорах, які обидві сторони майбутнього правочину уклали з комерційним представником або у виданих йому довіреностях. Якщо відносини комерційного представництва мають тривалий характер і необхідність уповноваження комерційного представника на подвійне представництво виникає після укладення зазначених договорів чи довіреності, згода повинна бути виражена в письмовій формі. Загальною гарантією, яка стосується також і комерційного представництва, є визнання судом недійсним правочину, який вчинено внаслідок зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною відповідно до ст. 232 ЦКУ.

В юридичній літературі пропонують на законодавчому рівні передбачити оплату та відшкодування витрат комерційного представника в однаковому розмірі з боку осіб, яких одночасно представляє комерційний представник. На думку М. М. Брагинського, таке правило дозволить уникнути ситуації, при якій комерційний представник буде надавати перевагу тому з контрагентів, хто платитиме йому більше¹³⁴.

¹³⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2007. – Книга третья : договоры о выполнении работ и оказании услуг, 2007. – С. 319.

4. Пропонується також закріпити на законодавчому рівні право комерційного представника на притримання речі, яка має бути передана особі, яку він представляє, щоб забезпечити йому вимоги щодо оплати за надані послуги¹³⁵. Слід зауважити, що ЦКУ передбачає дане право лише для комісіонера (ст. 1019).

§ 3. Посередництво та представництво як суміжні правові категорії, їх співвідношення

У вітчизняній правовій науці поняття посередництва, його співвідношення з поняттям представництва є предметом дискусії. Сьогодні, як і раніше, вживаються спроби підвести одне поняття під інше та встановити їх повну або часткову тотожність, що в принципі є неприпустимим. Щодо посередництва, то відсутність його легального визначення, при всій різноманітності та суперечливості підходів до тлумачення його сутності, загострює актуальність проблем, як теоретичного, так і практичного характеру, пов'язаних з господарською діяльністю посередників. Поняття «комерційний посередник», «комерційний представник», «посередник», «представник», «торговельний агент» ототожнюються подекуди один з одним. Однак, між досить часто ототожнюваними категоріями «посередництво» і «представництво», незважаючи на їх значну спорідненість, усе ж мають місце і деякі особливості (відмінності). Наука, і це добре відомо, не вживає різні назви та поняття для визначення абсолютно тотожних за суттю, змістом та функціями явищ і процесів. А тому належить дослідити посередництво та представництво як суміжні правові категорії, їх співвідношення. Як слушно висловився В.А.Рясенцев, навряд чи є ще один такий правовий інститут, який би породив таку термінологічну плутанину, як інститут представництва, оскільки одні й ті ж терміни мають різне значення, причому поняття, яким вони відповідають, наукою ще точно не встановлені¹³⁶. Відбувається це, зокрема тому, що правові системи тієї чи іншої держави володіють певною специфікою, котра поширюється і на такі правові інститути як посередництво і представництво.

¹³⁵ Верес І. Я. Права та обов'язки комерційного представника / І. Я. Верес // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 4. – С. 29.

¹³⁶ Рясенцев В. А. Понятие и юридическая природа полномочий представителя в гражданском праве / В. А. Рясенцев // Методические материалы (ВЮЗИ). Выпуск 2. – М.: ВЮЗИ, 1948. – С. 8.

Саме тому є доцільним розкрити *взаємозв'язок понять посередництва та представництва з системою права.*

Так, «представництво» в *системі англосаксонського права* (Великобританія, США) в широкому розумінні включає в себе всі відносини, що існують між двома особами, коли одна з цих осіб (агент) діє за іншу особу (принципала) та під її контролем. Тому до категорії представників включаються і комісіонери, і торгівельні представники, і комівояжери, і брокери, і капітани суден, і адвокати¹³⁷. Загалом же, посередництво та представництво як самостійні інститути матеріального права континентальної Європи, в англо-американському праві мають єдину форму – форму агентства (agency), котра є своєрідним правовим феноменом, неадекватним праву континентальної Європи. Агентство (agency) – це правовідношення між двома особами, в якому одна особа виявила свою згоду діяти на користь, в інтересах та під контролем іншої особи¹³⁸. Відносини агентства виникають, коли дві особи домовляються, що одна з них (агент) буде виконувати роботу чи надавати послугу в інтересах іншої особи (принципала) відповідно до вказівок останньої чи під її контролем¹³⁹. Агент може бути уповноваженим на здійснення будь-яких (як фактичних, так і юридичних) дій. Передбачається, що особа, яка дає іншій особі (агенту) певні повноваження, одночасно дає згоду на здійснення агентом всіх юридичних угод, котрі вважаються допустимими при здійсненні обумовлених повноважень. Агент може виступати як від імені принципала, так і від власного імені. Щодо третіх осіб агент може виступати:

- 1) розкриваючи існування принципала, інформацію про особу принципала, вказуючи його ім'я (конструкція «відкритого принципала» – *disclosed principal*);
- 2) розкриваючи існування принципала, але не вказуючи його імені (конструкція «частково відкритого принципала» – *partially disclosed principal*);
- 3) не розкриваючи існування принципала і укладаючи договір від свого імені (конструкція «нерозкритого принципала» – *undisclosed principal*).

¹³⁷ Васильєв Е.А. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев – М.: Международные отношения, 1993.– С.100-102.

¹³⁸ Див.: Гражданское и торговое право капиталистических стран / [под ред. В.П.Мозолина, М.И. Кулагина] . – М., 1980.– С.107.

¹³⁹ Reitzel J.D. Contemporary business law: principles and cases / J.D.Reitzel, N.J.Roberts, C.B.Severence. – New York, 1990.– P.694.

Агентом є особа, котрій іншою особою доручено бути представником останньої і діяти за неї у правовідносинах з третіми особами. Агент у цьому розумінні є посередником (перебуваючи за своїм правовим статусом між принципалом та третіми особами), котрому доручено ведення справ принципала у правовідносинах з третіми особами¹⁴⁰.

З однієї сторони, агентські відносини в англо-американському праві мають багато спільного з відносинами представництва в розумінні континентального права. Так, по-перше, агентські відносини мають особистісно-довірительний (фідуціарний) характер, властивий представництву. По-друге, діяльність агента може бути безоплатною (за винятком тих випадків, коли вона здійснюється на професійній основі). По-третє, за загальним правилом, дії агента, що здійснюються ним в межах своїх повноважень, породжують зобов'язання в правовому відношенні для принципала, а не для агента. В більшості випадків агенти не хочуть бути потенційними відповідачами за збитками по договору, укладеному в інтересах принципала, і намагаються в очевидній та зрозумілій формі розкрити факт існування агентських відносин, інформацію про принципала, з усіма правовими наслідками такого розкриття. По-четверте, принципал, за загальним правилом, має право (навіть у випадку укладення угоди від імені агента) вступити в прямі договірні зв'язки з третьою особою на основі укладеного договору між агентом та цією третьою особою. По-п'яте, принципал несе деліктну відповідальність перед третіми особами за дії агента, здійснювані ним при виконанні доручень принципала, незалежно від того, чи розкривав агент факт існування агентських відносин.

Однак, з іншої сторони, агентські відносини не можуть трактуватися як відносини представництва в чистому вигляді. Оскільки, по-перше, предмет агентського договору можуть складати не тільки юридичні дії, але й дії фактичного характеру. І по-друге, при певних умовах тільки агент, а не принципал, набуває прав та несе обов'язки по укладеному ним з третьою особою договору (наприклад тоді, коли діє в інтересах «нерозкритого» принципала і укладає угоди від власного імені). Отже, термін «агент» в англо-американському праві вживається як в широкому розумінні, охоплюючи всі види представництва та посередництва, так і у більш вузькому розумінні, згідно з яким агентом визнається особа,

¹⁴⁰ McCarty F.W. The legal environment of business / F.W.McCarty, J.W.Bagby.– Homewood, 1990.– P.408.

уповноважена на укладення угод і вчинення інших дій в інтересах принципала та за його рахунок або ж на посередництво між сторонами при укладенні угод ними самими. Слід відзначити, що в англо-американському праві не проводиться розмежування між діями за чужий рахунок від власного імені чи від чужого імені, так само, як і не має чіткої розмежувальної лінії між представництвом та посередництвом. Тому виділення зазначених вище критеріїв для віднесення агентських відносин до посередництва або представництва є актуальним лише для континентальної системи права.

У країнах з *континентальною системою права* розуміння посередництва та представництва різняться залежно від належності до дуалістичної чи моністичної системи приватного права. В тих країнах, де приватне право представлене торгівельним та цивільним правом (Франція, Германія), представництво здійснюється в рамках цивільного права, а посередництво – в рамках торгівельного права. В країнах з моністичною системою приватного права існує проблема розмежування цих двох суміжних категорій: «посередництво» та «представництво». Характерним для країн континентальної системи права також є те, що економічне поняття посередництва та представництва не співпадають з їх юридичними поняттями. З економічної точки зору не має значення: наділений представник повноваженнями укладати угоди чи ні, діє він від імені особи, інтереси якої представляє, чи від власного імені, – він все одно розглядається як посередник, тобто особа, що за своїм статусом, змістом здійснюваної діяльності, стоїть між виробником та споживачем товару. Тому за такого підходу поняття посередництва та представництва легко змішуються і переплітаються.

Досліджуючи суть посередництва як правового явища, слід передусім відзначити взаємозв'язок та взаємозалежність таких правових категорій, як: «*посередництво*» та «*представництво*», зокрема те спільне, що поєднує їх, свідчить про їхню спорідненість і суміжність.

Щодо господарського права України, то ГКУ регулюється комерційне посередництво (агентські відносини) у сфері господарювання (Глава 31), а також посередництво у здійсненні операцій з цінними паперами (Глава 35). Однак, не дається ані легального визначення посередництва, ані переліку легальних форм його здійснення. При зверненні до науки цивільного та господарського права з питань дослідження інститутів *представництва* та *посередництва*, відмітимо, що всі відомі з цього приводу доктринальні позиції, концепції та підходи можуть бути поділені умовно на *три основні групи*:

до *першої* – відносяться судження, за якими представництво на певному етапі свого розвитку переростає в посередництво;

до *другої* – відносяться прямо протилежні погляди, які зводяться до того, що посередництво може виявлятися у вузькому розумінні, коли розуміємо його як просте посередництво, та у широкому розумінні, коли воно включає в себе окрім простого посередництва, ще й представництво (при цьому дослідники подекуди відмічають, що просте посередництво обмежується сприянням в укладенні угод, під яким розуміють вчинення фактичних дій);

до *третьої* – відносяться судження, за якими обидва попередніх підходи щодо трактування посередництва, в умовах розвитку та ускладнення торгівельного обороту, належить визнати вузькими, такими, що не відображають сутності та змісту досліджуваної категорії, що робить їх практично непридатними, в той час як сучасний торгівельний оборот не може обмежуватися рамками простого посередництва та представництва, у зв'язку з чим висловлюється думка, що інститут посередництва інтегрував у якісно нову правову категорію, – «торгівельне посередництво», а торгівельний посередник, відповідно вже може поєднувати в собі функції як простого посередника, так і представника.

Отже, як у чинному законодавстві, так і у вітчизняній правовій доктрині на даний момент немає єдиного розуміння сутності понять посередництва та представництва, не склалось чіткої позиції і щодо співвідношення цих двох понять. Чинне законодавство не містить визначення посередництва, а юридичні поняття, що не мають легального закріплення, часто породжують різноманітні тлумачення і на практиці застосовуються далеко не одноманітно. Таким поняттям є і «посередництво», котре застосовується як в юриспруденції, так і в економіці.

В юридичній літературі висловлено найрізноманітніші точки зору щодо співвідношення представництва і посередництва. За переконанням одних авторів ці поняття є різними та несумісними, на думку інших – представництво є формою правового посередництва, за міркуванням третіх – посередництво є суто економічним поняттям та не має жодного відношення до права як такого. Найчастіше фігура посередника розглядається у зв'язку з відносинами представництва, а саме на противагу фігурі представника. При цьому, хоч єдиної думки щодо сутності посередницьких відносин і не існує, все ж посередництво здебільшого розглядається надто широко (до складу посередницьких правовідносин включають представництво). Щодо практики господарювання така позиція

обґрунтовується зокрема тим, що комерційний представник, як і посередник, здійснюють оплатну, посередницьку за своєю господарською суттю діяльність, спрямовану на задоволення потреб інших осіб в інтересах котрих вони діють в сфері підприємницької діяльності. Посередництво за такого підходу виступає більш економічним поняттям, аніж юридичним, – представництво розглядається як одна з форм посередництва і, відповідно, посередництво розглядається як економічна форма представництва. Так, К.І.Скловський зазначає, що посередництво є не правовим, а економічним явищем, воно є економічною основою представництва, комісії, ведення чужої справи без доручення, діяльності торгово-посередницьких контор, поруки, укладення субпідрядних договорів тощо¹⁴¹. Така позиція дозволяє зробити висновок, що, з економічної точки зору, посередництво – це встановлення будь-яких економічних зв'язків між двома і більше особами за посередництвом третьої, це діяльність посередника з просування продукту, яка здійснюється у відповідних правових формах. З позиції економіки будь-яка особа, через котру в процесі суспільного обміну проходить товар від виробника до споживача, є посередником.

Таким чином, при дослідженні категорій «*посередництво*» та «*представництво*» в економічному розумінні, слід відмітити, що найбільш поширеною є концепція, за якою економічну основу представництва складає собою посередництво¹⁴². Згідно з цією концепцією, посередництво виникло як економічні відносини на стадії зародження та формування людського суспільства і в подальшому, опосередковуючись правом, породило різноманітні інститути, в т.ч. і представництво, як найбільш універсальну правову форму посередництва. При цьому саме посередництво під впливом права створило нову правову форму, – інститут представництва. За словами О.Л.Невзгодіної, посередництво та представництво виникли з одного кореня, – так, посередництво після свого виникнення породило серед інших правових інститутів і представництво, як правову форму посередництва¹⁴³. На думку А.С.Шаповаленко комерційний представник це той самий

¹⁴¹ Скловський К.И. Представительство в гражданском праве и процессе / К.И.Скловський.– Х., 1992.– С.43.

¹⁴² Ли А.С. Разграничений сделок представительства и посредничества / А.С.Ли // Законодательство и экономика.– 1993.– №11-12.– С.9.

¹⁴³ Шаповаленко А.С. Агентский договор в системе посреднических сделок в российском гражданском праве.: дисс.канд.юрид.наук: 12.00.03 / Шаповаленко Анна Сергеевна.– Ростов-на-Дону, 2003.– С.59.

посередник, зазначаючи при цьому, що наочною є ситуація, при котрій два самостійним правових інститути – представництва та посередництва, маючи низку істотних відмінностей, являються тісно пов'язаними, переплетеними між собою, а також такими, що використовують правові конструкції один одного¹⁴⁴.

З викладеного вбачається, що правові інститути посередництва та представництва мають єдиний корінь і, як наслідок, прийнято виділяти низку їх *спільних рис*:

1) обидва явища (посередництво та представництво) є сукупністю правовідносин;

2) ці правовідносини мають місце в сфері послуг (під останніми пропонується передусім розуміти діяльність, корисний ефект якої не має уречевленого результату);

3) сутність цих правовідносин полягає в забезпеченні, створенні нових правових зв'язків між різними особами за допомогою укладення угод та/або інших правомірних дій посередником або представником;

4) і представництво, і посередництво, виникають переважно в сфері майнового обороту;

5) сутність відносин посередництва та представництва полягає в забезпеченні, створенні правових зв'язків між різними особами за допомогою укладення угод та здійснення правомірних (юридичних та/або фактичних) дій;

6) як представництво, так і посередництво є сукупністю дій, що здійснюються в чужих інтересах та за чужий рахунок.

Основним критерієм, що зближує поняття посередництва та представництва є вчинення в обох випадках у юридичних та/або фактичних дій в *«чужому інтересі»*. Щоправда, чинне законодавство не дає визначення поняттю «інтерес». Сам термін «інтерес» вживається для позначення двох різних, хоч і взаємопов'язаних явищ: інтересу як суспільного буття людей (об'єктивний інтерес) та інтересу як явища їх свідомості (суб'єктивний інтерес). Використання терміну «інтерес» для позначення об'єктивного явища підтверджується аналізом законодавства. Це відбувається у випадках, коли закон визнає інтерес об'єктом правової охорони та критерієм правомірності дій осіб.

Таким чином, значення категорії інтерес розкривається в юридичній літературі переважно в двох аспектах. По-перше, значення категорії інтересу розглядається в об'єктивному розумінні,

¹⁴⁴ Невзгодина Е.Л. Представительство по советскому гражданскому праву / Е.Л.Невзгодина. – Томск: Томск.гос.ун-т, 1980.– С.6.

де взаємодія інтересів суб'єктів суспільних правовідносин включає в себе і процес правоутворення (інтереси формуються на підставі об'єктивно-існуючих потреб; виникнення індивідуальних потреб зумовлено об'єктивно-існуючою у даний момент часу системою соціально-економічних відносин; суспільні потреби є «концентратом» індивідуальних потреб), а по-друге, в суб'єктивному розумінні.

Одні вчені вбачають в інтересі суб'єктивну природу (інтерес як потреба, усвідомлена суб'єктом), інші – об'єктивну (інтерес формується на підставі об'єктивних потреб, незалежно від їх суб'єктивного усвідомлення) або змішану (суб'єктивно-об'єктивну) природу. Найбільш виправданим видається нам компромісний підхід до поняття «інтересу» як об'єктивно-суб'єктивної категорії.

Не викликає сумнівів, що інтерес є об'єктивним явищем, потребою зумовленою всією сукупністю об'єктивно існуючих обставин господарської діяльності конкретного суб'єкта господарювання. Разом з тим, в праві немає інтересу, що не був би суб'єктивно зумовленим. Тому інтерес розглядається як об'єктивно-суб'єктивна категорія¹⁴⁵. Основоположник теорії інтересу Р.Ф. Ієринг зазначав, що будь-яка причина (ціль), за якою здійснюється діяння, перетворюється на мету¹⁴⁶ (він отожднював зазначені поняття). О.Вінник вважає, що інтерес формується на підставі потреб, які виражають відносини соціальної або біологічної необхідності. Якщо потреби можуть бути соціальним або біологічним явищем, то інтересу притаманний суто соціальний характер: його суб'єктами можуть бути як окрема особа, так і група осіб або суспільство в цілому тощо¹⁴⁷. С.Михайлов дійшов висновку, що інтерес є потребою, яка властива соціальному суб'єкту, тобто потребою соціального характеру¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Див.: Фогельсон Ю. Конструкция «интерес» и «риск» в Гражданском кодексе / Ю. Фогельсон // Хозяйство и право.– 2003.– №6.– С.24-25; Керимов Д.А. Потребность, интерес и право (к вопросу об объективном субъективном в праве) / Д.А.Керимов // Правоведение.– 1971.– №4.– С.100; Рубин Е.М. Понятие интереса в гражданском праве / Е.М. Рубин // Вестник Московского университета. Серия «Право».– 1980.– №4.– С.61; Богатырев Ф.О. Интерес в гражданском праве / Ф.О. Богатырев // Журнал российского права.– 2002.– №2.– С.42.

¹⁴⁶ Рудольф фон Ієринг. Цель в праве / Рудольф фон Ієринг.– СПб., 1881.–С.13.

¹⁴⁷ Вінник О.М. Приватні та публічні інтереси, їх роль та відображення в господарському праві / О.М.Вінник // Підприємництво, господарство і право. – 2001.– №4.– С.6-9.

¹⁴⁸ Михайлов С. Категория интереса в российском гражданском праве / С.Михайлов. – М., 2002.– С.21.

Крім того, законний інтерес потребує правового захисту, оскільки він, з одного боку, лежить в основі суб'єктивних прав, а з іншого – є своєрідним обмежувачем реалізації останніх. У свою чергу, категорія «мета» є похідною від категорії «інтерес». При цьому слід зазначити, що мета також знаходиться у межах правового поля, її також можна оцінити з позиції законності. На відміну від інтересу, мета за своєю правовою природою є суб'єктивною, вона завжди формується на підставі усвідомлення інтересу, суб'єкт сам визначає мету своєї діяльності.

Отже співвідношення тріади «потреба – інтерес – мета» має таку формулу: потреби формують інтереси, інтереси формують мету діяльності, яка висувається суб'єктами права для реалізації власних інтересів¹⁴⁹. Засоби реалізації інтересу безпосередньо впливають на його характер (йдеться про законність останнього). Більшість інтересів особа не може реалізувати самостійно, для цього їй необхідно вступати в різноманітні правовідносини з іншими особами, отже саме суспільне відношення є засобом реалізації інтересу. Суб'єкти вступають у ті чи інші суспільні відносини (правовідносини) між собою з метою реалізації своїх інтересів, які сформувався на основі об'єктивно існуючих потреб. Особливого значення набуває категорія «інтерес» для зобов'язальних правовідносин. Наявність у суб'єкта господарювання того чи іншого інтересу безпосередньо впливає на процес виникнення відповідного господарського зобов'язання. Як відзначає А Ротарь, весь обсяг інформації, що стосується змісту та виконання договору, оцінюється контрагентами з точки зору власних (суб'єктивних) інтересів та можливостей, і трансформується в комплекс взаємовигідних прав та обов'язків сторін¹⁵⁰.

Щодо поняття «інтересу» в господарських правовідносинах та в господарському договорі, то в юридичній літературі зазначається також наступне: інтерес, в основі котрого лежать об'єктивні потреби, слугує вираженням суспільних відносин і являє собою ставлення суб'єкта інтересу до умов свого існування і здійснення діяльності. Безпосереднім об'єктом інтересу належить визнати предмет потреби, тобто те, в чому полягає потреба, необхідність.

¹⁴⁹ Див.: Мілаш В. Інтерес як системоутворюючий конструктивний елемент підприємницького комерційного договору / В.Мілаш // Підприємництво, господарство і право.– 2005.– №6.– С.74-80.

¹⁵⁰ Ротарь А. Согласование условий договора / А.Ротарь // Законодательство.– 2001.– №11.– С.27.

Інтереси, закріплені в господарських договорах (в т.ч. з надання тих чи інших послуг), відрізняються від всіх інших інтересів не тільки наявністю особливих суб'єктів і об'єктів. Їх суть полягає в тому, що вони відображають передусім майнові відносини, і в їх основі лежать потреби суб'єктів даних відносин. Майнові відносини, так само, як і інтереси, що знайшли закріплення в господарському договорі не відмежовані нездоланною стіною від відносин немайнових, зокрема, від відносин організаційних. Вони тісно переплітаються, між ними існують певний взаємозв'язок і взаємозалежність. Для нормального функціонування господарського механізму надзвичайно важливо, щоб інтереси суб'єктів господарювання були належним чином забезпеченими, тобто, щоб були створені всі умови для їх повної реалізації. Забезпечення інтересу є неможливим без відповідного його поєднання з іншими інтересами, котрі виступають як елемент забезпечення інтересу, як один з принципів зобов'язального права.

Господарський договір – це правовий засіб, що дозволяє здійснити таке поєднання. Якщо поєднання не відбувається, то неможливим є досягнення цілей, зради досягнення яких договір було укладено, забезпечення реалізації інтересів контрагентів. В договорі можна закріпити будь-який інтерес, однак, реалізувати його без поєднання з інтересами іншої сторони неможливо¹⁵¹. Кожен суб'єкт господарського права має свій інтерес як усвідомлену господарську потребу в досягненні певних матеріальних та/або нематеріальних благ. Як правило, кожен господарюючий суб'єкт (фізична чи юридична особа), діючи вільно в господарському обороті, набуває господарських прав та обов'язків з власної волі та в своєму інтересі. Між тим допускаються і піддаються правовому регулюванню чинним законодавством України і випадки дії суб'єкта господарського права і в «чужих» інтересах.

Це означає, що у відносинах з третіми особами і представник, і посередник, переслідують мету задоволення потреби зацікавленої особи в досягненні певних благ, до яких вона прагне. При цьому, у випадку дії посередника або представника «у чужому інтересі» на підставі договору між ним та зацікавленою особою (за дорученням останньої), зобов'язана особа зобов'язана відшкодувати представникові чи посередникові понесені ним витрати (особа, що

¹⁵¹ Сафиулин Д.Н. Интерес в хозяйственном договоре / Д.Н.Сафиулин, Е.П.Губин, Е.А.Суханов / Хозяйственный договор: общие положения / [под.ред. Н.Н.Степанова].– Свердловск, 1986.– С.45-47.

діє «в чужому інтересі» діє в господарському обороті й «за рахунок зацікавленої особи»).

Окрім того, широке застосування на практиці представництва і посередництва обумовлене загальними, спільними по своїй природі причинами. Сучасна економіка, яка заснована на поділі праці, не може існувати без представництва та посередництва. Однак, правові наслідки представництва та посередництва корінним чином відрізняються один від одного. Як зауважує В. Проценко, представник для того, щоб його дії породжували права та обов'язки особи, від імені якої він діє, повинен мати відповідні повноваження на представництво. Якщо угода укладається посередником за відсутності представницьких повноважень, принципал (представлюваний) визнається зобов'язаним виконувати цю угоду лише при наступному схваленні ним її¹⁵². Не знімає, на думку автора, проблеми співвідношення представництва і посередництва особливе, прийняте в більшості країн з розвинутими правовими порядками, правове регулювання комерційного (торговельного) представництва. У відносинах торговельного представництва принципове значення має статус особи, яка здійснює юридично значимі дії. Торговельними представниками виступають особи, що володіють особливими професійними навичками і знаннями у цій специфічній сфері діяльності. При цьому господарська компетенція комерційних представників не повинна перевищувати господарську компетенцію представлюваних, проте послуги і допомога, що надаються представниками представлюваним, є для останніх необхідними і очікуваними, оскільки вони за своїм бажанням і для своєї ж зручності й вигоди відстороняються від ведення справ, зокрема, від організації просування їх продуктів на певні ринки. Особливий характер відносин, що складаються між комерційним представником і представлюваним, визначений основною особливістю здійснення комерційної діяльності – комерційним ризиком.

В юридичній літературі також мали місце пропозиції щодо запровадження в господарському обороті терміну «побічне представництво», що є аналогом посередництва. Так, Л. Андреевою було запропоновано торговельне посередництво в широкому розумінні називати побічним представництвом¹⁵³. Така пропозиція була піддана критиці, оскільки сам термін «побічного

¹⁵² Проценко В. Законодавче регулювання торговельного посередництва і представництва в Україні / В.Проценко // Юридична Україна.– 2008.– №10.– С.66.

¹⁵³ Андреева Л. Торговое посредничество: понятие и правовые формы осуществления / Л.Андреева // Российская юстиция. – 1994.– №7.– С.15.

представництва» видавався дискусійним, до того ж авторкою до «побічного представництва» було віднесено діяльність осіб, що придбавають товари у власність з метою їх подальшого перепродажу і отримання прибутку від різниці в цінах придбання і продажу, а таку діяльність не можна віднести ні до прямого, ні до опосередкованого представництва, оскільки діяльність таких осіб позбавлена характеру послуги. Загалом, обґрунтування вченими – цивілістами тези щодо існування в доктрині права як «прямого», так і «побічного» представництва є заснованим на прагненні розширити «вузьке», визначене законом розуміння представництва як діяльності, передусім, «від імені» особи, яку представляють, а також включити до визначальних властивостей (ознак) представництва можливість представника діяти «в інтересах» представлюваного суб'єкта (незалежно від чийого імені: представника чи представлюваного). Ця теза є спробою обґрунтування доцільності включення посередництва до складу представництва як його «побічної» форми, ядро якої складає діяльність представника в «чужому інтересі», хоч і від «власного імені». Запровадження до наукового обороту терміну «побічне представництво» стало кроком до нівелювання посередництва як такого шляхом поглинання його категорію «представництво».

Викладене, таким чином, не дає підстав ототожнювати інститути посередництва та представництва. Це можна наочно проілюструвати на прикладі відмежування комерційного представництва від довірчого управління власністю, що здійснюється в сфері господарювання. Так, по-перше, різниця полягає в тому, що комерційний представник укладає угоди від імені принципала, в той час як довірчий управитель укладає угоди від власного імені, зазначаючи при цьому, що він діє в господарському обороті в якості управителя. По-друге, довірчий управитель зобов'язується здійснювати управління довіреним йому майном в інтересах установника управління або визначеної ним особи (вигодонабувача), а комерційний представник здійснює свою діяльність лише в інтересах суб'єкта, якого представляє в господарському обороті (принципала). По-третє, комерційний представник здійснює представництво від імені підприємців, інтереси яких представляє в господарському обороті, при укладенні ними договорів, тоді як довірчий управитель може здійснювати будь-які юридичні та фактичні дії в інтересах вигодонабувача.

Представництво, як і посередництво, є самостійним правовим інститутом з властивими йому специфічними ознаками. Виявлення

сукупності зазначених ознак дозволить відмежувати представництво від посередництва як, певною мірою, подібного (хоч і не тотожного) приватноправового явища в матеріальному праві. Так, на думку дореволюційного вченого – цивіліста П.П.Цитовича торгівельним представником є всякий, хто здійснює торговельні дії за чужий рахунок та на чуже ім'я; діє він так з відома та волі того, кого представляє; однак він активно діє, – сам вирішує справу, має власне бачення, приймає самостійні рішення, а не передає лише чужі рішення; здійснювані ним дії є актом його волі, проте: а) його ж волею ці дії відносяться (в момент їхнього вчинення) на ім'я та на рахунок його господаря, або б) наперед чи одночасно такі дії приймаються останнім на себе – на свій рахунок та на своє ім'я¹⁵⁴. В більш пізніх комплексних дослідженнях, присвячених правовій природі представництва, найбільш повно ознаки представництва розкриті Л. І. Казанцевим та Н. О. Нерсесовим. Так, Л. І. Казанцев виділяє сім істотних характеристик цього правового явища¹⁵⁵: представництво – це поняття юридичне, воно полягає в укладенні юридичної угоди (1); представник, укладаючи угоду, діє замість принципала (2); представник укладає угоду на ім'я принципала (3); представник укладає юридичну угоду з наміром відтворити для принципала такі юридичні наслідки, які настали б, якби він сам безпосередньо укладав вказану угоду (4); представник повинен мати повноваження від принципала для вчинення юридичної угоди на ім'я останнього (5); необхідне для буття представництва повноваження повинно засновуватися на якому-небудь правовому моменті (6); представництво засновується на розділенні властивостей контрагента і суб'єкта угоди між представником і принципалом і на мисленому поєднанні обох цих властивостей засобом фікції в особі представляюваного (7).

Н. О. Нерсесов в процесі дослідження інституту добровільного представництва через порівняння представництва з подібними правовими явищами (що є принципово важливим для інтерпретації), виділив також сім істотних моментів¹⁵⁶: 1) представництво є поняття

¹⁵⁴ Цитович П.П. Труды по торговому и вексельному праву. В 2-х томах. Том II: Ученик торгового права / К вопросу о слиянии торгового права с гражданским / П.П. Цитович.– М.: Статут (серия: Классика российской цивилистики), 2005.– С.227.

¹⁵⁵ Казанцев Л.И. Учение о представительстве в гражданском праве / Л.И.Казанцев.– Ярославль: Типография Г.В.Фальк, 1878.– С.121.

¹⁵⁶ Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве / Н.О.Нерсесов.– М: Статут (серия «Классика российской цивилистики»), 2000.– С.73.

юридичне...; 2) воно має місце там, де опосередковуюча особа вчиняє юридичний акт від імені іншої особи...; 3) оскільки представник сам укладає юридичну угоду, то він повинен мати волю, необхідну, за вимогами права, для вчинення юридичних дій взагалі (за цією ознакою представник відрізняється від посланця (нунція))...; 4) воля представника заміняє собою волю представленої особи щодо юридичних наслідків угоди, здійснюваної ним, однак не виражається при укладенні угоди поряд з волею принципала (ця ознака відрізняє представника від юридичного співучасника); 5) юридичний ефект представництва ... може бути усвідомленим результатом намірів представника...; 6) представник укладає угоду від імені іншої особи, котра вважається єдиним і первинним її суб'єктом...; 7) ... представник повинен мати необхідні повноваження.

Викладені бачення істотних характеристик представництва в наукових доробках дореволюційних вчених не мають принципових відмінностей і цілком підтримуються сучасними вітчизняними дослідниками. Так, на сучасному етапі розвитку правової науки загальноприйнятою вважається точка зору, за якої представництву властиві наступні визначальні ознаки, що дозволяють відмежовувати його і від суміжних правових конструкцій, інститутів: 1) вчинення юридичних дій від імені іншої особи; 2) дії представника, вчинені у межах наданого повноваження безпосередньо створюють, змінюють та припиняють суб'єктивні права та обов'язки у особи, яку він представляє; 3) представник діє в інтересах та за рахунок іншої особи; 4) представник вчиняє юридичні дії щодо третіх осіб, при їх поінформованості про представницький характер таких дій. Засновуючись на викладеній короткій характеристиці представництва, доцільним є розглядати в якості достатньої загальної ознаки інституту представництва реалізацію представником субсидіарної дієздатності від імені представленої (на відміну від посередництва, де посередник діє в інтересах і за рахунок замовника, однак не від його, а від власного імені) на підставі повноваження. Повноваження представника є сукупністю правомочностей, здійснюваних представником від імені та в інтересах представленої (при посередництві – лише від імені та за рахунок замовника) на підставі угоди, закону або адміністративного акту (при посередництві – лише на підставі угоди (посередницького договору)).

Зроблений висновок може бути підтверджено й коротким порівняльним аналізом представництва, а також інших

приватноправових явищ, заснованих на реалізації субсидіарної дієздатності:

1) *здійснення прав у інтересах іншої особи*. В юридичній літературі, як вже зазначалось, розрізняють пряме та побічне представництво¹⁵⁷ (посередництво), економічні складові котрих є ідентичними. На відміну від повноваження при прямому представництві, субсидіарна дієздатність особи при побічному представництві (посередництві) реалізується на підставі повноваження (доручення), що випливає з договору (комісії, консигнації, транспортної експедиції тощо). Юридично значимими критеріями відмінності волевиявлення є те, що представник виступає в господарському обороті або від власного імені, або від імені представлюваного, і, відповідно, правові наслідки дій представника виникають як для представлюваного, так і для самого представника. Таким чином, головною відмінністю прямого представництва від побічного (посередництва) визнається здійснення юридичних дій управомоченою особою від імені представлюваного суб'єкта;

2) *виконання зобов'язання третьою особою* є також заснованим на реалізації субсидіарної дієздатності. Зобов'язання боржника припиняється при його належному виконанні незалежно від юридичної підстави здійснення відповідних дій виконуючим суб'єктом. Істотною, з точки зору правових наслідків такого виконання, є підстава правомірних дій виконуючого суб'єкта. Якщо підставою виконання зобов'язання є повноваження представника, то має місце пряме представництво з метою припинення обов'язку представлюваного суб'єкта (принципала). При відсутності повноваження зобов'язання боржника повинно виконуватися за його згодою або без неї, однак цілеспрямовано. В такому випадку виникають наслідки, передбачені для виконання зобов'язання третьою особою. Формально, юридична сторона волевиявлення виконуючого суб'єкта при представництві пов'язана з діями представника від імені принципала, в той час як всі інші виконуючі суб'єкти діють від свого власного імені;

3) *при активній або пасивній множинності осіб у зобов'язанні*, юридично значущі дії однієї особи спричиняють зміну правової сфери інших осіб. В цьому відношенні такі дії також засновані на правовій властивості одного право-дієздатного суб'єкта своїми

¹⁵⁷ Синайський В.И. Русское гражданское право / В.И.Синайський. – М.: Статут, 2002.– С.159.

діями набувати прав або виконувати обов'язки інших осіб при наявності для цього достатніх правових підстав. Однак, саме наявність представницького повноваження буде відмежовувати представника (який діє від імені та в інтересах представлюваного суб'єкта) від інших осіб (які діють як від свого імені і у власних інтересах, так і в інтересах інших осіб). Таким чином, згадані відмінні особливості представництва та інших приватноправових явищ, заснованих на реалізації субсидіарної дієздатності, дозволяють виділяти у якості найбільш характерної ознаки представництва реалізацію представником субсидіарної дієздатності від імені особи, яку він представляє, на підставі повноваження.

В економічній та правовій літературі виділяють такі основні відмінності між інститутами посередництва та представництва.

1. Цілі, які переслідують ці інститути. *Представництво* – це правовий спосіб, за допомогою якого особа, яку представляють, безпосередньо не беручи участі в угоді, а, діючи через представника, набуває прав та обов'язків за угодою з третьою особою. *Посередництво* є більш ємним поняттям, яке спрямоване на сприяння клієнтам в сфері господарювання. Посередник зайнятий пошуком контрагента для свого клієнта і в окремих випадках за дорученням клієнта виконує певні функції представника.

2. Предметом представництва є одна або декілька юридичних дій, вчинюваних представником. Діяльність представника є здебільшого випадковою та носить, як правило, одиничний характер. *Посередництво*, на відміну від представництва, є підприємницькою діяльністю та носить систематичний, оплатний, професійний характер. Посередництво є спрямованим на вступ посередника з замовником у довгострокові відносини. Посередництвом може займатись будь-який зареєстрований як суб'єкт підприємництва суб'єкт (фізична чи юридична особа). Представником може бути будь-яка особа, незалежно від наявності у неї статусу підприємця (за винятком комерційного представника). Так, А.С.Лі, вирішуючи проблему розмежування посередництва та представництва, зазначає, що посередником (незалежно від правової мети його дій) слід визнати будь-яку особу, що діє в підприємницькій, торгівельній сфері, за дорученням принципала. Натомість осіб, які не є суб'єктами підприємницької діяльності (комерсантами) належить визнати представниками. Розв'язання питання про співвідношення посередництва та представництва, на думку автора, вбачається в принциповому розходженні цивільно-

правових і торговельних (комерційних) відносин: у відносинах комерційних діють посередники, а у відносинах представництва – особи, що не є такими. Автор також зазначає, що для відносин, що виникають з агентських договорів, такий підхід дозволяє ліквідувати надуманий, на його думку, поділ дій посередників та представників на фактичні та юридичні, а це, в свою чергу, приведе до можливості зміцнити в законодавстві і практиці єдине поняття посередництва. На обґрунтування своєї позиції автор вказує на те, що окрім цивільно-правових, існують торговельно-правові відносини, які потребують спеціального регулювання з боку держави, і з цієї точки зору, в торговельних відносинах різниці між представником та посередником не існує¹⁵⁸. Наведена точка зору знайшла часткову підтримку і в інших авторів. Так, за переконанням А.С. Шаповаленко, представництво та посередництво є інститутами, що частково співпадають, взаємопроникають один щодо одного¹⁵⁹. Окремим юридичними словниками «посередник» визначається як організація чи громадянин – підприємець, що надає послуги іншим організаціям та громадянам в укладенні угод (біржовий брокер, комісіонер тощо). Таким чином, посередництво розглядається як діяльність, спрямована на укладення угод, що здійснюється на професійній основі за винагороду як основний або виключний вид господарської (підприємницької) діяльності. А.В. Єгоров підкреслює важливість вказівки на підприємницький характер діяльності посередника¹⁶⁰.

Таким чином, постійність (систематичність) та самостійність підприємницької діяльності посередника може бути віднесено до кваліфікуючих ознак посередництва як різновиду підприємництва. По-перше, наведена ознака підкреслює правове становище посередника як суб'єкта підприємницької діяльності, зважаючи на те, що підприємницькою є самостійна, ініціативна, систематична, здійснювана на власний ризик діяльність, з метою отримання прибутку від надання посередницьких послуг іншим суб'єктам в сфері господарювання. По-друге, постійність господарської

¹⁵⁸ Ли А.С. Разграниченный сделок представительства и посредничества / А.С. Ли // Законодательство и экономика.– 1993.– №11-12.– С.12.

¹⁵⁹ Шаповаленко А.С. Агентский договор в системе посреднических сделок в российском гражданском праве: дисс.канд.юрид.наук: 12.00.03 / Шаповаленко Анна Сергеевна.– Ростов-на-Дону, 2003.– С.56-58.

¹⁶⁰ Єгоров А.В. Понятие посредничества в гражданском праве: дисс...канд..юрид.наук: 12.00.03 / Єгоров Андрей Владимирович.– М., 2002.– С.83.

діяльності посередника може виражатися в фактичному, юридичному чи «змішаному» посередництві при укладенні господарських договорів в певній сфері господарювання, де посередник діє в якості професійного учасника ринку (наприклад, брокер, страховий агент чи брокер тощо). По-третє, постійність (систематичність) та самостійність як кваліфікуючі ознаки посередницької діяльності дозволяють відмежовувати її від побідних приватноправових явищ у сфері господарювання (зокрема, представництва).

Посередництво, на відміну від представництва, – це також діяльність, що здійснюється на професійній основі. В філософії, діяльність – це специфічний спосіб ставлення суб'єкта до світу, це процес в ході якого суб'єкт відтворює та творчо перетворює природу, роблячи себе, таким чином, діяльним суб'єктом, а освоєні ним явища природи – об'єктом своєї діяльності. Діяльність стає для кожного суб'єкта цілісною самодіяльністю, виступає як ціль та потреба. Будь-яка діяльність включає в себе мету, засіб та сам процес діяльності. Невід'ємною характеристикою будь-якої діяльності є її усвідомленість. В широкому розумінні діяльністю є створення та реалізація відповідних прав та обов'язків, виконання, дотримання, застосування різноманітних дій, які тягнуть за собою різноманітні наслідки. Будь-яка діяльність здійснювалась з історичного моменту виникнення людського суспільства та вдосконалювалась з моменту виникнення держави та права. Різного роду труднощі – інтелектуальні, просторові, часові, виникнення нових ризиків, прагнення досягти більших результатів при створенні та реалізації нових видів діяльності, робіт, послуг – з'явилися основою, фундаментом появи професійної діяльності та осіб – професіоналів, які мають певні якості для здійснення цієї діяльності та спеціалізуються на її здійсненні. Поняття «професійної діяльності» в жодному нормативно-правовому акті не визначено, крім Закону України від 7.03.1996р. «Про страхування»¹⁶¹, в якому зазначається що обов'язковим видом страхування є страхування професійної відповідальності осіб, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам, за переліком, встановленим Кабінетом Міністрів України. Однак, на жаль, на сьогоднішній день Кабінетом Міністрів України не визначено переліку осіб, професійна діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам та не надано визначення

¹⁶¹ Про страхування: Закон України від 07 березня 1996 року / Відомості Верховної Ради України. – 1996.– №18.– Ст.78.

поняття «професійна діяльність». Проте, виходячи з аналізу норм Закону України від 7.03.1996р. «Про страхування» та Класифікатора професій¹⁶² – це, по-перше, діяльність, яка здійснюється особами – професіоналами, особливі ознаки яких визначені Класифікатором професій, та, по-друге, їх діяльність може спричинити шкоду третім особам. Вихідною є теза, за якою виникнення професійної діяльності як економіко-соціального явища та її стан є продуктом інституціонального (економічного, інтелектуального та ін.) розвитку. Взагалі історичні дослідження доводять, що за мірою ускладнення економічного та соціального життя, розвитку моральних та етичних міркувань, суспільство поступово передає виконання все більшого об'єму функцій, регулюючих його життя видів діяльності спеціально виділеним особам – професіоналам у відповідній сфері. Це і є всезагальний процес спеціалізації¹⁶³. Діяльність стає професійною, коли вона змінює суб'єктну, особистісну сторону функціонування відповідних суспільних відносин, коли для роботи у специфічних сферах життєдіяльності виявляється необхідною особлива група спеціально-підготовлених осіб. Професійна діяльність співвідноситься, перш за все, з затратами саме професіоналами – особами, що здійснюють професійну діяльність, спеціальних зусиль, пов'язаних з перетворенням визначеного об'єкта, здійснених на основі існуючих повноважень, в колі відповідних процедур та для досягнення поставлених тими чи іншими суспільними відносинами цілей. Саме тому поняття «професійна діяльність», яке наділене якісними та кількісними ознаками, повинно відобразити її інтелектуальну сторону, активний, суб'єктний момент, виявити процес виконання суб'єктом визначених дій в рамках наданого йому відповідного статусу, який є необхідним для реалізації та застосування його професійних знань та умінь, для забезпечення впровадження відповідної професійної діяльності в життя. Така модель професійної діяльності відображає все те, що професіонали роблять або повинні робити в рамках своєї професійної діяльності на підставі моральних та правових норм для вирішення поставлених

¹⁶² Про затвердження Національного класифікатора України (Класифікатор професій ДК 003:2005): наказ Держспоживстандарту України від 26 грудня 2005 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=vb375609-05/>.

¹⁶³ Файер О.А. Поняття професійної діяльності та її структурні елементи / О.А.Файер //Університетські наукові записки: Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2009.– №3.– С.126-131.

перед ними суспільних завдань. Професійна діяльність – це реальне, а не абстрактне явище. Це те, що при належному регулюванні та інтенсивності забезпечує дію суспільно-правової системи, а при неналежному стані регулювання – губить її. Структура професійної діяльності складається з таких елементів: по-перше, це суб'єкти професійної діяльності, а саме: професіонали – носії тієї чи іншої діяльності. По-друге, здійснення професіоналами своїх обов'язків, їх праця, витрати часу та зусиль, інтелектуальної енергії. По-третє, статус, яким наділяються ці особа – професіонали, та, по-четверте, нормативно-ціннісна база тієї чи іншої діяльності, втілена у відповідній професійній галузі та професійній етиці. Професійна діяльність в даному випадку розглядається як злитий соціально-значущий, психічний та фізичний реально-існуючий процес, який конкретизується при наданні йому ознак професіоналізму (щодо посередництва, тобто професійного зайняття посередницькою діяльністю) та конкретної професійної ознаки щодо різноманітних сфер: туризму, страхування, зовнішньоекономічної діяльності, фінансів тощо. Змістом будь-якої професійної діяльності є професійна праця, робота, послуга, яка полягає у виконанні професійних обов'язків та професійна поведінки, яка пов'язана з виконанням відповідних доручень, робіт, або з надання професійних послуг. Так, *змістом професійної посередницької діяльності, на відміну від представництва, є надання посередницької послуги.*

Посередництво – це передусім господарська (підприємницька) діяльність. Аналогічної думки притримується і А.В.Майфат, стверджуючи, що посередництво – це вид правової діяльності, здійснюваної однією особою (посередником) в інтересах іншої особи (клієнта), що сприяє вступу клієнта в правовідносини з третіми особами через пошук необхідних партнерів, ведення з ними переговорів тощо, а також через проведення спеціальних торгів, та що не створює для клієнта по відношенню до третіх осіб, як і для третіх осіб по відношенню до клієнта, прав та обов'язків¹⁶⁴. Поряд із цим, *сутність представництва визначається не через діяльність, а через правовідношення.* Представництво трактується як правовідношення, а не як діяльність. *Представництво – це правове відношення, в силу якого правомірні юридичні дії, здійснені представником від імені того, кого представляють, безпосередньо*

¹⁶⁴ Майфат А.В. Понятие и организационно-правовые формы посредничества в гражданском праве: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А.В.Майфат. – Екатеринбург, 1992. – С.43.

створюють, змінюють або припиняють для останнього юридичні права та обов'язки. Відповідно до ч.1 ст.237 ЦКУ *представництвом* є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Більшість цивілістів розглядають *представництво* як правове відношення, в силу якого правомірні дії, здійснені представником, від імені того, кого представляють, безпосередньо створюють, змінюють чи припиняють для останнього цивільні права та обов'язки. Концепція *«представництво – правовідношення»* справедливо звертає увагу на те, що для набуття представником права вчиняти певні юридичні дії від імені особи, яку від представляє, спочатку між ними повинно виникнути правовідношення, внаслідок якого представник буде наділений повноваженнями. У зв'язку з цим внутрішньо представницькі відносини між довірцем та представником виступають невід'ємною складовою представництва та передумовою вчинення представником дій з реалізації представницького повноваження. Загалом же, представництво – це структурно-складне, тристороннє, таке, що поетапно розвивається правовідношення, в силу якого одна особа (представник) виступає від імені іншої особи (яку представляє). Вихідною ознакою при такому визначенні, є виступ у межах цього правовідношення однієї особи від імені іншої: представник в силу наявного у нього повноваження встановлює або здійснює своїми цілеспрямованими діями права та обов'язки особи, яку він представляє між останньою та третіми особами. Відносини представництва є немайновими, так як не опосередковують відносин власності ні в статиці, ні в динаміці. Представництво виступає як засіб юридичної трансмісії прав та обов'язків між особою, яку представляють та третіми особами, між якими з допомогою представника встановлюються та здійснюються як майнові, так і немайнові правові зв'язки. Оскільки представництво є немайновим правовідношенням, воно характеризується тим, що в результаті його реалізації відбувається «організація» (виникнення, зміна, припинення) інших правовідносин (між особою, яку представляють та третьою особою), що дозволяє віднести його до числа організаційних правовідносин. Таким чином, представництво – це не правочин або договір (двосторонній чи багатосторонній правочин), і не діяльність, а, передусім, саме правовідносини.

Зазначена теза обґрунтовується в юридичній літературі й рядом науковців. Так, наприклад, представництво, за визначенням О.Л. Невзгодіної, це організаційне правовідношення в силу котрого

юридичні дії, вчинювані в межах повноважень однією особою (представником) від імені іншої особи (представлюваної) по відношенню до третіх осіб, обізнаних із представницьким характером таких дій, тягнуть за собою виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків безпосередньо у представлюваної особи в її правовідносинах з третіми особами¹⁶⁵. Представництво може бути визначене як правовідношення, в межах якого відбувається діяльність однієї особи (представника) від імені та в інтересах іншої особи (особи, яку представляють), внаслідок чого юридичні права та обов'язки виникають безпосередньо в особи, яку представляють. Заради справедливості варто зауважити, що посередництво розглядається подекуди і як «збірний» термін, який включає в себе як посередницьке правовідношення, так і процес надання посередницької послуги (посередницьку діяльність). Такий підхід до посередництва ґрунтується на тому, що в правовій доктрині існує трактування правовідношення як особливого правового зв'язку, існуючого поряд з фактичними відносинами. Тобто «чистий» зв'язок суб'єктивного права і юридичного обов'язку, що виступає не як результат, а як засіб правового регулювання. Подібне трактування посередництва дозволяє розглядати його і як правовідношення, і як господарську діяльність з його реалізації. В кожному разі науковий аналіз посередництва завжди здійснюється через призму діяльності, на відміну від представництва, яке тлумачиться та визначається передусім як правовідношення. *Діяльність з посередництва* може бути визначена як господарська діяльність, здійснювана посередником самостійно, на власний ризик, спрямована на систематичне отримання прибутку від надання посередницьких послуг в сфері господарювання.

3. Представництво можливе як на оплатній, так і на безоплатній основі. Посередництво – інститут принципово оплатний. Так, комерційним посередником А.В. Майфат визнає особу, котра бере участь в організації відносин, спрямованих на отримання прибутку¹⁶⁶.

Суб'єкт господарювання – посередник завжди діє в інтересах та за рахунок замовника. За рахунок замовника покриваються всі господарські витрати зумовлені наданням замовникові посеред-

¹⁶⁵ Невзгодина Е.Л. Представительство по гражданскому праву / Е.Л.Невзгодина // Советское государство и право. – 1978. – №3. – С.123-124.

¹⁶⁶ Див.: Майфат А.В. Понятие и организационно-правовые формы посредничества в гражданском праве: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А.В.Майфат. – Екатеринбург, 1992. – С.32-45.

ницької послуги, виконанням посередницького договору. Посередник вправі також при виконанні свого обов'язку вимагати виплати йому винагороди за надану ним посередницьку послугу. Ця відмінність впливає з того, що посередництво, на відміну від представництва, – це діяльність підприємницька, а значить здійснюється з метою отримання прибутку на підставі посередницьких договорів, які за своєю правовою природою є договорами господарськими (а значить однією з їхніх обов'язкових істотних умов є ціна). Так, наприклад, обов'язок клієнта виплатити винагороду експедитору, а також компенсувати йому витрати, понесені в інтересах клієнта, встановлена законом імперативно; брокерська діяльність на ринку цінних паперів будується на підставі оплатного договору з клієнтом; винагорода біржових брокерів, що здійснюють свою діяльність на товарній біржі є гарантією свободи цін в біржовій торгівлі тощо.

Наяву із ознакою оплатності посередницької діяльності, окремі сучасні дослідники вказують, як на специфічну ознаку посередництва, на гарантії учасників посередницьких правовідносин, виділяючи у якості таких: гарантії щодо збереження у таємниці відомостей щодо господарських договорів укладених замовником за участі (сприяння) посередника; забезпечення нерозголошення інформації, що складає собою комерційну таємницю замовника та/або третіх осіб і стала відомою посередникові в процесі здійснення ним посередницької діяльності; вимога до посередника щодо турботливості й обачливості звичайного підприємця тощо. Важко погодитися з таким підходом до виділення специфічних ознак посередництва (з метою його ідентифікації як самостійного правового явища, відмежування від такої суміжної правової категорії як «представництво») через «забезпечення гарантій його учасникам». Оскільки вказані «гарантії» є виробленими господарською наукою правовими засобами, які мають різну правову природу та функціональне призначення, проявляються тією чи іншою мірою в правових інститутах господарського права і не являються специфічними для посередництва, а тим більше не являються критерієм для розмежування посередництва і представництва. Як видається, такі правові засоби входять до структури юридичної конструкції посередництва, в ієрархічній послідовності забезпечуючи досягнення комерційної мети посередництва в сфері господарювання. Відповідно, можуть враховуватися при структурно-функціональному аналізі теоретичної юридичної конструкції посередництва.

4. *Посередницька діяльність* за своєю правовою природою завжди (на відміну від представництва) є *послугою*. *Сфера застосування представництва* – це, переважно, цивільний оборот (за винятком комерційного представництва). *Сфера застосування посередництва* – це оборот господарський. З врахуванням *сфери дії посередництва*, – господарський оборот, а також підприємницького характеру діяльності посередників, посередництво визнається позбавленим *ознаки фідучіарності*, що також відрізняє посередництво від представництва. Водночас не заперечується, що посередницькі відносини вимагають елемента розумності та добросовісності при виконанні сторонами свої обов'язків¹⁶⁷.

5. *Представництво* здійснюється від імені, за рахунок та в інтересах особи, яку представляють. Натомість *посередництво* – це діяльність, як правило, від власного імені посередника, хоч і за рахунок та в інтересах іншої особи (тобто «в чужому інтересі»).

Отже, дії представника (на відміну від діяльності посередника) обмежуються здійсненням їх лише від імені та за рахунок представляваної особи, а також можливістю здійснення лише «юридичних» дій. В той же час кваліфікаційною ознакою посередництва є вчинення посередником дій юридичного та/або фактичного характеру від власного імені за рахунок та в інтересах замовника з метою досягнення для останнього бажаного ним результату (корисного ефекту, нематеріального блага).

У цьому контексті В.А.Рясенцев звертав увагу на той факт, що якщо представник укладає правочини від імені особи, яку він представляє (тобто, виступає замість неї), то посередник не усуває особистої діяльності тих, кому він надає сприяння, а його безпосередня діяльність не призводить до встановлення правовідносин між двома особами, які можуть виникнути лише завдяки самостійним діям контрагентів¹⁶⁸. В літературі навіть обґрунтовано класифікацію різних видів фактичної співучасті, головна ознака якої, на думку Н.О.Нерсєсова, полягає в тому, що посередник лише спрямовує волю принципала; тобто фактичний співучасник передає, висловлює чи виконує лише волю інших осіб, а не власну. Представник же укладає угоду самостійно, висловлюючи

¹⁶⁷ Невзгодина Е.Л. Представительство по советскому гражданскому праву / Е.Л. Невзгодина. – Томск: Томск.гос.ун-т, 1980. – С.21.

¹⁶⁸ Рясенцев В.А. Происхождение представительства и его сущность в буржуазном гражданском праве / В.А.Рясенцев // Вопросы гражданского права. Уч.записки ВЮЗИ. – Вып.10. – М.: ВЮЗИ, 1960. – С.77.

власну волю, що має юридичні наслідки для особи, яку він представляє¹⁶⁹.

Представник діє від імені та в інтересах особи, яку від представляє, його дії породжують, змінюють та припиняють права та обов'язки саме тієї особи, яку від представляє. Щодо фігури посередника, то чинне господарське законодавство не містить будь-яких обмежень, а, відповідно, він вправі виступати в господарському обороті як від свого імені, так і від імені клієнта, а його дії породжують права та обов'язки для особи (клієнта), котру він представляє та/або для самого посередника залежно від змісту посередницького договору. При цьому в одних випадках висловлюється думка, що якщо посередник діє від імені, в інтересах та рахунок клієнта, то має йтися про відносини представництва, а в інших, – про відносини посередництва, оскільки в такому випадку функції посередника переростають в функції повіреного при отриманні відповідних повноважень на це від клієнта (на характер функцій посередника не впливає, діє він від свого імені чи від імені клієнта)¹⁷⁰. Але в обох випадках посередник вчиняє дії в інтересах клієнта на підставі отриманих від нього повноважень. Зазначеним пояснюється те, що найпоширенішою підставою поділу посередників у торгівлі є право укладати угоди від свого імені або від імені замовника та умова, за чий рахунок здійснюється ця послуга.

Видається, що такий критерій, як дія від свого чи від чужого імені може бути може бути покладений в основу розмежування понять посередництва та представництва. Особа контрагента в більшості випадків є визначальним фактором при укладенні угод, а власне ім'я учасника господарського обороту дозволяє чітко ідентифікувати суб'єкта конкретних прав та обов'язків. Правомірне здійснення певний дій (юридичних та/або фактичних) в господарському обороті від імені іншої особи передбачає існування між володільцем імені та особою, що діє від її імені, певних правовідносин. Комерційний посередник (страховий брокер, митний брокер, біржовий брокер, експедитор тощо) діє в господарському обороті в процесі надання посередницької послуги, як правило, від

¹⁶⁹ Нересов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве / Н.О.Нересов.– М.: Статут (Серия «Классика российской цивилистики»), 2000.– С.30-31.

¹⁷⁰ Див.: Гражданское право: Учебное пособие / [отв.ред. В.А.Ряшенцев]. – Л.: Ленингр.ун-т, 1971.– С.217.

власного імені. Пропонується також в юридичній літературі проведення поділу посередників на комерційних та некомерційних, відмежування їх від категорії представників, що має ґрунтуватися на суто професійному характері діяльності, на специфіці сфери застосування послуг посередника¹⁷¹.

Той факт, що посередник в господарському обороті діє «в чужому інтересі» дозволяє провести межу між ним та іншими суб'єктами господарського права, що також діють від власного імені, але не «в чужому інтересі», а у власному (зокрема, дилерів, дистриб'юторів та інших осіб, що діють за свій рахунок та від власного імені, в своїх інтересах). В свою чергу, за метою діяльності (укладення дво- чи багатосторонніх угод, сприяння їх укладенню) та підставою виникнення посередницьких відносин (з договору) фігура посередника може бути відмежована від інших осіб, що виступають в господарському обороті від свого імені, однак «в чужих інтересах» (зокрема, від особи арбітражного керуючого при банкрутстві та ін.).

6. Різняться представництво та посередництво і *за підставою виникнення*. На відміну від відносин представництва, що виникають не лише на підставі угоди, але й в силу норми закону, на підставі адміністративного акту, посередництво завжди має лише договірну основу. Посередницька діяльність завжди здійснюється на підставі існуючого між сторонами договірної зобов'язального правовідношення і являє собою надання однією особою послуги іншій особі. Так, наприклад, за аргументацією В.Проценко, інститут представництва виникає з різних правових підстав і опосередковує не лише майнові, а і деякі інші права. Так, зазначає автор, інститут представництва широко застосовується у сфері цивільного та господарського процесів, у сімейних відносинах. Підставою виникнення представництва поряд з договором можуть бути і інші юридичні факти, а також нормативно-правові акти. Підстави представництва можуть регулюватися і судовою практикою. Посередництво, в свою чергу, обмежується власне майновою сферою. Підставою виникнення посередництва є лише договір, інші юридичні факти відносини посередництва обумовлювати не можуть¹⁷².

¹⁷¹ Див.: Галушина И.Н. Посредничество как гражданско-правовая категория: дис...канд.юрид.наук: 12.00.03 / Галушина Ирина Николаевна.– Пермь, 2006.– С.107-108.

¹⁷² Див.: Проценко В. Законодавче регулювання торговельного посередництва і представництва в Україні / В.Проценко // Юридика Україна.– 2008.– №10.– С.64-68.

7. В окремих джерелах також пропонується відмінність посередництва від представництва *за ознакою вираження волі*: посередник угод від імені сторін не укладає, вони самі укладають угоду між собою; посередник волевиявлення, необхідного для укладення угоди не здійснює, надаючи його сторонам угоди. Так, наприклад, в окремих джерелах зазначається, що представництво необхідно відрізнити від ззовні подібних до нього, але таких, які мають інші правову природу, дій учасників цивільних правовідносин. При цьому підкреслюється, що діяльність представника не слід ототожнювати з виконанням функцій посередника, оскільки представник хоча і діє від імені представлюваного (довірителя), однак виявляє при укладенні угод і інших юридичних дій свою власну волю. На противагу представникові, посередник своїми діями лише сприяє укладенню угоди між сторонами, але самі по собі сторони юридично не зв'язує, він проводить переговори з потенційними партнерами, але волю на укладення угоди виявляють самі майбутні її учасники¹⁷³. Ця теза має прямий зв'язок з полемікою деяких авторів відносно того, що посередництво відрізняється від представництва своєю односкладністю, тоді як представництво має багатопорядкову структуру. Подібний висновок заперечується, як правило тим, що посередництву також властива трансмісія прав та обов'язків від клієнта до посередника (односкладністю «клієнт-посередник» традиційно характеризують лише «просте посередництво»)¹⁷⁴.

8. *На відміну від представника, який може бути уповноваженим лише на здійснення юридичних дій, посереднику може бути доручено як здійснення фактичних дій, так і юридичних.*

Ще в дореволюційний період вчені-юристи значну увагу приділяли *відмежуванню представництва від фактичної і юридичної співучасті* при здійсненні (укладенні, виконанні та припиненні) угод.

Прийнято, зокрема, виділяти такі основні форми *фактичної співучасті*: 1) співучасть у вигляді надання інформаційних послуг, підготовки відповідної документації, здійснення інших підготовчих дій, необхідних для укладення угоди; 2) співучасть для виконання

¹⁷³ Див.: Гражданское право / [под. ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого].– М.: Проспект, 1998.– Т.1.– С.269-270.

¹⁷⁴ Див.: Безрук Н.А. Договор комиссии по советскому праву. Лекции для студентов / Н.А. Безрук.– М.: ВЮЗИ, 1955.– С.11; Гражданское право: Учебное пособие / [отв.ред. В.А.Рябенцев].– Л.: Ленингр.ун-т, 1971.– С.217-218.

вже укладеної угоди (до прикладу виконання дій фактичного характеру, завантаження, розвантаження товару тощо); 3) співучасть для належного вираження волі замовника (принципала) (діяльність посильних, перекладачів тощо). Фактичний співучасник при укладенні угоди виконує певні дії, котрі носять фактичний характер, в той час як представник здійснює дії, котрі тягнуть за собою настання правових наслідків для принципала (носять юридичний характер). Фактичний співучасник виконує чужу волю. Наприклад, фактичний співучасник не може обирати на свій розсуд контрагента, тоді як представник є вільним у виборі контрагента, він укладає з ним угоду сам, виражаючи тим самими свою волю, однак діючи при цьому від імені принципала. Окрім фактичної співучасті при укладенні угод вирізняють і юридичну співучасть.

Юридичною співучастю називається таке втручання однієї особи при укладенні угоди іншою особою, котре юридично є необхідним для виникнення самої угоди. Виділяють наступні форми юридичної співучасті: 1) згода окремих осіб, котра за законом вимагається для здійснення юридичних актів; 2) згода окремих осіб на розпорядження, вчинене іншою особою, від якої безпосередньо залежить визначення тієї чи іншої частини угоди; 3) присутність окремих осіб, а також їх дії, що є необхідними при укладенні, виконання та припиненні окремих угод, наприклад, посвідчення нотаріусом угоди тощо. Воля представника є вирішальною для укладення угоди, в той час як воля юридичного співучасника лише доповнює волю особи, яке безпосередньо укладає угоду. Незважаючи на це, лише волі обох зазначених осіб у сукупності породжують угоду, а відсутність однієї з них не може призвести до укладення угоди.

Самі терміни «юридична дія» та «фактична дія» не є законодавчо визначеними. Немає єдності щодо їхнього розуміння, співвідношення і у доктринальних джерелах. Побуває думка, що всі дії як факти реальної дійсності є первинно «фактичними», і лише ті з них, з якими закон пов'язує настання тих чи інших правових наслідків стають (саме через зв'язок з нормою права) «юридичними». З питанням про розмежування «фактичних» та «юридичних» дій пов'язаним є питання про поняття фактичного складу (системи фактів). За однією з позицій, – елементи фактичного складу є юридичними фактами, за іншою – елементи незавершеного фактичного складу є лише «потенційно-юридичними фактами» і самостійного правового значення не мають, тобто самі по собі не спричиняють виникнення, зміни чи припинення

правовідносин (лише завершальний елемент фактичного складу є правовстановлюючим фактом, що переводить склад з одного стану – фактичного, в інший – юридичний. Термін «фактичні дії» застосовується здебільшого для позначення дій особи, що не тягнуть за собою виникнення, зміни або припинення правовідносин.

Недоліком є те, що в юридичній літературі, при проведенні розмежування, аналізу відмінностей між посередництвом та представництвом, посередництво розглядається виключно як фактичне («просте») ¹⁷⁵, позбавлене можливості вчинення дій юридичного характеру, оскільки за такого підходу вирішення завдання проведення розмежування між посередництвом та представництвом видається спрощеним, яснішим, позбавленим зайвих укладень. Частіш за все фігура посередника розглядається в зв'язку з відносинами представництва та на протигагу фігурі представника. Так, на думку Д.І.Мейєра, не буде представником посередник або маклер; його участь при укладенні договору суто фактична: він бере участь лише в попередніх переговорах, позбавлених юридичного значення; його роль завершується там, де починається укладення договору в юридичному розумінні; він, по-суті, лише передає волевиявлення однієї особи іншій ¹⁷⁶. Також, зокрема зазначається, що якщо представник здійснює юридичні дії замість довірителя (найчастіше, укладає угоди), то посередники не усувають особистої діяльності тих, кому вони надають сприяння. Їх дії самі по собі не зумовлюють встановлення правовідношення між двома контрагентами, – останні породжують його власними діями, спрямованими на цю ціль. Комерційний або інший посередник, виступаючи від власного імені, сприяє укладенню угоди шляхом пошуку осіб, зацікавлених в її укладенні, збору та видачі інформації щодо умов її укладення, однак, жодних юридичних дій, які б безпосередньо створювали права та обов'язки для інших осіб, посередник не вчиняє.

Таким чином, за даним підходом, відмінність між представником та посередником послідовно зводиться до суб'єкта, який здійснює волевиявлення при укладенні угоди. При цьому підкреслюється, що завданням посередника є надання лише технічного сприяння в укладенні договору між сторонами. Відзначається також, що

¹⁷⁵ Див.: Советское гражданское право: Учебник / [под ред. Д.М. Генкина]. – М.: Высшая школа, 1967. – С. 377.

¹⁷⁶ Див.: Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2ч. [По исправлен. и дополн. изд. 1902г.] / Д.И. Мейер. – М., 1997. – Ч.1. – С. 175-176.

посередник угод від імені сторін не укладає, сторони самі безпосередньо укладають угоду між собою, а посередник веде переговори між сторонами, однак волевиявлення, необхідне для укладення угоди, посередником не здійснюється, волевиявлення щодо укладення угоди здійснюють сторони. При характеристиці представництва в такий спосіб попутно виявляються і функції посередництва. Фактичне навантаженні дій «фактичного» посередника полягає в тому, що останній сприяє укладенню договору з третьою особою безпосередньо його клієнтом (замовником відповідної посередницької послуги), всі дії, що вчиняються посередником спрямовані на підготовку та полегшення процедури укладення договору. Це є дії фактичні за своєю природою, котрі тісно пов'язані з волею клієнта на укладення ним самим угод, що мають своїм цільовим призначенням найкращий результат для клієнта при укладенні ним угод. Такому посереднику може бути доручено, зокрема, здійснення пошуку потенційного контрагента, зведення сторін для подальшого укладення договору ними самими. Пошук потенційного контрагента полягає у відборі за заданими клієнтом критеріями пошуку (що включають в себе, як правило, вказівку на предмет майбутнього договору, його ціну та строк, як істотні умови будь-якого господарського договору) осіб, що готові вступити з клієнтом в договірні правовідносини. Однак, зведенню сторін передують проведення посередником попередніх переговорів.

В юридичній літературі немає єдиної думки щодо характеру дій по веденню переговорів. Одні автори розглядають такі діє як фактичні, тобто як такі, що не тягнуть за собою жодних правових наслідків. Так, В.В.Вітрянський відзначає, що переговори передують оферті і носять у зв'язку з цим факультативний характер¹⁷⁷. На думку ж інших авторів¹⁷⁸, оферта та акцепт є складовими елементами змісту переговорів, що, відповідно, робить проведення переговорів юридичною дією. В.В.Іванов вважає, що зазначені точки зору не є суперечливими, а взаємодоповнюють одна одну, оскільки відображають різноманітність форм здійснення договірної процесу, узгодження волевиявлення всіх учасників¹⁷⁹. При цьому В.Груздев в категоричній формі відзначає, що

¹⁷⁷ Див.: Брагинский М.И. Договорное право: Общие положения / М.И. Брагинский, В.В.Витрянский.– М.: Издательство «Статут», 1998.– С.196.

¹⁷⁸ Див.: Кучер А.Н. Оферта как стадия заключения предпринимательского договора / А.Н. Кучер // Законодательство. – 2001.– №5.– С.44.

¹⁷⁹ Иванов В.В. К вопросу об общей теории договора / В.В. Иванов // Государство и право.– 2000.– №12.– С.75.

питання про кількість стадій договірному процесу є безвідносним щодо проблеми виникнення договірних відносин, позбавленим будь-якого практичного сенсу¹⁸⁰. На думку ж І.М.Галушиної, юридична природа здійснюваних під час ведення переговорів дій буде визначатися за характером волевиявлення учасників переговорів та їхнім правовим статусом¹⁸¹. Так, переговори, зміст яких складають послідовно здійснювані оферти (а в ряді випадків і акцепт) носять юридичний характер за умови, що особа, від якої надходить відповідна пропозиція, володіє відповідними повноваженнями (виступає представником). В інших випадках, як зазначає авторка, коли волевиявлення учасників переговорів не відповідає вимогам, що висуваються законодавцем до оферти, переговори не носять юридичного характеру (в тому розумінні, що юридично не пов'язують осіб, які беруть у них участь). Як правило, посередництво, зміст якого полягає в зведенні, наближенні один до одного потенційних контрагентів, є «одностороннім», тобто здійснюється в інтересах однієї сторони клієнта (замовника посередницької послуги). Хоча не можна виключати можливості і «двостороннього» посередництва (в останньому випадку посередник має право на винагороду, якщо обидві сторони знали про двосторонній характер його діяльності та не заперечували щодо його послуг). Отже, діяльність, так званого «фактичного посередника» створює умови для виникнення правовідносин між клієнтом та третьою особою. Разом з тим, роль посередника в сучасному господарському обороті не може бути зведена лише до здійснення дій, які сприяють укладенню господарського договору потенційними контрагентами. Посередники сьогодні – активні учасники господарського обороту, що вступають, як правило, від власного імені (хоч і в чужих інтересах) в договірні зобов'язальні правовідносини, беручи на себе ризик несення господарсько-правової відповідальності за укладеними ними від власного імені договорами. Тому, як вбачається з викладеного, обмеження діяльності посередників лише здійсненням фактичних дій не відповідає реаліям сьогодення. Слід визнати, що посередник, виступаючи в господарському обороті «в чужому інтересі» від власного імені може вчиняти і юридичні дії. Останнє аж ніяк не означає, що «юридичний» посередник не здійснює необхідних підготовчих дій.

¹⁸⁰ Груздев В. Количество стадий договорного процесса по российскому гражданскому праву / В. Груздев // Хозяйство и право.– 2004.– №3.– С.123.

¹⁸¹ Галушина И.Н. Посредничество как гражданско-правовая категория: дис....канд.юрид.наук: 12.00.03 / Галушина Ирина Николаевна.– Пермь, 2006.– С.108-110.

Мається на увазі, що їх здійснення у ряді випадків не є самоціллю договору (не складає предмету договору між посередником та клієнтом) та не підлягає оплаті.

Попри наведені відмінності посередництва та представництва як суміжних правових категорій, в чинному цивільному й господарському законодавстві поняття представник та посередник в сфері підприємницької діяльності часто вживаються як тотожні. Так, учасниками торгів на фондовій біржі можуть бути лише професійні торговці цінними паперами. До останніх, зокрема, належать: брокери, дилери, управителі цінними паперами. Інші особи можуть здійснювати господарські операції на фондовій біржі виключно при посередництві брокерів, як професійних учасників торгів на ринку цінних паперів. Брокерською діяльністю, як правило, визнається діяльність зі здійснення господарсько-правових угод з цінними паперами від імені та за рахунок клієнта, а також від власного імені, але за рахунок клієнта на підставі оплатних господарських договорів з клієнтом. Таким чином, в практиці господарювання відносини брокера та клієнта будуються, переважно за двома альтернативними моделями: доручення або комісії. В першому випадку посередництво брокера відповідає всім ознакам комерційного представництва (зокрема тоді, коли клієнтом (довірителем) виступає суб'єкт господарювання). Біржове посередництво на товарних біржах здійснюється виключно біржовими посередниками. Біржова торгівля здійснюється шляхом укладення біржових угод біржовим посередником як від імені клієнта та за його рахунок, так і від власного імені, але за рахунок клієнта (брокерська діяльність). Така «посередницька» діяльність біржового брокера, що здійснюється ним від імені клієнта, також відповідатиме всім ознакам комерційного посередництва.

З наведеного вбачається, що відносини з клієнтами (замовниками) комерційних посередників, представників, агентів, брокерів тощо, можуть відповідати ознакам як комерційного представництва, так і посередництва. Зазначені відносини опосередковуються також різноманітними договорами (доручення, агентування, комісії, консигнації «змішаними» договорами тощо). Однак, незалежно від найменування діючого в чужих інтересах суб'єкта в позитивному праві, зазначені особи є комерційними представниками (поряд з тим, що є посередниками, або без цього), якщо вони здійснюють юридичні дії від імені та за рахунок суб'єкта підприємницької діяльності на підставі повноваження, делегованого клієнтом (замовником, довірителем), зі створенням юридично значущих наслідків (виникненням прав та обов'язків) для клієнта (замовника, довірителя). Саме юридичні дії представника, що здійснюються ним від імені клієнта (замовника,

довірителя) і тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення прав та обов'язків останнього виступають основною відмінністю комерційного представника від посередника в сфері господарювання, оскільки діюче позитивне право не перешкоджає й посередникові діяти від імені клієнта (замовника) за плату і в межах повноваження, визначеного умовами посередницького договору. Комерційний представник діє лише від імені довірителя, реалізуючи виключно «субсидіарну дієздатність», що тягне за собою настання юридичних наслідків для довірителя. В той же час дії посередника є заснованими переважно на реалізації його власної дієздатності, створюють умови для реалізації дієздатності клієнта для виникнення нових господарських правовідносин і господарських зв'язків (хоч не виключається й реалізація «субсидіарної» дієздатності), носять фактичний, юридичний та/або змішаний характер.

Слід зазначити, що для сфери господарювання характерною є і та обставина, що комерційне представництво і посередництво можуть здійснюватися одночасно. Непоодинокими, на теперішній час, в сфері господарювання є випадки, коли посередницька діяльність містить у своєму складі окремі елементи комерційного представництва. Зокрема тоді, коли посередницьким договором передбачається право (повноваження) посередника при вирішенні окремих питань у процесі надання посередницької послуги діяти від імені замовника, тим самим представляючи його перед третіми особами зі створенням юридичних наслідків, прав та обов'язків для замовника (наприклад, при проведенні ділових переговорів з потенційними партнерами тощо). В таких випадках посередництво та представництво органічно переплітаються, взаємопроникаючи, доповнюючи один одного з метою найбільш ефективного досягнення господарської мети від здійснення посередницької діяльності. В літературі також активно пропонується розглядати потенціал господарсько-правового інституту посередництва як альтернативну (судову) форму вирішення господарських спорів. Ймовірно ці відносини також можна розглядати як специфічну форму посередництва з одночасною наявністю елементів представництва (або множинністю осіб на стороні замовника в договорі платного надання послуг)¹⁸².

З точки зору структури правих зв'язків, посередництво є різновидом господарських зобов'язань з платного надання послуг,

¹⁸² Див., наприклад: Решетникова І.В. Перспективи розвитку посередництва в російському праві / І.В.Решетникова // Російський юридический журнал.– 2005.– №1(45).– С.97-102.

як безпосередньо посередницьких, так і суміжних (консультаційних, аналітичних та ін.). З викладеного також вбачається, що залежно від особливостей тієї чи іншої форми посередництва розмежування між нею та представництвом можуть стосуватися сфери застосування, суб'єктного складу, мети, характеру і результату дій посередника як учасника певних господарських правовідносин. При цьому принципова відмінність між представником, посередництвом, іншими формами встановлення та реалізації господарських зв'язків між двома і більше особами за участю третьої особи полягає у характері взаємних суб'єктивних прав та обов'язків.



Запитання та завдання для самоконтролю:

1. Дайте визначення поняття представництва.
2. Розмежуйте представництво в матеріальному праві та процесуальне представництво.
3. Що таке повноваження? Яким чином посвідчується повноваження представника?
4. Що таке довіреність? Яким вимогам повинна відповідати довіреність?
5. Які особливості участі представника акціонера у загальних зборах акціонерного товариства?
6. Дайте загальну характеристику комерційному представництву та його співвідношенню з комерційним посередництвом.
7. Які характерні ознаки притаманні комерційному представництву?
8. Якими правами та обов'язками наділений комерційний представник?
9. Які існують доктринальні концепції щодо співвідношення інститутів представництва та посередництва?
10. Які спільні риси посередництва та представництва можна виокремити?
11. Які відмінності посередництва та представництва як суміжних правових категорій Вам відомі?

ГЛАВА 4.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА В ГОСПОДАРЬСЬКОМУ ПРОЦЕСІ УРАЇНИ

§ 1. Правова природа, поняття, ознаки представництва в господарському процесі

Правове регулювання представництва в господарському процесі України як невід'ємної складової системи ефективного здійснення судочинства потребує вдосконалення. Це обумовлено тим, що представникам у господарському процесі присвячена лише одна стаття ГПКУ, яка не містить загальних положень щодо процесуального представництва, визначень основних понять, а також будь-яких відсилочних норм до інших законодавчих актів.

Представництво є недостатньо дослідженим правовим явищем у господарському процесі, що в умовах існування прогалин у правовому регулюванні, а також суперечностей щодо розуміння правової природи, поняття та видів господарського процесуального представництва, перешкоджає формуванню усталеної практики із зазначених питань.

У наукових колах мають місце дискусії з приводу співвідношення понять «господарсько-процесуальне представництво» та «судове представництво». Виділити можна три основні підходи: а) судове представництво ширше, ніж процесуальне, оскільки охоплює всі процесуальні галузі права, а не лише обмежується господарсько-процесуальним; б) процесуальне представництво ширше, ніж судове, тому що включає в себе також досудові процедури та повноваження, які здійснює представник у господарському процесі¹⁸³; в) ці два поняття тотожні. Відтак, за останнім підходом судове та процесуальне представництво застосовуються як синоніми.

Вважаємо, що «судове представництво» – не досить коректне поняття для позначення того правового явища, яке розглядається, оскільки має три суттєвих недоліки. По-перше, це поняття є досить

¹⁸³ Лазько Г.З. Правова природа процесуального представництва у цивільному процесі : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 “Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право” / Г.З. Лазько. – К., 2006. – с. 90

вузьким та не враховує тих досудових процедур, які необхідно здійснити представникові до початку безпосереднього судового розгляду (підготовка процесуальних документів, збір доказів, уточнення необхідних для вирішення справи обставин та фактів). По-друге, у зв'язку з невдалим формулюванням складається враження, що представництво здійснюється самим судом¹⁸⁴. По-третє, враховуючи особливості господарського процесу, «судове представництво» повною мірою не охоплює собою представницькі відносини, які складаються в межах провадження у справах про банкрутство. На наш погляд, найбільш прийнятним для застосування вважаємо термін «господарсько-процесуальне представництво».

У той же час для подальшого аналізу правової природи представництва в господарському процесі вважаємо за необхідне першочергово визначитися з тим, що розумітиметься під поняттям «господарський процес».

З доктринальних позицій господарський процес може бути визначений як урегульований господарськими процесуальними нормами процесуальний порядок (система взаємопов'язаних правових форм) провадження діяльності уповноваженими суб'єктами, що виявляється у здійсненні правосуддя в господарських справах, захисті порушених прав, свобод та інтересів учасників господарських правовідносин.

Вже традиційним для науки господарського процесуального права стало розуміння господарського процесу як різновиду юридичної діяльності, що регулюється нормами відповідної галузі права (як встановленої нормами процесуального права форми діяльності господарських судів, яка спрямована на захист порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання). Так, наприклад, В. С. Анохін під арбітражним (господарським) процесом розуміє урегульовану нормами права форму діяльності арбітражних (господарських) судів, спрямовану на захист оспорюваного чи порушеного права організацій і громадян – підприємців¹⁸⁵. Цим висновкам відповідає думка окремих вчених про те, що обов'язковим учасником

¹⁸⁴ Павлуник І. А. Представництво в цивільному процесі України : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 “Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право” / І. А. Павлуник. – К., 2002. – С. 34

¹⁸⁵ Анохін В. С. Арбитражное процессуальное право России / В. С. Анохин. – М. : Владос, 1999. – С. 10–12.

господарського (арбітражного) процесу є господарський (арбітражний) суд¹⁸⁶. У той же час, на переконання О. П. Подцерковного, такі підходи значно звужують розуміння господарського процесу та господарського процесуального правовідношення, адже ігнорується можливість реалізації процесуальної поведінки поза безпосередньою участю господарського (арбітражного) суду: а) звужений підхід до господарського процесу суперечить висновкам самих авторів, що його позиціонують, – у всіх відповідних підручниках до системи господарського (арбітражного) процесуального права включено відносини, що реалізуються поза безпосередньою участю господарських судів: досудове врегулювання господарських спорів, порядок примусового виконання рішень господарських (арбітражних) судів, розгляд господарських спорів комерційними арбітражами (третейськими судами) тощо; б) від господарського процесу не можна відірвати діяльність учасників господарських відносин, що має процесуальну форму, упорядковується у процесуальному законі та є обов'язковим елементом вирішення спорів, центральною ланкою для якого виступає відправлення правосуддя господарськими судами¹⁸⁷. Однак, як зазначає Д. Чечот, не можна об'єднувати усі форми захисту об'єктивних цивільних (у даному випадку – господарських) прав у розумінні юридичного процесу¹⁸⁸. Адже тоді необхідно було б, зокрема, до господарського процесу відносити й нотаріальний захист господарських прав, і захист прав суб'єктів господарювання іншими правоохоронними органами (прокуратурою, міліцією тощо), а також адміністративний захист господарських прав. Це фактично робило б предмет господарського процесу безмежним та не дозволяло б визначити його принципи, здійснити його кодифікацію тощо. У зв'язку з цим, під господарським процесом пропонується розуміти сукупність встановлених у законі послідовних дій суду або комерційного арбітражу, а також осіб, зацікавлених у вирішенні юридичної справи, та інших осіб, що беруть участь у розгляді та веденні справи, виконанні обов'язкових досудових процедур, виконанні рішень судів (арбітражів), спрямованих на захист прав та законних

¹⁸⁶ Арбитражный процесс / [под ред. М. К. Треушникова]. – М.: Городец, 2007. – С. 76–79.

¹⁸⁷ Подцерковний О. Щодо зовнішнього та внутрішнього виміру поняття «господарський процес» / О. Подцерковний // Право України. – 2011. – № 6. – С. 5–6.

¹⁸⁸ Гражданский процесс / [под ред. Мусина А. В., Чечиной Н. А., Чечота Д. М.]. – М.: Проспект, 1998. – С. 13.

інтересів учасників господарських відносин, відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом¹⁸⁹.

Господарський процес являє собою єдність процесуальних прав і обов'язків господарського суду, сторін та інших учасників процесу. Внаслідок цього трактується він продекуди як система послідовно здійснюваних процесуальних дій господарського суду, інших учасників судочинства у зв'язку з розглядом і вирішенням конкретної справи. Кінцева мета процесу – відновлення порушеного права.

Дослідження правової природи представництва у господарському процесі зумовлюється, на нашу думку, такими причинами, як: а) необхідність комплексного, системного дослідження проблеми, подальшого розвитку науки господарського процесу та усунення прогалин у чинному законодавстві; б) потреба в узгодженні, уніфікації та застосуванні в межах господарсько-процесуального права вже розроблених іншими галузями права понять та загальних положень.

З того часу як представництво стало предметом наукової дискусії одним з ключових питань залишається його правова природа. Суть проблеми полягає в тому, що, як у чинному законодавстві, так і у вітчизняній правовій доктрині, на сьогодні немає єдиного розуміння правової природи та сутності поняття представництва.

Окремим питанням процесуального представництва свої праці присвятили В. Беляневич, І. Гелецька, М. Гурвич, О. Клейнман, С. Королева, Г. Лазько, І. Павлуник, С. Фурса, С. Халатов, С. Чванкін, М. Чечот, Л. Шаповал, М. Штефан та ін.

ГПКУ та ЦПКУ не містять норми з чітким визначенням понять представника та представництва у суді. Ці поняття тією чи іншою мірою розроблені лише в науці процесуального права. Відсутність єдиного понятійного (категоріального) апарату гальмує розвиток теорії процесуального представництва та процесуальної науки загалом, тому настільки важливим є вироблення єдиних підходів.

Традиційно, представництво визначають через призму процесуальної дії, процесуального правовідношення та інституту процесуального права. Прихильники кожної з концепцій наводять переконливі докази на свою користь та критикують опонентів.

¹⁸⁹ Подцерковний О. Щодо зовнішнього та внутрішнього виміру поняття «господарський процес» / О. Подцерковний // Право України. – 2011. – № 6. – С. 8.

У юридичній науці, щоправда, існують також інші підходи. Зокрема, представництво розглядається як юридичний факт¹⁹⁰ або через форму надання допомоги, у тому числі правової¹⁹¹. Згідно з першим підходом сутність представництва зводиться лише до підстав їх виникнення (конкретних юридичних фактів). Другий підхід кореспондує позиції законодавця, який визначає правову допомогу через призму надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення (п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України від 02.06.2011 р. «Про безоплатну правову допомогу»¹⁹²). А одним із видів правових послуг, у свою чергу, є представництво інтересів іншої особи. Проте такі підходи не набули широкої підтримки та визнання в наукових колах.

Розглянемо сутність кожної з названих основних концепцій більш детально.

Представництво як система процесуальних дій або діяльність.

О. Клейнман був одним із перших, хто визначив представництво як виконання процесуальних дій у суді особою, яка уповноважена на це стороною чи третьою особою¹⁹³. Основна увага у концепції процесуальної діяльності зосереджується на поведінці власне процесуального представника, який заміщує особу, яку представляють, діючи від її імені, унаслідок чого результати його діяльності відображаються на особі, яку представляють¹⁹⁴.

У сучасній юриспруденції аналогічну позицію було обгрунтовано М. Штефаном. Важливим є те, що автор розглядає представництво як процесуальну діяльність особи (представника, повіреного), спрямовану на захист суб'єктивних прав та захищених

¹⁹⁰ Харитонов Є. О. Добровільне представництво у цивільному праві України : [навч. посіб.] / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, А. І. Дрішлюк. – К. : Істина, 2007.– С. 5.

¹⁹¹ Цивільне процесуальне право : [підруч. для юрид. вузів і ф-тів] / [В. В. Комаров, В. А. Бігун, С. Ю. Кац та ін.] ; за ред. В. В. Комарова. – Х. : Основа, 1992. – 416 с. – С. 73-74; Зейкан Я. П. Захист у цивільній справі : Науково-практичний коментар / Я. П. Зейкан. – К. : КНТ, 2007.– С. 161; Васильев С. В. Гражданское судопроизводство государств – участников СНГ / С. В. Васильев. – Х. : Харьков юридический, 2008.– С. 103.

¹⁹² Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 року, № 3460-VI // Голос України. – 2011. – № 122.

¹⁹³ Клейнман А.Ф. Советский гражданский процесс. Учебник / А.Ф. Клейнман. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1954.– С. 122.

¹⁹⁴ Малышев К. И. Курс гражданского судопроизводства / Малышев К. – [2-е изд., испр. и доп.]. – Т. 1. – СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1876.– С. 207-208.

законом інтересів іншої особи, яка бере участь у справі, державних і громадських інтересів, а також сприяння судові у всебічному, повному і об'єктивному з'ясуванні обставин справи та постановленні законного й обґрунтованого рішення¹⁹⁵.

Таким чином, теорія, у якій представництво розглядається як сукупність процесуальних дій або діяльність, має безумовні переваги. Саме ця доктринальна концепція має найбільше практичне значення, оскільки відображає динаміку господарського процесу та дозволяє зосередити увагу на конкретній реалізації повноважень представника в суді.

Проте варто враховувати і недоліки зазначеної концепції. Представництво як процесуальна діяльність відображає лише його зовнішні ознаки і не розкриває повністю характеру та сутності процесуального представництва. Зокрема, діяльність не розкриває змісту правовідносин, які складаються між представником та судом¹⁹⁶.

Представництво як процесуальне правовідношення.

Процесуальні правовідносини – врегульовані нормами права суспільні відносини, які виникають при здійсненні правосуддя в конкретній справі між судом та іншими учасниками процесу.

Досить спрощеним, на нашу думку, є визначення процесуального представництва як правовідношення, в силу якого одна особа (представник) виступає в суді від імені та в інтересах іншої особи (того, кого представляють)¹⁹⁷. Водночас, Л. Ковтун зазначає, що це – такі юридичні відносини, за якими одна особа – представник виконує на підставі повноваження, наданого йому законом, статутом, положенням або договором, процесуальні дії на захист прав і охоронюваних законом інтересів іншої особи, державних і громадських інтересів¹⁹⁸.

С. Чванкін, у запропонованому ним визначенні, поєднав зазначені два підходи, підкреслюючи обидві сторони представництва – динамічну (діяльність представника) та статичну (правовідношення). Так,

¹⁹⁵ Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / М. Й. Штефан. – К. : Ін Юре, 2005. – С. 154.

¹⁹⁶ Королева С.О. Представительство сторон и третьих лиц в арбитражном процессе: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс, арбитражный процесс» / С.О. Королева. – М., 2007. – С. 23.

¹⁹⁷ Цивільний процес: Навчальний посібник / А.В. Андрушко, Ю.В. Білоусов, Н.А. Бондаренко. – За ред. Ю.В. Білоусова. – К.: Наукова думка; Прецедент, 2004. – С. 60.

¹⁹⁸ Ковтун Л. Представництво в цивільному процесі: окремі проблеми / Л. Ковтун // Право України, 2004, №1. – С. 140.

процесуальне представництво автор розглядає як процесуальну діяльність, що відбувається в межах правовідношення між представником та судом, однієї особи (представника) від імені та в інтересах іншої особи (яка бере участь у справі), яка здійснюється з метою захисту та охорони прав, свобод та інтересів у суді особи, яку представляють, і надання допомоги суду у встановленні дійсних прав і обов'язків осіб, які беруть участь у справі¹⁹⁹.

Така концепція має право на існування. Водночас для всебічного вивчення процесуального представництва, вважаємо, що його можна в рамках аналізованої концепції розглядати не інакше як через певну сукупність правовідносин. Тому пропонуємо господарсько-процесуальне представництво досліджувати як цілісну (нерозривно між собою пов'язану) систему трьох груп правовідносин:

а) між представником та особою, яку представляють. Основою для їх відносин слугують переважно матеріально-правові норми про довіреність, договір доручення тощо;

б) між представником та судом – це вже безпосередньо процесуальні відносини, в межах яких представник має право і зобов'язаний реалізовувати всі процесуальні повноваження, які були йому надані стороною або третьою особою;

в) між судом та особою, яку представляють. Така особа може одночасно з представником брати участь у процесі або ж доручити ведення справи представникові у повному обсязі. Але в кожному разі, які б дії не вчиняв представник, усі рішення господарського суду по суті справи будуть стосуватись виключно особи, яка надала право представляти свої права та інтереси (позивач, відповідач, третя особа).

Враховуючи дихотомію «публічне право – приватне право», можна виокремити також публічні та приватні правовідносини представництва. При цьому, як зазначають Є. Харитонов та О. Харитонова, добровільне представництво за своїм характером є завжди приватноправовим, а обов'язкове представництво може бути інколи приватноправовим, але у переважній більшості випадків є публічно-правовим. Критеріями такого поділу є: підстави виникнення, характер інтересів, що підлягають захисту; значення волі сторін; межі розсуду представника у виборі поведінки тощо²⁰⁰.

¹⁹⁹ Чванкін С. А. Добровільне представництво у цивільному процесі України : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. А. Чванкін. – О., 2005. – С. 9.

²⁰⁰ Харитонов Є. О. Приватні та публічні правовідносини представництва / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2002. – № 147. – С. 38.

На нашу думку, розкриваючи поняття представництва через категорію правовідношення, з'являється можливість здійснити більш глибокий аналіз цього правового явища (зокрема, прав та обов'язків сторін правовідносин, правового становища представника тощо).

Представництво як правовий інститут.

У 1970 році вперше представництво в суді стало розглядатись як інститут, який забезпечує громадян та юридичних осіб можливістю реалізовувати належні їм права та обов'язки за допомогою інших осіб – представників²⁰¹.

Правовий інститут є відносно самостійною структурною одиницею галузі, первинним елементом якого є норма права (загальнообов'язкове правило поведінки). Основою для групування останніх є юридичний зміст тих суспільних відносин, які вони регулюють.

Правові норми, які утворюють інститут, регулюють однорідні за змістом суспільні відносини, вони впорядковані та взаємоузгоджені, характеризуються наявністю юридичної єдності нормативно-правових приписів, метою яких є цілісність нормативно-правового регулювання у межах однієї чи кількох галузей права.

Для інституту представництва в господарському процесі характерними є специфічні поняття, принципи, загальні положення, які не притаманні іншим інститутам, а також норми права, які містять специфічні юридичні конструкції: вид та зміст правовідносин (суб'єкти, об'єкти, суб'єктивні права та юридичні обов'язки); процедуру дій; правові засоби²⁰².

Сучасні тенденції у розвитку юриспруденції поступово відкидають догму про суворий галузевий поділ у структурі права. Міжгалузеві правові явища набувають все більшого поширення та переконливого обґрунтування у юридичній науці.

Міжгалузеві інститути виникають на стику різних галузей права. Так, до прикладу, С. В. Полєніна²⁰³ класифікувала міжгалузеві інститути на функціональні та суміжні.

²⁰¹ Советский гражданский процесс / Под ред. А. А. Добровольского и А. Ф. Клейнмана. – М.: Изд-во Московского университета. – 1970. – С. 75-76.

²⁰² Левицька Н. Нормативно-правовий інститут: загальнотеоретична характеристика / Н. Левицька // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2012. – № 56. – С. 25-26.

²⁰³ Полєніна С. В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права / С. В. Полєніна // Правоведение. – 1975. – № 3. – С. 74-75.

Міжгалузеві функціональні інститути характеризуються належністю до неоднорідних галузей права (наприклад, господарське та адміністративне). Господарське процесуальне представництво можна віднести до такої групи інститутів, оскільки цивільне право містить, зокрема, норми, які регулюють порядок видачі довіреності, яка у відповідних випадках є основою для допуску представника до участі в господарському судочинстві, а галузь господарсько-процесуального права вказує на порядок діяльності представника в суді.

Процесуальне представництво є складним правовим явищем, яке включає в себе одночасно матеріально-правові відносини між представником та довірительом, процесуальні відносини між представником та судом та процесуальну діяльність представника, яка здійснюється у рамках вказаних правовідносин від імені та в інтересах іншої особи²⁰⁴.

Міжгалузеві суміжні інститути характерні для однорідних галузей права. Так, інститут процесуального представництва притаманний усім процесуальним галузям права, тому він також є міжгалузевим суміжним інститутом. Незалежно від наявних відмінностей, процесуальні галузі мають подібний предмет правового регулювання. Господарський та цивільний процес регулюють питання представництва практично ідентично, кримінальний процес має деяку специфіку.

Отже, усі викладені підходи до визначення сутності представництва в господарському процесі (процесуальна діяльність, правовідношення, правовий інститут) мають право на існування.

Концепція інституту представництва, на наш погляд, має свої переваги, оскільки дозволяє здійснити системний аналіз усіх наукових знань та доктринальних напрацювань, а також розширити уявлення про основні засади процесуального представництва, не нехтуючи при цьому загальними положеннями, які розроблені у галузі цивільного права. У теорії права, як правило, виділяють такі ознаки правового інституту: це структурний елемент галузі права; виокремлення у структурі джерел права (в окрему главу чи розділ); змістовна єдність правових норм (загальні положення, поняття тощо); узгодженість та несуперечливість врегулювання відповідних правовідносин; відносна самостійність у межах галузі права;

²⁰⁴ Ивакин В.Н. Представительство в советском гражданском процессе. Вопросы теории и практики: автореф. дис.... канд. юрид. наук / В. Н. Ивакин – М., 1981.– С. 9.

об'єднання правових норм стійкими закономірностями і зв'язками, які віддзеркалюються в юридичних приписах і в цілому в праві.

Найширшою правовою категорією є інститут представництва, який регулюється всім можливим арсеналом норм матеріального та процесуального права. Інститут процесуального представництва включає в себе норми процесуального права та поширюється на всі категорії справ (господарські, цивільні, адміністративні, кримінальні). Однотипність регулювання представництва в різних процесуальних галузях права дозволяє зробити висновок про глибинний зв'язок господарсько-процесуального та цивільно-процесуального представництва, що й обґрунтовує доцільність комплексного дослідження загальних положень, понять та принципів, не розриваючи їх між різними процесуальними галузями. Це, у свою чергу, може сприяти подоланню відповідних прогалин в законодавстві України, дозволить «винести за дужки» спільні для всіх процесуальних галузей положення про представництво, що сприятиме ефективному здійсненню правосуддя.

Основою для інституту господарсько-процесуального представництва слугують норми господарсько-процесуального права. Враховуючи те, що останні є неповними та недосконалими, то в науці та правозастосовній практиці виникає необхідність обирати найбільш прийнятний та оптимальний механізм, яким слід керуватися з метою застосування до господарсько-процесуального представництва норм ЦКУ, ЦПКУ, КАСУ²⁰⁵. Такими конструкціями є: аналогія; субсидіарне застосування норм права; відсилочне застосування норм права. Потреба у вивченні проблеми щодо застосування норм інших галузей права щодо представництва в господарському суді пов'язана з досить обмеженим регулюванням представницьких правовідносин у господарсько-процесуальному законодавстві України, а також з наявністю прогалин у системі господарського процесуального законодавства. Традиційно, прогалини в законодавстві – це відсутність конкретних правових норм, що регулюють певні відносини. Ця відсутність викликає необхідність у врегулюванні цих відносин правовими нормами, що регулюють подібні відносини, а за відсутності таких правових норм – принципами (основними засадами) галузі законодавства чи законодавства загалом.

²⁰⁵ Позитивним напрямком удосконалення процесуально-правового регулювання представництва є анонсована у Проекті Коаліційної угоди максимальна уніфікація процесуальних норм різних видів судочинства.

Теорією права та практикою правозастосування вироблені наступні умови субсидіарного застосування норм: а) необхідно, щоб норма, яка використовується для регулювання конкретних суспільних відносин, була запозичена з суміжної галузі права (тобто такої, що має споріднений предмет та метод регулювання)²⁰⁶; б) відсутність прямої заборони в законодавстві на субсидіарне застосування правових норм; в) відсутність норми або прогалини в тій галузі права, яка регулює представницькі відносини, та наявність такої норми у спорідненій галузі права, яка регулює однорідні відносини²⁰⁷.

Варто зауважити, що останнім часом існує тенденція до застосування субсидіарності й у випадках відсутності спорідненості галузей права (наприклад, ст. 44 ЦПКУ та ст. 59 КАСУ). Метою цього є конкретизація деяких аспектів процесуально-правових відносин, зокрема, за допомогою норм цивільного права. У такому випадку увага акцентується не на схожості галузей права, а на спільних рисах інституту представництва (тим самим підкреслюється міжгалузевий характер такого інституту).

Подібним за змістом до субсидіарного застосування є відсилочне застосування норм права. Різниця полягає лише в тому, що при відсилочному застосуванні: а) використовуються однорідні норми зі спільним предметом регулювання; б) міститься чітка вказівка на конкретну норму права (статтю та / або частину закону), яка підлягає застосуванню²⁰⁸.

У зв'язку з тим, що в ГПКУ відсутня пряма вказівка на застосування положень про представництво суміжних галузей права, то мова не може йти про свідоме використання законодавцем методу нормативної економії, а отже – і про можливість субсидіарного або відсилочного застосування норм ЦКУ та ЦПКУ про представництво. Тому залишається лише аналогія.

Питання застосування аналогії в процесуальному праві є предметом дискусії. З одного боку, суд є суб'єктом публічного права, а тому може здійснювати лише те, що чітко передбачено

²⁰⁶ Калмыков Ю. Х. Условия субсидиарного применения норм гражданского законодательства к семейным отношениям / Ю. Х. Калмыков // Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье в правоприменительной практике. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1978. – С. 28.

²⁰⁷ Цюра В. Субсидіарне застосування норм про представництво: вступ до проблематики / В. Цюра // Юридична Україна. – 2012. – № 1. – С. 65.

²⁰⁸ Там само. – С. 67.

законом, на відміну від приватно-правових відносин, учасники яких діють за принципом «можна все, що не заборонено законом». З іншого боку, виникає питання, яким чином повинен діяти суд у ситуаціях, які не врегульовані процесуальним законом. Очевидно, що єдиний вихід із ситуації – це застосування аналогії. Втім, суд не повинен застосовувати аналогію²⁰⁹, якщо про інший порядок подолання прогалини у праві не зазначено у правових позиціях вищих судових інстанцій (КСУ, ВСУ, ВГСУ).

У фаховій літературі сформульовані такі висновки щодо застосування процесуальної аналогії, з якими вважаємо за можливе погодитись: а) застосовуватися за аналогією можуть лише окремі процесуальні норми іншої галузевої належності; б) неприпустимим є застосування за аналогією цілого процесуального інституту; в) неприпустимо застосовувати за аналогією процесуальні норми іншої галузевої належності у випадках залучення до процесуальної відповідальності або покладання обов'язку²¹⁰. Виділені також основні правила міжгалузевої аналогії: 1) суспільні відносини, не врегульовані відповідною нормою процесуального права, має підлягати правовій регламентації і потребувати її; 2) процесуальне питання може бути вирішено з використанням міжгалузевої аналогії лише в тому випадку, якщо неможливо застосувати норму господарського процесуального закону, що регулює подібні відносини; 3) несуперечність застосовуваного за аналогією правила щодо суті процесуальних відносин; 4) для регулювання процесуальних відносин можливим є застосування лише окремих норм іншої галузевої належності; 5) самостійність господарської процесуальної форми унеможливує застосування в порядку міжгалузевої аналогії цілого процесуального інституту; б) застосування норм іншої галузевої належності не повинно призводити до порушення головних вимог господарської процесуальної форми; 7) необхідність застосування норм іншої галузевої належності для регулювання процесуального питання має

²⁰⁹ Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / В. В. Комаров, В. І. Тертишніков, В. В. Баранкова та ін.; за заг. ред В. В. Комарова. – Х.: Харків юридичний, 2008. – С. 100-101.

²¹⁰ Этина Т. С. Теоретические и практические проблемы применения процессуальной аналогии в гражданском судопроизводстве / Т. С. Этина // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Выпуск второй / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. – М.: Статут, 2006. – С. 510, 519.

бути обґрунтована і підтверджена доводами суду, викладеними в мотивувальній частині судового рішення²¹¹.

На наше переконання, такі доктринальні положення можуть бути реалізовані у практиці правозастосування лише за умови внесення відповідних змін до ГПКУ. Так, для порівняння, у інших процесуальних кодексах (ч. 8 ст. 8 ЦПКУ та ч. 7 ст. 9 КАСУ) є відповідні норми, які дозволяють застосування аналогії закону та аналогії права. Таким чином, пропонуємо внести зміни до ст. 4 ГПКУ та доповнити її частиною 8 такого змісту: «У разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із загальних засад права (аналогія права)».

Розглянувши усі три основні концепції щодо визначення сутності процесуального представництва (правовідношення, процесуальна діяльність, правовий інститут), доходимо висновку, що найбільш прийнятною для цілей нашого дослідження є концепція, відповідно до якої представництво розглядається як окремий правовий інститут, оскільки такий підхід: 1) серед інших розглянутих підходів, є найбільш широким та всеохоплюючим, якому властиві специфічні поняття, принципи, загальні положення, а також норми права, які містять специфічні юридичні конструкції: вид та зміст правовідносин; процедуру дій; правові засоби; 2) характеризується юридичною єдністю нормативно-правових приписів, метою яких є цілісність правового регулювання; 3) дозволить, на підставі комплексного аналізу правового регулювання, пропонувати системні зміни до господарського процесуального законодавства щодо процесуального представництва. При цьому вважаємо, що покладення цієї концепції в основу нашого дослідження дозволить нам, за умови окреслення повного переліку ознак, дати належне визначення терміну «господарське процесуальне представництво».

У разі відсутності необхідного нормативно-правового регулювання представницьких відносин у господарсько-процесуальному законодавстві, із запропонованих вище конструкцій можемо використовувати лише аналогію. Механізм її правового застосування детальніше розроблений у теорії права.

²¹¹ Этина Т. С. Регулирование процессуальных отношений посредством межотраслевой аналогии / Т. С. Этина // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Выпуск третий / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. – М.: Статут, 2007. – С. 437-438.

Заслуговує на увагу позиція, згідно з якою представництво розглядається як ефективний засіб захисту прав сторін та третіх осіб в господарському процесі.^{212,213} Серед науковців існує багато підходів до розуміння поняття «засіб захисту», проте ми схилиємось до його широкого розуміння. Відповідно до нього засіб захисту – це такі заходи, що вживаються у відповідь на невизнання, оспорування, порушення прав або при настанні реальної загрози їх порушення в майбутньому, з метою припинення порушення (посягання) та відновлення порушених прав, а також для попередження подальших порушень та забезпечення належної реалізації особою своїх прав²¹⁴.

Для ґрунтовного та всестороннього розуміння поняття «ефективний засіб захисту» необхідно також проаналізувати тлумачення відповідного поняття, яке міститься в міжнародному праві. «Право на ефективний засіб правового захисту в національному органі» закріплюється у ст. 13 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод²¹⁵, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження. Зазначене право гарантується кожному, чий права та свободи, що визнані в цій Конвенції, були порушені.

Зі змісту Конвенції та справ, у яких зазначається про порушення ст. 13 Конвенції, впливає те, що поняття «ефективний засіб правового захисту» включає в себе, зокрема: виплата моральної та матеріальної компенсації у тих випадках, коли це є необхідним; детальне та ефективне розслідування та судовий розгляд справи, які повинні відтворити справжній стан речей, а також покарати винних осіб; виконання рішень судів шляхом вжиття органами влади конкретних бюджетних або регуляторних заходів тощо.

Враховуючи викладене, вважаємо, що господарсько-процесуальне представництво є одним з ефективних аспектів механізму захисту прав суб'єктів господарювання, оскільки сприяє

²¹² Амельченко М. В. Защита прав субъектов хозяйствования в судебном процессе и в исполнительном производстве: дисс. ... кандидата юрид. наук : 12.00.04 / Амельченко Мария Васильевна. – Донецк, 2001. – С. 78.

²¹³ Защита гражданских, трудовых и семейных прав в суде / под. Ред. А. А. Ерошенко. – Краснодар : Краснодар. Книж. Изд-во, 1976. – С. 111.

²¹⁴ Ромашенко І. Співвідношення термінів «охорона» та «захист»: теоретичний та практичний цивільно-правові аспекти / І. Ромашенко // Юридична Україна. – 2013. – № 8. – С. 60.

²¹⁵ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод / Рада Європи // Голос України. – 2001. – № 3.

якнайшвидшому та найбільш результативному вирішенню господарського спору. Під «*механізмом захисту прав суб'єктів господарювання*» пропонуємо розуміти наступне: це система матеріальних та процесуальних елементів, що зумовлюють можливість використання суб'єктами господарського права передбачених законодавством способів, за допомогою яких відбувається забезпечення та відновлення прав господарюючих суб'єктів та попередження їх порушення.

Проаналізувавши основні концепції та підходи до розуміння процесуального представництва (як правовідношення, системи процесуальних дій та правового інституту), вважаємо, що господарське процесуальне представництво характеризується такими *ознаками*:

1) основною метою господарсько-процесуального представництва є здійснення процесуальних дій задля ефективного захисту прав та інтересів сторін та третіх осіб. У переважній більшості випадків має місце захист тих прав та інтересів, які безпосередньо пов'язані з організацією та здійсненням господарської діяльності, тобто коли учасниками господарського процесу (сторонами або третіми особами) є суб'єкти господарювання. Однак із загального правила існує щонайменше два винятки. По-перше, коли мова йде про захист трудових прав фізичних осіб, які не мають статусу суб'єктів підприємницької діяльності, у провадженні в справах про банкрутство. По-друге, це представництво інтересів учасників (засновників), які не є суб'єктами господарювання, при розгляді господарським судом корпоративних спорів. Проте у будь-якому випадку, незалежно від наявності у сторони або третьої особи статусу суб'єкта господарювання, права та обов'язки належать учаснику господарського процесу, їх обсяг залежить від процесуально-правового статусу такого учасника, а реалізуються вони безпосередньо іншою фізичною особою. При цьому можуть мати місце випадки, коли учасник господарського процесу в силу своєї правової природи не здатний особисто здійснювати процесуальні права та обов'язки. Так, наприклад, державні та інші органи, у будь-якому випадку реалізують свою процесуальну правособ'єктність, як правило, через посадових осіб або інших працівників, які представляють їх інтереси.

2) представляти законні інтереси суб'єкта господарювання в господарському процесі може лише конкретна фізична особа. Як вірно вказує Н. О. Нересов, представник повинен мати волю, необхідну, за вимогами права, для вчинення юридичних дій

взагалі²¹⁶. Для здійснення процесуального представництва чужих інтересів він повинен володіти повною господарсько-процесуальною дієздатністю та, за необхідності, відповідати іншим вимогам. На думку В. В. Резнікової, реалізація представником субсидіарної дієздатності від імені того, кого він представляє, на підставі повноваження є достатньою загальною ознакою інституту представництва²¹⁷;

3) представник діє не від власного імені, а від імені сторони (позивача / відповідача) або третьої особи;

4) «умовність заміщення»²¹⁸ полягає в тому, що особа, яку представляють, все одно залишається учасником господарського процесу, зі всіма належними їй процесуальними правами та обов'язками, навіть у тих випадках, коли така особа не бере особистої участі у судових засіданнях та під час вчинення окремих процесуальних дій;

5) діяльність представника в межах наданих йому повноважень. Представник у господарському процесі вчиняє певні процесуальні дії, правом на здійснення яких відповідно до ГПКУ наділена відповідна сторона або третя особа, інтереси якої представляють. Це можливо лише за умови, що учасник господарського процесу уповноважив представника на вчинення таких дій. Як вірно зауважує В. Проценко, представник для того, щоб його дії породжували права та обов'язки особи, від імені якої він діє, повинен мати відповідні повноваження на представництво²¹⁹;

6) необхідні для здійснення представництва повноваження повинні ґрунтуватись на певному правовому документі²²⁰;

7) правові наслідки настають не для представника, а для особи, яку він представляє. Тобто рішення господарського суду за результатами розгляду справи буде мати безпосередній вплив на права та обов'язки відповідної сторони або третьої особи, а не його представника;

²¹⁶ Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве / Н. О. Нерсесов. – М.: Статут (серия «Классика российской цивилистики»), 2000. – С. 73.

²¹⁷ Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти) / В. В. Резнікова. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. – С. 79.

²¹⁸ Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження : [монографія] / Бичкова С. С. – Київ : Атіка, 2011. – С. 317.

²¹⁹ Проценко В. Законодавче регулювання торговельного посередництва і представництва в Україні / В. Проценко // Юридична Україна. – 2008. – № 10. – С. 66.

²²⁰ Казанцев Л. И. Учение о представительстве в гражданском праве / Казанцев Л. И. – Ярославль: Типография Г. В. Фальк, 1878. – С. 121.

8) захист як приватних, так і публічних інтересів. Представництво останніх, наприклад, має місце, коли в господарському процесі бере участь державний орган через свого представника з метою захисту публічних інтересів.

Таким чином, ознаки, які властиві господарському процесуальному представництву можемо умовно поділити на три групи: 1) загальні – ті, які притаманні представництву як у матеріальному, так і в процесуальному праві (наприклад, правові наслідки настають не для представника, а для особи, яку він представляє); 2) процесуальні – такі, що характерні для інституту представництва в усіх процесуальних галузях права (наприклад, «умовність заміщення» сторони спору або третьої особи процесуальним представником); 3) особливі – ознаки, які властиві господарському процесуальному представництву (наприклад, захист як приватних, так і публічних інтересів).

Враховуючи загальні ознаки аналізованого нами правового інституту, а також виокремлені за наслідками дослідження ознаки господарського процесуального представництва, пропонуємо *господарське процесуальне представництво* визначати як сукупність правових норм, які регулюють однорідні суспільні відносини, що виникають у зв'язку зі вчиненням на підставі закону, договору, локальних нормативно-правових актів процесуальних дій представником від імені та в інтересах іншої особи з метою ефективної реалізації та здійснення захисту прав та законних інтересів сторін та третіх осіб у господарському процесі.

§ 2. Види процесуального представництва

На сьогодні в господарському процесуальному праві, як і в процесуальному праві загалом, не вбачається єдиних підходів до класифікації процесуального представництва. Відсутність такого уніфікованого підходу до відповідної класифікації можна пояснити дискусійністю, неоднозначністю зазначеної проблематики для науки як процесуального права загалом, так і процесуального зокрема, а також «наявністю цілої низки юридичних фактів, які можуть розглядатися як класифікаційні критерії поділу вказаної правової категорії на види»²²¹.

²²¹ Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження : [монографія] / Бичкова С. С. – Київ : Атіка, 2011.– С. 320.

Так, у науці господарського процесуального права представництво класифікують за різними критеріями. Традиційним вважається поділ процесуального представництва за підставою виникнення на договірне (добровільне) та законне²²². Добровільне представництво виникає на підставі договору доручення, а законне – на підставі прямої вказівки, яка міститься в законодавчому акті.

На нашу думку, така класифікація є надто спрощеною та не охоплює всіх можливих видів представництва, що виникають в господарському процесі. По-перше, у рамках такого поділу варто звернути увагу на розмежування законного та, так званого, «публічного»²²³ (те, яке здійснюється прокурором) представництва, а також виконання представницьких функцій консулом. П. Ф. Немеш та Д. В. Іванчулинець вважають, що різниця між цими двома видами процесуального представництва полягає у відсутності судового контролю за діяльністю публічного представника (прокурора). На думку авторів, діяльність законного представника перебуває під судовим контролем на підставі ст.ст. 174, 175 ЦПКУ у зв'язку з тим, що особа, яку представляють, не може самостійно захистити свої права та інтереси. У той же час прокурор має право відмовитись від позову, а суд не повинен перевіряти відповідність таких дій інтересам того, кого він представляє в процесі²²⁴. Проте на наш погляд, ключовою особливістю у такому відмежуванні мають стати самі суб'єкти представництва, характер їх повноважень та здійснюваної господарсько-процесуальної діяльності. На відміну від законного представника, прокурор є особливим суб'єктом у системі господарської юрисдикції, процесуальна діяльність якого носить публічно-правовий характер. Іншим за юридичною природою є виконання представницьких функцій консулом, яке здійснюється з метою захисту в державі перебування інтересів держави і його громадян (фізичних та юридичних осіб, у тому числі, суб'єктів господарювання). По-друге, представництво інтересів суб'єкта

²²² Зейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения / Н. Б. Зейдер. – Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1965. – С. 37; Клименко С. Структура добровільного представництва фізичної особи / С. Клименко // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 12. – С. 142; Штефан М. Й. Цивільний процес : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. Й. Штефан. – К. : Ін Юре, 2005. – С. 151.

²²³ Немеш П. Ф. Розмежування законного представництва від інших видів представництва у цивільному процесі, що не пов'язані з видачею довіреності / П. Ф. Немеш // Адвокат. – 2011. – № 7 (130). – С. 24.

²²⁴ Немеш П. Ф. Законне представництво у цивільному процесі : [навч.-метод. посіб.] / П. Ф. Немеш, Д. В. Іванчулинець. – Ужгород : ІВА, 2013. – С. 62.

господарювання – юридичної особи її виконавчим органом не охоплюється змістом договірною або законного представництва, хоча є одним із найбільш вагомим та розповсюджених видів у господарському процесі.

Більш новітню класифікацію представництва за підставами виникнення запропонував А. І. Павлуник. Автор здійснив поділ процесуального представництва на: договірне представництво (підвиди: адвокатське представництво, представництво інтересів юридичних осіб їх працівниками, представництво співучасниками, представництво, здійснюване іншими особами, допущеними судом до представництва); законне представництво (підвиди: представництво родичів за походженням, представництво опікунами, піклувальниками інтересів неповнолітніх осіб і осіб, визнаних судом недієздатними чи обмежено дієздатними, представництво осіб, визнаних судом безвісно відсутніми); та представництво, здійснюване на основі статутів, положень, інших спеціальних правових підстав (яке в свою чергу поділяється на представництво громадськими, іншими організаціями інтересів своїх членів, представництво вищестоящими органами (організаціями) інтересів нижчестоящих, офіційне представництво)²²⁵.

За способом виникнення виділяють факультативне та обов'язкове представництво²²⁶. Факультативне представництво можливе у двох випадках. По-перше, коли учасником господарського процесу є дієздатна фізична особа, яка має декілька можливих альтернатив своєї участі у процесі: може захищати свої права та інтереси самостійно, разом з представником або повністю доручити ведення справи процесуальному представникові. По-друге, коли учасником процесу є юридична особа, яка має одноособовий орган управління. У такому випадку керівник юридичної особи може виступати в процесі особисто або доручити ведення справи представникові. Обов'язкове представництво необхідне, коли учасником у процесі є фізична особа, яка в силу певних обставин не володіє повною дієздатністю, або безвісно відсутня особа. У цих випадках розгляд справи без представника є неможливим. Інтереси

²²⁵ Павлуник І. А. Представництво в цивільному процесі України : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. А. Павлуник. – К., 2002.– С. 9.

²²⁶ Курс советского гражданского процессуального права: Теоретические основы правосудия по гражданским делам. В 2-х томах. Т. 1 / Абова Т.Е., Гуреев П.П., Добровольский А.А., Мельников А.А., и др.; Редкол.: Гуреев П.П., Добровольский А.А., Мельников А.А. (Отв. ред.), Тадевосян В.С., Трубников П.Я. – М.: Наука, 1981.– С. 305-306.

таких осіб представляють їх законні представники. Наприклад, коли внаслідок фізична особа-підприємець була визнана судом недієздатною внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу, то над нею встановлюється опіка. А інтереси такого підприємця в господарському суді з питань, які пов'язані з його підприємницькою діяльністю, буде представляти законний представник – особа, яка призначена його опікуном

В. С. Анохін запропонував свій підхід до класифікації та здійснив поділ представництва в господарському процесі на особисте, функціональне та договірне. Під «особистим» автор пропонує розуміти представництво, яке здійснюється безпосередньо керівником чи заступником, іншою посадовою особою, яка діє в силу повноважень, наданих йому засновницькими документами. Під «функціональним» представництвом мається на увазі представництво, яке здійснюється іншою посадовою особою організації в силу його функціональних, посадових обов'язків. «Договірним» представництвом є таке, що здійснюється сторонньою для організації особою на основі цивільно-правового або трудового договору²²⁷.

Поряд з наведеними класифікаціями з урахуванням специфіки національного господарського судочинства видається можливим виокремити такі *види господарського процесуального представництва* залежно від:

1) *кількісного складу суб'єкта(ів), що здійснює(ють) представницькі функції в господарсько-процесуальних відносинах*: а) одноособове представництво (наприклад, адвокат, керівник юридичної особи); б) колективне представництво (наприклад, комітет кредиторів, можливість реалізації представницьких повноважень якого пояснюється специфікою господарського процесу, а саме – провадження у справі про банкрутство загалом та, зокрема, його окремих процедур).

Якщо ж учасник господарського процесу виявив бажання, щоб його інтереси в господарському процесі представляли одночасно два представники (наприклад, адвокат і керівник юридичної особи), то таке представництво все одно вважатиметься одноособовим, оскільки кожен з представників матиме самостійний правовий статус та зможе діяти незалежно один від одного (хоч і від імені та в інтересах одного довірителя). Однак при цьому варто враховувати,

²²⁷ Анохин В. С. Арбитражное процессуальное право России : [учебник] / Анохин В. С. – Воронеж : Изд-во ин-та экон. и права, 2006. – С. 121.

що вольовий характер дій таких представників буде залежити від безпосередніх вказівок довірителя, який окреслить основну (бажану для себе) мету, що визначить основні напрями, у яких буде здійснюватися представництво. У свою чергу, правова природа комітету кредиторів обумовлена його колективно-колегіальним характером.

2) *виду провадження у господарському процесі*: а) представництво у позовному провадженні, у порядку якого вирішуються спори про право; б) конкурсне представництво, що здійснюється у межах провадження у справах про банкрутство; в) представництво у порядку непозовного провадження (незважаючи на те, що у ст. 4-1 ГПКУ окремо про це нічого не зазначено). До категорій справ, які розглядаються у порядку непозовного провадження, відносяться: а) справи про арешт судна, що здійснюється для забезпечення морської вимоги (ч. 2 ст. 16 ГПКУ); б) заяви про вжиття запобіжних заходів в порядку Розділу V-1 ГПКУ; в) справи про оскарження рішень третейських судів та про видачу виконавчих документів на примусове виконання рішень третейських судів на підставі Розділу XIV-1 ГПКУ; г) виконання в Україні судових доручень іноземних судів в порядку ст.ст. 127, 128 ГПКУ²²⁸. Кожна з цих категорій справ має свої особливості в суб'єктному складі, наборі процесуальних дій, які можуть вчиняти учасники особисто або через свого представника тощо. Наприклад, оскаржити рішення третейського суду мають право: учасники третейського розгляду справи (сторони); треті особи, які брали участь у третейському розгляді справи; особи, які не брали участь у справі, у разі, якщо третейський суд вирішив питання про їх права та обов'язки. Ст. 35 Закону України від 11.05.2004 р. «Про третейські суди»²²⁹ називає представників сторін як самостійних учасників третейського розгляду. Однак, з огляду на зміст ч. 1 ст. 122-1 ГПКУ, представники сторін не мають права, незалежно від сторони, яку вони представляють, самостійно оскаржити рішення третейського суду. Тобто представник не може подати скаргу на рішення третейського суду як самостійний учасник третейського розгляду. В той же час, представник сторони має право підписати заяву про скасування рішення третейського суду від імені особи, яку він представляє,

²²⁸ Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. / В. Е. Беляневич. – К.: Юстініан, 2014. – С. 119.

²²⁹ Про третейські суди : Закон України від 11 травня 2004 року, № 1701-IV // Голос України. – 2004. – № 113.

якщо йому надане таке повноваження. Якщо рішення третейського суду оскаржується третьою особою, або особою, яка не брала участь у справі, заява може бути підписана від імені особи повноважним представником²³⁰.

Відповідно до п. 3 Інформаційного листа ВГСУ «Про деякі питання практики застосування норм ГПКУ, порушені у доповідних записках про роботу господарських судів у 2004 році»²³¹ тлумачення змісту правочину господарським судом можливе за наявності спору, тобто коли сторони мають різне уявлення щодо свого волевиявлення або волевиявлення іншої(их) сторони(ін) правочину. Проте одним із перспективних напрямів удосконалення господарського процесуального законодавства є запровадження спеціальної процесуальної форми (або окремої категорії справ у порядку непозовного провадження) розгляду справ про судове тлумачення договорів у порядку окремого провадження²³². Мета такого провадження має бути превентивною – уникнути порушення умов договору при його виконанні через відсутність їх однозначного розуміння. Межі представництва в такому провадженні будуть іншими (на відміну від позовного провадження), оскільки на момент розгляду справи спір про право, в традиційному для процесуальних наук розумінні, ще відсутній, а швидше, ідеться про захист інтересів сторін²³³. Крім того, відсутність спору про право свідчить про відсутність сторін з протилежними інтересами, що в свою чергу прямо впливає на безпосередні функції процесуального представника, відтак – кардинально змінюється характер його діяльності. Основний принцип позовного провадження – змагальність, а в результаті, головне завдання представника в господарському суді – доказування власної позиції усіма законними засобами – відходить на другий план. У вирішенні господарської справи про судове тлумачення договорів на перше місце (як для сторін та / або їх представників) виступає пошук єдиного, зрозумілого та однозначного розуміння

²³⁰ Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент./ В. Е. Беляневич. – К.: Юстініан, 2014. – С. 1202.

²³¹ Про деякі питання практики застосування норм Господарського процесуального кодексу України, порушені у доповідних записках про роботу господарських судів у 2004 році : Лист від 11 квітня 2005 року, № 01-8/344 / Вищий господарський суд України // Вісник господарського судочинства. – 2005.

²³² Беляневич О. А. Теоретичні питання тлумачення договорів [Електронний ресурс] / О. А. Беляневич // Вісник господарського судочинства. – 2002. – № 2. – С. 188.

²³³ Там само. – С. 189.

окремих положень господарського договору або його суті загалом з метою забезпечення належного виконання такого договору всіма сторонами в подальшому;

3) *характеру інтересів, які захищаються в господарському суді:* представництво а) приватних або б) публічних інтересів. Так, наприклад, такі автори як: Є. Харитонов та О. Харитонova розглядають представництво як міжгалузеву категорію приватного та публічного права, оскільки представництво може бути спрямоване на захист як індивідуального інтересу приватної особи, так і публічного, колективного інтересу²³⁴;

4) *правового статусу осіб, які здійснюють представництво в господарському процесі:* а) представництво, яке здійснюється належним чином уповноваженими процесуальними представниками; та б) виконання представницьких функцій у господарському процесі іншими особами (прокурором, органом юридичної особи, консулом);

5) *національної належності осіб, чий інтереси представляються в суді:* представництво а) резиденти та б) нерезиденти;

6) *за сферою дії повноважень представника в господарському процесі:* а) загальнопроцесуальне представництво – повноваження представника поширюють свою дію на всі стадії та на всі форми господарського судочинства; б) постадійне представництво – представникові надаються повноваження на здійснення ним представницьких функцій, не на всіх, а на одній або декількох стадіях господарського судочинства.

При цьому варто зауважити, що в ГПКУ не визначається перелік стадій, а в юридичній літературі цей аспект є дискусійним. Вирішення зазначеного питання є важливим для цілей даного дослідження, оскільки визначивши стадії господарського процесу, зможемо окреслити межі, в яких матиме місце аналіз представницьких відносин, їх правового регулювання, а також правовий статус представників, зокрема, коло їх повноважень як в усьому господарському процесі, так і на окремих його стадіях. Кількість процесуальних повноважень, які покладаються на представника в господарському процесі залежить від мети та завдань, які перед ним ставляться.

Господарський процес – не просто сукупність дій, урегульованих нормами господарського процесуального права, а їх визначена

²³⁴ Харитонов Є. О. Приватні та публічні правовідносини представництва / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2002. – № 147. – С. 36.

система. Діяльність господарського суду з розгляду і вирішення підвідомчих йому спорів здійснюється в певній логічній послідовності по стадіях процесу. Процесуальні дії, які здійснюють учасники господарського процесу, залежно від мети їх здійснення і змісту, складають стадії господарського процесу. В кожній стадії процесуальні відносини носять специфічний характер, який визначається об'єктом цих відносин, суб'єктивним складом учасників на кожній стадії, змістом і метою процесуальних дій. *Стадія господарського процесу* – це сукупність процесуальних дій по конкретній справі, об'єднаних однією метою або спрямованих до однієї певної мети. Як слушно зазначає С. Демченко, господарські суди, розглядаючи спори, що впливають з економічних відносин, здійснюють, по суті, функцію судового контролю. У процесі здійснення цієї функції відбувається поновлення юридичної рівноваги, порушеної у відносинах між сторонами спору²³⁵.

У юридичній літературі стадії судочинства розглядають як сукупність зумовлених нормами господарського процесуального права стадій (етапів) розгляду, вирішення господарських спорів (здійснення правосуддя у господарських спорах та виконання рішень господарських судів. До стадій господарського судочинства відносять такі: 1) підготовча стадія; 2) досудове врегулювання спору; 3) звернення та розгляд господарського спору у суді першої інстанції шляхом подання позову; 4) подання апеляційної скарги та її розгляд в апеляційній інстанції; 5) подання апеляційної скарги та її розгляд у касаційній інстанції; 6) перегляд рішень ВСУ; 7) розгляд господарського спору за нововиявленими обставинами; 8) виконання рішень господарського суду²³⁶. Щодо переліку стадій господарського процесу існує й інша точка зору відповідно до якої стадіями є: 1) порушення провадження у справі; 2) підготовка матеріалів до розгляду в судовому засіданні; 3) розгляд справи господарським судом; 4) перевірка законності й обґрунтованості судових рішень; 5) виконання судових рішень²³⁷. Як вбачається з викладеного, що серед науковців немає єдиної позиції щодо кількості та назв стадій господарського процесу. Найбільш

²³⁵ Демченко С. Верховенство права як складова ефективності судового контролю / С. Демченко // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 4. – С. 148.

²³⁶ Господарське процесуальне право України: навч. посіб. / В. Л. Костюк, К. М. Біда, В. В. Бонтлаб [та ін.] ; за аг. ред. В. Л. Костюка. – К.: Ін Юре, 2009. – С. 65-66.

²³⁷ Балюк І. А. Господарське процесуальне право: Навч. Посіб. / Балюк І. А. – К.: КНЕУ, 2008. – С. 34.

дискусійним є віднесення до такого переліку стадії досудового врегулювання спору та стадії виконання судових рішень.

Логічним та безспірним було виділення досудового врегулювання спору як окремої стадії за часів обов'язковості такої процедури до звернення з позовом до господарського суду. Відповідні акценти були розставлені в Рішенні КСУ у справі за конституційним зверненням ТОВ «Торговий дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України²³⁸ від 09.07.2002 р., а згодом – у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо досудового врегулювання спорів»²³⁹. Відповідно до п. 3 мотивувальної частини зазначеного Рішення КСУ обов'язкове досудове врегулювання спорів, яке виключає можливість прийняття позовної заяви до розгляду і здійснення за нею правосуддя, порушує право особи на судовий захист. Можливість використання суб'єктами правовідносин досудового врегулювання спорів може бути додатковим засобом правового захисту, який держава надає учасникам певних правовідносин, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом. Виходячи з необхідності підвищення рівня правового захисту держава може стимулювати вирішення правових спорів у межах досудових процедур, однак їх використання є правом, а не обов'язком особи, яка потребує такого захисту.

Основу господарського процесу складають публічно-правові відносини (виходячи з того, що їх обов'язковим учасником є суд, а виконання судових рішень забезпечується державним примусом), а досудове врегулювання спору має місце виключно у приватно-правових відносинах. Якщо керуватися таким розумінням, то досудове врегулювання не можна відносити до стадій господарського процесу. Проте, хоча б тезово, про особливості здійснення представництва в такому порядку все ж варто зазначити, оскільки зрештою правові норми, які регулюють відповідні відносини, все ще є чинними та містяться у ГПКУ, що й породжує

²³⁸ Рішення у справі за конституційним зверненням ТОВ «Торговий Дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) від 9 липня 2002 року № 15-рп/2002 / Конституційний суд України. – Вісник Конституційного суду України. – 2002. – № 4. – Ст. 17.

²³⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо досудового врегулювання спорів : Закон України від 23 червня 2005 року № 2705-IV / Верховна Рада України. – Урядовий кур'єр. – 2005. – № 137.

суперечки вже тривалий час. З господарським процесом досудове врегулювання по'в'язує лише наявність господарського спору та необхідність його вирішити / врегулювати. На сьогодні досудове врегулювання відносять радше до альтернативних способів вирішення спорів, ніж до стадій господарського судочинства. Під досудовим врегулюванням спорів розуміють ведення господарюючими суб'єктами усних переговорів, обмін кореспонденцією, пред'явлення претензій та проведення інших заходів, які мають на меті розв'язання спорів і суперечок, що виникають між ними, без передачі спору на розгляд до господарського суду²⁴⁰

Під час досудового врегулювання спору представництво не носить процесуального характеру, що обумовлено, зокрема, тим, що: у такій процедурі суд, як обов'язковий учасник господарського процесу, не бере участі; відсутній механізм реалізації можливості суб'єктом господарювання ефективно захистити свої права (державний примус)²⁴¹. У такому випадку особа, інтереси якої захищає представник в порядку досудового врегулювання спору, не має ще (до звернення з позовом до господарського суду) правового статусу учасника господарського процесу (сторони або третьої особи) з усією сукупністю належних йому процесуальних прав та обов'язків, які відповідно можуть делегуватися представникові.

Таким чином, вважаємо, що необхідно окремо виділяти представництво, що знаходиться у безпосередньому зв'язку з господарським процесуальним представництвом, метою якого є захист інтересів суб'єкта господарювання при вирішенні господарського спору, але при цьому не має процесуально-правового характеру – *представництво інтересів суб'єкта господарювання у порядку альтернативних (позасудових) способів вирішення господарських спорів* (досудове врегулювання, медіація тощо).

Стадія виконавчого провадження, на перший (поверхневий) погляд, так само як і досудове врегулювання, має місце поза господарським процесом. Однак обов'язковість судових рішень є найважливішою засадою судочинства. Доречним є висловлювання С. Ф. Демченко з приводу того, що відокремлення свого часу

²⁴⁰ Резнікова В. В. Досудове врегулювання господарських спорів: необхідність та шляхи реформування / В. В. Резнікова // Вісник господарського судочинства. – 2012. – № 5. – С. 102.

²⁴¹ Павлюченко Ю. Примусове виконання визнаної претензії / Ю. Павлюченко // Право України. – 2011. – № 6. – С.78.

виконавчої служби від судової системи та підпорядкування її Міністерству юстиції призвело до руйнування принципу обов'язковості судових рішень, оскільки послаблення судового контролю призвело до погіршення стану виконання рішень, зменшення довіри до правосуддя, що в підсумку стало чинником формування недовіри суспільства не тільки до судової системи, а й державної влади в цілому²⁴².

Останнім часом як в науці, так і в практиці правозастосування склалась доволі однозначна позиція, відповідно до якої виконавче провадження є завершальною стадією господарського процесу. Такої позиції притримуються С. В. Васильєв²⁴³, М. І. Тітов²⁴⁴, Н. А. Абрамов²⁴⁵, К. В. Бернатович²⁴⁶ та М. В. Амельченко²⁴⁷. Зокрема, Н. А. Абрамов визначає виконавче провадження як завершальну стадію господарського процесу, на якій реалізується прийняте рішення, оскільки виконавче провадження починається на підставі рішення або іншого акта суду, здійснюється виконавчими органами у тісній взаємодії з судом та під його контролем, тоді як під час виконання рішення необхідно зупинити, змінити характер, форми виконання тощо. Тому виконавче провадження є частиною, стадією господарського процесу²⁴⁸.

Щодо європейської практики визначення місця і правової природи виконавчого провадження слід зазначити, що у судовому рішенні від 7.05.2002 р. у справі «Бурдов проти Росії» Європейський суд з прав людини: а) нагадав, що п. 1 ст. 6 Європейської конвенції з прав

²⁴² Демченко С. Нефективність механізму виконання рішень зводить нанівещь захист прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб [Електронний ресурс] / С. Демченко // Закон і бізнес. – 2010. – № 25. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/1-femida_na_holostomu_hodu.html.

²⁴³ Васильєв С. В. Хозяйственное судопроизводство Украины / В. С. Васильев. – Х.: Эспада, 2002. – С. 229–230.

²⁴⁴ Хозяйственное право: Учебник / [Мамутов В. К., Знаменский Г. Л., Хахулин В. В. и др.]; под ред. В. К. Мамутова. – К.: Юринком Интер, 2002. – С. 234.

²⁴⁵ Абрамов Н. А. Хозяйственно-процессуальное право Украины / Н. А. Абрамом. – Х.: Одиссей, 2003. – С. 189.

²⁴⁶ Бернатович К. В. Виконавче провадження як завершальна стадія судового процесу / К. В. Бернатович // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2010. – № 4. – С. 137–142.

²⁴⁷ Амельченко М. В. Защита прав субъектов хозяйствования : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 – «Хозяйственное право; хозяйственно-процессуальное право» / М. В. Амельченко. – Донецк, 2001. – С. 8.

²⁴⁸ Абрамов Н. А. Хозяйственно-процессуальное право Украины / Н. А. Абрамом. – Х.: Одиссей, 2003. – С. 193–195.

людини (Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р.) надано кожному право звертатися до суду у разі будь-якого спору про його цивільні права («право на суд»), одним із аспектів якого є право на доступ до правосуддя, що являє право порушувати позовне провадження у судах з питань цивільно-правового характеру, проте таке право було б ілюзорним, якби правова система держави – учасника Європейської конвенції припускала, щоб судові рішення, яке набрало чинності та є обов'язковим до виконання, залишалося б недіючим; б) визнав немислимим, що п. 1 ст. 6 Конвенції, детально визначаючи процесуальні гарантії сторін на справедливий розгляд справи, не передбачав би захисту процесу виконання судових рішень; в) наголосив, що виконання судового рішення, ухваленого будь-яким судом, повинно розглядатися як складова «судового розгляду»²⁴⁹. Отже, до процесу виконання рішення національного суду, яке набуло статусу остаточного, застосовуються також вимоги ст. 6 Конвенції в частині розумних строків виконання. Таким чином, виконання рішення господарського суду є завершальною стадією господарського процесу, у якій рішення, яке набрало законної сили, звертається до виконання та вирішуються питання, що виникають у зв'язку зі зверненням рішення до виконання та його виконанням. Правосуддя у господарських справах не може вважатися ефективним, якщо судові рішення не виконуватимуться²⁵⁰.

Сторони (стягувач та боржник) можуть реалізовувати свої права і обов'язки у виконавчому провадженні самостійно або через представників. Здійснювати представництво на стадії виконання рішення господарського суду відповідно до ст. 7 Закону України «Про виконавче провадження»²⁵¹ можуть: представники сторін та прокурор. Прокурор бере участь у виконавчому провадженні у випадку здійснення представництва інтересів громадянина або держави в суді та відкриття виконавчого провадження на підставі виконавчого документа за його заявою. Прокурор може вступити у виконавче провадження, відкрите не за його заявою, за умови, що він здійснював представництво інтересів громадянина або держави в суді у відповідній справі.

²⁴⁹ Бурдов против России : Решение Европейского суда по правам человека от 9 мая 2002 года // Российская газета. – 4 июля 2002 года. – № 120.

²⁵⁰ Татков В. І. Ефективне виконання рішень господарських судів: складова права на справедливий суд і тенденція розвитку господарського процесу / В. І. Татков // Економіка та право. – 2013. – № 2. – С. 40-46.

²⁵¹ Про виконавче провадження : Закон України від 21 квітня 1999 року / Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 24. – Ст. 207.

Особиста участь фізичної особи-підприємця або фізичної особи – учасника корпоративних відносин у виконавчому провадженні не позбавляє її права мати представника, крім випадку, коли боржник згідно з рішенням зобов'язаний вчинити певні дії особисто. Положення щодо участі юридичної особи та представництво її інтересів у судовому процесі краще сформульовано (порівняно зі ст. 28 ГПКУ) у ч. 4 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження», відповідно до якої участь юридичних осіб у виконавчому провадженні здійснюється їх керівниками чи органами, посадовими особами, які діють у межах повноважень, наданих їм законом, *або* через представників юридичної особи. Таким чином, законодавець чітко відділив керівників, органи та посадових осіб юридичної особи від інших процесуальних представників, чого немає в ГПКУ, що й породжує додаткові дискусії щодо правового статусу органів юридичних осіб у господарському процесі. Крім того, у ст. 10 Закону України «Про виконавче провадження» також передбачені категорії осіб, які не можуть бути представниками у виконавчому провадженні. До них відносяться: а) особи, які не досягли 18-річного віку, крім випадків, передбачених законом; б) особи, над якими встановлено опіку чи піклування; в) судді, слідчі, прокурори, працівники підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, державні виконавці, крім випадків, коли вони діють як законні представники або уповноважені особи відповідного органу, що є стороною виконавчого провадження; г) інші особи, які відповідно до закону не можуть здійснювати представництво.

Загалом, представництво у виконавчому провадженні відповідає тим же ознакам, що й господарське процесуальне представництво, яке має місце в інших стадіях господарського судочинства, зокрема, щодо визначення обсягу прав представника на відповідній стадії, можливості участі сторони у провадженні поруч з його представником тощо. Проте враховуючи більш детальне нормативно-правове регулювання деяких аспектів представництва у виконавчому провадженні (як однієї зі стадій господарського процесу), вважаємо за можливе використати надбання Закону України «Про виконавче провадження» та внести необхідні зміни до ГПКУ. Так, пропонуємо у ГПКУ окреслити коло осіб, які не можуть бути представниками в господарському процесі, та викласти статтю у такій редакції: «Не можуть бути представниками у господарському процесі: 1) неповнолітні особи; 2) особи, визнані в установленому порядку недієздатними чи обмежено дієздатними; 3) судді, працівники апарату господарського суду, слідчі, прокурори, державні виконавці, нотаріуси, народні депутати України, депутати місцевих рад, крім випадків, коли вони діють як представники відповідних органів у господарському

процесі або як законні представники; 4) секретар судового засідання, експерт, перекладач, які беруть участь у цій же справі.»

Таким чином, пропонуємо для цілей класифікації представництва у господарському процесі за основу використовувати критерій правового характеру здійснюваних представницьких функцій у господарському судочинстві та виділити наступні *види господарського процесуального представництва*:

1) *власне (істинне) представництво*, яке за підставами виникнення поділяється на: а) *договірне* – підставою виникнення такого представництва є не лише цивільно-правовий договір доручення, але й трудовий договір (зокрема, ідеться про виконання представницьких функцій уповноваженими працівниками юридичних осіб, державних та інших органів). Повноваження таких представників підтверджується належним чином оформленою довіреністю; б) *законне* – пропонуємо розуміти у його традиційному розумінні для позначення процесуального представництва осіб, які з певних причин не володіють повної дієздатністю, або безвісно відсутніх осіб;

2) *квazіпредставництво* – виконання в господарському процесі окремих представницьких функцій, яке може не відповідати повністю та/або частково виділеним нами ознакам процесуального представництва (наприклад, під ознаку «участь в господарському процесі від імені іншої особи» не підпадає орган юридичної особи, який здійснюючи представницькі функції в господарському процесі, виступає як складова частина юридичної особи, а не окремий суб'єкт права з власною правосуб'єктністю), проте воно має місце і повинно розглядатись з урахуванням наявних особливостей.

§ 3. Правовий статус представників та інших осіб, які здійснюють представницькі функції у господарському процесі

Правовий статус представників у господарському процесі. У ст. 59 Конституції України гарантовано право кожному на правову допомогу. Частина перша зазначеної статті не містить обмежень щодо кола суб'єктів, які мають право надавати правову допомогу, а також вимог стосовно їх професійної підготовки. Частиною другою передбачено, що для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у

судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура. Відповідно до Рішення КСУ (справа про право на правову допомогу) № 23-рп/2009 від 30.09.2009 р.²⁵² вказане положення є однією з конституційних гарантій. У такий спосіб держава бере на себе обов'язок забезпечувати можливість надання кваліфікованої правової допомоги особам у правовідносинах із державними органами. Зазначене не виключає і права на отримання особою такої допомоги від інших суб'єктів, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень. Системний аналіз норм Конституції України свідчить про те, що положення «кожен має право на правову допомогу» (ч. 1 ст. 59) є нормою прямої дії (ч. 3 ст. 8), і навіть за умови, якщо це право не передбачене відповідними законами України чи іншими правовими актами, особа не може бути обмежена у його реалізації.

Право на правову допомогу – це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права. Правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом та формами і може включати консультації, роз'яснення, складення позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах, захист від обвинувачення тощо. Вибір форми та суб'єкта надання такої допомоги залежить від волі особи, яка бажає її отримати. При цьому у передбачених законом випадках, зокрема для захисту прав і свобод дітей, неповнолітніх батьків та для захисту від обвинувачення, відповідні державні органи, їх посадові та службові особи під час здійснення своїх повноважень зобов'язані забезпечити надання зазначеним особам необхідної правової допомоги²⁵³.

Для безпосереднього аналізу правового статусу представників та інших осіб, які здійснюють представницькі функції у господарському процесі необхідно визначитись з розумінням самого поняття «правовий статус». У юридичній літературі висвітлюються різні доктринальні підходи до визначення поняття правового статусу, зокрема, це: 1) система прав, свобод і обов'язків, що

²⁵² Рішення КСУ у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя І. В. щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 року №23-рп/2009. – Вісник Конституційного суду України. – 2009. – № 6. – Ст. 32.

²⁵³ Там само.

закріплені в тих нормах права, які визначають політико-правовий стан особи²⁵⁴; 2) законодавчо встановлені державою і взяті в єдності права, свободи і обов'язки особи²⁵⁵; 3) сукупність прав, обов'язків і законних інтересів особи, що визначаються і гарантуються державою²⁵⁶; 4) багатоаспектна категорія, яка: а) має загальний, універсальний характер, включає статуси різних суб'єктів правовідносин: держави, суспільства, особи тощо; б) відображає індивідуальні особливості суб'єктів і реальне їх становище у системі багатоманітних суспільних відносин; в) правовий статус не може бути реалізований без обов'язків, що кореспондують правам, без юридичної відповідальності в необхідних випадках, без правових гарантій; г) зазначена категорія визначає права і обов'язки суб'єктів у системному вигляді, що дає змогу здійснити порівняльний аналіз статусів різних суб'єктів, з метою відкриття нових шляхів для їх удосконалення²⁵⁷.

Таким чином, наповнення терміну «правовий статус» залежить від його структури, сукупності елементів, яких виділяють різну кількість. Наприклад, О. Ф. Скакун до елементів правового статусу відносить закріплені в нормативно-правових актах та гарантовані державою права, свободи, обов'язки та відповідальність²⁵⁸. А. М. Колодій, А. Ю. Олійник визначають такі елементи правового статусу: статусні правові норми і правові відносини; суб'єктивні права, свободи і юридичні обов'язки; громадянство; правові принципи і юридичні гарантії; законні інтереси; правосуб'єктність; юридична відповідальність²⁵⁹. В. С. Венедиктов, М. І. Іншин до елементів правового статусу відносять: права і обов'язки, обмеження, професійну компетентність, морально-правові вимоги до поведінки осіб, гарантії, соціально-правовий захист, юридичну

²⁵⁴ Комаров С. А. Общая теория государства и права: Курс лекций / С. А. Комаров. – М.: РАГС, 1996. – 312 с. – 121 с.

²⁵⁵ Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х томах. Т. 1: Теория государства / [под ред. М. Н. Марченко]. – М.: Зерцало, 1998. – С. 189.

²⁵⁶ Теория государства и права: Учебник / [под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малька]. – М.: Юристъ, 1997. – С. 231.

²⁵⁷ Корельский В. М. Теория государства и права: учебник для вузов / В. М. Корельский, В. Д. Перевалова. – Москва: Инфа-М, 2002. – С. 549.

²⁵⁸ Скакун О. Ф. Теория держави і права: Підручник / О. Ф. Скакун. – Харків: Консум, 2001. – С. 409.

²⁵⁹ Колодій А. М. Права, свободи і обов'язки громадянина в Україні: Підручники / А. М. Колодій, А. Ю. Олійник. – Київ: Правова єдність, 2008. – С. 129.

відповідальність²⁶⁰. А. В. Панчишин визначає структуру правового статусу як інтегрованого поняття через сукупність: правових норм, що визначають статус, основні права, свободи, законні інтереси та обов'язки; правосуб'єктності; правових принципів; громадянства; гарантій прав і свобод; юридичної відповідальності; правовідносин загального (статусного) типу²⁶¹. Отже, стає очевидним, що серед науковців відсутня однозначна позиція щодо складових елементів правового статусу.

Спробу визначити правовий статус учасника господарського процесу здійснила В. М. Дем'як через категорію суб'єктів господарського процесу, які мають процесуальну правоздатність та дієздатність та наділені диференційованим комплексом процесуальних прав та обов'язків, залежно від їх правового зв'язку та інтересу до розглядуваної господарським судом справи²⁶². На наш погляд, таке визначення є некоректним, тому що «правовий статус» не може визначатись через «суб'єкта права», оскільки поняття «статус» характеризує юридичний стан такого суб'єкта.

Враховуючи викладене, під *правовим статусом представників та інших осіб, які здійснюють представницькі функції в господарському процесі*, пропонуємо розуміти визначену в нормативно-правових актах систему прав та обов'язків, відповідальність та гарантії здійснення такими особами відповідних повноважень. Говорячи про осіб, які здійснюють представництво в господарському процесі, також доцільно використовувати термін «процесуально-правовий статус», що безпосередньо вказує на галузеву спрямованість діяльності таких осіб.

Представник – це особа, яка може своїми дозволеними діями від імені іншої особи (яку представляють) безпосередньо породжувати для неї юридичні наслідки²⁶³.

ГПКУ не містить положень щодо осіб, які не можуть бути представниками в господарському суді. Однак в юридичній

²⁶⁰ Венедиктов В. С. Статус працівників органів внутрішніх справ України як державних службовців; Науково-практичний посібник / В. С. Венедиктов, М. І. Іншин. – Харків: Вид-во Нац. ун-тету внутр. справ, 2003. – С. 175.

²⁶¹ Панчишин А. В. Поняття, ознаки та структура категорії «правовий статус» / А. В. Панчишин // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 96.

²⁶² Дем'як В. М. Учасники господарського процесу в позовному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Дем'як Валентина Миколаївна. – К., 2012. – С. 57.

²⁶³ Рясенцев В. А. Представительство и сделки в современном гражданском праве / Рясенцев В. А. – М.: Статут, 2006. – С. 149.

літературі існує думка, що представниками в господарському суді не можуть бути: секретар судового засідання, перекладач, експерт, які беруть участь у цій же справі, судді, працівники апарату господарського суду, народні депутати, крім випадків, коли вони діють як представники відповідних органів, що є стороною в справі, а також особи, визнані в установленому порядку недієздатними чи обмежено дієздатними. До категорій осіб, які не можуть бути представниками в господарському суді, відносять: суддів, працівників апарату господарського суду, слідчих, прокурорів, державних та приватних нотаріусів, народних депутатів України, депутатів місцевих рад. Відповідні обмеження випливають зі специфіки основної професійної діяльності перелічених осіб, яка є несумісною з іншими видами діяльності, крім наукової, творчої та викладацької²⁶⁴.

Для того, щоб юридичні дії, які вчиняє представник на всіх стадіях господарського процесу, мали правове значення та наслідки, то він зобов'язаний реалізовувати процесуальні права та обов'язки сторони або третьої особи на підставі належним чином оформлених повноважень. Детально повноваження представника та порядок їх реалізації досліджував В. Л. Гранін. На думку автора, повноваження представника – це можливість представника діяти від імені іншої особи, яку він представляє, а також як чинник, що визначає зміст і межі такої дії, тобто є видом і мірою можливої поведінки (суб'єктивним правом). Основним елементом цього складного за структурою права (повноваження) є право на власні «позитивні» дії, тобто можливість представника діяти певним чином від імені певної особи, яку він представляє²⁶⁵. Зазначені положення мають важливе практичне значення. У судовій практиці часом трапляються випадки, коли представник сторони або третьої особи здійснює певні процесуальні дії без належних на те повноважень.

Момент виникнення процесуально-правового статусу представника безпосередньо пов'язаний з моментом виникнення процесуальних прав в учасника господарського процесу, інтереси якого він уповноважений представляти. Так, права позивача (а відповідно – і його представника) виникають з моменту подання

²⁶⁴ Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент./ В. Е. Беляневич. – К.: Юстініан, 2014. – С. 424-425.

²⁶⁵ Гранін В. Л. Повноваження представника та його реалізація за цивільним законодавством України : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. Л. Гранін. – Київ, 2005. – С. 10.

позову до господарського суду, права відповідача – з моменту пред'явлення до нього позову, третіх осіб – з моменту залучення чи допуску до участі у справі. У ч. 2 ст. 22 ГПКУ є перелік деяких процесуальних прав сторін, зокрема: знайомитися з матеріалами справи; робити з матеріалів справи витяги; знімати з матеріалів справи копії; брати участь в судових засіданнях; подавати докази; брати участь у дослідженні доказів; заявляти клопотання; давати усні та письмові пояснення; заперечувати проти доводів та клопотань інших учасників судового процесу; оскаржувати судові рішення; користуватися іншими процесуальними правами. Зазначений перелік прав не є вичерпним.

Відповідно до буквального тлумачення ст. 22 ГПКУ представник може користуватися лише тими процесуальними правами, які передбачені ГПКУ для сторін і третіх осіб. Однак деякі процесуальні права можуть визначатись також іншими законами. Як зазначає В. Е. Беяневич, права, які є «статусними», тобто визначаються статусом особи як учасника процесу, не можуть бути обмежені лише нормами ГПКУ²⁶⁶. Наприклад, згідно зі ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» при здійсненні професійної діяльності адвокат має право фіксувати процесуальні дії, у яких він бере участь, а також хід судового засідання в порядку, передбаченому законом. Не зважаючи на те, що це право не передбачене ГПКУ, воно може бути реалізоване як процесуальне право. Що ж до прав на вчинення процесуальних дій, які пов'язані або визначають динаміку в процесі, то вони надаються лише нормами ГПКУ і можуть бути реалізовані тільки на підставі цих норм²⁶⁷.

Таким чином, розглянувши загальні положення, які стосуються правового статусу всіх господарсько-процесуальних представників, вважаємо, що *представник у господарському процесі* – це фізична особа, яка від імені та в інтересах іншої особи (носія процесуально-правового статусу сторони або третьої особи) здійснює належні йому повноваження на одній, декількох або всіх стадіях господарського процесу. Особливістю здійснюваної представником у господарському процесі діяльності є її повна відповідність наведеним ознакам господарського процесуального представництва.

Адвокат як представник сторони або третьої особи в господарському спорі є активним учасником, який сприяє вирішенню такого спору по суті. Адвокатська діяльність здій-

²⁶⁶ Беяневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент./ В. Е. Беяневич. – К.: Юстініан, 2014. – С. 369.

²⁶⁷ Там само.

нюється на підставі договору про надання правової допомоги, який укладається у письмовій формі. Винятками є надання адвокатом усних чи письмових консультацій із внесенням відповідних записів до журналу, а також у разі неможливості укладення такої угоди, якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги. У такому випадку договір повинен бути письмово оформлений найближчим часом. Порядок підписання, зміни та розірвання договору регулюється нормами матеріального права.

Укладання договору про надання правової допомоги між адвокатом та клієнтом (матеріальні правовідносини) є тим юридичним фактом, який служить підставою для виникнення другої групи відносин – процесуально-правових. Саме таким є порядок виникнення процесуального представництва в господарському судочинстві у випадку, коли представником є адвокат.

Адвокат у судовому процесі виконує дві функції: консультативну (надання порад та рекомендацій щодо врегулювання господарського спору, можливо і в досудовому порядку) та правозахисну (виступає від імені сторони в суді, забезпечує захист її прав та здійснює представництво інтересів). Консультаційна діяльність, зокрема, має місце у двох формах: 1) претензійна діяльність адвоката, тобто досудове врегулювання спору без втручання органів, наділених юрисдикційними повноваженнями; 2) оцінка правової позиції клієнта. Значна увага консультаційній діяльності адвоката, а також ретельній підготовці справи до судового розгляду приділялась у радянській науковій літературі²⁶⁸. О. Гуртовий пропонує таку класифікацію дій адвоката з досудової підготовки справи: 1) визначення характеру спірного правовідношення, у тому числі: співбесіда з довірителем, отримання інформації і документів по справі; 2) аналіз справи, визначення предмета та меж доказування, збір доказів; 3) формування правової позиції у справі²⁶⁹.

Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 19 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» одним з видів адвокатської діяльності є представництво інтересів фізичних і юридичних осіб у судах під час

²⁶⁸ Ватман Д.П. Адвокат в гражданском процессе / Д. П. Ватман, В. А. Елизаров. – М.: «Юридическая литература». – 1969. – 200 с.; Антимонов Б.С. Адвокат в советском гражданском процессе / Б. С. Антимонов, С. Л. Герзон. – М.: Госюриздат. – 1954. – 259 с.

²⁶⁹ Гуртовой О. О. Правовые и организационные основы деятельности адвоката в арбитражном процессе : автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности» / О. О. Гуртовой. – Москва, 2010. – С. 9-10.

здійснення цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, а також в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами. Представництво як вид адвокатської діяльності полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в господарському судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами (п. 9 ч.1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). З наведеного визначення вбачається, що представництво адвокатом інтересів учасника господарського процесу включає в себе як судове, так і позасудове представництво (представництво в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами).

Коли мова йде про процесуальне право зарубіжних країн, то до представництва адвокатом інтересів клієнта в суді використовується також термін «адвокатське представництво»²⁷⁰. Вважаємо, що таке поняття є досить чітким, влучним і ємким, а відтак є таким, що заслуговує на його впровадження в науковий обіг та є можливим до вживання у цілях даного дослідження. На нашу думку, можна виокремити наступні форми реалізації адвокатського представництва у господарському процесі: обговорення обставин справи з клієнтом; усні та письмові консультації з правових питань; підготовка необхідних процесуальних документів (позов, зустрічний позов, клопотання тощо); участь у всіх стадіях господарського судочинства, використовуючи у повному обсязі надані адвокату процесуальні повноваження; участь адвоката у виконавчому провадженні.

Питання *монополізації* адвокатами функцій з представництва інтересів фізичних та юридичних осіб в судах, зокрема в господарському процесі, активно обговорюється (у тому числі, в межах законотворчих ініціатив) уже досить тривалий час та носить не лише правовий, а й політичний характер. Так, у 2008-2009 роках ці пропозиції були піддані рішучій критиці²⁷¹ з огляду на те, що вони суперечать Конституції України, міжнародно-правовим актам, а також іншим законам України. Ще однією суттєвою перешкодою

²⁷⁰ Елисеєв Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран : Учебник / Н. Г. Елисеєв. – 2-е изд. – М., 2006. – С. 524, 527.

²⁷¹ Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру» (нова редакція) : висновки на проект Закону України № 4353-1 від 6 травня 2009 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0CDkQFjAE&url=http%3A%2F%2Fw1.c1.rada.gov.ua%2Fpls%2Fzweb2%2Fwebproc34%3Fid%3D%26pf3511%3D31490%26pf35401%3D119865&ei=sIl-VP2xJcTRvPwPNzYLADw&usq=AFOjCNF7LISxN71ao-EPqLDG3EsQQFIZRg&sig2=1LvejKbNc5aaxYlIbB3GyQ&bvm=bv.77412846,d.bGQ>

стала відсутність на той час закону, який би регулював механізм надання безоплатної правової допомоги.

Підвищення професійного рівня здійснення процесуального представництва в господарському процесі є неодмінною запорукою успішного переходу від змішаної моделі судочинства до її класичної змагальної форми. Тенденція розвитку принципу змагальності в господарському процесі, відповідно до якого суддя виконує роль арбітра, а не слідчого, декларується також у Коаліційній угоді від 21.11.2014 р.²⁷²

Влучним вважаємо визначення О. Грабовської²⁷³ суто змагального типу (форми, моделі) господарського судочинства – це така побудова процесу розгляду та вирішення господарських справ, при якій сторони та інші особи, які беруть участь у справі при кваліфікованій допомозі представників вільно, на власний розсуд здійснюють доказову діяльність в обґрунтування своїх вимог чи заперечень, в той час як суд, зберігаючи неупередженість, контролює процес доказування. Як зауважують з цього приводу О. Александров та А. Стуліков, судове змагання – річ жорстока і перемагає в ньому сильніший, тому до суду при змагальному процесі треба йти з готовністю «розірвати» процесуального супротивника або ж не йти туди взагалі²⁷⁴. При цьому, під силою зазначені автори розуміють обсяг знань як матеріального, так і процесуального права.

Таким чином, змагальний господарський процес – це свого роду змагання, у якому очевидна перевага буде на стороні того, хто виявиться найбільш професійним, обізнаним та компетентним. Очевидно, що серед усіх можливих представників, адвокат, який має вузьку спеціалізацію, відповідно до якої систематично здійснює свою професійну діяльність з представництва інтересів суб'єктів господарювання в господарському суді (в ідеалі – у певній, визначеній категорії справ), має безумовні переваги. Саме участь такого процесуального представника в господарському процесі здатна забезпечити виконання у повній мірі принципу змагальності,

²⁷² Коаліційна угода : Угода від 21 листопада 2014 року [Електронний ресурс] / Верховна Рада України // Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MUS23590.html.

²⁷³ Грабовська О. Змагальна модель цивільного судочинства: поняття та юридична природа / О. Грабовська // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – № 90. – С. 54–58.

²⁷⁴ Александров А. С. Судебные доказательства и доказывание по уголовным делам / А. С. Александров, А. Н. Стуликов. – Нижний Новгород, 2002. – С. 8.

а крім того – пришвидшити вирішення господарського спору, що є вкрай важливим для збереження темпів господарського обороту, незважаючи на конфлікти, які можуть при цьому виникати.

З одного боку, неприпустимо створювати умови, коли особи певної професії (зокрема, адвокати) мають виключні права на надання правової допомоги, оскільки монополізація не найкращим чином відобразиться на якості наданих послуг. З іншого боку, безконтрольний допуск до надання юридичних послуг може також позначитися на їх якості найбільш негативним способом²⁷⁵. Основними стримуючими факторами у реалізації такої реформи можна назвати: корумпованість схем отримання адвокатського свідоцтва, певна обмеженість доступу до правосуддя, а також суперечливість положенням Конституції України та міжнародно-правовим актам (наприклад, ст. 59 Конституції України, ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Ще одним негативним моментом запровадження монополії адвокатів у суді, який також може породити й нові тіньові схеми, є незбалансований підхід до оподаткування адвокатської діяльності (порівняно з єдиним податком для фізичної особи-підприємця, який використовують на сьогодні практично всі юристи).

Вважаємо, що прагнення врегулювати господарсько-процесуальну діяльність адвокатів є правильним, а монополізація адвокатами здійснення представництва інтересів у судах є одним із важливих елементів такого врегулювання. Сама монополізація негативних наслідків, як-то процедурних складнощів чи корупції, не спричинює. У будь-якому випадку, такі наслідки не переважають позитивні результати реформування. Проблема погіршення доступу до правосуддя зводиться врешті до суто економічної площини, де певний відсоток заявників вдаватиметься до допомоги адвокатів тільки тому, що мусить так зробити відповідно до законодавства України, однак ця проблема врешті розв'яжеться за ринковими законами. При цьому, слід зауважити позитивні опосередковані наслідки для всієї системи господарського судочинства, оскільки, за відсутності абсолютно неосвічених учасників судових проваджень, підвищиться їх якість і швидкість. Разом з тим, надзвичайно важливою вихідною умовою для успіху реформи є ставлення

²⁷⁵ Мельниченко Р.Г. Необходима ли адвокатская монополия на рынке юридических услуг? / Р.Г. Мельниченко // Закон [Электронный ресурс] / Р. Г. Мельниченко // Закон. – Режим доступа: http://melnichenko.net/_p_name47.html.

адвокатів до своїх обов'язків у зв'язку з отриманням таких преференцій, особливо щодо рівня якості наданої правової допомоги. У такому випадку встановлення обмежень щодо суб'єктів господарсько-процесуального представництва стане однією з гарантій реалізації конституційного права громадян на кваліфіковану юридичну допомогу.

Врешті, крапку в дискусії щодо виключного права адвоката на представництво інтересів осіб у господарському процесі було поставлено з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 р. Так, Конституцію України було доповнено ст. 131-2, відповідно до якої для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. *Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена.*

Проте варто зауважити, що у Перехідних положеннях Конституції України передбачений «адаптаційний» період: представництво відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 131-1 та ст. 131-2 Конституції України виключно прокурорами або адвокатами у Верховному Суді та судах касаційної інстанції здійснюється з 1.01.2017 р.; у судах апеляційної інстанції – з 1.01.2018 р.; у судах першої інстанції – з 1.01.2019 р.

Ключовою перевагою виключного права адвокатів на представництво інтересів сторін та третіх осіб у господарському процесі є можливість покладення відповідальності на адвоката за зловживання ним процесуальними правами. Обов'язок сторін добросовісно користуватися наданими їм процесуальними правами (ч. 3 ст. 22 ГПКУ) у практиці господарського судочинства не завжди сумлінно виконується учасниками процесу, що полягає в необґрунтованому використанні передбачених законом прав за відсутності реальної зацікавленості в їх реалізації²⁷⁶. Це питання має велике значення для правозастосування та викликає значний

²⁷⁶ Перекрестная О. Заходи запобігання зловживанню процесуальними правами в господарському судочинстві // О. Перекрестная. – Юридична Україна. – № 2. – 2012. – С. 93.

науковий інтерес^{277 278}, що пов'язано з відсутністю законодавчо врегульованої відповідальності за невиконання обов'язку, передбаченого ч. 3 ст. 22 ГПКУ, а його виконання пов'язується суто з моральними характеристиками учасників процесу. У теорії права зловживання правом розглядається як самостійний вид правової поведінки, який не охоплюється поняттям правопорушення²⁷⁹. Зловживання процесуальними правами якраз і полягає у вчиненні дій, які передбачені процесуальним законом, у відповідності з умовами і порядком їх вчинення. Але спрямовані вони не на оперативне та правильне вирішення спору, а на досягнення інших цілей²⁸⁰. Метою зловживання процесуальними правами є перешкоджання суду (державі) у здійсненні правосуддя, винесення у стислі строки законного та обґрунтованого рішення з господарського спору через порушення чи недобросовісне виконання прав і обов'язків, передбачених процесуальним законодавством, зловживання правом на позов, правом на клопотання і заяви в процесі судочинства тощо з метою затягнути судовий процес і не допустити якнайшвидшого поновлення визначеності у відносинах сторін судового процесу²⁸¹.

²⁷⁷ Андрощук С. Процесуальні пробоїни / С. Андрощук // Український юрист. – 2005. – № 9. – С. 80; Игнатов Д. Как правильно затянуть рассмотрение дела (несколько «относительно законных» способов затягивания судебного процесса путем использования права на обжалование) / Д. Игнатов // Юридическая практика. – 2005. – № 16. – С. 18; Смітюх А. Щодо змісту поняття «процесуальна диверсія» / А. Смітюх // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 2. – С. 103.

²⁷⁸ Резнікова В. В. Зловживання процесуальними правами в господарському судочинстві: поняття, ознаки, види / В. В. Резнікова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2013. – № 95. – С.31–36; Резнікова В. В. Проблеми протидії зловживанню процесуальними правами в господарському судочинстві / В. В. Резнікова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – № 93. – С. 20–24; Журба І. Зловживання сторонами процесуальними правами у цивільному процесі / І. Журба // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – Київ, 2013. – С. 102-105.

²⁷⁹ Приходько А. И. Воспрепятствование разрешению дел в арбитражных судах: актуальные вопросы судебного правоприменения / Приходько А. И. – М.: Волтерс Клувер, 2006.– С. 48.

²⁸⁰ Радченко С. Д. Применение запрета злоупотребления правом в арбитражном процессе / С. Д. Радченко // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов. – М.: Статут, 2008.– С. 133-134.

²⁸¹ Анохин В. С. К вопросу о злоупотреблении правом в арбитражном судопроизводстве: теория и судебная практика / В. С. Анохин // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 6: сб. науч. ст. – М.: Волтерс Клувер, 2007.– С. 216-217.

Питання зловживання адвокатами їх процесуальними правами залишається на сьогодні остаточно не вирішеним. Відповідно до п. 5.13 постанови Пленуму ВГСУ від 26.12.2011 р. № 18 у випадках зловживання учасниками судового процесу своїми процесуальними правами господарським судам належить реагувати на відповідні порушення у спосіб, передбачений ст. 90 ГПКУ, – шляхом винесення окремих ухвал, а за наявності підстав – також і надіслання повідомлень органам внутрішніх справ чи прокуратури. У разі зловживань процесуальними правами з боку учасників судового процесу, представлених адвокатами, окремі ухвали можуть надсилатися також до кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури для вирішення питання про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності в порядку ст. ст. 33-36 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». У зв'язку з цим погоджуємося з пропозицією запровадити заборону зловживати процесуальними правами для адвокатів, порушення якої матиме наслідком дисциплінарну відповідальність адвокатів²⁸². Задля забезпечення більшої дієвості такого механізму відповідальності А. Забродський, наприклад, пропонує внести низку змін до процесуального закону, в тому числі – заборонити не адвокатам складати позови, а судам – приймати позови, що не містять вказівки на адвоката, який їх склав²⁸³.

З метою захисту прав, свобод і законних інтересів довірителя у господарському процесі адвокат, як представник, повинен максимально використовувати надані йому процесуальні права. Він зобов'язаний діяти у межах повноважень, наданих йому клієнтом, у тому числі, з урахуванням обмежень щодо вчинення окремих процесуальних дій. Повноваження адвоката (сукупність прав і обов'язків адвоката, закріплених за ним у встановленому законодавством порядку для здійснення покладених на них функцій) як представника в господарському судочинстві підтверджуються в порядку, встановленому законом. Повноваження адвоката можуть посвідчуватися ордером, дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги, або договором. До ордеру обов'язково додається витяг з договору, у

²⁸² Резнікова В. В. Проблеми протидії зловживанню процесуальними правами в господарському судочинстві / В. В. Резнікова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – № 93. – С. 22.

²⁸³ Забродський А. Зловживання правом як загальна тенденція процесу / А. Забродський // Юридичний радник. – 2006. – № 5. – С. 27

якому зазначаються повноваження адвоката або обмеження його прав на вчинення окремих процесуальних дій. Витяг засвідчується підписом сторін договору. Для порівняння з іншими видами судових процесів, зазначимо, що відповідні положення дублюються також у ч. 4 ст. 42 ЦПКУ та ч. 5 ст. 58 КАСУ. Виходячи з системного тлумачення ст. 28 ГПКУ, крім названих документів, повноваження адвоката також можуть підтверджуватись належним чином засвідченою довіреністю. У наведеному вбачається неоднозначне розуміння обов'язковості пред'явлення адвокатом певних документів, що підтверджують його повноваження у провадженні.

Отже, для здійснення представництва інтересів клієнта в господарському процесі, адвокат повинен підтвердити свої повноваження в суді одним з наступних документів: 1) нотаріально посвідчена довіреність на вчинення ним відповідних процесуальних дій (довіреність від імені юридичної особи нотаріального посвідчення не потребує); 2) ордер з обов'язковим додаванням договору про надання правової допомоги або витягу з останнього, де зазначені повноваження адвоката або обмеження таких; 3) доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги; 4) договір про надання правової допомоги.

Важливими також є питання відповідальності адвоката за неякісне та непрофесійне здійснення своєї діяльності. Законодавством про адвокатуру нормативно врегульована дисциплінарна відповідальність. Правові норми загального характеру не враховують особливості господарського процесу. Цікавим для аналізу є зарубіжний досвід. Так, відповідно до законодавства Німеччини додаткові умови відповідальності адвоката можуть встановлюватись договором між адвокатом і клієнтом. Умови цивільної відповідальності не повинні перевищувати межі закону. По суті, адвокат несе відповідальність за будь-яку недбалість, яку він допустив. Розмір відповідальності не обмежується вартістю об'єкта спору і може перевищувати його у декілька разів²⁸⁴. За законодавством Франції адвокат несе відповідальність перед клієнтом за невиконання своїх обов'язків. Якщо адвокат не узгодить умови певної угоди з клієнтом, то в судовій практиці це розцінюється як недбале виконання своїх обов'язків. За перевищення своїх повноважень представником на

²⁸⁴ Елисеєв Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран : Учебник / Елисеєв Н. Г. – 2-е изд. – М., 2006. – С. 541.

нього можуть покладатися судові витрати та відшкодовуватися невинуваті витрати по справі. Адвокат відповідає за збитки, які можуть мати місце внаслідок невиконання або неналежного виконання судового представництва. Представник відповідає за передоручення ведення справи іншій особі, якщо він не мав на це згоди сторони²⁸⁵.

Враховуючи складність та масштабність господарських відносин, які в разі конфлікту набувають і процесуального характеру, вважаємо зарубіжний досвід ефективним засобом забезпечення інтересів клієнта. Договірна відповідальність адвоката може стати додатковою гарантією для довірителя, що в умовах конкуренції між суб'єктами господарювання його інтереси захищатимуться належним чином.

Таким чином, адвокатура – це ефективний та прогресивний інститут громадянського суспільства, який необхідно всіляко розвивати. Глобальна мета адвоката поруч із судом та прокурором полягає у служінні та відстоюванні принципу справедливості у господарському правосудді.

Особиста участь держави у внутрішньому господарському обороті здійснюється шляхом вступу в цей оборот **органів державної влади**, що діють при цьому не як відособлені юридичні особи, а як особливі представники держави²⁸⁶. Отже, подібним буде становище держави і в рамках господарського судочинства. Цікавим та суперечливим питанням у будь-якому судовому процесі є мета, підстави, форми участі державних органів (або ж держави загалом). Відповідно до ч. 2 ст. 1, ст. 21 ГПКУ державні та інші органи можуть бути однією зі сторін у судовому процесі. Крім того, ст. 30 ГПКУ передбачена можливість участі посадових осіб та інших працівників державних та інших органів, коли їх викликано для дачі пояснень з питань, що виникають під час розгляду справи. Хоча, на нашу думку, становище таких осіб у господарському процесі можна більше співвіднести з джерелом отримання доказів, ніж з правовим статусом представників.

²⁸⁵ Гловацький І.Ю. Адвокатура зарубіжних країн (Англія, Німеччина, Франція). Навчально-практичний посібник. / І.Ю. Гловацький. – К.: Атіка, 2007. – С. 517.

²⁸⁶ Мілованов В.В. Участь держави, органів державної влади, органів місцевого самоврядування в господарській діяльності / В.В. Мілованов // Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / О.А. Белянович, О.М. Вінник, В.С. Щербина та ін.; за заг. Ред.: Г.Л. Знаменського. – 3-тє вид. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – С. 22.

На відміну від ГПКУ, у близькому за змістом та принципами цивільному процесі, у ст. 30 ЦПКУ стороною в процесі визнаються не державні органи, а сама держава. Залежно від осіб, які можуть бути представниками держави, у юридичній літературі пропонується виділяти дві форми її участі в процесі: а) через законних представників – органи державної влади в межах їх компетенції; б) через договірних представників – повірених осіб (фізичних та юридичних), які діють на підставі спеціального доручення (договору), посвідченого повноважними представниками держави²⁸⁷.

На нашу думку, така класифікація форм участі держави має два суттєві недоліки. По-перше, недоречно вживати термін «законне представництво» стосовно держави, оскільки в такому разі він: а) отожднюється з інститутом законного представництва осіб з неповною або обмеженою дієздатністю; б) може бути використаний для позначення будь-якого виду представництва, тому що всі вони засновані на нормах закону, а отже – є законними. По-друге, формально договірними можуть бути представники лише відповідних органів державної влади, а не самої держави²⁸⁸.

Аргументом на користь законодавчого підходу, який закріплений у ГПКУ, є те, що глобальність поняття «держава» створює ілюзію участі в господарських (а відтак, і господарсько-процесуальних) правовідносинах одночасно всіх ланок системи органів державної влади²⁸⁹. Також формально може виникнути «дисонанс», пов'язаний з тим, що рішення суду в господарських справах ухвалюється від імені держави, і тому, коли судом ухвалено рішення від імені держави про стягнення з держави певної суми коштів, то виходить певний парадокс – сама держава визнає факт порушення нею законів або договорів та зобов'язує себе вчинити певні дії на користь конкретної особи²⁹⁰.

Таким чином, господарсько-процесуальний статус державних та інших органів чітко не окреслений. Побіжно регулюється лише

²⁸⁷ Клименко О. М. Особливості правового становища держави як суб'єкта приватного (цивільного) права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Оксана Михайлівна Клименко. – К., 2006. – С. 11.

²⁸⁸ Чучков О. Участь держави у цивільному процесі в Україні / О. Чучков, Н. Чучкова // Юридична Україна. – 2012. – № 1. – С. 83.

²⁸⁹ Шелест М. В. Деякі проблеми персоніфікації держави як учасника цивільних відносин / М. В. Шелест // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 3 (171). – С. 77.

²⁹⁰ Клименко О. М. Особливості правового становища держави як суб'єкта приватного (цивільного) права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Оксана Михайлівна Клименко. – К., 2006. – С. 38.

участь представників таких органів у господарському процесі для дачі пояснень. ГПКУ не визначає чітких підстав участі державних та інших органів у господарському процесі. Зазначається лише, що це може бути «у випадках, передбачених законодавчими актами України» та / або «в інтересах держави». У ГПКУ відсутня пряма норма, аналогічна до ст. 45 ЦПКУ, яка дозволяє Уповноваженому ВРУ з прав людини, органам державної влади, органам місцевого самоврядування звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб, або державних чи суспільних інтересів та брати участь у цих справах. Але подібні повноваження впливають безпосередньо з прямих функцій державних органів та органів місцевого самоврядування захищати публічні інтереси.

Поняття «публічні інтереси» є оціночним. Ю. О. Тихомиров визначив публічний інтерес як визнаний державою і забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого служить гарантією її існування та розвитку²⁹¹. Необхідно наголосити на тому, що не варто публічні інтереси ототожнювати з публічним правом та пов'язувати їх виключно з нормами імперативного характеру як у галузях публічного, так і приватного права²⁹².

З метою захисту публічно-правових інтересів згідно з законодавством України у господарському процесі можуть брати участь, зокрема, такі органи: Рахункова палата України – у межах своїх повноважень щодо контролю державних, місцевих органів, банків, господарських товариств, фінансових установ, об'єднань громадян у частині використання ними коштів Державного бюджету України; Антимонопольний комітет України (АМК) – з метою забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері державних закупівель; крім того, у випадках, передбачених законодавством, та у межах своїх повноважень діють Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку, Державна фіскальна служба та інші органи.

Процесуальний статус представника органу державної влади або органу місцевого самоврядування, як правило, набуває працівник юридичної служби або посадова особа відповідного органу, який є стороною чи третьою особою у господарському

²⁹¹ Тихомиров Ю. А. Публичное право : [учебник] / Тихомиров Ю. А. – М. : Издательство БЕК, 1995.– С. 55.

²⁹² Арбитражный процесс. Учебник / Под. Ред. В. В. Яркова. – [4-е изд.]. – М. : Инфотропик Медиа, 2010.– С. 93.

процесі. При обласних управліннях юстиції створюються навіть сектори представництва інтересів держави в судах. Повноваження представника в суді посвідчується належним чином оформленою довіреністю від імені органу, який уповноважує на представництво в господарському судочинстві.

Важливим є момент розмежування процесуально-правового статусу посадових осіб та інших працівників, які діють у господарському процесі як процесуальні представники відповідно до ст. 28 ГПКУ, та тих, які залучаються для участі в процесі з метою надання пояснень з питань, що виникають під час розгляду справи в порядку, визначеному в ст. 30 ГПКУ. В останньому випадку йдеться про посадових осіб та працівників підприємств, установ, організацій, державних та інших органів, які не беруть участь у справі як сторони або треті особи. На відміну від них посадові особи та працівники сторін і третіх осіб дають суду пояснення як представники, виходячи з процесуального статусу сторін та третіх осіб та їх зацікавленості у результаті розгляду справ. Особи, які є посадовими особами чи працівниками сторони чи третьої особи, проте не уповноважені представляти їх у справі відповідно до ст. 28 ГПКУ також можуть бути викликані до суду в порядку ст. 30 ГПКУ, якщо вони можуть сприяти суду у встановленні обставин справи²⁹³.

Відрізняються вони також і за сукупністю прав та обов'язків, якими наділені в господарському процесі. Посадові особи та працівники-представники користуються тими правами, якими наділений відповідний учасник господарського судочинства, якого вони представляють, згідно з нормами процесуального законодавства. У той же час перелік прав, наданих особам, які залучаються для дачі пояснень, є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. До них відносяться такі процесуальні права: знайомитись з матеріалами справи; давати пояснення; подавати докази; брати участь в огляді та дослідженні доказів. Слід звернути увагу на те, що цих осіб не наділено правом брати участь у судових засіданнях. Отже, вони зобов'язані бути присутніми в судовому засіданні не впродовж усього часу, а лише тоді, коли їх запрошують, і тільки на той час, коли вони дають пояснення суду²⁹⁴.

²⁹³ Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент./ В. Е. Беляневич. – К.: Юстініан, 2014. – С. 454

²⁹⁴ Там само. – С. 456.

Перелік обов'язків є більш широким та не обмежується лише ст. 30 ГПКУ, окрім них посадові особи та працівники, які дають пояснення в господарській справі, повинні виконувати також загальні для всіх учасників господарського процесу обов'язки. Так, обов'язками посадових осіб та інших працівників відповідно до ст. 30 ГПКУ та інших норм ГПКУ є: з'являтися до господарського суду на його виклик; сповіщати про знані їм відомості та обставини у справі; подавати на вимогу господарського суду пояснення в письмовій формі; добросовісно користуватися належними їм процесуальними правами; виявляти взаємну повагу до прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб; вживати заходів до всебічного, повного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи; беззаперечно виконувати розпорядження головуючого, додержуватися в судовому засіданні встановленого порядку та утримуватися від будь-яких дій, що свідчать про явну зневагу до суду або встановлених у суді правил. Таким чином, підставою участі посадових осіб та працівників, які залучаються для надання пояснень, є виклик господарського суду, а не добровільне бажання сторони чи третьої особи уповноважити конкретну посадову особу чи працівника на здійснення господарського процесуального представництва на підставі довіреності.

У випадках, коли фізична особа не здатна особисто брати участь у судовому процесі через відсутність у неї господарської процесуальної дієздатності, відповідні процесуальні права та обов'язки замість неї здійснюють **законні представники**. Господарська процесуальна дієздатність – це здатність повнолітніх фізичних осіб самостійно та особисто, а також юридичних осіб через свої органи здійснювати господарські процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді.

Особливості законного представництва в господарському процесі полягають у такому:

1) це один з різновидів процесуального представництва. Якщо тлумачити буквально, то договірне представництво теж є законним. Суттєва різниця між ними в тому, що добровільне представництво засноване на диспозитивній нормі закону, а законне – на імперативній, тобто є чітка та однозначна вказівка в законодавстві на те, за яких підстав, хто та чий інтереси буде представляти в господарському суді. І. О. Табак назву «законне представництво» пояснює наступним чином: вона впливає не з того, що такий вид представництва базується на нормах закону, а з того, що особа, яку представляють, в силу дії певних юридичних фактів не в змозі

самостійно обирати представника, а тому за неї це визначається прямою вказівкою в законі²⁹⁵;

2) законне представництво стосується фізичних осіб, у тому числі і таких, що здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності. Характерною особливістю щодо таких фізичних осіб є відсутність або позбавлення їх повної процесуальної дієздатності, яка тісно пов'язана з цивільною дієздатністю.

За загальним правилом, повна процесуальна дієздатність настає з 18 років. За наявності письмової згоди батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування фізична особа, яка досягла 16 років і яка бажає займатися підприємницькою діяльністю, може бути зареєстрована як підприємець. У цьому разі така особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації її як підприємця. З цього моменту вона може на власний розсуд або особисто вести свої справи в господарському суді, або через представників. У такому випадку представництво вже матиме добровільний (договірний) характер.

У господарському процесі є ще одна категорія справ, у якій можуть брати участь неповнолітні особи. Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПКУ господарським судам підвідомчі справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів. А в п. 3 ч. 1 ст. 32 ЦКУ зазначено, що неповнолітня особа (у віці від 14 до 18 років) має право бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи. При цьому така особа за законом не набуває повної цивільної дієздатності. Таке право неповнолітня особа може реалізовувати в межах неповної цивільної дієздатності і не потребує для цього додаткових рішень суду або органу опіки та піклування. За загальним правилом, цивільна дієздатність нерозривно пов'язана з господарсько-процесуальною дієздатністю. Зазначена ситуація

²⁹⁵ Табак И. А. Новые положения судебного представительства в гражданском судопроизводстве : дис. ... кандидата юрид. Наук : 12.00.15 / Табак Ирина Александровна. – Саратов, 2006. – С. 161.

може стати одним із винятків. У випадку розгляду господарським судом корпоративного спору за участю неповнолітньої особи, варто застосовувати за аналогією ч. 2 ст. 29 ЦПКУ. Згідно з ЦПКУ неповнолітні особи можуть особисто здійснювати процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь;

3) не передбачається наділення повноваженнями законного представника від особи, яку представляють. Не потребується видача представникові довіреності. Законними представниками можуть бути батьки, усиновлювачі, опікуни, піклувальники. Наприклад, батьки неповнолітніх є їхніми законними представниками в силу одного лише факту рідства без особливого призначення або уповноваження;

4) виникає незалежно від волі особи, яку представляють, за прямою вказівкою закону при настанні визначених у ньому обставин.

Останні дві особливості тісно пов'язані між собою. Законне представництво фізичних осіб у господарському процесі, наприклад, можливе у наступних випадках.

Якщо фізична особа-підприємець зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами тощо і тим самим ставить себе або свою сім'ю у скрутне становище, то суд може обмежити дієздатність такої особи і встановити над нею піклування. У випадку розгляду в господарському суді справи, яка витікає з її підприємницької діяльності в період повної дієздатності, представляти інтереси такого підприємця в процесі буде законний представник – піклувальник, який був назначений органом опіки і піклування.

Якщо фізична особа-підприємець була визнана судом недеєздатною внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу, то над нею встановлюється опіка. А інтереси такого підприємця в господарському суді з питань, які пов'язані з його підприємницькою діяльністю, буде представляти законний представник – особа, яка назначена його опікуном.

Законне представництво у господарському процесі може мати місце також у випадку процесуального правонаступництва у разі смерті або оголошення фізичної особи (наприклад, суб'єкта корпоративних прав) померлою. Заміна померлої фізичної особи (або особи, оголошеної померлою) можлива, якщо правовідносини, учасником яких є ця особа, допускають правонаступництво в порядку спадкування²⁹⁶. Якщо така можливість допускається, а

²⁹⁶ Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент./ В. Е. Беляневич. – К.: Юстініан, 2014. – С. 399.

спадкоємцем є малолітня чи непонолітня особа, то її інтереси в господарському процесі в порядку процесуального право наступництва буде представляти законний представник або, за бажанням останнього, інший представник на договірних засадах.

З приводу здійснення корпоративних прав малолітніх осіб у законодавстві України та фаховій літературі простежується чітка позиція, відповідно до якої малолітні особи не можуть самостійно здійснювати корпоративні права, а лише через законних представників (батьків, опікунів, усиновлювачів)²⁹⁷. Зокрема, це стосується і процесуальних повноважень, які виникають при необхідності вирішення господарського спору, пов'язаного з реалізацією та/або захистом належних малолітній особі корпоративних прав, тобто лише через законного представника. Особливістю таких малолітніх осіб, які є учасниками господарського процесу, є те, що брати участь у ньому вони можуть лише шляхом представництва їх інтересів законним представником.

Відповідно до ст. 242 ЦКУ законним представником малолітніх чи неповнолітніх осіб є їх батьки (усиновлювачі) або опікуни чи піклувальники. Закон України «Про громадянство України»²⁹⁸ встановлює більш детальний перелік законних представників, до яких відносяться: батьки, усиновителі, батьки-вихователі, прийомні батьки, патронатні вихователі, опікуни, піклувальники, представники закладів, які виконують обов'язки опікунів і піклувальників. За загальним правилом, до категорій осіб, які не можуть бути представниками в господарському процесі, належать: судді; працівники апарату господарського суду; слідчі; державні та приватні нотаріуси; народні депутати України; депутати місцевих рад. Такі обмеження випливають зі специфіки їх професійної діяльності, однак винятком з цього правила є можливість здійснювати ними законне представництво.

Документами, що підтверджують повноваження законних представників, є документи, що посвідчують їх статус та повноваження²⁹⁹. Повноваження батьків підтверджуються свідоцтвом

²⁹⁷ Коссак В. М. Особливості статусу малолітнього і неповнолітнього учасників цивільних правовідносин // Ювенальна політика та ювенальна юстиція в сучасній державі : матеріали Міжнар. наук. конф. (21-22 вересня 2007 р., м. Одеса) / за заг. ред. Ю. М. Оборотова; Одеська нац. юрид. акад. – Одеса: Фенікс, 2007. – С. 196.

²⁹⁸ Про громадянство України : Закон України від 18 січня 2001 року, № 2235-III / Верховна Рада України // Голос України. – 2001. – № 42.

²⁹⁹ Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. / В. Е. Беляневич. – К.: Юстініан, 2014. – С. 432.

про народження дитини та їх паспортами (чи іншими документами, що посвідчують особу). Документом, що підтверджує статус та повноваження опікуна чи піклувальника є посвідчення встановленого зразка³⁰⁰.

Правовий статус інших осіб, які здійснюють представницькі функції в господарському процесі. Особи, які здійснюють представницькі функції, у своїй діяльності реалізують другий вид господарського процесуального представництва – квазіпредставництво. У такому випадку процесуальне представництво для відповідних осіб не є їх єдиною та основною діяльністю, на відміну від істинних представників, а здійснюється паралельно з іншими функціями, покладеними на них. Так, наприклад, відповідно до ст. 2 Закону України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 р., поруч з іншими функціями, на прокуратуру покладається також функція з представництва інтересів громадян або держави в суді. Аналогічним за правовим характером є виконання повноважень щодо процесуального представництва виконавчим органом юридичної особи. Проте правова природа представництва у згаданих випадках дещо відрізняється від того традиційного розуміння процесуального представництва, про яке вже йшлося. Отже, дослідження і направлене на те, щоб виявити ці особливості.

Квазіпредставництво є відмінним від власне (істинного) представництва, оскільки залежно від особи, яка його здійснює, може не відповідати загальним ознакам господарського процесуального представництва. Однак, у той же час, згідно з процесуальним законодавством та локальними нормативно-правовими актами такі особи здійснюють представницькі функції у господарському процесі України, тому особливості їх правового статусу не можна оминати увагою.

До осіб, які здійснюють представницькі функції, належать: прокурор та орган юридичної особи, при цьому вони не ототожнюються з процесуальними представниками та кожен з них має свої особливості у правовому статусі. Як зауважує В. Беянович, у випадку, коли прокурор або юридичні особи звертаються до господарського суду із позовними заявами з метою захисту прав та

³⁰⁰ Про затвердження Правил опіки та піклування : Наказ від 26 травня 1999 року № 34/166/131/88 / Державний комітет України у справах сім'ї та молоді; Міністерство освіти України; Міністерство охорони здоров'я України; Міністерство праці та соціальної політики України // Офіційний вісник України. – 1999. – № 26. – Ст. 115.

охоронюваних законом інтересів інших осіб, ці особи мають право на призначення власних представників, незалежно від участі у справі прокурора чи представників осіб, що звернулися до господарського суду з позовом³⁰¹.

Правовий статус прокурора та органу юридичної особи є надто різним для здійснення їх порівняльного аналізу. Проте спільною ознакою, яка відрізняє їх від правового статусу процесуального представника є те, що обсяг прав прокурора та органу юридичної особи визначається без згоди особи, інтереси якої захищаються в господарському суді, а відповідно до закону та/або локальних нормативно-правових актів.

Відповідно до норм Конституції України та Закону України «Про прокуратуру» однією з функцій **прокуратури** України є представництво інтересів громадянина або держави в суді, що полягає у здійсненні прокурорами від імені держави процесуальних та інших дій, спрямованих на захист у суді інтересів громадянина або держави у випадках, передбачених законом. Варто наголосити на тому, що прокуратура здійснює представництво у судовому процесі саме держави або конкретного громадянина. Законодавством України не передбачено представництва прокурором інтересів юридичних осіб, які складають основну масу суб'єктів господарського та господарсько-процесуального права.

Вдале, на наш погляд, доктринальне визначення запропонував М. Мичко³⁰²: під представництвом прокуратурою України інтересів громадян та держави в суді (за змістом п. 2 ст. 121 Конституції України, ст. 13 ЦПКУ, ст.ст. 2 і 29 ГПКУ) слід розуміти правовідносини, в яких прокурор, реалізуючи визначені Конституцією України й законами України повноваження, здійснює в суді процесуальні дії з метою захисту інтересів громадянина чи держави. Так, інститут участі прокурора в господарському процесі є складовою частиною міждисциплінарного інституту представництва.

Офіційне тлумачення поняття інтересу держави було надано Рішенням КСУ № 3-рп/99 (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді). Інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників

³⁰¹ Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент./ В. Е. Беляневич. – К.: Юстініан, 2014. – С. 420.

³⁰² Мичко М. І. Проблеми функцій і організаційного устрою прокуратури України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.10 / Мичко Микола Іванович. – Х., 2001. – С. 100.

суспільних відносин. В основі перших завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо.

Інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств з часткою державної власності у статутному капіталі. Проте держава може вбачати свої інтереси не тільки в їх діяльності, але й в діяльності приватних підприємств.

Із урахуванням того, що «інтереси держави» є оціночним поняттям, прокурор у кожному конкретному випадку самостійно визначає з посиланням на законодавство, на підставі якого подається позов, в чому саме відбулося чи може відбутися порушення матеріальних або інших інтересів держави, обґрунтовує у позовній заяві необхідність їх захисту та зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах.

Законом України «Про прокуратуру» передбачено лише дві підстави представництва інтересів громадян прокурором у господарському процесі: а) недосягнення повноліття та б) недієздатність або обмежена дієздатність громадянина, тобто такі самі підстави як і для законного представництва, але при цьому з'явилась нова обов'язкова умова, що законні представники або органи, яким надано право захищати права, свободи та інтереси такої особи, не здійснюють або неналежним чином здійснюють її захист.

Дискусійним є питання процесуального становища прокурора у господарському процесі. Ще за радянських часів виокремилось 4 основні позиції, які у своєму дослідженні узагальнив Д. М. Чечот³⁰³. Прокурор у судовому процесі є: а) стороною особливого роду (М. Строгович); б) представником сторони особливого роду (О. Малицький); в) стороною в «процесуальному» або «умовному» сенсі, коли він подає позов, і представником держави у тих випадках, коли вступає в уже розпочатий процес (С. Абрамов, В. Тадевосян); г) у всіх випадках є представником держави і займає в процесі особливе процесуальне положення (В. Гордон,

³⁰³ Чечот Д.М. Участники гражданского процесса / Д.М. Чечот. – М, 1960. – С. 178.

В. Гранберг, С. Кац, О. Клейнман, Д. Чечот, Д. Швейцер, К. Юдельсон та інші).

Найменше прихильників мали перші дві точки зору. Найбільш переконливою на той час виглядала остання позиція науковців. Незалежно від того, у якій формі прокурор бере участь у процесі, він завжди є представником держави, який виступає на захист закону, та не може розглядатись ні як сторона, ні як представник сторони, ні як процесуальний позивач. У всіх випадках прокурор у процесі займає самостійне процесуальне становище представника держави. Таке положення свого часу знайшло відображення і в постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 3.07.1941 р.

За роки незалежності України серед науковців сформувались наступні концепції щодо процесуальної участі прокурора у господарському процесі:

- 1) позивач,³⁰⁴
- 2) сторона у процесуальному розумінні,³⁰⁵
- 3) представник сторони (особливого роду);³⁰⁶
- 4) представник держави,³⁰⁷
- 5) представник суспільства.³⁰⁸

Усі зазначені теорії мають аргументи на свою користь. На наш же погляд, найбільш доцільним є визначення процесуально-правового становища прокурора у господарському судочинстві як представника публічних інтересів. Це обґрунтовано тим, що прокурор, як орган наділений владними повноваженнями, основною метою своєї діяльності має нагляд за додержанням законності у державі. Враховуючи те, що прокурор у господарському процесі має право та зобов'язаний захищати права та законні інтереси як держави, так і громадянина, то ми не можемо окремо розглядати

³⁰⁴ Сапунков В. Проблеми участі прокурора у цивільному та арбітражному судочинстві // Правова система України: теорія і практика. – К., 1993. – С. 290.

³⁰⁵ Мартыненко И. Проблемы участия прокурора в арбитражном (хозяйственном) процес се // Промышленно-торговое право. – М., 1998. – № 7-8. – С. 47-117.

³⁰⁶ Каменков В. Прокурор в гражданском и хозяйственном процессе – одна из гарантий защиты прав и законных интересов: Сравн. анализ. – М.: Тессей, 2001. – С. 240.

³⁰⁷ Мичко М. Деякі проблеми представництва прокурором інтересів громадян і держави в суді // Вісник Вищого арбітражного суду України. – 1999. – № 4. – С. 206-212.

³⁰⁸ Приходько И. Прокурор в арбитражном суде: проблемы публичного иска и защиты от него // Арбитражный и гражданский процесс. – 2000. – № 3. – С. 24-32.

його як представника держави, хоч ця позиція і справедливо була домінуючою у радянські роки.

Як вбачається з викладеного, питання процесуальної участі прокурора у господарському судочинстві ускладнює також наявність великої кількості оціночних понять, які тлумачаться відповідно до обставин конкретної справи, керуючись правовими нормами та внутрішнім переконанням судді.

Представництво прокурором інтересів не є тотожним представництву у господарському процесі в його «традиційному розумінні», яке передбачено ст. 28 ГПКУ, оскільки прокурор є особливим суб'єктом юрисдикційного процесу. Т. О. Дунас та М. В. Руденко³⁰⁹ пропонують наступний перелік ознак, які відрізняють представництво прокурором від інших видів представництва: а) прокурор здійснює представництво від свого імені; б) представництво прокуратурою обмежується лише тими випадками, що окреслені в законі; в) повноваження прокурора при веденні господарської справи у суді менші за обсягом, ніж у іншого представника (зокрема, він не має права укласти мирову угоду); г) прокурор може вступати у розгляд господарської справи не з самого початку.

Враховуючи викладене, можемо виокремити наступні *особливості представництва прокурором інтересів громадян або держави у господарському процесі*:

1) таке представництво має конституційну природу, у зв'язку з чим зацікавленість прокурора як учасника господарського судочинства носить публічно-правовий, а не особистий характер;

2) першочерговою метою здійснення прокурором представницької функції є захист законності в державі, а не захист порушених суб'єктивних прав одного із суб'єктів господарських правовідносин;

3) завданням прокурора є захист інтересів держави, громадян, а також юридичних осіб, якщо вони повністю або частково збігаються з інтересами держави;

4) прокурор – особливий суб'єкт господарської юрисдикції, який здійснює представницькі функції в господарському судочинстві;

³⁰⁹ Дунас Т. О. Прокурор у цивільному процесі України: сутність, завдання, повноваження : [навч. та наук.-прак. посіб. для студ. юрид. вищ. навч. закл.] / за ред. М. В. Руденка. – Х. : Харків юридичний, 2006. – С. 29-32.

5) обов'язковою умовою прийняття позовної заяви господарським судом є обґрунтування підстав звернення прокурора з метою представництва інтересів громадян або держави;

6) прокурор здійснює свої повноваження в силу закону та свого посадового становища, і не потребує для цього жодних додаткових повноважень.

Важливою ознакою юридичної особи з моменту її створення є наявність правосуб'єктності. Здатність юридичної особи бути позивачем або відповідачем у суді – це один з проявів правосуб'єктності, оскільки тут має місце не лише реалізація, але й ідеться про порядок захисту прав суб'єкта господарювання³¹⁰.

Відповідно до чинного законодавства (ч. 1 ст. 28 ГПКУ) від імені юридичних осіб у господарському процесі беруть участь «їх органи через свого представника». Така конструкція породжує безліч дискусій, суперечностей та запитань. Перш за все, варто з'ясувати, яку роль відіграє **орган юридичної особи** в господарському процесі, а також чи має він статус представника або є окремим учасником судового процесу. Зазначені проблеми практично не досліджені в юридичній науці. Частково до цих питань звертались такі вчені: В. Беяневич, С. Братусь, В. Вольф, І. Ільїнська, Л. Кисіль, С. Королева, Л. Лесніцька, Д. Чечот, Г. Шершеневич та деякі інші.

У процесі здійснення господарської діяльності природним є виникнення певних спорів, вирішення яких потребує звернення до суду. Тому постає логічне запитання, хто вправі представляти інтереси та захищати права юридичної особи. Типовою є участь у господарському процесі саме виконавчого органу юридичної особи.

Відповідно до ст. 65 ГКУ власник здійснює свої права щодо управління підприємством безпосередньо або через уповноваженим ним органи. Для керівництва господарською діяльністю власник або уповноважений ним орган призначає (обирає) керівника підприємства, який у свою чергу діє від імені підприємства без доручення, представляє його інтереси в органах державної влади і органах місцевого самоврядування, інших організаціях, у відносинах з юридичними особами та громадянами, формує адміністрацію підприємства і вирішує питання діяльності підприємства в межах та порядку, визначених установчими документами. Уточнює ці положення ст. 92 ЦКУ, де зазначено, що юридична особа набуває

³¹⁰ Харитонов Є. О. Цивільне право України: Підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. – К. : Істина, 2005. – С. 115.

цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які зобов'язані діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень. Діяльність органу юридичної особи розглядаються як безпосередні дії самої юридичної особи.

Сутність органу юридичної особи полягає в тому, що від її імені дії вчиняють відповідні фізичні особи, які в психологічному сенсі наділені волею, але в силу сукупності норм, що утворюють організацію юридичної особи, наслідки їхніх дій покладаються на майнову сферу цієї юридичної особи³¹¹.

Товариство, наприклад, може мати дво- або трирівневу структуру органів управління: а) загальні збори учасників та виконавчий орган; б) загальні збори, контрольний орган та виконавчий орган. Відповідно до ч.ч. 1, 2 ст. 97 ЦКУ управління товариством здійснюють його органи – загальні збори його учасників і виконавчий орган, якщо інше не встановлено законом. У товариствах, в яких законом передбачено утворення виконавчого органу, здійснення управлінської діяльності покладено на нього. У ст. 99 ЦКУ врегульовані загальні положення щодо порядку утворення, діяльності, назви органу, його компетенції, способу усунення від виконання обов'язків осіб, які належать до його складу.

Згідно з нормами ЦКУ, Законів України «Про господарські товариства», «Про акціонерні товариства» підставою набуття виконавчим органом товариства повноважень є факт його обрання (призначення) загальними зборами учасників (акціонерів) як вищого органу управління товариством або укладення з членом виконавчого органу товариства трудового договору, який від імені товариства може підписувати голова наглядової ради чи особа, уповноважена на те наглядовою радою.

Виконавчий орган товариства вирішує всі питання, пов'язані з управлінням поточною діяльністю товариства, крім питань, що є компетенцією загальних зборів учасників товариства або іншого його органу. Здійснюючи управлінську діяльність, виконавчий орган реалізує колективну волю учасників товариства, які є носіями корпоративних прав. Керівник та інші члени виконавчого органу, здійснюючи управління товариством у межах правил, встановлених статутними документами, зобов'язані діяти виключно в інтересах товариства та його учасників

³¹¹ Вольф В. Ю. Основы учения о товариществах и акционерных обществах / Вольф В. Ю. – М. : Изд-во НКФ СССР, 1927. – С. 125-126.

За природою корпоративних відносин учасникам товариства має бути надано можливість у будь-який час оперативно відреагувати на дії особи, яка здійснює представницькі функції зі шкодою для інтересів товариства, шляхом позбавлення її відповідних повноважень.

У Єдиному державному реєстрі судових рішень є судова практика³¹² щодо визначення компетенції керівника. Постановою ВГСУ від 28.01.2010 р. № 17/218/09 було розставлено деякі акценти в межах вирішення конкретного спору. Відповідач намагався довести відсутність у Особи_1 повноважень директора на підписання позовної заяви, оскільки, на його думку, повноваження Особи_1 щодо представництва інтересів позивача закінчилися 01.01.2009 р.

В матеріалах справи зазначається, що Особу_1 було обрано директором Товариства на загальних зборах від 03.01.2008 р., проте відсутні будь-які докази того, що Особу_1 було усунуто від виконання обов'язків директора Товариства та обрано іншого керівника. А відповідно до п. 41 Постанови Пленуму ВСУ від 24.10.2008 р. №13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів»³¹³ повноваження посадових осіб товариства припиняються їх переобранням.

Таким чином, ВГСУ дійшов до наступних висновків. Оскільки копії з Єдиного державного реєстру юридичних та фізичних осіб-підприємців (на час складання процесуальних документів) свідчать, що єдиним офіційним керівником позивача є Особа_1, то саме він має право представляти інтереси позивача без доручення та будь-яких обмежень³¹⁴.

У цьому контексті виникає питання про можливість здійснення представництва в господарському суді особою, яка не має офіційного статусу органу юридичної особи, але призначена виконувати обов'язки такого органу. На нашу думку, зазначена особа повинна мати усі процесуальні повноваження одноособового

³¹² Постанова № 17/218/09 від 28 січня 2010 року [Електронний ресурс] / Вищий господарський суд України // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7696919>.

³¹³ Про практику розгляду судами корпоративних спорів : Постанова Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 року, № 13 // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 11.

³¹⁴ Постанова № 17/218/09 від 28 січня 2010 року [Електронний ресурс] / Вищий господарський суд України // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7696919>.

виконавчого органу чи керівника колективного органу юридичної особи та реалізувати їх у повному обсязі, якщо інше не передбачено законодавством або локальними нормативними актами. Тому суд не вправі вимагати від такої особи належним чином оформленої довіреності.

У доктрині процесуального права мають місце дві теоретичні концепції щодо природи одноособового виконавчого органу юридичної особи.

1. Орган – особливий представник юридичної особи. Основою для першої концепції служить теорія фікції. Відповідно до останньої орган є особливим представником, повноваження якого діяти від імені юридичної особи закріплені в законі та статуті, а тому додатково не потребують видачі довіреності. Прибічниками такої концепції є С. Ландкоф, Н. Нерсесов, П. Стучка, Д. Чечот, Б. Черепакін, Г. Шершеневич та інші.

Г. Шершеневич писав, що юридична особа сама по собі позбавлена реальної волі. Вона має представників у вигляді правління. Лише дії представників, через яких юридична особа набуває права і приймає на себе обов'язки, зобов'язують юридичну особу. Представники публічної юридичної особи діють в рамках, які окреслені законом, а представники приватної юридичної особи – в межах наданих їм повноважень³¹⁵.

На думку Д. Степанова, одноособовий виконавчий орган є законним представником юридичної особи, оскільки його повноваження засновані на вказівці закону, який визначає можливість, об'єм та порядок здійснення повноважень представника без довіреності³¹⁶.

Як зазначав Б. Черепакін, С. Ландкоф вважав дії органу від імені юридичної особи статутним представництвом³¹⁷. Д. Чечот, аналізуючи у своїй монографії проблему участі керівника в судовому процесі, пропонує задуматися над важливим, на нашу думку, питанням. Якщо керівник юридичної особи не є в суді її представником, то яке ж процесуальне становище у справі він тоді займає? Керівник не може вважатись стороною в спорі, який

³¹⁵ Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права / Шершеневич Г. Ф. – Тула : Автограф, 2001. – С. 125-126, 174.

³¹⁶ Степанов Д. Компания, управляющая хозяйственным обществом / Д. Степанов // Хозяйство и право. – 2000. – № 10. – С. 62-63.

³¹⁷ Черепакин Б. Б. Труды по гражданскому праву / Черепакин Б. Б. – М. : Статут, 2001. – С. 473.

повинен вирішити суд, оскільки стороною завжди є сама юридична особа. Очевидно, що ніякого іншого процесуального становища, окрім статусу представника юридичної особи її керівник займати не може³¹⁸.

2. *Орган – складова юридичної особи, а не її представник.* Друга теорія базується на реалістичному розумінні сутності юридичної особи. Орган розглядається як структурно відокремлений та організаційно оформлений підрозділ самої юридичної особи, який створюється задля реалізації її правосуб'єктності. Таку точку зору підтримують В. Беляневич, С. Братусь, В. Грибанов, О. Іоффе, Д. Ломакін та інші.

В. Беляневич акцентує на тому, що орган юридичної особи не отожднюється з представником. У органа як такого не має власної правоздатності, дієздатності і інтересів, відмінних від інтересів юридичної особи; у представника вони наявні окремо від правоздатності, дієздатності і інтересів особи, яку представляють. Органи юридичної особи не наділені спеціальним процесуальним статусом і діють у межах повноважень наданих їм законом та установчими документами. Орган юридичної особи веде в господарському суді справу без довіреності, на підставі своєї компетенції³¹⁹.

С. Братусь стверджував, що органи не можна розглядати як представників юридичної особи. На відміну від представника орган не є самостійним суб'єктом права, який виступає окремо від юридичної особи. Орган – це частина юридичної особи, а тому будь-які юридичні відносини між органом і юридичною особою є неможливими. Якщо орган діє на основі статуту юридичної особи, то представник – на основі довіреності, яка видається компетентним органом від імені юридичної особи³²⁰.

На думку О. Козлова³²¹, І. Ільїнської та Л. Лесницької³²², ведення справи органом юридичної особи не є судовим представництвом,

³¹⁸ Чечот Д. Участники гражданского процесса / Чечот Д. М. – М. : Госюриздат, 1960.– С. 144-146.

³¹⁹ Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент./ В. Е. Беляневич. – К.: Юстініан, 2014. – С. 420.

³²⁰ Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / Братусь С. Н. – М. : Госюриздат, 1950.– С. 200-208.

³²¹ Советское гражданское процессуальное право / [Воложанин В.П., Козлов А. Ф., Комиссаров К. И. и др.]; под ред. К. С. Юдельсона. – М. : Юрид. лит., 1965.– С. 102, 107.

³²² Ильинская И. М. Судебное представительство в гражданском процессе / И. М. Ильинская, Л. Ф. Лесницкая. – М. : Юрид. лит., 1964. – С. 90-91.

оскільки в суді бере участь саме підприємство, установа або організація в особі свого органу.

Цікавою також видається позиція, яка висловлюється у вітчизняній правовій доктрині, де орган юридичної особи називають також інституціонально-функціональним представником. Інституціональність представництва проявляється в затвердженні на законодавчому рівні механізму набуття юридичною особою прав та обов'язків безпосередньо через свої органи, установлення не тільки можливості, а й необхідності формування відповідних органів, їх складу, порядку створення тощо. Функціональність органу проявляється у здійсненні ним в інтересах юридичної особи своїх повноважень у межах визначеної законом компетенції³²³. Таким чином, сюди включається і реалізація органом функції представництва, зокрема, в процесі здійснення господарського судочинства.

Керівник (одноособовий виконавчий орган або керівник колегіального органу) є єдиним органом юридичної особи, правосуб'єктність якого (а отже, і коло повноважень та межі відповідальності) регулюється не лише нормами цивільного та господарського права, а також трудового законодавства. З огляду на це, підтримуємо позицію А. Слюсар, який зазначає, що права та обов'язки керівника можуть бути умовно розділені на такі, що пов'язані з виконанням трудової функції з управління підприємством в якості одноосібного виконавчого органу та інші трудові права і обов'язки³²⁴.

Д. Вергелес особливістю правового статусу керівника підприємства вважає те, що керівник одночасно виступає органом підприємства, наділеним управлінськими повноваженнями, і найманим працівником підприємства (посадовою особою), якого наймає власник підприємства (уповноважений ним орган) і укладає з ним трудовий договір (контракт)³²⁵. У трудовому договорі керівника можна передбачити повноваження, пов'язані з виконанням трудової

³²³ Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використання позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 3 : Юридична особа / [Борисова В. І., Кібенко О. Р., Кравчук В. М. та ін.] ; за ред. І. В. Спасиво-Фатєєвої. – Х. : Страйд, 2009. – С. 104-105.

³²⁴ Слюсар А. М. Керівник підприємства: проблема визначення правового статусу / А. М. Слюсар // Держава і право. – 2009. – Випуск 45. – С. 324.

³²⁵ Вергелес Д. Подвійний статус «боса» / Д. Вергелес // Правовий тижень. – 2008. – № 10. – С. 5.

функції з управління підприємством та/або виконання ним представницьких функцій. Проте, варто звернути увагу, що можлива ситуація, коли власник залишає за собою право виконувати функції керівника (наприклад, при створенні приватного підприємства).

Компетенція органів управління, у тому числі, повноваження керівників та інших осіб на представництво у господарському суді можуть визначатися в установчих документах – рішення про утворення суб'єкта господарювання, засновницький договір, статут юридичної особи або положення про структурний відокремлений підрозділ, а також в інших локальних нормативно-правових актах.

Беручи до уваги, останні зміни, внесені до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань»³²⁶ особливої актуальності набувають питання підтвердження повноважень керівника при представництві інтересів юридичної особи в суді. Раніше при поданні позовної заяви керівник підприємства, установи, організації міг підтвердити свої повноваження випискою з реєстру, довідкою органів статистики, а також наказом про його призначення на відповідну посаду або рішенням загальних зборів про його обрання, а також витягом зі статуту підприємства (в частині обсягу його повноважень). На сьогодні виписку з реєстру можна отримати лише в двох випадках: внесення змін в дані, які відображаються у виписці; для проставлення апостилю. Відповідно до вимог ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» для реєстрації юридичної особи чи внесення змін до її установчих документів слід подавати уже не два, а лише один примірник такого установчого документа (або його нової редакції у разі, якщо вносяться зміни). Реєстратори забирають собі поданий екземпляр установчого документа, сканують його і не повертають. Другий примірник залишається у заявника (без вчинення на ньому будь-якої відмітки щодо вчинення реєстраційної дії, її дати та номеру). Як наслідок, в умовах відсутності на сьогодні сайту, на котрому б розмішувалась відсканована версія чинного установчого документа (статуту), зрозуміти, чи є конкретний примірник установчого документа (статуту) зареєстрований, аутентичним та актуальним, стає доволі проблематичним не лише для контрагентів юридичної особи –

³²⁶ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань : Закон України від 15 травня 2003 року, № 755-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31. – Ст. 263.

суб'єкта господарювання, суду та державних органів, але й для самого суб'єкта господарювання. Між тим, для представництва інтересів юридичної особи в господарському процесі її органами мають вагоме значення не лише ті відомості, які містяться в реєстрі, але і інші відомості, інформація щодо яких є лише в статуті та/або іншому установчому документі (обсяг повноважень органів управління тощо). Крім зазначеного також, у затвердженій від 6.01.2016 р. Міністерством юстиції формі зави про державну реєстрацію змін до відомостей про юридичну особу в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, не передбачено навіть можливості реєстрації інших змін до установчих документів, крім тих, котрі відображаються в реєстрі. Таким чином, внесення змін до установчих документів щодо кворуму за наявності якого загальні збори засновників є повноважними, порядку скликання загальних зборів, а також повноважень органів управління юридичної особи без внесення паралельно хоч якихось змін до тих відомостей про юридичну особу, які містяться в реєстрі стало неможливим. Залишається лише сподіватись, що це тимчасово і законодавець незабаром виправить свою помилку.

Ще одним негативним моментом є відміна мокрої печатки на виписках та статутах, що може призвести до виникнення проблем при перевірці судом повноважень керівника. Так, віднині при реєстрації юридичної особи або внесенні змін до установчих документів необхідно подавати не два, а один екземпляр установчого документу, який і залишається у реєстратора, у результаті чого у заявника залишається другий екземпляр статуту без наявності будь-якої відмітки на ньому про факт здійснення державної реєстрації. У зв'язку з цим нівелюється також значення наказу про призначення та рішення загальних зборів, оскільки вони повинні прийматись відповідно до положень, зазначених в установчих документах.

Крім того, враховуючи законодавчу можливість відсутності у суб'єкта господарювання печатки³²⁷, це ще більше ускладнює роботу суддів при вирішенні господарського спору, зокрема, вже на його початковому етапі, з'ясовуючи правомірність подання позовної заяви та перевіряючи повноваження особи, яка її підписала. При

³²⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку відкриття бізнесу: Закон України від 15 квітня 2014 року, № 1206-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 24. – Ст. 885.

цьому наявність на позовній заяві факсимільного підпису означає, що вона не підписана особою, яка має право її підписувати, і підлягає поверненню. Якщо господарський суд має сумніви стосовно наявності у особи, яка підписала позовну заяву, відповідних повноважень, він у процесі підготовки справи до судового розгляду вистежує у позивача докази на підтвердження таких повноважень³²⁸. На сьогодні структура цих доказів суттєво змінена і суди вимушені перевіряти наявність повноважень у відповідної особи, у зв'язку з чим щоразу виникає необхідність звернення до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань. Таким чином, у недобросовісних суб'єктів з'явилися нові способи для зловживання процесуальними правами. У світлі таких змін очікуваним є формування з вказаних питань відповідної судової практики.

Таким чином, домінуючою позицією у правовій науці є те, що виконавчий орган юридичної особи не можна розглядати як відособлений від організації, самостійний суб'єкт права, оскільки він реалізує правосуб'єктність юридичної особи, виконуючи усі необхідні функції з управління нею. Погоджуючись з цим, вважаємо, що правовий статус органу юридичної особи включає в себе функцію представництва в господарсько-процесуальних відносинах.

Орган управління не можна ототожнювати зі звичайним процесуальним представником. Орган при виконанні представницької функції в господарському процесі в інтересах відповідного суб'єкта господарювання не перебуває у правовідносинах з юридичною особою. Особа ж, яку представляють, під час правомірної діяльності представника, як правило, знаходиться з ним у певних правовідносинах³²⁹.

Враховуючи викладене, функція представництва інтересів юридичної особи покладена саме на її виконавчий орган. Він реалізує її на підставі статуту або інших локальних нормативних актів. Інші ж органи управління, на нашу думку, матимуть право

³²⁸ Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції: Постанова Пленуму ВГСУ від 26 грудня 2011 року, № 18 // Вісник господарського судочинства. – 2012. – № 1. – С. 27.

³²⁹ Рясенцев В. А. представительство и сделки в современном гражданском праве / Рясенцев В. А. – М.: Статут, 2006. – С. 187.

представляти інтереси підприємства в суді лише у випадку наявності в них належним чином оформленої довіреності.

Орган юридичної особи виражає волю певного «штучного» за своєю природою утворення (юридичної особи) на основі законів, локальних нормативних актів, відповідних договорів, які є підставою для вчинення юридично значимих дій. Правова природа виконавчого органу є в певній мірі аналогічною до сутності законного представника (оскільки юридична особа, як і особа, яка не володіє повною дієздатністю, в принципі не здатна брати участь у господарському процесі особисто), суттєва відмінність – в особі, інтереси якої представляються. Існує позиція^{330 331}, згідно з якою керівники відносяться до групи законних представників. Проте заради чіткості та прозорості понятійно-категоріального апарату вважаємо недоцільним застосування терміну «законний представник» щодо органу юридичної особи.

Характерні ознаки здійснення органом юридичної особи представницьких функцій, відмінних від істинного представництва у господарському процесі полягають у тому, що:

1) орган є складовою частиною (структурним елементом) суб'єкта господарювання – юридичної особи та не має власної господарської процесуальної правосуб'єктності на відміну від процесуального представника;

2) процесуальні права та обов'язки реалізуються не іншою особою, а органом самої юридичної особи, яка є свого роду її «уособленням»;

3) не поширюється правило «умовності заміщення», тому що юридична особа в силу своєї правової природи не здатна особисто (не в особі органу або через процесуального представника) брати участь у господарському процесі. Однак поруч з таким органом, який реалізовує представницькі функції, представництво інтересів юридичної особи в господарському суді може здійснювати особа, яка наділена правовим статусом процесуального представника і належним чином уповноважена на це;

4) орган юридичної особи, який має право здійснювати в господарському процесі представницькі функції, як правило,

³³⁰ Чечот Д. М. Участники гражданского процесса / Чечот Д. М. – М. : Госюриздат, 1960.– С. 140.

³³¹ Шерешевский И. В. Представительство (Поручение и доверенность) / Шерешевский И. В. – М. : «Паво и жизнь», 1925.– С. 6.

відповідно до установчих документів, наділений процесуальними правами і обов'язками у повному обсязі, без їх обмежень;

5) правові наслідки, які мають місце за результатами вирішення господарського спору, настають безпосередньо для юридичної особи як сторони або третьої особи в господарській справі, проте орган юридичної особи, як відповідальна особа, має власну опосередковану причетність та зацікавленість у відповідному судовому рішенні.



Запитання та завдання для самоконтролю:

1. Дайте визначення поняття господарського процесуального представництва.
2. Які доктринальні підходи щодо розуміння правової природи процесуального представництва Вам відомі?
3. Назвіть ознаки господарського процесуального представництва.
4. За якими критеріями можлива класифікація господарського процесуального представництва?
5. Визначте процесуально-правовий статус представника.
6. Якими документами підтверджуються повноваження адвоката в господарському процесі?
7. Що є представництвом публічно-правових інтересів?
8. Розмежуйте процесуально-правовий статус посадових осіб та інших працівників, які беруть участь в процесі як представники, та тих, які залучаються в процес з метою надання пояснень.
9. Визначте особливості законного представництва в господарському процесі.
10. У чому полягає процесуальний статус прокурора?
11. Назвіть особливості представництва прокурором інтересів громадян або держави у господарському процесі.
12. Які наукові концепції щодо правової природи одноособового виконавчого органу Вам відомі?
13. Які ознаки властиві органу юридичної особи при здійсненні ним представницьких функцій в суді?

СПИСОК РЕКОМЕНДОВАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Анпілогов О. В. Правове регулювання участі прокурора в адміністративному судочинстві щодо захисту прав та свобод громадянина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О. В. Анпілогов. – К., 2008. – 21 с.
2. Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг: Монографія / В. А. Васильєва. – Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаніка, 2006. – 345 с.
3. Гранін В. Л. Повноваження представника та його реалізація за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. Л. Гранін. – Одеса, 2005. – 20 с.
4. Грищенко І. М. Маркетингові основи комерційного посередництва: Навчальний посібник / І. М. Грищенко. – К.: Грамота, 2006. – 304 с.
5. Гуртовой О. О. Правовые и организационные основы деятельности адвоката в арбитражном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 «Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности» / О. О. Гуртовой. – М., 2010. – 21 с.
6. Завидов Б. Д. Договоры посреднических услуг / Б. Д. Завидов. – М.: ФБК–Прогрес, 1997. – 87 с.
7. Королева С. О. Представительство сторон и третьих лиц в арбитражном процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Королева Светлана Олеговна. – М., 2007. – 160 с.
8. Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве / Н. О. Нерсесов. – М.: Статут. – 2000. – 286 с. – (Серия «Классика российской цивилистики»).
9. Павлуник І. А. Представництво в цивільному процесі України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Павлуник Ігор Анатолійович. – К., 2002. – 252 с.
10. Понасюк А. М. Участие адвоката в урегулировании юридических споров посредством медиации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 «Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности» / А. М. Понасюк. – М., 2011. – 29 с.
11. Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти): монографія / В. В. Резнікова. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2010. – 706 с.

Посередництво і представництво в господарському праві та процесі України

12. Резнікова В. В. Послуга як правова категорія та ознака посередницьких договорів / В. В. Резнікова // Університетські наукові записки. – 2007. – № 4. – С. 234–240.

13. Резнікова В. В. Договірне оформлення посередницьких правовідносин в Україні / В. В. Резнікова // Вісник господарського судочинства. – 2007. – № 6. – С. 47–56.

14. Резнікова В. В. Співвідношення основних посередницьких договорів / В. В. Резнікова // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 12. – С. 19–24.

15. Резнікова В. В. Посередництво та посередницькі правовідносини в господарському обороті України / В. В. Резнікова // Право України. – 2008. – № 2. – С. 40–45.

16. Резнікова В. В. Поняття, значення та сутність біржі: специфічний посередник на товарному ринку чи організований, постійно діючий ринок замінних цінностей / В. В. Резнікова // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 3. – С. 129–139.

17. Резнікова В. В. Правовий статус біржових посередників / В. В. Резнікова // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 4. – С. 63–73.

18. Резнікова В. В. Посередництво в економіці та господарському праві України / В. В. Резнікова // Підприємництво, господарство і право України. – 2009. – № 11. – С. 74–77.

19. Резнікова В. В. Економічна сутність посередництва / В. В. Резнікова // Вісник Хмельницького національного університету. Економічні науки. Том 3. – 2009. – № 4. – С. 228–234.

20. Резнікова В. В. Правове становище страхових (перестрахових) брокерів як посередників на страховому ринку / В. В. Резнікова // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 5. – С. 87–95.

21. Резнікова В. В. Правове становище страхових агентів як посередників на страховому ринку України / В. В. Резнікова // Університетські наукові записки. – 2009. – № 3. – С. 142–148.

22. Резнікова В. В. Посередництво на страховому ринку України / В. В. Резнікова // Право України. – 2010. – № 4. – С. 275–282.

23. Резнікова В. В. Особливості здійснення посередницької діяльності на кредитному ринку / В. В. Резнікова // Університетські наукові записки. – 2010. – № 1. – С. 67–72.

24. Резнікова В. В. Особливості правового регулювання митного посередництва / В. В. Резнікова // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 4. – С. 142–150.

25. Резнікова В. В. Правове регулювання посередницької діяльності в сфері туризму / В. В. Резнікова // Університетські наукові записки. – 2010. – № 2. – С. 126–139.

26. Резнікова В. В. Посередництво в господарському обороті України: поняття та ознаки / В. В. Резнікова // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 5. – С. 100–109.

27. Резнікова В. В. Посередництво та представництво як суміжні правові категорії / В. В. Резнікова // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 6. – С. 55–67.

28. Резнікова В. В. Інститут посередництва в правовій доктрині / В. В. Резнікова // Вісник Академії управління МВС. – 2010. – № 4. – С. 26–33.

29. Резнікова В. В. Посередницькі правовідносини в Україні / В. В. Резнікова // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 10. – С. 8–11.

30. Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва на ринку праці / В. В. Резнікова // Університетські наукові записки. – 2010. – № 4. – С. 104–115.

31. Резнікова В. В. Правове регулювання посередницької діяльності на ринку цінних паперів / В. В. Резнікова // Бюлетень міністерства юстиції України. – 2011. – № 2. – С. 35–44

32. Резнікова В. В. Інститут посередництва в правовій доктрині / В. В. Резнікова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2010. – № 84. – С. 73–78.

33. Резнікова В. В. Поняття та особливості посередницьких договорів / В. В. Резнікова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2010. – № 85. – С. 35–39.

34. Резнікова В. В. Державне регулювання посередництва в сфері господарювання / В. В. Резнікова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2011. – № 86. – С. 42–48.

35. Резнікова В. В. Фінансове посередництво: господарсько-правовий аспект / В. В. Резнікова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2011. – № 89. – С. 27–34.

36. Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва на ринку нерухомості / В. В. Резнікова // Університетські наукові записки. – 2011. – № 3. – С. 107–121.

37. Резнікова В. В. Суб'єкти посередницьких правовідносин / В. В. Резнікова // Університетські наукові записки. – 2011. – № 4. – С. 154–163.

38. Резнікова В. В. Об'єкт посередницьких правовідносин / В. В. Резнікова // Університетські наукові записки. – 2012. – № 1. – С. 416–421.

39. Резнікова В. В., Кологойда А. В. Понятие и признаки хозяйственной посреднической деятельности на фондовой бирже / А. В. Кологойда, В. В. Резнікова // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2014. – № 3. – С. 112–118.

40. Резнікова В. В., Кологойда О. В. Види посередницької діяльності на фондовому ринку / О. В. Кологойда, В. В. Резнікова // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 2. – С. 108–124.

41. Резникова В. В., Кологойда А. В. Правовое регулирование деятельности финансовых посредников как профессиональных участников фондового рынка Украины / В. В. Резникова, А. В. Кологойда // Наука. Общество. Государство. – 2013. – № 4. [Электронный источник]. – Режим доступа: http://esj.pnzgu.ru/files/esj.pnzgu.ru/reznikova_vv_kologoida_fv_13_4_03.pdf

42. Резникова В. В., Кологойда А. В. Правовий статус фінансових посередників на фондовому ринку України / А. В. Кологойда, В. В. Резникова // Університетські наукові записки. – 2013. – № 4. – С. 220–234.

43. Резникова В. В. Медіація (посередництво) як спосіб вирішення господарських спорів / В. В. Резникова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – № 90. – С. 10–15.

44. Резникова В. В., Пелюх Т. П. До питання про принципи медіації / В. В. Резникова, Т. П. Пелюх // Актуальні питання публічного та приватного права. – 2016. – №1. – С. 48–52.

45. Резникова В. В., Россильна О. В. Представництво органом юридичної особи її інтересів у господарському процесі / В. В. Резникова, О. В. Россильна // Вісник господарського судочинства. – 2016. – № 1. – С. 153-162.

46. Rossylna O. Representation of interests of the citizens or the state in economic trials of Ukraine / O. Rossylna // Scientific letters of international academic society of Michal Baludansky. – Kosice (Slovakia), 2014. – Vol. 2, № 3. – P. 125–127.

47. Россильна О. В. Історія становлення інституту представництва в господарському процесі / О. В. Россильна // Часопис Київського університету права: український науково-теоретичний часопис. – Київ, 2013. – № 2. – С. 218–222.

48. Россильна О. В. Особливості представництва в господарському процесі в XIX – XX століттях / О. В. Россильна // Часопис Київського університету права: український науково-теоретичний часопис. – Київ, 2013. – № 3. – С. 208–212.

49. Россильна О. В. Поняття, ознаки, види господарського процесуального представництва [Електронний ресурс] / О. В. Россильна // Форум права. – 2014. – № 3. – С. 319–326. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_3_54.pdf.

50. Россильна О. В. Правова природа представництва в господарському процесі / О. В. Россильна // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – Київ, 2013. – № 3 (97). – С. 90–91. 14.

51. Россильна О. В. Правове регулювання представництва іноземних суб'єктів господарювання / О. В. Россильна // Адміністративне право і процес : науково-практичний журнал / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – Київ, 2014. – № 4 (10). – С. 232-240.

52. Россильна О. В. Представництво в господарському процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / О. В. Россильна. – К., 2015. – 21 с.

53. Руденко М. В. Прокурор у господарському судочинстві: навчальний посібник / М. В. Руденко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 380 с.

54. Рясенцев В. А. Представительство и сделки в современном гражданском праве / В. А. Рясенцев. – М.: Статут, 2006. – 603 с.

55. Скловський К. И. Представительство в гражданском праве и процессе / К. И. Скловський. – Х., 1992. – 156 с.

56. Харитонов Є. О. Добровільне представництво у цивільному праві України: навч. посібник / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, А. І. Дрішлюк. – К.: Істина, 2007. – 176 с.

Навчальне видання

РСЗНІКОВА В. В., доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка – глава 1, глава 2 (§ 1), глава 3 (§ 3).

РОССИЛЬНА О. В., кандидат юридичних наук, асистент кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка – глава 2 (§ 2, § 3), глава 3 (§ 1, § 2), глава 4.

ПОСЕРЕДНИЦТВО І ПРЕДСТВНИЦТВО В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ ТА ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Навчальний посібник

Керівник видавничого проекту *Зарицький В.І.*
Комп'ютерний дизайн *Щербина О.П.*
Авторська редакція

Підписано до друку 30.06.2016. Формат 60×84 1/16.
Папір офсетний. Друк офсетний. Гарнітура Times New Roman.
Умовн. друк. аркушів – 12,55. Обл.-вид. аркушів – 11,2.
Тираж 300

«Видавництво Ліра-К»
Свідоцтво № 3981, серія ДК.
03067, м. Київ, вул. Прилузна 14, оф. 42
тел./факс (044) 247-93-37; 450-91-96
Сайт: lira-k.com.ua, редакція: zv_lira@ukr.net