

Відшкодування
в позасудовому порядку шкоди,
завданої державою або органами влади

Київ - 2007

УДК 347.426.6
ББК 67.404
В42

Автори:

Д.Я. Український: розділи 1, 2, 3, 5;

І.О. Лавриненко: розділи 2, 3;

С.С. Коба: розділ 4;

М.С. Демкова, кандидат юридичних наук: розділи 1, 5.

Відповідальний редактор: Д.Я. Український

В 42 Демкова М. С., Коба С. С., Лавриненко І. О., Український Д. Я. Відшкодування в позасудовому порядку шкоди, завданої державою або органами влади. – К.: Конус-Ю, 2007. – 260 с.

ISBN 978-966-96961-0-6

Ця книга присвячена дослідженню інституту відшкодування у позасудовому порядку шкоди, завданої діями чи бездіяльністю держави, її органів, органів влади Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування. У книзі проаналізовано чинне українське законодавство в сфері відшкодування шкоди, завданої публічною адміністрацією, викладено та проаналізовано основні моделі відшкодування такої шкоди в позасудовому порядку, описано іноземний досвід у цій сфері правовідносин. Результатом дослідження є пропозиції щодо реформування профільного законодавства в Україні. У додатках містяться переклади витягів із галузевого іноземного законодавства, судової практики інших країн, профільні рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи.

Книга буде цікавою для науковців, аспірантів, студентів та всіх, хто цікавиться с проблемами інституту відшкодування шкоди.

УДК 347.426.6
ББК 67.404



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів ОБСЄ в Україні

Це видання здійснене за сприяння Координатора проектів ОБСЄ в Україні та фінансовій підтримці уряду ФРН

ISBN 978-966-96961-0-6

© Центр політико-правових реформ, 2007

ЗМІСТ

Вступ	5
Розділ 1.	
Поняття шкоди, завданої державою або органами влади	7
Держава як суб'єкт правовідносин у сфері заподіяння шкоди.....	7
Відповідальність позитивна та ретроспективна.....	8
Публічно-правова та приватно-правова відповідальність.....	9
Відповідальність держави та органів влади.....	9
Підстави та межі відшкодування шкоди.....	11
Відшкодування шкоди, завданої при реалізації дискреційних повноважень.....	14
Розділ 2.	
Процедура відшкодування	16
Основні проблеми у сфері відшкодування шкоди, завданої державою або органами влади	16
Невизначеність порядку відшкодування	17
Адміністративна процедура відшкодування	19
Розділ 3.	
Сучасний стан правового регулювання відшкодування шкоди, завданої державою або органами влади	21
Фінансове законодавство	21
Відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду	22
Відшкодування шкоди жертвам злочинів	31
Примусове позбавлення права власності	33
Зобов'язання держави, що виникли внаслідок дії непереборної сили або надзвичайних ситуацій	34
Розділ 4.	
Досвід зарубіжних країн та міжнародні стандарти в сфері відповідальності суб'єктів публічно-правових відносин	36
Розділ 5.	
Можливі напрямки реформування інституту відшкодування шкоди, завданої державою або органами влади	53
Створення ефективних механізмів відшкодування в позасудовому порядку шкоди, завданої індивідуальними актами органів влади, їх посадових та службових осіб.....	53
Створення ефективних механізмів відшкодування в позасудовому порядку	

шкоди, завданої підзаконними нормативно-правовими актами органів влади.....	53
Встановлення єдиної процедури розгляду заяви про відшкодування шкоди	54
Запровадження єдиного механізму виплати відшкодування шкоди	56
Запровадження механізмів регресу	58
Усунення вибіркового фінансування	58
Додатки	59
Статті зарубіжних експертів:	
<i>Ганс-Герман Лохан.</i> Основні питання відповідальності держави за заподіяну владними діями шкоду (ФРН).....	59
<i>Бернар Пінероль.</i> Відповідальність адміністрації (Французька Республіка)	64
<i>Лілія Кухарська.</i> Огляд законодавства Польщі з питань відшкодування шкоди, завданої у зв'язку із здійсненням публічної влади	78
Акти міжнародних організацій:	
Рекомендація № R (84) 15 Комітету міністрів державам-членам стосовно публічно-правової відповідальності за спричинену шкоду	85
Рекомендація Rec(2003)16 Комітету міністрів державам-членам стосовно виконання адміністративних і судових рішень у сфері адміністративного права.....	101
Спеціальні закони та витяги із законів іноземних держав:	
Закон ФРН "Про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків"	105
Витяги із законодавства Польщі	121
Витяги із законодавства Франції	124
Закон Естонії "Про відповідальність держави"	128
Федеральний закон США 1948 р. про деліктні позови	143
Судова практика іноземних держав:	
Рішення Федерального Конституційного суду ФРН від 19 жовтня 1982 року (витяг).....	152
Рішення Конституційного суду Республіки Польща від 23 вересня 2003 року.....	160
Судова справа Пані Н. проти Кретеїського медичного міжкомунального центру (Франція)	185
Судова справа TMR Energy Limited проти Фонду державного майна України (Канада).....	190

Вступ

Правовий інститут позадоговірної майнової відповідальності держави за шкоду, спричинену незаконними діями її органів, відносно новий. У більшості держав до кінця XIX — початку XX ст. визнавалась відповідальність держави лише у відносинах, де вона виступала як суб'єкт приватного права і, відповідно, несла відповідальність за своїми зобов'язаннями. В публічних відносинах панував принцип безвідповідальності за шкоду, завдану державою. Починаючи з кінця XIX ст. принцип майнової відповідальності держави в публічно-правових відносинах з суб'єктами приватного права поступово закріплювався спочатку як виняток, а потім і як загальний принцип у праві демократичних країн. Сьогодні в низці країн (переважно це країни, конституції яких прийняті після Другої світової війни) відповідальність держави щодо відшкодування шкоди закріплена на конституційному рівні.

Процес розбудови правової держави в Україні вимагає зміни підходів до взаємовідносин між державою та громадянами, зокрема, і до питання щодо відповідальності держави за невиконання обов'язків, покладених на неї суспільством, та відшкодування шкоди, завданої державою. Більше того, одним з принципів правової держави є забезпечення невідворотності відповідальності за протиправну поведінку не тільки осіб приватного права, але й таких публічно-правових суб'єктів як держава, її органи, органи місцевого самоврядування, в тому числі їх службові та посадові особи.

Стаття 3 Конституції України проголошує, що держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Ця норма є об'єктивним продовженням задекларованого в статті 1 Конституції статусу України як правової держави.

У 1991 році Україна ухвалила Паризьку хартію нової Європи, в якій констатується, що повага і захист законних прав і свобод людини є найголовнішим обов'язком держави. Серед умов реалізації цього обов'язку Хартія передбачає запровадження ефективних механізмів відповідальності держави перед громадянами. Для правової держави запровадження дієвих механізмів відповідальності держави не менш важливе, ніж реформування механізмів відповідальності громадян перед державою. Проте, якщо приватно-правові механізми розроблені достатньо повно, то питання захисту громадян від неправових дій держави частково отримали правову регламентацію лише на початку 90-х років минулого століття.

У даній роботі ми розглядаємо відповідальність в ретроспективно-му аспекті. Проте, позитивна відповідальність держави та органів влади,

на нашу думку, має велике значення, як базис, без якого неможливе ні нормальне функціонування, ні саме формування інституту відповідальності.

Розділ 1. Поняття шкоди, завданої державою або органами влади

Держава як суб'єкт правовідносин у сфері заподіяння шкоди

Специфічний стан держави як суб'єкта цивільно-правових відносин можна визначити через такі ознаки: держава сама приймає закони, якими повинні керуватися всі інші учасники правовідносин. Вона може видавати адміністративні акти, з яких виникають відносини незалежно від волі іншої сторони. Держава зберігає владні функції навіть тоді, коли вступає в правовідносини, які побудовані на засадах рівності – вона користується імунітетом. Іншими словами, держава, будучи нормотворцем, здатна створити для себе такий правовий режим, який буде максимально відповідати її власним інтересам, часто на шкоду інтересам приватних осіб.

Набуваючи права й обов'язки в договірних відносинах, держава одночасно стає суб'єктом відповідальності. Причому суб'єкти публічного права формально виступають у відносинах договірного характеру на рівних засадах з іншими учасниками цих відносин – особами приватного права, отже, і норми, що встановлюють цивільно-правову відповідальність, на них поширюються повною мірою. Однак подвійний статус суб'єктів публічного права дозволяє державі, використовуючи прийоми законодавчої техніки, уникати рівної відповідальності за невиконання або неналежне виконання своїх зобов'язань.

Наступний аспект участі держави в цивільних правовідносинах – це деліктні зобов'язання. Держава, будучи, насамперед, суб'єктом публічного права й здійснюючи свої публічні функції (нормотворчість, управління, правосуддя та ін.), може заподіяти шкоду приватним особам. У цьому випадку вона зобов'язана відшкодувати збитки, заподіяні особі. Закріплення на законодавчому рівні обов'язку держави відшкодувати шкоду приватній особі свідчить про позитивні зміни. Даний інститут фактично був відсутній у радянській правовій системі. Аналіз норм, що регулюють відповідальність держави, свідчить про приховане прагнення держави уникнути відповідальності. У статтях 1173–1177 Цивільного кодексу України законодавець уникає вживання терміну „відповідальність“, у той час як зміст закону показує, що законодавцю відома така правова категорія. Вочевидь, відсутність терміну „відповідальність держави“ (органів державної влади чи органів місцевого самоврядування) також є одним із прийомів юридичної техніки, що дозволяє уникати цієї відповідальності або, принаймні, не акцентувати на ній увагу.

Слід зазначити, що державою довгий час використовувався і продовжує використовуватись такий прийом юридичної техніки як декларування, за допомогою якого держава, проголосивши принцип правової держави, а саме принцип взаємної відповідальності держави й громадянина, у той же час залишає для себе імунітет від дії правових норм. Таким чином, використовуючи прийоми законодавчої техніки, включаючи декларативні норми в текст закону або навпаки, залишаючи їх за рамками нормативного акта, уникаючи вживання певних понять або прийняття спеціальних законів, держава здатна нав'язувати свою волю й створювати для себе найбільш пільговий режим у порівнянні з іншими суб'єктами права. Відсутність легального визначення терміна або категорії „відповідальність“ у тексті Цивільного кодексу дозволяє державі як активному учасникові правовідносин уникати власної відповідальності перед громадянами і юридичними особами. Перешкодою на шляху до розширення повноважень держави і їх використання на шкоду приватним особам здатні стати тільки розвинуте громадянське суспільство і детальна регламентація відповідальності держави. Для досягнення ідеалу – правової держави – потрібна зміна чинного законодавства з урахуванням найбільш повного забезпечення інтересів приватної особи.

Відповідальність позитивна та ретроспективна

Юридична відповідальність держави є одним з видів соціальної відповідальності. Поняття відповідальності можна розглядати у двох аспектах: позитивному (активному) та ретроспективному (негативному).

Позитивну відповідальність у публічно-правових відносинах можна охарактеризувати як активне усвідомлення та добровільне виконання особами, що представляють державу (її органи) та органи місцевого самоврядування, своїх обов'язків перед суспільством та громадянами, усвідомлення змісту власних діянь та відповідність цих діянь зобов'язанням правового та морально-правового характеру. Тобто, позитивна відповідальність – це специфічна гарантія того, що держава, в тому числі в особі своїх органів, та органи місцевого самоврядування будуть виконувати всі покладені на них зобов'язання як обов'язок вчинити певні діяння.

Юридична відповідальність в ретроспективному плані загалом розуміється як покладення на суб'єкта відповідальності незалежно від його згоди, зобов'язань, настання несприятливих для нього наслідків, зокрема застосування покарання (санкції) за порушення норм права.

Публічно-правова та приватно-правова відповідальність

Проаналізувавши інститут відповідальності держави за завдання шкоди, можна дійти висновку, що відповідно до чинного законодавства України він має ознаки як цивільної (приватно-правової) відповідальності, так і відповідальності адміністративної (публічно-правової). Зокрема, для відповідальності держави на сьогодні характерні такі приватно-правові ознаки як наявність спору, судовий порядок розгляду спірних правовідносин, формальна рівність сторін у процесі, декларування обов'язку відшкодування шкоди в повному обсязі. Публічно-правовий характер проявляється в таких рисах як обмежений перелік правопорушень, внаслідок яких застосовуються санкції, відсутність свободи вибору конкретних засобів доказування, оцінки розмірів заподіяної шкоди, видів санкцій, а також форм, джерел та обсягів відшкодування. Окрім того, відповідальність держави має переважно компенсаційно-соціальний характер. Незважаючи на те, що службові та посадові особи, які безпосередньо винні у заподіянні шкоди, можуть бути притягнуті до відповідальності за неналежне виконання своїх обов'язків в дисциплінарному, адміністративному чи кримінальному порядку, можливість притягнення їх до відповідальності в порядку регресу носить обмежений характер.

Водночас, ретроспективна відповідальність держави з теоретичної точки зору має скоріше позитивний характер. Це пояснюється тим, що навіть у випадках застосування проти держави санкцій приватно-правового характеру, держава, як суб'єкт нормотворення, діє фактично з власної ініціативи, усвідомлюючи свою соціальну роль і добровільно виконуючи зобов'язання, які вона поклала на себе та визнала *a priori*.

Відповідальність держави та органів влади

Тенденція визнання відповідальності влади перед громадянами, як вже зазначалось, знайшла своє закріплення в статті 3 Конституції України. Стаття 56 Конституції, в якій визначено, що „кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень“, фактично є логічним продовженням норм статті 3 і одним з інструментів реалізації задекларованих державою принципів.

Фактично, стаття 56 Конституції України спрямована на забезпечення:

- 1) захисту прав, свобод та законних інтересів особи у публічно-правових відносинах, де суб'єкти не є рівноправними;
- 2) дотримання законності в діяльності державних органів, їх посадових і службових осіб;
- 3) відшкодування шкоди, завданої особі внаслідок незаконного порушення її прав і свобод.

Аналогічні конституційні положення існують і в конституціях зарубіжних країн. Зокрема, норма статті 56 Конституції України практично ідентична статті 53 Конституції РФ. У відповідності до статті 34 Конституції ФРН “якщо будь-яка особа при реалізації дорученої їй державної посади порушить свої конституційні обов'язки до третіх осіб, то в принципі відповідальність несе держава або державний орган, на службі якої знаходиться ця особа”. Стаття 28 Конституції Італії встановлює відповідальність посадових осіб і службовців державних та публічних установ за діяння, здійснені з порушенням будь-яких прав.

Наразі в Україні загальні підстави й порядок відшкодування завданої матеріальної й моральної шкоди визначаються Цивільним кодексом України (глави 82-83) та низкою спеціальних законів. На наш погляд, як вже зазначалось, відшкодування шкоди державою має ознаки як приватно-правових, так і публічно-правових відносин. Отже, необхідно детально регламентувати не лише розмір шкоди, що відшкодовується, але й способи та види поновлення порушених прав.

Діюче законодавство, по суті, не враховує найголовнішу ознаку відповідальності держави — її специфічний, правовідновлюючий, публічно-правовий характер. Тобто держава, реалізуючи статтю 1 Конституції, що проголошує Україну суверенною, незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою, за власною ініціативою повинна вживати заходи для поновлення визнаних нею і порушених з її вини прав, свобод та законних інтересів приватних осіб чи територіальних громад, хоча прямо публічно-правовий характер відповідальності держави в законодавстві не проголошується.

Виходячи з публічно-правового характеру відповідальності держави необхідно кардинально змінити підходи до відшкодування шкоди, завданої державою. Держава повинна грати не пасивну роль — чекати позову до суду від постраждалої сторони, а активну роль. Органи влади, їх посадові та службові особи, на яких безпосередньо покладено реалізацію функцій держави, повинні після завдання шкоди за власною ініціативою почати процедуру відшкодування шкоди в адміністративному порядку.

Підстави та межі відшкодування шкоди

Визначення поняття підстав юридичної відповідальності держави має свою специфіку і трактується в двох аспектах. По-перше, це правові підстави відповідальності – норма права, на підставі якої держава несе відповідальність. По-друге, це фактичні підстави, за якими держава несе відповідальність. Склад правопорушення є тим складним юридичним фактом, який є основою для виникнення правовідносин відповідальності.

За діючим українським законодавством юридична відповідальність держави настає виключно за неправомірні діяння. До складу правопорушення, яке є підставою для деліктної відповідальності держави, входять такі елементи: 1) протиправна поведінка особи, що спричинила шкоду; 2) настання шкоди у потерпілого; 3) причинний зв'язок між протиправною поведінкою і настанням шкоди; 4) наявність вини у особи, що спричинила шкоду; 5) спеціальні умови відповідальності.

Перші чотири підстави є загальними, оскільки вони характерні практично для всіх видів деліктної відповідальності. Поширення цих умов на майнову відповідальність держави можливе і доцільне у зв'язку з тим, що за чинним законодавством вона підпорядковується загальним правилам про відшкодування шкоди, що встановлені Цивільним кодексом України.

Поряд із загальними умовами виокремлюють також спеціальні умови, що характерні лише для відповідальності держави. Ці умови вказують, по-перше, на спеціального суб'єкта відповідальності – державу і, по-друге, на специфічний характер діяльності особи, що завдала шкоду. Зауважимо, що термін „спеціальні умови відповідальності“ використовується в літературі переважно щодо відповідальності держави або соціальних утворень (органів влади), які виконують функції, що є похідними від функцій держави.

Необхідно наголосити, що для виникнення майнової відповідальності держави необхідна наявність усієї сукупності загальних та спеціальних умов. Відсутність хоча б однієї з них виключає юридичну відповідальність держави, що підтверджується значною кількістю судових рішень, в яких суди відмовляють в задоволенні позовних вимог позивачів до держави, посилаючись саме на відсутність однієї або декількох умов для відповідальності (тобто повного складу правопорушення). Оскільки в рамках даної роботи складно в повній мірі проаналізувати кожен з умов відповідальності держави, ми охарактеризуємо лише ряд дискусійних питань.

За цивільним правом особа може бути притягнута до відповідальності лише за протиправні діяння, тобто ті, що порушують норми, встановлені законодавством. Однак, по відношенню до органів влади протиправність поведінки має деякі особливості.

По-перше, усвідомлення того факту, що органи влади мають право функціонувати лише в межах, визначених законом (стаття 19 Конституції України встановлює так званий статутний характер діяльності органів державної влади), призводить до формального висновку, що будь-який вихід органу за межі закону автоматично повинен визнаватися правопорушенням. Відповідно до ст. 1173-1176 ЦК шкода, яка завдана фізичній або юридичній особі незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, посадової або службової особи цих органів при здійсненні ними своїх повноважень, а також шкода, завдана фізичній або юридичній особі в результаті прийняття органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований, відшкодовується державою, Автономною Республікою Крим або органом місцевого самоврядування незалежно від вини таких органів або їх представників.

Тобто, якщо орган влади вчинив діяння, яке виходить за межі його компетенції, то це діяння повинне кваліфікуватися як правопорушення. Тому стосовно органів влади, протиправність поведінки можлива не лише у вигляді вчинення забороненого діяння, а й шляхом вчинення недозволеного діяння. За чинним законодавством, держава звільняється від відповідальності лише в тому випадку, коли орган влади, посадова чи службова особа були законом прямо уповноважені на заподіяння шкоди. Іншими словами, шкода була завдана діяннями, які прямо передбачені законом і за які в законі не передбачені заходи щодо відшкодування (компенсації) заподіяної шкоди.

При цьому підстави та порядок відшкодування шкоди органами місцевого самоврядування суттєво відрізняються від норм ЦК. Так, у відповідності до статті 77 Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ шкода, заподіяна юридичним і фізичним особам в результаті неправомірних рішень, дій або бездіяльності органів місцевого самоврядування, відшкодовується за рахунок коштів місцевого бюджету, а в результаті неправомірних рішень, дій або бездіяльності посадових осіб місцевого самоврядування – за рахунок їх власних коштів у порядку, встановленому законом. З огляду на те, що ЦК був прийнятий пізніше, ніж Закон „Про місцеве самоврядування в Україні“, вважається, що не-

обхідно застосовувати норми ЦК. Проте, існує й інше трактування: оскільки закон є спеціальним актом, а Цивільний кодекс загальним, то відшкодування шкоди, що завдана неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю посадових осіб місцевого самоврядування, має відбуватись саме за рахунок цих осіб.

На нашу думку, цю правову колізію щодо джерел відшкодування необхідно врегулювати і внести відповідні зміни або уточнення до Закону „Про місцеве самоврядування в Україні“. Така позиція пояснюється тим, що інтереси громадян не повинні страждати внаслідок неналежного виконання посадових обов'язків чиновниками представницьких органів влади з тих чи інших причин. Як мінімум, за кожним діянням будь-якої організаційної структури стоїть конкретна посадова чи службова особа, тобто при упередженому трактуванні закону органи місцевого самоврядування формально можуть бути звільнені від відповідальності взагалі. Чиновник може і повинен особисто, як громадянин, нести відповідальність перед постраждалими особами лише у випадку, коли він явно вийшов за межі владних повноважень, діючи де-факто у приватних інтересах, незалежно від конкретної форми, в якій ці інтереси були задоволені, і використовуючи свій статус для їх задоволення. В цьому аспекті варто звернути увагу на зарубіжний досвід. Наприклад, згідно зі статтею 839 Цивільного кодексу ФРН держава несе відповідальність за діяльність чиновника в тому випадку, коли виявлено факт навмисного або ненавмисного порушення посадовою особою держави своїх посадових обов'язків. Така позиція вважається цілком правильною, оскільки в переважній більшості у відносинах з суб'єктами публічного права громадяни чи особи приватного права, по-перше, позбавлені свободи вибору партнера та форм відносин, тобто знаходяться у залежному становищі, а по-друге, мають обмежені можливості для перевірки обсягів повноважень конкретного чиновника.

Окремо необхідно зазначити, що в більшості демократичних країн держава не несе відповідальності за діяння органів законодавчої та судової влади. Зокрема, як свідчить практика Суду Європейського Співтовариства, право на відшкодування шкоди не залежить від органу, з вини якого вона спричинена. Встановлені в будь-якій державі заборона або обмеження можливості заявляти вимогу про відшкодування шкоди, самі по собі носять протиправний характер і можуть слугувати основою для позову до держави-порушника в суд ЄС про невиконання зобов'язань за Угодою про створення ЄС.

По-друге, держава відшкодовує шкоду, що була завдана правомірною діяльністю державних органів, їх посадових та службових

осіб у випадку, коли це передбачено законом. Стаття 1170 Цивільного кодексу України зобов'язує державу відшкодувати шкоду, завдану прийняттям закону про припинення права власності на певне майно у повному обсязі. Цю тезу підтверджує і зарубіжний досвід. Зокрема, у Франції існує низка випадків, коли держава несе відповідальність за правомірні діяння відповідно до принципу „рівного розподілу публічних видатків“.

По-третє, держава відповідає за ризики, що спричинені неналежною діяльністю її органів. Під цей критерій зокрема підпадає дефініція статті 1177 Цивільного кодексу України, що зобов'язує державу відшкодувати майнову шкоду фізичній особі, яка потерпіла від злочину, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин, або якщо вона є неплатоспроможною.

Відшкодування шкоди, завданої при реалізації дискреційних повноважень

Органи державної влади можуть володіти так званими дискреційними повноваження, тобто мати можливість приймати рішення на власний розсуд в межах, встановлених законом. Концепція дискреційних повноважень передбачає наявність у органа влади права вибору із більш ніж одного можливого варіанту поведінки з урахуванням конкретних обставин справи. Наприклад, у Франції допускається можливість покладення відповідальності на орган влади в результаті неналежного вибору представником влади форми чи виду правочину, оскільки вважається, що при реалізації дискреційних повноважень органи влади, по суті, не мають права вільного вибору будь-якого з можливих варіантів, вони повинні застосовувати об'єктивно найкращий варіант рішення, в іншому випадку орган влади повинен нести відповідальність, в тому числі і відшкодувати завдану шкоду.

Вирішуючи питання протиправності при реалізації дискреційних повноважень, необхідно взяти до уваги той факт, що за усталеною практикою при судовому оскарженні нормативно-правових та індивідуальних актів держави суд оцінює тільки законність акта. При позасудовому розгляді може оцінюватися не тільки законність (в тому числі відповідність даного акта цілям закону, наданого повноваження), але й економічна та інша доцільність прийняття акта. Водночас, ні законодавство, ні судова практика України не дають відповіді на питання, як комплексно тлумачити ст. 22 і 56 Конституції України, і чи органи влади повинні нести відповідальність за шкоду, завдану ними під час реалізації дискреційних повноважень.

Якщо звернутись до європейського досвіду, то для дискреційних актів Суд ЄС в своїй практиці визнав обмежене визначення протиправності. Тобто, для визнання дискреційного акту таким, що завдає шкоду, яка підлягає відшкодуванню з боку держави, необхідно, щоб було зафіксовано серйозне порушення таким актом норми національного права чи права ЄС, що має вищу юридичну силу в порівнянні з самим актом. Цей підхід був вироблений з метою збереження фінансової стабільності країн ЄС, оскільки число потенційних постраждалих від видання нормативного акта може бути фактично необмеженим і призвести до лавиноподібного та непередбачуваного за обсягами навантаження на бюджет. Тобто відповідальність в таких випадках повинна мати винятковий характер.

Як висновок можна констатувати, що питання законності або незаконності діянь держави є неважливим для визначення шкоди, завданої державою чи органами влади. Підставою для відповідальності держави є не правомірність діяння, а позиція законодавця щодо наявності чи відсутності відповідальності за конкретне діяння, яким шкода була спричинена. Тобто за чинним законодавством України держава формально звільняється від відповідальності лише в тому випадку, коли посадова чи службова особа або орган влади були прямо уповноважені законом на завдання шкоди.

Розділ 2. Процедура відшкодування

Основні проблеми у сфері відшкодування шкоди, завданої державою або органами влади

На даному етапі в Україні можна виділити такі основні проблеми у сфері відшкодування шкоди, завданої органами влади:

1. Відсутність механізмів позасудового відшкодування шкоди

Можна стверджувати, що інститут позасудового, а тим паче добровільного відшкодування шкоди, завданої діями органів влади, в Україні відсутній. Відсутній навіть чіткий та прозорий концептуальний підхід до функціонування цього інституту. Також проблема полягає в тому, що в деяких випадках особа не може реалізувати своє право, оскільки відсутній механізм його реалізації.

Часто не відшкодовується шкода особам, права і інтереси яких були порушені внаслідок неналежного виконання своїх обов'язків службовими та посадовими особами органів виконавчої влади та місцевого самоврядування. Органи влади приймають рішення про скасування незаконних рішень посадових та службових осіб без призначення виплати відповідної компенсації постраждалим. Тобто зараз процедура прийняття, скасування та застосування примусу до прийняття індивідуальних актів не завжди передбачає відшкодування шкоди, завданої дією незаконного індивідуального акта. Окрім того, нинішній стан справ у сфері відшкодування шкоди передбачає можливість невиплати коштів після прийняття рішення про відшкодування шкоди.

2. Відсутність механізму скасування (зміни) незаконних нормативно-правових актів як таких, що завдають шкоди правам та інтересам приватних осіб

На сьогоднішній день процедура прийняття, зміни чи скасування підзаконних актів не передбачає відшкодування шкоди, завданої дією незаконного нормативно-правового акта. В Україні існує практика скасування нормативних актів (як правило, Міністерством юстиції України) як таких, що суперечать чинному законодавству вищого рівня. Проте, практика відшкодування шкоди, що була завдана суб'єктам правовідносин, на які поширювалась дія таких актів, відсутня.

3. Конфлікт інтересів

Чинна норма законодавства, яка передбачає відшкодування шкоди рахунок бюджетних коштів, що виділяються на фінансування органу,

який завдав шкоду, не стимулює чиновників приймати рішення про відшкодування шкоди. Першочергово, це пояснюється тим, що кошти на відшкодування, як правило, виділяються з сум, передбачених на забезпечення діяльності цього органу. Окрім того, досить сильний вплив здійснюють такі суб'єктивні чинники, як кругова порука та уявна "честь мундиру".

4. Недосконалість бюджетного законодавства

Відсутність чіткого розподілу повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, насамперед, в соціально-гуманітарній сфері та в сфері делегованих повноважень, часто призводить до відсутності коштів на фінансування деяких функцій держави та органів місцевого самоврядування в зв'язку з неструктурованістю джерел фінансування таких видатків, з одного боку, та ігноруванням з боку держави обов'язку фінансування витрат на виконання делегованих повноважень, з іншого. Основна причина такого стану справ полягає в тому, що існуючий бюджетний процес не передбачає обов'язковості фінансування всіх зобов'язань держави та органів місцевого самоврядування.

Невизначеність порядку відшкодування

Держава є специфічним суб'єктом — їй неможливо примусово притягти до відповідальності, держава може погоджуватись на негативні наслідки притягнення до відповідальності тільки добровільно. Лише держава має право на законний примус, особи не мають адміністративних інструментів для примусу держави. Водночас чинне законодавство України не враховує таку особливість держави, і фактично передбачає можливість примусового притягнення органів влади до відповідальності. Зокрема, як правило, орган влади притягається до майнової відповідальності в судовому порядку.

Законодавство більшості країн ЄС передбачає обов'язковий досудовий етап процедури відшкодування (адміністративний порядок). Потерпілий має право звернутися до суду лише у випадку, якщо його вимоги не були задоволені в адміністративному порядку. В залежності від особливостей правового регулювання та (або) конкретної ситуації, повноваження з вирішення питання про відшкодування в адміністративному порядку можуть покладатись як на орган, який завдав шкоду (представник якого завдав шкоду), так і на вищий орган або знаходитись в компетенції спеціально уповноваженого органу влади.

В Україні відсутній прозорий нормативно закріплений механізм позасудового відшкодування шкоди, завданої діями органів влади. На сьогоднішній

день в Україні при відшкодуванні шкоди, завданої органами влади, виплата відшкодування відбувається "в ручному режимі" – за однакових обставин одним особам відшкодування виплачується, іншим – ні. Тобто, відшкодування шкоди в абсолютній більшості випадків відбувається на підставі індивідуальних, а не нормативних актів. Більше того, часто відшкодування взагалі не здійснюється, оскільки відсутні механізми визначення його розміру, механізми виплати, і також власні кошти. Іноді громадяни взагалі не поінформовані про можливість відшкодування. Сучасний стан справ призводить, з одного боку, до подальшого зменшення довіри громадян до держави, а з іншого, до корупційних діянь в сфері відшкодування шкоди. Така ситуація не відповідає основним принципам розбудови правової держави в Україні.

На сьогоднішній день в Україні порядок та підстави виплати відшкодувань за шкоду, завдану державою, встановлюються щорічно Законом про Державний бюджет на поточний рік. Цей порядок, за загальним правилом, не допускає примусового стягнення коштів з держави. Списання коштів з рахунку Державного бюджету здійснюється винятково органами Державного казначейства України за черговістю надходження рішень за рахунок і в межах відповідних бюджетних асигнувань. У разі потреби видатків понад обсяг бюджетних призначень, в установленому законодавством порядку подаються відповідні пропозиції щодо виділення коштів з резервного фонду Державного бюджету або внесення змін до Закону про Державний бюджет України на поточний рік. Списання коштів з бюджету за рішеннями судів щодо відшкодування вартості конфіскованого та безхазяйного майна, що перейшло у власність держави, здійснюється винятково у розмірах сум коштів, що надійшли до бюджету від реалізації цього майна. Описаний порядок поширюється і на виплати за рахунок коштів місцевих бюджетів.

На практиці це означає, що, при відсутності в розписі видатків бюджету статті, за рахунок якої має здійснюватись відшкодування шкоди, завдані збитки не можуть бути відшкодовані взагалі, навіть на підставі рішення суду. Якщо ж виплата відшкодування проводиться, закон прямо передбачає, що суми відшкодування є збитками бюджету і підлягають відшкодуванню в судовому порядку, щоправда, не уточнюється за чий рахунок (вочевидь мова йде про регресні позови до винних осіб). Отже, формально держава взагалі знімає з себе відповідальність і зводить свою роль до посередницької між двома приватними суб'єктами. Відшкодування вартості конфіскованого та безхазяйного майна, як вже зазначалось вище, здійснюється виключно у розмірах

¹ Див. наприклад, ст. 35 Закону України "Про Державний бюджет на 2006 рік", ст. 33 Закону України "Про Державний бюджет на 2007 рік".

коштів, що надійшли до бюджету від реалізації цього майна. Зважаючи на недосконалість механізмів реалізації конфіскованого майна, постраждали особи в абсолютній більшості випадків отримують замість фактичної вартості свого майна мізерні відшкодування, сума яких не дозволяє відновити їх майновий стан. В сукупності описаний стан справ призводить до того, що громадяни розчаровуються в можливості досягнути справедливості і притягнути органи влади до відповідальності.

На нашу думку, суттєвого перегляду вимагає весь механізм виплати шкоди, завданої органами влади. Для уникнення можливих непорозумінь необхідно прийняти постійний закон, який би врегулював механізм виплати шкоди, завданої органом влади. Відшкодування такої шкоди повинно передбачати компенсацію фактичних втрат особи та можливу виплату на користь особи штрафних санкцій за незаконне володіння та (або) користування її майном. У першій інстанції рішення про виплату відшкодування та його розміри повинно прийматись в адміністративному, тобто в позасудовому порядку. Реформа інституту відшкодування шкоди, завданої органами влади, повинна бути спрямована на усунення існуючих недоліків шляхом проведення інституційних змін, які включають зміни в системі розпорядників бюджетних коштів, що призначені для виплати відшкодування, в розподілі повноважень органів та посадових осіб, які здійснюють внутрішній контроль за законністю індивідуальних та нормативних актів, в розмежуванні суб'єктів відповідальності та зміни у процедурах прийняття рішень про відшкодування шкоди.

Зрозуміло, що шкода, завдана органом влади у приватно-правових відносинах, де він виступав як рівноправний учасник, не повинна бути предметом нового закону і повинна відшкодовуватись в загальному порядку, який визначений цивільним та господарським законодавством. Не повинна відшкодовуватись в адміністративному порядку і моральна шкода, а також, у більшості випадків, втрачена вигода, оскільки механізми визначення їх обсягів часто мають суб'єктивний характер. Отже, відшкодування такої шкоди в адміністративному порядку може стати додатковим джерелом корупції. Тому, пропонується відшкодовувати моральну шкоду та втрачену вигоду в судовому порядку, за винятком випадків, коли розмір втраченої вигоди є очевидним, об'єктивним і безспірним.

Адміністративна процедура відшкодування

На сьогодні у нашій державі питання судового порядку відшкодування шкоди є врегульованим і фактично застосовується як єдиний спо-

сіб захисту і поновлення порушених прав. Ця робота стосується саме позасудового порядку – адміністративного способу захисту і поновлення порушених прав, який у чинному законодавстві України майже не врегульований. Адміністративний спосіб захисту та поновлення порушених прав приватних осіб полягає у вирішенні спорів між особами та органами влади у межах самих органів без передачі спору до суду. До переваг адміністративного порядку оскарження, порівняно з оскарженням в судовому порядку, слід віднести:

1) спрощену процедуру, яка дозволяє постраждалій особі навіть з невисоким рівнем правової культури самостійно захищати свої права, не користуючись послугами юристів чи адвокатів;

2) оперативний розгляд скарги;

3) скарги розглядаються безкоштовно;

4) оскарження навіть з негативним для постраждалої особи результатом дозволяє краще зрозуміти позицію органу влади, що при зверненні до суду надає особі можливість ретельніше підготуватись до відстоювання власної позиції;

5) винні у винесенні неправомірних рішень посадові особи органів влади обов'язково несуть за це відповідальність;

6) до закінчення процедури адміністративного оскарження припиняються дії, які є предметом спору.

Отже, процес формування в Україні інституту відшкодування в позасудовому порядку шкоди, завданої органами влади, повинен бути спрямований на вирішення таких завдань:

1) створення максимально простого та прозорого механізму захисту громадян від незаконних рішень органів влади;

2) створення правових підстав для позасудового відшкодування шкоди;

3) створення єдиного прозорого механізму визнання рішень, дій та бездіяльності органів влади такими, що не відповідають чинному законодавству, який включає в себе процедуру визначення порядку відшкодування шкоди, якщо вона була завдана такими діями;

4) створення ефективного механізму скасування чи зміни в адміністративному порядку нормативно-правових актів, що не відповідають нормам законодавства вищого рівня;

5) забезпечення об'єктивності та неупередженості розгляду скарг в адміністративному порядку;

6) ліквідацію практики вибіркового застосування законодавства в зв'язку з недостатнім рівнем фінансування зобов'язань держави та органів місцевого самоврядування;

7) реформування процедури виплати відшкодування за рахунок бюджету відповідного рівня.

Розділ 3. Сучасний стан правового регулювання відшкодування шкоди, завданої державою або органами влади

Фінансове законодавство

Відповідно до Митного кодексу та Закону України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами", у разі завдання шкоди суб'єкту підприємницької діяльності фіскальні органи повинні відшкодувати шкоду в повному розмірі та виплатити 120% від ставки рефінансування НБУ за користування грошима підприємця.

На сьогоднішній день в податковій службі діють апеляційні підрозділи, які розглядають скарги на діяння податківців і мають повноваження як відмінювати оскаржувані адміністративні акти, так і примушувати податківців до вчинення певних дій. Проте ефективність апеляційної процедури дуже невисока. Насамперед це пояснюється негласною позицією фіскальних органів, що жодна гривня, яка надійшла до бюджету, не може бути повернута платнику, та спотвореним розумінням "чесні мундиру", що проявляється у відмові публічного визнання власних помилок. У випадку, якщо працівники податкової служби все ж доходять висновку, що була допущена помилка, скаржнику пропонується скасування або зміна акта про перевірку, зарахування в майбутні податкові періоди сум переплати податку тощо в обмін на відсутність будь-яких претензій до фіскального органу. Платники податків, як правило, погоджуються на такі умови.

Таким чином, при реформуванні інституту відповідальності правоохоронних та фіскальних органів, необхідно робити акцент не на зміні матеріальних норм діючого законодавства, а на зміні процедури його застосування. Зокрема, необхідно розглянути питання про запровадження ефективної та прозорої апеляційної процедури та про надання апеляційним підрозділам фіскальних органів самостійного статусу.

Крім того, в процесуальні кодекси необхідно внести норму про те, що при відміні акту фіскального органу, яким була завдана шкода, автоматично приймається рішення про виплату компенсації постраждалій особі та визначається її розмір. Зараз в більшості випадків постраждалі задовольняються відміною акту і не вимагають виплати компенсації, оскільки не бажають «погіршити стосунки» з органом влади.

Необхідно також передбачити такий механізм, коли у державного службовця, який приймає рішення про притягнення до відповідальності

своїх колег, з одного боку, не було б підстав застосовувати практику кругової поруки і пропонувати потерпілому відмовитись від претензій до держави або конкретних посадових осіб в обмін на часткове задоволення його скарги, з іншого боку, розмір вимог в порядку регресу повинен бути обмеженим.

Відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду

У відповідності до частини п'ятої статті 9 і частини шостої статті 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, частини п'ятої статті 5 Конвенції про захист прав і основних свобод людини, “кожний, хто був жертвою незаконного затримання, арешту або засудження, має захищене позовом право на компенсацію шкоди”.

Чинне законодавство встановлює особливий порядок відшкодування шкоди, завданої громадянині незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду. Це обумовлюється тим, що, по-перше, в результаті незаконної діяльності цих органів порушуються такі невід'ємні конституційні права людини і громадянина, як право на життя, свободу і особисту недоторканність, недоторканість житла тощо; відбувається безпідставне притягнення до кримінальної відповідальності, що тягне за собою серйозні негативні правові і матеріальні наслідки, і, по-друге, такі дії вчиняють державні правоохоронні органи, які зобов'язані стояти на сторожі закону і забезпечувати в державі законність.

На сьогодні в Україні існує два нормативно-правових акти, які детально регулюють питання, пов'язані з відшкодуванням шкоди, завданої громадянину діями таких органів. Це Закон України “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянині незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду”, прийнятий Верховною Радою України 1 грудня 1994 року, і Положення “Про застосування Закону України “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянині незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду”, затверджене спільним наказом міністра юстиції, генерального прокурора і міністра фінансів України 4 березня 1996 року.

Відповідно до статті 1 вказаного Закону, підлягає відшкодуванню шкода, заподіяна громадянині внаслідок незаконного:

1) засудження, притягнення як обвинуваченого, взяття і утримання під вартою, проведення під час розслідування чи судового розгляду кри-

мінальної справи обшуку, виїмки, накладення арешту на майно, відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують права громадяня;

2) застосування адміністративного арешту чи виправних робіт, конфіскації майна, накладення штрафу;

3) проведення оперативно-розшукових заходів, передбачених законами України “Про оперативно-розшукову діяльність”, “Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю” та іншими актами законодавства.

Законом передбачено, що завдана громадяниніві шкода відшкодується в повному обсязі незалежно від вини посадових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду. Для того, щоб громадянин набув право на відшкодування шкоди, має бути засвідчений факт незаконності дій органів дізнання, попереднього слідства, прокурора або суду. Відповідно до статті 2 зазначеного Закону, право на відшкодування шкоди в розмірах і в порядку, передбачених цим законом, виникає у випадках:

- винесення виправдовувального вироку суду;
- закриття кримінальної справи за відсутністю події злочину, відсутністю у діянні складу злочину або недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину;
- відмови в порушенні кримінальної справи або закриття кримінальної справи з тих же підстав;
- закриття справи про адміністративне правопорушення.

Право на відшкодування шкоди, завданої оперативно-розшуковими заходами до порушення кримінальної справи, виникає за умови, що протягом шести місяців після проведення таких заходів не було прийнято рішення про порушення кримінальної справи за результатами цих заходів, або таке рішення було скасовано.

У разі смерті громадянина, якому незаконними діями правоохоронних органів завдано матеріальної шкоди, право на відшкодування шкоди переходить до його спадкоємців.

Відповідно до статті 3 зазначеного Закону, відшкодуванню підлягають:

1) заробіток та інші грошові доходи, які громадянин втратив внаслідок незаконних дій;

2) майно (в тому числі гроші; грошові вклади і відсотки по них; цінні папери та відсотки по них; частка у статутному фонді господарського товариства, учасником якого був громадянин, та прибуток, який він не отримав відповідно до цієї частки; інші цінності), конфісковане або

звернене в дохід держави судом майно, вилучене органами дізнання чи попереднього слідства, органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, а також майно, на яке накладено арешт;

3) штрафи, стягнуті при виконанні вироку суду, судові та інші витрати, сплачені громадянином (до інших витрат відносяться суми, стягнуті з громадянина на виконання вироку в частині задоволеного цивільного позову; суми, внесені ним на відшкодування матеріальної шкоди добровільно або за вимогою адміністрації; а також суми, витрачені на оплату проїзду за викликами органів розслідування і суду та жилого приміщення);

4) суми, сплачені громадянином у зв'язку з наданням йому юридичної допомоги (суми, сплачені адвокатському об'єднанню (адвокату) за участь адвоката у справі, написання апеляційної та касаційної скарги, а також внесені в рахунок оплати витрат адвоката у зв'язку з поїздками у справі до апеляційної і касаційної інстанції);

5) моральна шкода.

З огляду на те, що Закон передбачає відшкодування завданої шкоди в повному обсязі, важливого значення набуває визначення розміру сум, які підлягають відшкодуванню.

Згідно з частиною 1 статті 4 зазначеного Закону, розмір заробітку та інших грошових доходів, які громадянин втратив внаслідок незаконних дій, визначається з урахуванням заробітку, не одержаного громадянином за час відсторонення від роботи (посади), за час відбування кримінального покарання чи виправних робіт, як адміністративного стягнення.

Відповідно до пункту 8 Положення “Про застосування Закону України “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду”, розмір цих сум обчислюється, виходячи із середньомісячного заробітку громадянина до вчинення щодо нього незаконних дій з заліком заробітку (інших відповідних доходів), одержаного за час відсторонення від роботи (посади), відбування кримінального покарання або адміністративного стягнення у вигляді виправних робіт.

Розмір шкоди громадянину, який відбував виправні роботи за місцем роботи або в місцях, що визначаються органами, які виконують цей вид покарання, обчислюється у вигляді сум, відрахованих із заробітної плати на виконання вироку або ухвали суду чи постанови судді. При заліку заробітку громадянина, який відбував покарання в місцях позбавлення волі, враховується тільки та його частина, яка нарахована йому після відрахування витрат на утримання виправно-трудових установ.

У тих випадках, коли не можна визначити дохід громадянина (ще

не настав термін подання декларації або з інших причин) або коли громадянин не мав певних джерел доходів з поважних причин (протягом перших трьох місяців після звільнення із Збройних Сил чи інших, створених відповідно до законодавства України військових формувань, або закінчення середньої школи, в разі хвороби тощо), розмір шкоди визначається, виходячи із встановленого законом мінімуму заробітної плати (пункт 9 зазначеного Положення).

Для того, щоб визначити розмір шкоди, яка підлягає відшкодуванню, і отримати відповідну матеріальну компенсацію, громадянину протягом шести місяців після направлення йому повідомлення, слід звернутися:

1) при закритті провадження в справі органами дізнання або слідства Міністерства внутрішніх справ – до Генеральної прокуратури і Служби безпеки України;

2) при винесенні виправдувального вироку або закритті справи судом першої інстанції чи в апеляційному або касаційному порядку – до суду, який розглядав справу по першій інстанції;

3) при скасуванні постанови районного (міського) суду (судді) про накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт і закритті справи – в районний (міський) суд (до судді), який розглядав справу про адміністративне правопорушення.

У місячний термін з дня звернення громадянина один з органів – орган дізнання, попереднього слідства, прокурор або суд (суддя), залежно від того, хто з них здійснював слідчі дії або розглядав справу, вимагає від відповідальних державних і громадських організацій всі необхідні документи, що мають значення для визначення розміру завданої шкоди, і виносить відповідну постанову.

Не пізніше трьох діб після винесення постанови (ухвали) про розмір шкоди, її копія, завірена гербовою печаткою, надсилається громадянину або його спадкоємцям, і вони її пред'являють за місцем свого проживання у районний фінансовий відділ для одержання чека (відшкодування громадянину заробітку та інших грошових доходів, які він втратив внаслідок незаконних дій, стягнутого штрафу тощо, провадиться за рахунок коштів державного бюджету). Чек громадянину видається фінансовим органом за місцем його проживання на момент пред'явлення вимоги, і не пізніше п'яти днів після пред'явлення ним копії постанови (ухвали) органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду про розмір шкоди.

Майно, конфісковане або звернене в дохід держави судом, вилучене органами дізнання чи попереднього слідства, органами, які здійсню-

ють оперативно-розшукову діяльність, а також майно, на яке накладено арешт, повертається в натурі тією установою або органом, у яких воно знаходиться, у місячний термін з дня звернення громадянина або його спадкоємців, якщо воно подане протягом шести місяців після направлення їм повідомлення. Пересилка або доставка майна проводиться також за рахунок цих органів.

У разі, коли повернення майна в натурі неможливе, за рахунок підприємств, установ, організацій, яким воно було передано безоплатно, відшкодовується його вартість. Вартість жилих будинків, квартир, інших споруд відшкодовується лише у разі, якщо зазначене майно не збереглося в натурі і громадянин відмовився від надання йому рівноцінного жилого приміщення з безоплатною передачею у його власність, або у разі згоди на це громадянина.

Вартість втраченого житла відшкодовується виходячи з ринкових цін, що діють на момент звернення громадянина з вимогою про відшкодування шкоди.

У випадках, коли майно було знищене, втрачене або пошкоджене під час знаходження у розпорядженні органу дізнання, попереднього слідства, прокуратури чи суду, громадянин має право звернутися до цих органів з вимогою про відшкодування вартості майна, а якщо неможливість повернення майна в натурі виникла після передачі його фінансовому органу, вимога пред'являється до цього органу.

Обов'язок щодо відшкодування громадянам матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю певних органів, їх посадових і службових осіб, передбачено й іншими законами України.

Статтею 9 Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність" встановлено, що у випадках порушення прав і свободи людини, а також у разі, якщо причетність до правопорушення особи, щодо якої здійснювалися оперативно-розшукові заходи, не підтвердилась, Служба безпеки України, Міністерство внутрішніх справ України, Прикордонні війська України, Управління державної охорони України зобов'язані поновити порушені права і відшкодувати заподіяні матеріальні та моральні збитки.

Певні особливості має відшкодування моральної шкоди. Згідно із законом воно проводиться у разі, коли незаконні дії органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду завдали моральної втрати громадянину, призвели до порушення його нормальних життєвих зв'язків і вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя.

Питання відшкодування моральної шкоди за заявою громадянина вирішується судом, згідно з чинним законодавством, у відповідних ухва-

лах. Якщо для з'ясування обставин щодо наявності у громадянина моральної шкоди виявиться потреба в спеціальних знаннях, суд може призначити належну експертизу, висновок якої оцінюється поряд з іншими доказами у справі. Розмір моральної шкоди визначається судом з урахуванням обставин справи в межах, встановлених цивільним законодавством.

Відшкодування моральної шкоди за час перебування під слідством чи судом провадиться виходячи з розміру не менше одного мінімального розміру заробітної плати за кожен місяць перебування під слідством чи судом.

В результаті незаконних дій органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду громадянину не тільки може бути заподіяна матеріальна і моральна шкода, але він також може зазнати й інших втрат: звільнення з роботи, позбавлення військових або інших звань, державних нагород, права на пільгову пенсію тощо. Тому, Законом України "Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду" (статті 6–10) передбачено не тільки відшкодування матеріальної і моральної шкоди, але й поновлення службових, трудових, житлових, інших особистих і майнових прав, а саме:

1) громадянину, звільненому з роботи (посади) у зв'язку з незаконним засудженням, або відстороненому від посади у зв'язку з незаконним притягненням до кримінальної відповідальності, надається колишня робота (посада), а при неможливості цього (ліквідація підприємства, установи, організації; скорочення посади; втрата довіри до працівника, який безпосередньо обслуговував грошові або товарні цінності, внаслідок вчинення ним винних дій; скоєння працівником, який виконував виховні функції, аморального проступку, несумісного з продовженням даної роботи тощо), йому має бути надано державною службою зайнятості іншу прийнятну роботу. Робота (посада) надається громадянину не пізніше місячного терміну з дня звернення, якщо воно надійшло протягом трьох місяців з моменту набрання законної сили виправдувальним вироком або винесення постанови (ухвали) про закриття кримінальної справи за відсутністю події злочину, відсутністю у діях складу злочину або недоведеності участі обвинуваченого у вчиненні злочину. При відмові у поновленні на роботі або не вирішенні цього питання у місячний термін з дня звернення громадянина, відповідно до статті 232 Кодексу законів про працю України, він має право у місячний термін звернутися до суду з позовом про поновлення на роботі;

2) термін перебування під вартою, термін відбуття покарання, а також час, протягом якого громадянин не працював у зв'язку з незаконним відстороненням від роботи (посади), зараховується як до загального трудового стажу, так і до стажу роботи за спеціальністю, стажу державної служби, безперервного стажу. Трудовий стаж робітників і службовців, а також стаж роботи осіб, які працювали на підставі членства (в кооперативі, колгоспі тощо), обчислений із зарахуванням періодів, зазначених у частині 1 цієї статті, враховується при наданні робітникам, службовцям і зазначеним особам різних пільг і переваг, в тому числі при призначенні пенсії і допомоги на державне соціальне страхування. Робітникам і службовцям цей стаж враховується також при призначенні розмірів місячних ставок (службових окладів) залежно від тривалості роботи за спеціальністю, а також при виплаті разової винагороди або відсоткових надбавок за вислугу років;

3) при призначенні пенсії за віком на пільгових умовах, періоди перебування під вартою, відбуття покарання, а також час, протягом якого громадянин не працював у зв'язку з незаконним відстороненням від роботи (посади), на вибір громадянина, який звернувся за пенсією, прирівнюються до роботи, яка передувала незаконному засудженню чи незаконному притягненню до кримінальної відповідальності, або яку він мав після звільнення від кримінальної відповідальності чи після відбування покарання;

4) якщо в результаті незаконного засудження громадянин втратив право користуватися житловим приміщенням, місцеві органи влади і самоврядування протягом місяця з дня звернення громадянина зобов'язані повернути йому раніше займане житлове приміщення, а в разі неможливості повернення (будинок знесений або перебудований в нежитловий, після капітального ремонту житлове приміщення, яке займав громадянин, більше не існує або суттєво зменшене в розмірі, житлове приміщення у встановленому законом порядку надано іншому громадянину тощо), надають йому поза чергою протягом шести місяців з дня звернення громадянина в тому ж населеному пункті рівноцінне, впорядковане житлове приміщення з урахуванням складу сім'ї та діючих норм житлової площі;

5) якщо громадянин у зв'язку з незаконним засудженням був позбавлений військових або інших звань, а також державних нагород, йому поновлюються звання і повертаються нагороди. З цієї метою суд, що скасував вирок із закриттям справи, направляє не пізніше трьох діб після винесення постанови (ухвали) подання в орган, що розглядав клопотання про позбавлення громадянина військових або інших звань, а також орденів та медалей, про поновлення цих звань і повернення орденів та медалей.

Громадяни України, які постраждали в результаті незаконних дій органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду, не завжди звертаються до відповідних органів з питанням про відшкодування завданої їм шкоди. Одні не роблять цього тому, що вважають за достатнє той стан речей, за якого їм вдалось уникнути незаконного засудження, бути звільненим з місць позбавлення волі тощо. Інші — з причини незнання такого конституційного права, яке передбачено статтею 56 Конституції України, і порядку його реалізації. Тому стаття 11 Закону України “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду” зобов’язує орган дізнання, слідчого, прокурора або суд у разі постановлення виправдувального вироку, закриття кримінальної справи за відсутністю події злочину, відсутністю у діянні складу злочину або недоведеності участі громадянина у вчиненні злочину, а також у разі закриття справи про адміністративне правопорушення:

а) роз’яснити громадянину порядок поновлення його порушених прав і відшкодування іншої шкоди (одночасно з повідомленням про закриття справи на стадії дізнання і попереднього слідства або з копією виправдувального вироку, що набрав законної сили, або постановою (ухвалою) суду (судді) громадянину (в разі його смерті — його спадкоємцям) направляється повідомлення, в якому роз’яснюється, куди і протягом якого терміну можна звернутися за відшкодуванням шкоди і поновленням порушених прав, а також зазначається перелік тих вимог, які даний громадянин має право висувати. При відсутності відомостей про місце проживання спадкоємців, повідомлення направляється їм не пізніше п’яти днів з дня їх звернення до органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду;

б) на прохання потерпілого в місячний термін письмово повідомити про своє рішення трудовий колектив або громадські організації за місцем проживання (Закон також не забороняє зробити це на прохання спадкоємців потерпілого).

Якщо відомості про засудження або притягнення громадянина до кримінальної відповідальності, застосування до нього як запобіжного заходу взяття під варту чи накладення на нього адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт були опубліковані в пресі, то на вимогу цього громадянина, а в разі його смерті — на вимогу його родичів чи органу дізнання, слідчого, прокурора або суду редакція повинна протягом одного місяця зробити повідомлення про рішення, що реабілітує громадянина (стаття 37 Закону України “Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні”). У тому випадку, коли

редакція газети, журналу або іншого друкованого видання не опублікує таке повідомлення добровільно, зазначені особи можуть звернутися до суду з вимогою примусити їх зробити це.

Якщо громадянин не задоволений винесеною постановою про відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів дізнання, досудового слідства чи прокуратури, він може оскаржити цю постанову у суді в порядку, встановленому для розгляду скарг на неправомірні дії органів державного управління і службових осіб, що обмежують права громадян. При цьому таку заяву він може на свій вибір подати до суду за місцем його проживання або за місцем знаходження відповідного органу дізнання, досудового слідства чи прокуратури. Сторони в цих справах звільняються від сплати судових витрат.

Оскарження до суду не позбавляє громадянина права звернутись зі скаргою до відповідного прокурора. У разі незгоди з винесеною ухвалою суду громадянин має право оскаржити її у суді вищої інстанції в апеляційному порядку.

Розглянуте право не повною мірою використовується громадянами. Статистика свідчить, що його реалізують тільки 15% реабілітованих осіб, на що є як об'єктивні, так і суб'єктивні причини. Головною причиною є те, що вказані особи побоюються відновлення провадження у справі. І небезпідставно.

Основним недоліком діючого закону є фактична неможливість відшкодування шкоди, завданої юридичній особі незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду. Законопроект з аналогічною нормою (автори – народні депутати України В.Стретович та Г. Буйко) був внесений на розгляд Верховної Ради 12.07.2005, але не був розглянутий навіть в першому читанні. Ще однією проблемою є недосконалий порядок виплати відшкодування з бюджету, в багатьох випадках рішення про виплату відшкодування залишаються невиконаними у зв'язку з відсутністю коштів.

Загалом діюче законодавство в цій сфері розроблене достатньо ґрунтовно. Однак, практика застосування законодавства щодо відшкодування шкоди, завданої правоохоронними органами та судами, викликає багато питань. Зважаючи на наявність жорстких норм законодавства про відшкодування шкоди, формально правоохоронні органи в Україні практично не роблять помилок. Виправдувальних вироків практично не виносяться, кримінальні справи за реабілітуючих обставин не закриваються. На практиці справа виглядає таким чином – після того як слід-

¹ В.Новиков. Гарантії права особи на компенсацію шкоди, заподіяної незаконним обвинуваченням // Право України. – 1998. – № 11. – С. 32.

чий, прокурор або суддя дійшли висновку про невинуватість підслідного або підсудного, цій людині пропонується звільнення та закриття справи в обмін на відмову від претензій до правоохоронних органів. Більшість громадян погоджуються на такі пропозиції. Є надії, що ця ситуація зміниться після проведення реформи правоохоронної системи, зокрема, після приведення функцій прокуратури у відповідність до вимог Конституції України.

Відшкодування шкоди жертвам злочинів

Конституція України проголошує Україну як соціальну і правову державу, в якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність (ст. 3 Конституції). Дане положення конкретизується у низці статей розділу II Конституції. Зокрема, ст.27 встановлює обов'язок держави – захищати життя людини, у ст.41 закріплена непорушність права власності громадян.

У розвиток цих конституційних положень, а також Європейської конвенції по відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів (ETS N 116) (Стразбург, 24 листопада 1983 року), статтями 1177 та 1207 нового Цивільного кодексу України встановлено, що шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю громадянина внаслідок злочину, а також майнова шкода, завдана майну громадян внаслідок злочину, у разі, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин або, якщо ця особа є неплатоспроможною, відшкодовується державою. Цими статтями Цивільного кодексу України також передбачено, що умови та порядок відшкодування державою зазначеної шкоди встановлюються законом.

На реалізацію цих положень ЦК у Верховній Раді України IV скликання було зареєстровано чотири законопроекти (№№ 2402, 2402-1, 6283-1 та 6283). У цих законопроектах визначаються підстави та умови, а також встановлюються порядок і розмір відшкодування за рахунок держави матеріальної шкоди фізичним особам, які потерпіли від злочинних посягань на їхнє життя, здоров'я або майно. 18 січня 2006 року проект №6283 було прийнято в першому читанні.

Проект закону №6283 “Про відшкодування за рахунок держави матеріальної шкоди громадянам, які потерпіли від злочину”, вводить декілька нових інститутів.

По-перше, відшкодуванню за рахунок держави підлягає реальна матеріальна шкода від злочину, і не відшкодовується державою мораль-

на (немайнова) шкода, яка також передбачається статтею 1207 Цивільного кодексу.

По-друге, держава повинна відшкодувати потерпілому матеріальну шкоду лише у разі, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин. Водночас держава не зобов'язується відшкодувати шкоду потерпілому у разі неплатоспроможності винної особи, як це передбачено ст.ст.1177 і 1207 Цивільного кодексу.

По-третє, право потерпілого на відшкодування шкоди за рахунок держави обмежується у часі. Це право з'являється у потерпілого лише через шість місяців після виникнення у нього в результаті злочину матеріальної шкоди, за умови, якщо за цей час органами слідства не встановлено особу (осіб), яка вчинила злочин, та не пред'явлено обвинувачення цій особі і немає даних про належне їй майно, за рахунок якого має бути відшкодовано шкоду. Крім того, у разі, якщо потерпілий пропустив 6-місячний строк на пред'явлення виконавчого документа суду про відшкодування шкоди до виконання, цей строк поновленню не підлягає (ст.17 проекту Закону).

По-четверте, за цим проектом закону право на відшкодування шкоди за рахунок держави виникає у потерпілого не в усіх випадках, а лише у разі, коли завдана йому злочином шкода є істотною, тобто розмір якої перевищує п'ятикратний мінімальний розмір заробітної плати.

По-п'яте, проектом Закону передбачено обмеження граничного розміру відшкодування громадянам матеріальної шкоди за рахунок держави, порівняно з положеннями ст.ст. 1177 та 1207 Цивільного кодексу України. Така шкода відшкодується потерпілому за рахунок коштів державного бюджету в повному обсязі, але не більше, ніж 100 мінімальних розмірів заробітної плати (тобто приблизно в межах від 1.000 грн. до 30.000 грн. на одного потерпілого).

Крім зазначеного вище, проектом Закону передбачаються додаткові формальні умови виникнення та реалізації права потерпілого на відшкодування шкоди за рахунок держави. Такими умовами є:

- 1) порушення у встановленому порядку кримінальної справи у зв'язку із вчиненням злочину проти громадянина;
- 2) визнання громадянина потерпілим у даній справі та визначення розміру завданої йому злочином матеріальної шкоди;
- 3) встановлена судом неможливість повного або часткового відшкодування шкоди потерпілому в установленому порядку за рахунок винної особи (осіб) або в іншому законному порядку на момент судового розгляду справи;
- 4) відсутність протиправних дій потерпілого, що мають ознаки злочину, з якими пов'язується виникнення у нього матеріальної шкоди.

Таким чином, остаточною долю права потерпілого на відшкодування шкоди за рахунок держави та його розміру за проектом цього Закону має вирішувати суд, з урахуванням конкретних обставин справи (характеру і розміру завданої громадянину шкоди, його матеріального стану та складу сім'ї, надання йому соціальної допомоги з інших джерел тощо).

Згідно з даним проектом питання про відшкодування потерпілому шкоди за рахунок держави мають вирішувати прокурор, який здійснює нагляд за розслідуванням кримінальної справи (в якій громадянина визнано потерпілим), та суд, що приймає відповідне рішення за заявою прокурора (за обов'язкової участі громадянина у розгляді справи), а виконання рішення суду про відшкодування шкоди потерпілому покладається на органи державної виконавчої служби Міністерства юстиції України. При цьому проектом Закону передбачено, що вирішення справи про відшкодування шкоди громадянину за рахунок держави судом здійснюється не в позовному порядку, а за загальними правилами окремого провадження, з урахуванням вимог цього Закону, оскільки держава не є відповідачем щодо потерпілого від злочину, а лише надає йому соціальну допомогу за наявності умов, визначених цим Законом. Даний проект орієнтується на положення частини третьої статті 234 нового Цивільного процесуального кодексу України (який вступив в силу з 1 січня 2005 року), що передбачає розгляд у порядку окремого провадження, крім зазначених у вказаній статті Кодексу також інших справ у випадках, встановлених законом.

З метою гарантованого і точного виконання судових рішень про відшкодування громадянам, потерпілим від злочину, шкоди за рахунок держави, проектом Закону передбачено утворення спеціального Фонду потерпілого в Україні (ст.16 проекту Закону), за рахунок частини доходів державного бюджету від сплати державного мита та інших надходжень до бюджету, пов'язаних з діяльністю правоохоронних органів, а також інших доходів держбюджету. Визначено мінімальний розмір Фонду на рік, еквівалентний не менш ніж 2 млн. євро. Головним розпорядником коштів Фонду пропонується визначити Міністерство юстиції України. Цей же Фонд має забезпечувати відшкодування шкоди за рахунок держави за чинним Законом України "Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду" від 1 грудня 1994 року.

Примусове позбавлення права власності

Зовсім не розробленим залишається і питання щодо реалізації ст. 1170 Цивільного Кодексу щодо відшкодування шкоди, завданої прийняттям закону про припинення права власності на певне майно. На практиці ця норма частіше за все застосовується в будівництві. Час від часу при реконструкції або новому будівництві виникає необхідність примусово викуповувати земельні ділянки та/або будівлі для державних або суспільних потреб. На нашу думку, необхідно стимулювати підготовку законопроекту про планування та забудову територій, в якому, поперше, передбачити механізм завчасного, за кілька років, попередження власників нерухомості про можливий викуп, після цього, наприклад, на цій ділянці забороняється нове будівництво. Також слід передбачити кілька варіантів викупу, починаючи від можливості отримання відшкодування в грошовій формі і, закінчуючи можливістю отримання відшкодування в натурі.

Зобов'язання держави, що виникли внаслідок дії непереборної сили або надзвичайних ситуацій

Право громадян на екологічну безпеку, закріплене в статті 50 Конституції України, яка визначає, що «кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди», носить абсолютний характер, і, незалежно від чинників, що призвели до його порушення, громадяни мають право на відшкодування заподіяної шкоди. Відповідно до статті 16 Конституції України, забезпечення екологічної безпеки та підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи, збереження генофонду українського народу є обов'язком держави.

Відшкодування шкоди у таких випадках варто розглядати як складний інститут права, який за своєю правовою природою є поєднанням юридичної (цивільно-правової) відповідальності, яка настає у випадку порушення екологічних прав протиправними, винними діями та позитивної (соціальної) відповідальності, яка настає у випадку заподіяння шкоди природними, природно-техногенними чи іншими надзвичайними подіями і явищами, і за своєю юридичною природою є заходами захисту порушених екологічних прав та реалізується шляхом застосування цих заходів.

Забезпечення екологічної безпеки досягається різними шляхами. Один із найважливіших серед них – це запобігання надзвичайним екологічним ситуаціям та ефективна ліквідація їх наслідків. В Україні за

Розділ 4. Досвід зарубіжних країн та міжнародні стандарти в сфері відповідальності суб'єктів публічно-правових відносин

Гуманізація адміністративного права, наявність і функціонування адміністративної юстиції в країні є ознакою виведення взаємовідносин громадянин-держава на якісно інший рівень. Розробка законодавства і запровадження нових адміністративних процедур обумовлюються необхідністю ефективної реалізації принципів адміністративного права на практиці. Одним з них є принцип відповідальності держави за шкоду, завдану органами влади і службовцями цих органів. Перед Україною постала необхідність врегулювання у національному законодавстві механізмів здійснення відшкодування шкоди як за судовими рішеннями, так і у позасудовому порядку у випадку застосування альтернативних засобів врегулювання спорів. Однак, це питання потребує ретельного вивчення світової практики для врахування і використання різних підходів і вироблення оптимальних для нашої держави механізмів.

В еволюції принципу відшкодування шкоди, завданої діями органів влади, можна виділити три етапи. Початок *першого етапу* бере свій відлік у 1215 році, з моменту закріплення у главі 61 *англійської Magna Carta (Великої Хартії)* процедури, відповідно до якої на майно короля в разі порушення ним Хартії можна було накласти арешт з метою забезпечення відшкодування шкоди¹. Починаючи з цього часу, англійські суди у своїх рішеннях могли посилатися на цю главу для відновлення справедливості. *Magna Carta* заклала основи стрижневого принципу політичного життя, а саме – відповідальність влади перед тими, стосовно кого вона здійснюється².

Період розвитку адміністративного права та виникнення адміністративної юстиції у Західній Європі припадає на XVIII – першу половину XX століття. Характерним для цього часу було те, що прецедентне право у вирішенні питань щодо відшкодування шкоди не завжди відповідало окремим спеціальним нормативним актам. Хоча загалом право особи на відшкодування шкоди, завданої органами влади чи їхніми службовцями, і визнавалося, проте, це право було обмежене окремими сферами державної діяльності, відсутністю процесуальних механізмів і невизначеністю розмежування відповідальності держави, її органів, з одного боку, та службовців, з іншого боку.

¹ Головатий С. Верховенство права : Монографія : У 3-х кн. – К.: Видавництво "Фенікс", 2006. – Книга перша. – С. 148

² Головатий С. Верховенство права : Монографія : У 3-х кн. – К.: Видавництво "Фенікс", 2006. – Книга перша. – С. 132

У країнах Західної Європи відносини між державою і особою зазнали значних змін із закінченням епохи феодалізму. Наприклад, у 1790 році у **Франції** було прийнято Закон про відшкодування шкоди, спричиненої публічними роботами³. Суди цивільної юрисдикції поширили принципи відшкодування шкоди і на інші види діяльності, застосовуючи аналогію права. Водночас, суди адміністративної юрисдикції приймали рішення на користь держави з метою захисту державної казни. Тобто, існував конфлікт між цивільним і адміністративним судочинством. Наприкінці XIX століття Державна Рада Французької Республіки як вищий орган адміністративної юрисдикції створила Трибунал з розв'язання конфліктів (суд, що розглядає спори про підсудність справ). Протягом XIX-XX століття судова практика сформувала особливості застосування адміністративними судами норм цивільного права щодо відшкодування шкоди у спорах проти держави. Крім того, було встановлено принципи майнової відповідальності службовців.

Захист приватної власності від втручань з боку державної влади був передбачений суддівським правом **Пруссії**, а саме §§ 74, 75 Вступу до загального права Пруссії від 1794 року. Ці положення стосувалися позбавлення власності заради загального блага, протиправних владних втручань у власність, а також втручання держави, яке призводить до часткового позбавлення власності (коли наслідком правомірної управлінської діяльності є побічні негативні наслідки, що дають право на відшкодування шкоди)⁴.

Протягом першої половини XX століття притягнення держави до відповідальності за шкоду, завдану її органами чи службовцями, поступово починає знаходити своє втілення як в судовій практиці, так і в положеннях національного законодавства багатьох країн на рівні статей кодифікованих актів цивільного і/або адміністративного права. Однак, у цивільному процесі особі було складно змагатися з державою, зважаючи на фактичну нерівність сторін.

Другий етап еволюції принципу відшкодування шкоди (середина XX – кінець XX століття) можна пов'язати з закінченням Другої світової війни. Цей період характеризувався розвитком механізмів захисту прав особи у взаємовідносинах із органами державної влади. У національному законодавстві багатьох країн з'являються нормативні акти, які визначають правила і регулюють

³La loi des 7-11 décembre 1790 reprise par la loi du 28 pluviôse an VIII sur la réparation des dommages causés aux immeubles par les travaux publics

⁴Див. ст. *Танс-Герман Лохан*. Основні питання відповідальності держави за заподіяну владними діями шкоду (ФРН). – Ст. 59–64

процедуру відшкодування шкоди. Відповідні норми щодо розгляду таких спорів у порядку цивільного чи адміністративного судочинства знаходять своє втілення у вигляді спеціальних законів чи окремих статей кодексів. Водночас у деяких країнах адміністративні органи наділяються правом приймати рішення щодо відшкодування шкоди в порядку адміністративної процедури розгляду скарги (позасудовий порядок врегулювання спорів).

У 1947 році у **Великобританії** прийнято Закон «Про участь держави в судових процесах»⁵. Законом визначено, у яких випадках держава виступає як сторона судового спору, визначаються підстави і процедури відшкодування шкоди, завданої органами державної влади або діями їх чиновників. Законом регулюються правила предметної та інстанційної підсудності деяких категорій справ, у яких однією зі сторін виступає держава. Такі спори розглядаються в порядку цивільного судочинства Верховним судом або судами графств Великобританії.

З метою врегулювання процедури розгляду спорів, в яких однією зі сторін є держава, у 1948 році у **Сполучених Штатах Америки** було прийнято Закон «Про позови до федеральних органів влади»⁶. Відповідно до цього Закону необхідною юридичною передумовою подання позову до суду є оскарження рішення, дії або бездіяльності федерального органу чи його службовця у порядку адміністративної процедури. Така скарга подається у стандартній формі. У скарзі повинен бути зазначений розмір збитків, яких зазнала особа, а також подано всю інформацію, необхідну для з'ясування обставин справи. Федеральний орган повинен розглянути скаргу протягом шести місяців. Якщо протягом цього строку заявник не отримав відповіді, він має право звернутися до суду (ця вимога щодо обов'язкового адміністративного оскарження і обмеження строків стосується лише позовів до держави і не стосується скарг щодо дій службовців, вчинених при виконанні ними службових обов'язків⁷). Керівник федерального органу або особа, якій він делегував свої повноваження, має право прийняти рішення про відшкодування шкоди у розмірі не більше ніж 25 тис. дол. США. Відшкодування шкоди, що перевищує цю суму, може бути здійснене після погодження з Генеральним Аторнеєм США (яким є Міністр юстиції). Залежно від розміру суми, відшкодування може бути здійснене з бюджету органу за рахунок відповідних асигнувань, якщо ця

⁵Crown Proceedings Act, 1947.

⁶The Federal Tort Claims Act, 1948.

⁷The Federal Tort Claims Act: An Overview by Michael E. Quinton, Esq. // <http://www.quintonpetix.com/fedtorac.htm>.

сума не перевищує 2,5 тис. дол. США, або у порядку виплати відшкодування за судовими рішеннями, якщо ця сума більша. Щороку керівник федерального органу звітує перед Конгресом США про всі випадки відшкодування шкоди. Згода заявника на відшкодування шкоди в порядку адміністративної процедури означає остаточну і безумовну відмову від усіх претензій до держави і до службовця, дія чи бездіяльність яких спричинили завдання шкоди.

Відповідно до Закону **Угорщини** «Про загальні правила державних адміністративних процедур», прийнятого у 1957 році, особа повинна звернутися до адміністративного органу з вимогою щодо відшкодування шкоди. Рішення органу можна оскаржити в апеляційному порядку до вищестоящего адміністративного органу. І лише у разі незгоди особи з апеляційним рішенням таке рішення може бути оскаржене в судовому порядку протягом 30 днів. Рішення апеляційного суду є остаточним⁸. Тобто, угорським законодавством запроваджено обов'язкову процедуру досудового адміністративного оскарження.

Беручи до уваги теоретичні підходи та законодавчу практику низки країн, можна припустити, що кінець ХХ століття є початком *третього етапу* еволюції принципу відшкодування шкоди. Цей етап характеризується розширенням меж відшкодування шкоди. Відшкодуванню, відповідно до змін у законодавстві багатьох країн, тепер підлягає не лише шкода, завдана органами виконавчої влади чи їх службовцями, а й шкода, завдана особі незаконними діями органів досудового слідства, прокуратури і суду. Беручи до уваги судову практику міжнародних судових інституцій можемо говорити про запровадження принципу відповідальності держави за невиконання законодавчими органами обов'язку щодо імплементації в національне законодавство норм, передбачених міжнародним законодавством. Крім того, на рівні національного законодавства багатьох країн особа наділяється процедурними правами на доступ до інформації в процесі прийняття рішення, яким їй може бути завдана шкода, вдосконалюється законодавство щодо застосування альтернативних засобів врегулювання спорів, однією з сторін в яких є орган публічної адміністрації.

Позасудовий порядок відшкодування шкоди широко застосовується у **Німеччині** з метою врегулювання спорів. Постраждала особа має

⁸Administrative Justice in the New European Democracies: Case Studies of Administrative Law and Process in Bulgaria, Estonia, Hungary, Poland and Ukraine, Galligan, Langan and Nicandrou, eds. (COLPI, Budapest, Hungary and the Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, United Kingdom) (1998), p.62

право звернутися до керівника органу влади або установи, що діє в межах делегованих повноважень, із заявою про відшкодування шкоди, подаючи при цьому документи, що підтверджують факт заподіяння шкоди, її розмір і причинний зв'язок між дією органу влади і завданою шкодою. Якщо є підстави вважати, що економічно недоцільно залучати адвокатів і розпочинати судову процедуру розгляду справи, оскільки це суттєво збільшить витрати, то орган влади зацікавлений у вирішенні справи у позасудовому порядку. Рішення про відшкодування шкоди підконтрольне органу влади вищого рівня, а також є предметом контролю з боку Рахункової палати. У бюджетах органів влади передбачається окрема стаття витрат на відшкодування шкоди, розрахунок величини якої базується на обсягах таких виплат у попередніх роках. Якщо сторони не дійшли згоди в позасудовому порядку, особа має право подати позов до суду (залежно від предмету спору ця справа може розглядатися в порядку цивільного або адміністративного судочинства). Слід зазначити, що у Німеччині широко використовується страхування відповідальності органів влади і посадових осіб цих органів на випадок завдання шкоди при здійсненні владних повноважень. З цією метою створений пул (об'єднання) страхових організацій, що страхують відповідальність органів влади і їх службовців. Ці страхові організації є неприбутковими і діють на основі системи солідарної відповідальності. Тобто, у більшості випадків витрати покриває страхова організація.

У 1981 році Бундестаг прийняв Закон про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків. Проте, у зв'язку з тим, що була порушена процедура прийняття цього Закону, Федеральний Конституційний Суд Німеччини визнав цей Закон таким, що не відповідає Основному Закону (Конституції), хоч зауважень по суті не висловив. До теперішнього часу спеціальний нормативний акт, який би регулював питання відповідальності держави, у Німеччині так і не був прийнятий. Справи про відповідальність держави вирішуються судами адміністративної або загальної юрисдикції на основі окремих положень загальних актів національного законодавства, міжнародних документів та судової практики. Відповідно до Основного Закону Німеччини, якщо особа порушить свої посадові обов'язки щодо третіх осіб, то відповідальність несе держава або орган, на службі якого перебуває ця особа. За наявності умислу або грубої необережності до цієї особи може бути пред'явлено регресний позов.

Відповідно до процедурних правил **Французької Республіки**

необхідною передумовою для подання до адміністративного суду більшості категорій позовів про відшкодування шкоди є попереднє звернення до адміністративного органу зі скаргою⁹. Якщо заявник незадоволений рішенням адміністративного органу, він звертається до суду в порядку адміністративного судочинства. У питанні відшкодування шкоди, завданої державою чи службовцем адміністративного органу, судова практика йде шляхом розмежування відповідальності службовця, який відповідає у випадку наявності особистої вини (*faute personnelle*) відповідно до цивільного і кримінального законодавства, та відповідальності держави (її органу), яка відповідає за спричинену шкоду відповідно до адміністративного законодавства у випадку службової вини (*faute de service*). Існує низка прецедентних рішень Державної Ради Французької Республіки щодо відшкодування шкоди, завданої державою. Судова практика диверсифікує режими відповідальності з метою забезпечення справедливого розподілу витрат з урахуванням дій постраждалої сторони. Загальний принцип визначення обсягу відшкодування полягає в тому, що постраждала особа не повинна ні втратити, ні збагатитися¹⁰. Відшкодуванню підлягає як матеріальна, так і моральна шкода¹¹. Обов'язок доказування лежить на постраждалому, який повинен підтвердити факт завдання шкоди, вказати на провину адміністративного органу і довести причинний зв'язок між ними. При вирішенні питання про сплату судових витрат суд враховує принцип справедливості та економічне становище сторони, що прогнала.

У Франції, як і в Німеччині, широко використовується страхування відповідальності органів влади та установ, які здійснюють функції на основі делегованих повноважень (сюди відносять, зокрема, і комунальні лікарні). Вибір страхової організації відбувається шляхом проведення тендеру. Тобто, якщо відповідальність установи/органу була застрахована, витрати на відшкодування шкоди покриваються страховою компанією. З іншого боку, якщо постраждала особа була застрахована в системі соціального страхування, виплату постраждалій особі здійснює каса соціального страхування. У подальшому ця страхова каса має право вимагати відшкодування збитків, понесених у зв'язку з виплатою такого відшкодування, у винуватця страхового випадку¹².

⁹Loi du 31 décembre 1987 sur la réforme du contentieux; "Décret du 23 décembre 2006 modifiant les conditions d'accès au juge"

¹⁰Droit administrative general, Tome 1. Rene Chapus. 9 edition, 1995. p.1107.

¹¹Droit administrative general, Tome 1. Rene Chapus. 9 edition, 1995. p.1087.

¹²Code de la Securite Sociale, Article L376-1, див.ст. 124–127 Витяги із законодавства Франції.

Як бачимо, дилема між забезпеченням найповнішого захисту інтересів постраждалих осіб і захисту державної казни (державного і місцевого бюджетів, а також бюджетів установ, які діють на основі делегованих повноважень) у Німеччині і Франції вирішується шляхом застосування механізмів страхування. Таке вирішення питання можливе в тих країнах, де ринок фінансових послуг має столітні традиції, а корупція не є визначальною перепоною для запровадження нових механізмів відшкодування шкоди.

При визначенні меж відшкодування шкоди ще до недавнього часу вважалося, що шкода, завдана законодавчою гілкою влади шляхом прийняття/неприйняття законів, не відшкодовується з огляду на невизначене коло постраждалих осіб і надзвичайно велике навантаження на державний бюджет. Проте, останнім часом ця позиція поступово зазнає змін: існують приклади, коли суди, беручи до уваги принцип міжнародної відповідальності держави за шкоду, якої було завдано внаслідок невідповідності внутрішнього права міжнародним зобов'язанням, поступово виробляють нову практику. Тобто, якщо законодавчий орган невчасно прийняв нормативний акт, і у зв'язку з цим фізична чи юридична особа зазнала збитків, така бездіяльність законодавчого органу може бути оскаржена до суду, а завдана шкода – відшкодована. Такі положення закладені у законодавстві деяких земель Німеччини, у Франції, Польщі.

У багатьох країнах Центральної та Південно-Східної Європи протягом останнього десятиліття розроблено і прийнято спеціальні нормативні акти щодо відшкодування шкоди, завданої органами публічної адміністрації. Ці нормативні акти регулюють позасудовий порядок прийняття рішення щодо відшкодування шкоди з можливістю подальшого судового оскарження, якщо особа не згідна з рішенням адміністративного органу.

Одним з перших прикладів прийняття спеціального закону, який регулює коло зазначених питань, є Закон **Албанії** про позадоговірну відповідальність органів влади¹³. Відповідно до цього Закону позадоговірна відповідальність державних органів поширюється на матеріальні і нематеріальні збитки, які завдані фізичним чи юридичним особам незалежно від того, є вони резидентами чи ні. Адміністративна процедура може бути ініційована як постраждалою особою, так і адміністративним органом. Тягар доказування лежить на сторонах, причому, якщо скаржник не може долучити докази до матеріалів скарги,

¹³ Pllg Rëgjegjësial Jastlkontraktore Tl Organeve Tl Administratlis Shtetllore, Nr.8510, Datl 15.07.1999

він може вимагати витребування відповідних документів, необхідних для обґрунтування своєї позиції. Оцінку розмірів відшкодування шкоди здійснює адміністративний орган самостійно або шляхом залучення експерта. У разі незгоди скаржника з рішенням адміністративного органу, таке рішення може бути оскаржене до вищестоящего органу. Жодного обмеження щодо розміру відшкодування шкоди законодавством не передбачено. У кінці бюджетного року орган влади подає до Міністерства фінансів бюджетний запит щодо виділення коштів на відшкодування шкоди. Відповідальність покладається на державу з можливістю пред'явлення регресного позову до службовця, з вини якого така шкода була завдана.

Закон **Естонії** «Про відповідальність держави»¹⁴ визначає підстави і процедуру захисту та поновлення прав, порушених внаслідок реалізації органами влади та іншими установами публічних функцій і повноважень, а також відшкодування шкоди, спричиненої такими діями. Відповідно до цього Закону шкода може бути відшкодована як в позасудовому порядку, так і за рішенням адміністративного суду. Орган влади, чії дії завдали шкоду, зобов'язаний виплатити компенсацію потерпілій особі. Особа має право вимагати відшкодування збитків і упущеної вигоди, а фізична особа має право на компенсацію не лише матеріальної, а й моральної шкоди. Окремим розділом згаданого Закону та змінами до Закону про публічну службу передбачено підстави та процедуру звернення з позовом у порядку регресу до посадової особи, з вини якої держава виплатила компенсацію.

Ще один приклад прийняття спеціального закону, що регулює підстави і процедуру відшкодування шкоди, завданої органами публічної адміністрації (органом державної влади, місцевого самоврядування чи установою, яка діє на підставі делегованих повноважень), – закон, прийнятий у **Латвії** в 2005 році¹⁵. Відповідно до цього Закону відшкодуванню підлягає як матеріальна, так і моральна шкода, завдана в результаті протиправного адміністративного акта або протиправних фактичних дій органів публічної адміністрації. Згідно з цим Законом особа подає заяву про відшкодування шкоди до того органу публічної адміністрації, який цю шкоду завдав. Тобто, попереднє адміністративне оскарження є обов'язковим. Залежно від того, ким заподіяно шкоду, Закон визначає, з якого бюджету має здійснюватися таке відшкодування. Рішення органу публічної адміністрації не підлягає

¹⁴Закон Естонії "Про відповідальність держави", 2001.

¹⁵Valsts pārvaldes iestāžu nodarīto zaudējumu atlīdzināš anas likums. spēkā esošs no 2005.07.01 Publicētis:Vēstnesis 96 2005.06.17.

оскарженню в адміністративному порядку, але воно може бути оскаржене в суді в порядку адміністративного судочинства. Закон передбачає, що Міністерство фінансів перевіряє обґрунтування доцільності рішення органу щодо відшкодування шкоди, а також готує і подає до Уряду звіт про обсяги відшкодування шкоди з державного бюджету. Крім того, передбачено підстави для подання регресного позову проти службової особи і процедуру стягнення з неї коштів.

У законодавчому полі **Польщі** відсутній спеціальний закон, який би регулював питання відшкодування шкоди, завданої органами влади. Проте, останнє десятиліття характеризується активними науковими дослідженнями цього питання. Ще донедавна нормами Цивільного кодексу і Кодексу адміністративного провадження, а також Закону «Про податкову ординацію» було передбачено відшкодування лише реальної шкоди, завданої незаконним актом органу публічної адміністрації. Умовою відшкодування шкоди з Державної скарбниці було доведення вини службовця. Але з моменту набуття чинності новою Конституцією Республіки Польща у 1997 році компенсації підлягає як реальна шкода, так і втрачена вигода (відповідно до Рішення Конституційного Суду Республіки Польща від 23 вересня 2003 року). Рішення про відшкодування ухвалюється органом публічної адміністрації, який визнав недійсним рішення, що спричинило шкоду¹⁶. Якщо постраждала особа не згідна з відшкодуванням, визначеним органом публічної адміністрації, вона може подати позов до суду загальної юрисдикції. Крім того, Цивільний кодекс¹⁷ містить низку положень щодо відшкодування шкоди, завданої ухваленням/неухваленням нормативного акту або рішення. Регресний позов до особи, винної у виникненні обставин, що потягнули за собою завдання шкоди, подається до суду загальної юрисдикції.

Удосконалення механізмів відшкодування шкоди з метою їх спрощення для особи не обмежується лише Європейським континентом. Так, з метою мінімізації витрат бюджету і більш ефективного застосування позасудових методів врегулювання спорів у 1990 році в **Сполучених Штатах Америки** було прийнято Закон «Про врегулювання адміністративних спорів»¹⁸, відповідно до якого застосування альтернативних засобів врегулювання спорів ґрунтувалося на взаємній згоді учасників. Тобто, в законодавстві не було закріплено обов'язку застосовувати цю процедуру. Нова редакція Закону, прийнята

¹⁶Див. статтю 160 Кодексу адміністративного провадження Республіки Польща

¹⁷Див. Статтю 417 Цивільного кодексу Республіки Польща

¹⁸The Administrative Dispute Resolution Act of 1990.

у 1996 році¹⁹, встановлює процедурні правила застосування альтернативних засобів розв'язання конфліктів: переговори, медіація, арбітраж та інші. У преамбулі Закону зазначено, що «альтернативні засоби врегулювання спорів використовуються в приватному секторі протягом багатьох років і, за відповідних обставин, сприяють прийняттю рішень, які є швидшими і дешевшими <...>. Можливість застосування широкого спектру засобів врегулювання спорів і розуміння методів найбільш ефективного використання таких процедур підвищить якість діяльності Уряду і служитиме на благо суспільству». Відповідно до Закону кожен орган виконавчої влади повинен ухвалити нормативний акт, який регулює процедурні правила застосування альтернативних засобів врегулювання спорів, визначити відповідальних осіб, започаткувати регулярні навчання для працівників, а також забезпечити перегляд всіх угод, укладених органом, з метою заохочення сторін до використання альтернативних засобів врегулювання спорів²⁰.

Посилення вимог до держави у сфері відшкодування шкоди можна відстежити і на прикладі документів Ради Європи, що мають рекомендаційний характер для держав-членів. Резолюція (77) 31 Комітету Міністрів про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади²¹ визначає принципи, якими в своєму праві та адміністративній практиці повинні керуватися держави-члени. Ці принципи стосуються захисту фізичних і юридичних осіб в адміністративних процедурах щодо тих чи інших індивідуальних заходів або рішень (адміністративних актів). Принцип «зазначення засобів правового захисту» передбачає, що якщо адміністративний акт, виданий в письмовій формі, негативно впливає на права, свободи чи інтереси відповідної особи, у ньому мають бути зазначені звичайні засоби правового захисту. Зокрема, має бути зазначено компетентний орган та строки, в межах яких це питання повинно вирішуватися.

Застосування альтернативних засобів врегулювання спорів передбачено Рекомендацією № R (81) 7 Комітету Міністрів щодо способів полегшення доступу до правосуддя²², де зазначено, що необхідно вживати заходів для полегшення або сприяння примиренню сторін та дружньому врегулюванню спорів ще до того, як ініціюється

¹⁹The Administrative Dispute Resolution Act of 1996.

²⁰Див. Sec 3, The Administrative Dispute Resolution Act of 1996.

²¹Резолюція (77) 31 про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади
// [http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/Conv_Rec_Res/Resolution\(77\)31.asp](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/Conv_Rec_Res/Resolution(77)31.asp)

²²Рекомендація R (81) 7 щодо способів полегшення доступу до правосуддя
// [http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/Conv_Rec_Res/Recommendation\(81\)7.asp](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/Conv_Rec_Res/Recommendation(81)7.asp).

судове провадження, або вже під час судового провадження. Водночас, необхідно уникати формальних процедур примирення, які затягують процес вирішення спору.

Визначальним документом Ради Європи у сфері відшкодування шкоди є Рекомендація R (84) 15 Комітету Міністрів стосовно публічно-правової відповідальності за спричинену шкоду²³. Відповідно до положень цієї Рекомендації передбачено, що особі має бути гарантоване відшкодування шкоди у випадку неправомірного її заподіяння державою, органом влади чи службовцем. Урядам держав-членів рекомендовано розглянути доцільність створення у своїй національній правовій системі відповідного механізму, який би не допускав невиконання органами влади своїх обов'язків з відшкодування шкоди через нестачу коштів. У Рекомендації зазначено, що хоч основна перевага адміністративної процедури примирення полягає в тому, що вона сприяє дружньому вирішенню спору, але при цьому вона також має і недоліки, а саме: процес вирішення спору може виявитися затягнутим або таким, при якому особа потрапляє в умови, за яких їй невігдно або складно реалізувати свої права.

Рекомендація R (84) 15 визначає основні принципи, якими повинні керуватися держави-члени при формуванні нормативної бази і розробці процедур відшкодування шкоди, завданої органами влади. Відповідно до цих принципів держава повинна: (1) забезпечити гарантії відшкодування шкоди у випадках недотримання органом влади норм та стандартів діяльності, а також, коли особа зазнала шкоди внаслідок акта, який відповідає загальним інтересам; (2) не обмежувати права на судове оскарження вимогою попереднього оскарження в адміністративному порядку дій службовця; (3) сприяти тому, щоб адміністративна процедура примирення не перешкождала доступу до судового розгляду; (4) забезпечити швидке виконання рішень щодо надання відшкодування відповідними бюджетними або іншими засобами; (5) передбачити, що строки звернення щодо відшкодування шкоди не повинні перешкождати ефективному здійсненню цього права; (6) забезпечити рівні гарантії при вирішенні питань щодо публічно-правової відповідальності держави незалежно від громадянства потерпілої особи. Відшкодування шкоди повинно здійснюватися в повному обсязі, якщо шкода спричинена неправомірним актом органу влади, і на засадах справедливого

²³Рекомендація R (84) 15 стосовно публічно-правової відповідальності за спричинену шкоду
<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&DocId=683178&SecMode=1&Admin=0&Usage=4&InstranetImage=45329>.

зменшення розміру відшкодування у випадку, якщо потерпіла особа зазнала шкоди частково через свою власну вину або внаслідок невикористання засобів правового захисту.

Рекомендація R (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно альтернатив судовому вирішенню спорів між адміністративними органами влади та приватними особами²⁴ передбачає, що використання альтернативних засобів має бути або загальнодозволеною практикою, або практикою, дозволеною в певних категоріях справ, в яких такий спосіб вирішення спору є прийнятним. Зокрема, йдеться про спори щодо індивідуальних адміністративних актів, контрактів, цивільно-правової відповідальності та інших претензій грошового характеру. Рекомендацією передбачено, що деякі альтернативні засоби, такі як процедура внутрішнього контролю, примирення, врегулювання спору шляхом посередництва та переговори, можуть застосовуватися ще до того, як порушується судове провадження. Використання таких засобів може бути обов'язковою умовою для порушення судового провадження.

Незважаючи на те, що всі держави Європейського Союзу є членами Ради Європи, сам **Європейський Союз** таким членом не є. Тому виникає необхідність докладніше зупинитися на законодавстві Європейського Союзу і на питанні відповідальності держав-членів за його порушення. Європейський Суд Справедливості у своїх рішеннях часто застосовує принцип відповідальності держави-члена у випадку заподіяння шкоди, спричиненої порушенням законодавства Європейського Союзу. Як приклад можна назвати Рішення Європейського Суду Справедливості у справі «Франковіч і Боніфачі проти Італії» від 19 листопада 1991 року²⁵, у якому визначено, що держава-член повинна відшкодувати збитки, завдані приватним особам у зв'язку із недотриманням вимог однієї з її Директив.

У багатьох країнах тривають дискусії щодо процедур судового розгляду позовів щодо порушення державою зобов'язань Європейського Союзу. Важливим питанням у цих дискусіях є те, на кого має покладатися обов'язок доказування. Адже, якщо тягар доказування лежить на позивачеві, то для фізичної особи це може стати тією причиною, з якої особа втратить бажання захищати свої інтереси

²⁴Рекомендація R (2001) 9 стосовно альтернатив судовому вирішенню спорів між адміністративними органами влади та приватними особами
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=220409&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

²⁵<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0006:EN:HTML>

(послуги залучених фахівців коштують недешево). Науковці і політики вважають, що у випадку позову щодо невідповідності національного законодавства законодавству Європейського Союзу процедурні витрати не повинні бути набагато більші, ніж у випадку позову, що ґрунтується на нормах національного законодавства. Таким чином, потрібно забезпечувати дотримання загальних принципів адміністративного права, таких як «заборона дискримінації» і «ефективність». В контексті відшкодування шкоди ці два принципи були сформульовані у рішенні Європейського Суду Справедливості у 1976 році²⁶. Дотримання принципу «заборони дискримінації» («еквівалентності») означає, що засоби для захисту прав, передбачених національним законодавством, повинні бути доступними в тому числі і для захисту прав, передбачених правом Європейського Союзу. Принцип «ефективності» (що походить від принципу «практичної можливості») означає, що застосування національних правил і процедур не повинно перешкоджати реалізації права на відшкодування шкоди, зумовленої недотриманням права Європейського Союзу. Якщо існує конфлікт між цими двома принципами, то визначальним вважається принцип «ефективності»²⁷.

Законодавство Європейського Союзу не є частиною національного законодавства України, хоч ми і взяли на себе зобов'язання щодо гармонізації національного законодавства з законодавством Європейського Союзу відповідно до Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами (Європейським Союзом) та їх державами-членами від 16 червня 1994 року. Адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу є пріоритетною складовою процесу інтеграції України до Європейського Союзу, що, в свою чергу, є пріоритетним напрямом української зовнішньої політики²⁸. В перспективі, якщо Україна стане членом Європейського Союзу, нормативні акти Європейського Союзу будуть частиною національного законодавства України, а їх недотримання тягнутиме за собою відповідальність держави.

²⁶Case 33/76, Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland (Rewe I), [1976] ECR 1989

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0033:EN:HTML>

²⁷Georgios Anagnostaras. State liability v Retroactive application of belated implementing measures: Seeking the optimum means in terms of effectiveness of EC law

<http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue1/anagnostaras1.html>

²⁸Закон України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

З урахуванням того, що Україна є членом Ради Європи, рекомендації Ради Європи повинні братися до уваги при розробці національного законодавства. У своєму праві й практиці Україна повинна керуватися принципами, викладеними в рекомендаціях, створювати у своєму внутрішньому порядку відповідні внутрішні механізми, які б не допускали невиконання органами державної влади своїх обов'язків. Останнім часом Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях застосовує рекомендації Ради Європи для тлумачення відповідних положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Обов'язок держави відшкодувати шкоду, заподіяну суб'єктами владних повноважень, передбачено законодавством України, а саме ст. 56 Конституції України, ст. 21 Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 1173-1176 Цивільного кодексу України, Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», документами Ради Європи, а також рішеннями Європейського суду з прав людини, відповідно до яких на державу покладається обов'язок відшкодувати шкоду, завдану органами влади або службовцями цих органів.

Статтю 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачено, що «кожен, чий права і свободи, викладені у Конвенції, порушуються, має право на ефективний засіб правового захисту у відповідному національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, що діяли як офіційні особи». Європейський суд з прав людини розглядає справи щодо яких вичерпано національні засоби правового захисту. Це означає, що особа може звернутися до Суду після вчинення всіх необхідних процедур і проходження справи у всіх судових інстанціях. Однак, в Україні подеколи виникає ситуація, коли не виконуються навіть судові рішення про відшкодування шкоди з причини відсутності коштів у державному бюджеті, або у зв'язку із неврегульованістю механізмів виплати такого відшкодування.

Європейський суд з прав людини неодноразово зазначав, що відсутність у державному бюджеті України коштів, передбачених на виконання судових рішень про відшкодування шкоди, звільняє заявника від необхідності пошуку національних засобів захисту. На думку Європейського суду з прав людини, повинні бути використані лише ті засоби захисту, які є ефективними²⁹. Державні органи не можуть довільно посилається на відсутність коштів, як на причину невиконання

²⁹Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Ромашов проти України".

зобов'язань, визначених судовим рішенням. Проте, затримка у виконанні рішень може бути виправдана за виняткових обставин. Водночас, ця затримка не може бути такою, що зводить нанівець право, яке захищається пунктом 1 статті 6 Конвенції³⁰.

Стаття 41 Конвенції передбачає право на справедливу сатисфакцію, якщо Суд визнає факт порушення Конвенції або протоколів до неї і якщо національне право передбачає лише часткову компенсацію. Тобто, навіть якщо законодавством України не передбачено повного відшкодування шкоди, завданої органами влади, Європейський суд з прав людини, керуючись статтями 13 та 41, приймає рішення про відшкодування шкоди в повному обсязі. З державного бюджету України повинна бути сплачена сума не лише матеріальної та моральної шкоди, а й відшкодовано судові витрати, які понесли позивачі під час ведення справ в Європейському суді з прав людини. У випадку несплати чи несвоєчасної сплати державою належної суми на неї нараховується пеня, яка дорівнює граничній позичковій ставці Європейського Центрального Банку плюс три відсотки. У бюджет України починаючи з 2006 року закладаються кошти у розмірі 20 млн. грн. на здійснення платежів на виконання рішень закордонних юрисдикційних органів, прийнятих за наслідками розгляду справ проти України.

Законодавством України передбачено відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду. Однак, потрібно зазначити, що касове виконання за цією статтею витрат Державного бюджету суттєво знижується протягом останніх років (див. табл. 1).

Падіння рівня виплат за цією статтею Державного бюджету зовсім не означає, що в Україні зменшується кількість випадків завдання шкоди громадянам незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, суду. Причиною цього є досить складна процедура отримання коштів, яка ставить громадян в такі умови, коли вони втрачають бажання звертатися за компенсацією. Крім того, зазначена стаття бюджету надає право на відшкодування шкоди лише фізичним особам, а для відшкодування шкоди юридичним особам, навіть за судовими рішеннями, не існує ні коштів у державному бюджеті, ні необхідної процедури. Національне законодавство України характеризується недосконалістю, а часто і відсутністю нормативних актів, які б регулювали процедуру такого відшкодування. Як результат – звернення до Європейського суду з прав людини, щодо яких Суд

³⁰Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Бакай та інші проти України".

приймає рішення про відшкодування шкоди, а також нарахування пені у випадку затримки із виплатою відшкодування.

Відшкодування шкоди, завданої громадянinові незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури, суду*

Загальний фонд				
Рік	Затверджено Верховною Радою України	План з урахуванням внесених змін на рік	Направлено асигнувань на здійснені видатки на рік	Касове виконання
2002	10000000,00	10000000,00	20467968,00	20467968,00
2003	15000000,00	15000000,00	14988974,00	14988974,00
2004	15000000,00	15000000,00	9147585,00	9147585,00
2005	15000000,00	15000000,00	4926068,00	4926068,00
2006	15000000,00	15000000,00	3151785,16	3151785,16
2007**	15000000,00	15000000,00	3894282,30	3894282,30

* За даними Державного казначейства України (з річних звітів про виконання бюджетів на відповідні роки)

** Інформація за 9 місяців 2007 року

Водночас у державах, де діє принцип верховенства права і відповідальність держави перед особами приватного права є загальноприйнятою нормою, з метою мінімізації витрат державного бюджету створюються необхідні механізми для врегулювання спору в позасудовому порядку; органи влади наділені дискреційними повноваженнями для прийняття рішень щодо величини відшкодування; службовці захищені у випадку незначної помилки з їхнього боку, яка призвела до заподіяння шкоди. У деяких державах ефективно застосовується страхування відповідальності органів публічної адміністрації та їх службовців.

Оскільки принцип відповідальності держави нерозривно пов'язаний із принципом верховенства права, то дотримання цього принципу є важливою передумовою розвитку України як держави, що поважає і захищає права і основоположні свободи людини. Шкода, завдана діяльністю органів публічної адміністрації, повинна відшкодовуватися державою у найкоротші строки. Тому створення необхідних передумов для врегулювання спорів в позасудовому порядку є вкрай необхідним. Органам публічної адміністрації потрібно надати можливості для справедливого і ефективного застосування

альтернативних засобів врегулювання спорів, передбачивши прозорий механізм контролю і регрес до винних осіб. Водночас, службовців слід захистити від відповідальності у випадку незначної помилки з їхнього боку.

Досліджуючи практику інших країн, ми можемо запозичити позитивний досвід і намітити перспективи імплементації норм щодо відшкодування шкоди, завданої органами публічної адміністрації та їх службовцями, у національній правовій практиці, а також виробити оптимальні механізми виплати такого відшкодування.

Розділ 5. МОЖЛИВИ НАПРЯМКИ РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ДЕРЖАВОЮ АБО ОРГАНАМИ ВЛАДИ

Створення ефективних механізмів відшкодування в позасудовому порядку шкоди, завданої індивідуальними актами органів влади, їх посадових та службових осіб

Чинне законодавство передбачає можливість адміністративного оскарження практично всіх рішень органів влади, їх посадових та службових осіб. Проте при оскарженні рішень в більшості випадків відсутня реальна можливість отримати відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів влади, або їх службовими чи посадовими особами. У зв'язку з цим, вважається доцільним перегляд процедури адміністративного оскарження щодо запровадження відповідних єдиних механізмів відшкодування шкоди, яка завдана такими рішеннями. Тобто, рішення про відшкодування шкоди повинно прийматись одночасно з рішенням про визнання актів, дій чи бездіяльності органів влади такими, що не відповідають законодавству.

Постраждала особа має право вимагати від органу влади:

- 1) скасування індивідуального акта;
- 2) виконання або утримання від виконання рішення або дії органом влади;
- 3) утримання від видання індивідуального акта;
- 4) видання індивідуального акта або забезпечення реалізації рішення чи дії;
- 5) відшкодування шкоди;
- 6) повернення майна, отриманого без належної правової підстави.

Особа також має право вимагати відшкодування шкоди, яка заподіяна законним рішенням (дією), якщо воно обмежує конституційні права та свободи особи, за винятком випадків, коли:

- 1) обмеження конституційних прав і свобод особи спричинено цією особою або в її інтересах і передбачено відповідним законом;
- 2) особа має право на відшкодування від іншого, ніж орган влади суб'єкта, наприклад, за договором страхування.

Створення ефективних механізмів відшкодування в позасудовому порядку шкоди, завданої підзаконними нормативно-правовими актами органів влади

На сьогодні фактично існує лише судовий порядок скасування незаконних підзаконних нормативно-правових актів з подальшою можливі-

стю вимагати відшкодування шкоди, що була завдана їх дією. В адміністративному порядку підзаконний акт може бути визнаний нечинним або скасований за формальними ознаками лише рішенням Міністерства юстиції України. Водночас, існує необхідність запровадження і адміністративного порядку скасування незаконних нормативних актів з подальшим відшкодуванням шкоди (крім дискреційних актів). Для цього необхідно запровадити жорсткий механізм прийняття/зміни/скасування підзаконних нормативно-правових актів. Вони можуть бути прийняті/змінені/скасовані або на підставі змін до нормативного акта вищого рівня, що вступили в дію і вимагають перегляду саме цього підзаконного акта, або внаслідок прийняття рішення про його незаконність.

У випадку прийняття рішення про незаконність підзаконного акту в обов'язковому порядку повинно прийматися рішення про оцінку шкоди, завданої цим актом і про виплату відшкодування потерпілим. Таким чином, органи влади будуть зобов'язані оцінювати шкоду і виплачувати відшкодування в усіх випадках, коли вони змінюють/відмінюють підзаконні нормативно-правові акти не на підставі зміни нормативних актів вищого рівня, якщо, звичайно, була заподіяна шкода.

Постраждала особа має право вимагати відшкодування шкоди, що спричинена застосуванням нормативно-правового акта у випадку, коли цей акт суттєво порушує права особи і уповноважений орган скасував такий акт або відмінив відповідну норму цього акта. Упущена вигода, шкода і збитки, завдані реалізацією цього нормативно-правового акта або відсутністю нормативно-правового акта дають право вимагати компенсацію у випадку, якщо це передбачено відповідним законом. Водночас такий підхід не відмінює відповідальності за шкоду, спричинену рішеннями або діями, що були реалізовані на виконання нормативно-правового акта, що був змінений або скасований, в тому числі, у випадку визнання акта таким, що не відповідає законодавству.

Встановлення єдиної процедури розгляду заяви про відшкодування шкоди

Для отримання відшкодування необхідно подати відповідну заяву до органу влади, що спричинив шкоду. Така заява може міститись і в скарзі на дії органу. Орган влади зобов'язаний прийняти заяву до розгляду та надати обґрунтовану відповідь у встановлені законом терміни, але не пізніше ніж через місяць.

Залежно від обсягів відшкодування, що вимагається скажником, органи влади можуть у порядку, встановленому законодавством, в межах власної адміністративної вертикалі передавати зазначену заяву

або рішення про її задоволення для розгляду чи погодження до органу вищого рівня, але така передача не може призводити до збільшення термінів розгляду заяви або до зміни суб'єкта відповідальності. Також копія рішення про задоволення заяви може передаватись до органів фінансового контролю. Доцільною є і передача копії такого рішення до вищого органу влади в межах адміністративної вертикалі з метою адміністративного контролю.

Права, що порушені в публічно-правових відносинах, поновлюються відповідним рішенням в межах компетенції органу влади. Процедура та розміри відшкодування повинні бути зазначені в цьому ж рішенні. Повна чи часткова відмова у виплаті відшкодування обов'язково повинна бути обґрунтована.

При прийнятті рішення про розмір відшкодування доцільно зважати на такі чинники:

- 1) рівень непередбачуваності негативних наслідків;
- 2) об'єктивні перепони для уникнення шкоди;
- 3) серйозність порушених прав;
- 4) обмеження, пов'язані з тим, що частину шкоди відшкодовано у відповідності до цивільного законодавства;
- 5) упущена вигода не повинна компенсуватись у випадку відсутності вини органу, що завдав шкоду;
- 6) інші обставини, які роблять виплату відшкодування необґрунтованою.

У випадку, якщо розмір відшкодування з об'єктивних причин не може бути визначений органом самостійно або, коли цього потребують норми законодавства, питання про обсяги заподіяної шкоди повинно передаватись на розгляд до відповідних профільних експертних установ чи незалежних експертів. У цих випадках прийняття рішення про розмір відшкодування може бути відстрочене на час, необхідний для проведення відповідної експертизи.

Якщо орган влади відмовляється задовольнити заяву про відшкодування шкоди або не має можливості її розглянути в прийнятний термін, або якщо постраждала особа не погоджується із сумою або способом відшкодування шкоди, вона має право оскаржити рішення до встановленого законодавством апеляційного органу або звернутися до суду. Допускається лише однократне оскарження відмови в адміністративному порядку, після чого, якщо спір не вирішено, він повинен бути переданий на розгляд до суду. Якщо сторони дійшли згоди щодо виплати відшкодування, особа позбавляється права оскаржувати відповідне рішення органу влади, за винятком випадків, коли орган влади не виконує

рішення про відшкодування шкоди належним чином або, коли у справі були виявлені додаткові обставини, які могли б вплинути на розмір відшкодування.

В окремих випадках органи влади можуть в межах, визначених законодавством, відшкодувати шкоду з власної ініціативи. Постраждала особа має право відмовитись від запропонованого відшкодування і вимагати зміни його розмірів або порядку виплати цього відшкодування. Водночас, якщо особа погодилась на відшкодування, запропоноване органом влади, і отримала його, вона не має права звертатись до органу влади з цього питання додатково.

Запровадження єдиного механізму виплати відшкодування шкоди

Суттєвого перегляду вимагає весь механізм виплати відшкодування шкоди, завданої державою. За чинним законодавством ці відносини фактично регулюються Законом про Державний бюджет на поточний рік та відповідними підзаконними нормативними актами. Як наслідок, механізм відшкодування шкоди є нестійким і кожен рік може змінюватись. Більше того, на сьогодні в Україні діє механізм виплати шкоди, завданої лише деякими органами державної влади, а сама шкода виплачується за рахунок коштів, що виділені на їх фінансування.

Постраждала особа має право вимагати відшкодування шкоди у випадку, якщо шкода не може бути відвернута та не може бути ліквідована захистом або поновленням прав. Особа також має право вимагати відшкодування шкоди за бездіяльність органу влади лише у випадку, коли індивідуальний акт не виданий або рішення (дія) не виконуються у спосіб, передбачений законом і, таким чином, були порушені права заявника.

Замість грошової компенсації постраждала особа має право вимагати від органу влади усунення негативних наслідків незаконного адміністративного акта, що був відмінений або змінений, а також виконання рішення (дії). Орган влади зобов'язаний при ліквідації наслідків вживати всіх законних заходів, приймати відповідні рішення, вчиняти дії і висувати вимоги проти третіх осіб за умови, якщо вони мають необхідні повноваження, передбачені законом, і якщо витрати на ліквідацію наслідків суттєво не перевищують витрати на виплату фінансової компенсації. У разі, якщо декілька органів влади зобов'язані виплатити компенсацію за завдану шкоду, то шкода виплачується на солідарній основі.

Для уникнення можливих непорозумінь необхідно вдосконалити правове регулювання шляхом:

- розробки і прийняття Закону "Про відшкодування шкоди, завданої фізичним та юридичним особам незаконними рішеннями,

діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень", який би врегулював механізм виплати шкоди, завданої державою;

– внесення відповідних змін та(або) доповнень до галузевих законів.

Слід запровадити єдиний механізм відшкодування шкоди. Зокрема, пропонуються такі варіанти виплати відшкодування:

1. Особа, якій завдана шкода, звертається з відповідною заявою до органу, який завдав шкоду. На підставі заяви орган приймає обґрунтоване рішення про її задоволення чи відмову в задоволенні. У випадку задоволення, копія рішення передається до місцевого відділу виконавчої служби. Відшкодування виплачується органами Державного казначейства за рахунок коштів, що закладені в державному/місцевому бюджеті саме на ці цілі на підставі припису Державної виконавчої служби. У випадку недостатності коштів, уповноважений фінансовий орган зобов'язаний по можливості віднайти кошти (в т.ч. шляхом внесення змін до бюджету) або, в обов'язковому порядку, закласти відповідні видатки до бюджету наступного року.

2. Варіант, тотожний описаному в пункті 1, з тією відмінністю, що копія обґрунтованого рішення органу, який завдав шкоду, передається не до виконавчої служби, а безпосередньо до відділення Держказначейства, яке виплачує відшкодування на підставі самого рішення.

3. Особа, якій завдана шкода, звертається з відповідною заявою до органу, який завдав шкоду. На підставі заяви орган приймає обґрунтоване рішення про її задоволення чи відмову у задоволенні і самостійно виплачує відшкодування, за рахунок цільових коштів, які знаходяться у його розпорядженні на спеціальних рахунках. Якщо цих коштів недостатньо для виплати відшкодування в повному обсязі, необхідні суми можуть бути виділені з резервного фонду бюджету відповідного рівня. У випадку, якщо кошти не можуть бути виділені в необхідних обсягах з резервного фонду, такі видатки в обов'язковому порядку закладаються до бюджету наступного року.

4. Відшкодування відбувається на підставі припису відділення Державної виконавчої служби шляхом зменшення на відповідну суму податкового навантаження постраждалої особи у наступних звітних періодах.

Також можливе поєднання механізмів, описаних в пунктах 1-3 із зарахуванням сум відшкодування в рахунок майбутніх податкових платежів постраждалої особи.

Запровадження механізмів регресу

Орган влади, відповідальний за відшкодування шкоди, може звернутися із регресною вимогою до посадової чи службової особи, чії незаконні діяння призвели до завдання шкоди, або до органу влади на підставі солідарної відповідальності. При цьому посадові чи службові особи притягуються до відповідальності за завдану шкоду лише у випадку протиправних та винних діянь. Обсяг регресної вимоги до таких осіб може бути меншим, ніж розмір відшкодування, яке надається органом влади. Регрес застосовується в дисциплінарному порядку і його обсяг не повинен перевищувати шестимісячної середньої заробітної плати винної особи.

Усунення вибіркового фінансування

Чинний механізм складання і виконання бюджетів всіх рівнів дозволяє державі, органам влади АРК та органам місцевого самоврядування вибірково фінансувати свої зобов'язання. Необхідно або відмовитись від найменш об'єктивної частини зобов'язань держави соціального характеру, що може викликати незадоволення окремих верств суспільства, або розробити механізм відстрочки/розстрочки фінансування не першочергових бюджетних видатків з можливим наданням цим зобов'язанням статусу державного боргу. Тобто, зобов'язання повинні фінансуватися в обсягах, закріплених галузевим законодавством, за чіткою стабільною схемою.

Додатки

Ганс-Герман Лохан

Керівник відділу IV А „Відповідальність держави за заподіяну владними діями шкоду; публічне право; цивільна і військова служба”
Федеральне міністерство юстиції

ОСНОВНІ ПИТАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ЗА ЗАПОДІЯНУ ВЛАДНИМИ ДІЯМИ ШКОДУ

Наявність матеріальної відповідальності держави за заподіяну органами публічної влади шкоду свідчить про рівень саморозуміння держави: врегулювання такої матеріальної відповідальності є дзеркальним відображенням її відношення до індивідуума та суспільства; таке врегулювання може різними шляхами вирішити конфлікт між громадянином, якому було завдано шкоду, та державними інтересами.

Зазвичай, у випадку завдання шкоди внаслідок дій держави у врегулюванні цієї проблеми приймають участь три сторони: по-перше, громадянин, якому було завдано шкоду; по-друге, діючий чиновник і, по-третє, державна установа, яка поклала на нього відповідні завдання. Як завжди, в таких трьохсторонніх відносинах існують декілька можливих юридичних рішень. Правова система може надати особі, якій було завдано шкоду,

- право вимагати відшкодування від самого чиновника,
- право вимагати відшкодування лише від держави або
- передбачити комбінацію з обох цих можливостей.

Німецьке право про відповідальність держави за заподіяну владними діями шкоду саме обрало золоту середину: в принципі, відповідальність несе чиновник, який своїми діями завдав шкоду, а саме згідно з цивільно-правовими нормами (правова підстава – § 839 Цивільного кодексу)¹, **однак ця відповідальність згідно із статтею 34²**

¹§ 839. Відповідальність у разі порушення посадових обов'язків

(1) Якщо посадова особа навмисно або з необережності порушить покладені на неї обов'язки по відношенню до третьої особи, вона повинна відшкодувати третій особі завдану шкоду. Якщо посадова особа винна тільки з необережності, вона зобов'язується до відшкодування тільки за тієї умови, що потерпілий не має можливості отримати відшкодування в інший спосіб.

(2) Якщо посадова особа порушить свої обов'язки при винесенні рішення по спірній справі, вона відповідає за заподіяну шкоду тільки за умови, якщо порушення є кримінально карним діянням. Дія цього припису не поширюється на несумісні з посадою відмову або прострочення виконання обов'язків.

(3) Обов'язку на відшкодування не виникає, якщо для попередження виникнення шкоди потерпілий навмисно або внаслідок необережності не оскаржив рішення.

²Стаття 34 Основного закону. [Відповідальність за порушення посадових обов'язків] Якщо якась особа при виконанні довіреної їй публічної посади порушить свої посадові обов'язки по відношенню до третіх осіб, то відповідальність в принципі несе держава або установа, на службі якої знаходиться ця особа. За наявності умислу або грубої необережності залишається можливість регресу. Із вимогою про відшкодування збитків і регресною вимогою не повинна виключатись можливість звернення до суду на загальних підставах.

Основного закону Німеччини в свою чергу переводиться на державу, яка зі свого боку може скористатись регресом і вимагати відшкодування від чиновника, але тільки якщо він заподіяв відповідну шкоду навмишними діями або через грубу необережність. З точки зору юриспруденції тут йдеться про звільняюче прийняття державою провини на себе. Цим самим забезпечується, щоб постраждала особа не залишилася ні з чим через можливу відсутність майна у чиновника, який завдав шкоду; адже держава завжди здатна нести відповідальність.

Обов'язок держави нести зазначену відповідальність на основі статті 34 ОЗ слугує також і інтересам чиновника. Він не піддається ризику, коли може виникнути обов'язкова особиста відповідальність, і тому це не шкодить його готовності приймати рішення при виконанні ним публічних владних завдань. Зрозуміло, що держава також зацікавлена в цьому вказаному вище аспекті, адже вона сплачує своїм працівникам платню за їх активну діяльність. Тому їх привілей – не відповідати у порядку регресного позову за шкоду, спричинену внаслідок легкої необережності – видається цілком справедливим.

Той факт, що держава взагалі відповідає за помилкову поведінку своїх співробітників, з огляду на попередню правову історію, вважається не зовсім природнім. Але для **правової держави** сучасного типу її обов'язок нести відповідальність не підлягає сумніву. Окремий громадянин повинен мати можливість принаймні безпосередньо захиститись від неправомірних втручань суб'єктів влади (так зване первинне право вимоги), але якщо він у попередньо зазначений спосіб не досягне успіху, громадянин повинен мати можливість врешті решт отримати грошове відшкодування (так зване вторинне право вимоги). При цьому право про відповідальність держави за заподіяну владними діями шкоду, поряд з іншими, має відповісти на такі основні питання:

1. Чи повинна відповідальність держави за нанесену владними діями шкоду обмежуватись лише протиправними діями або за певних передумов сюди повинні включатись також і **правомірні дії** чиновника (наприклад, шкода, пов'язана з вакцинацією)? Чи відноситиметься сюди також і чиста відмова техніки (наприклад, випадки із помилками в регулюванні світлофорами)? Чи повинна держава відповідати за незабезпечення достатнього рівня безпеки при виникненні шкоди під час масових заворушень?

2. Чи повинна відповідальність держави наступати **первинно**, тобто не тільки субсидіарно (з привілеєм відсилати особи до приватного страхування від відповідних випадків або до іншої можливості відшкодування потерпілому)?

3. Чи повинна відповідальність держави бути **безпосередньою**, тобто не тільки опосередковано виводитись із відповідальності чиновника (як зараз в німецькому праві)?

4. Чи повинна держава нести **виключну** відповідальність або разом з цим (кумулятивно) має зберігатися відповідальність чиновника, який вчинив відповідні дії?

5. Чи повинна відповідальність держави залежати від **провини** чиновника, який вчинив відповідні дії? Чи повинен потерпілий доводити провину в суперечливому випадку? Або це вже припускається на законодавчому рівні? Чи повинна держава в такому випадку мати можливість зняти з себе відповідальність?

6. Чи повинна держава нести відповідальність також і за **законодавче неправо**? В Німеччині це можливо лише в виняткових випадках стосовно законів, які врегульовують конкретні випадки або заходи. Відповідальність за прийняття законів, що суперечать Конституції, в переважній більшості випадків відхиляється з тим аргументом, що простір дій законодавця не може бути обмежений.

7. Чи повинна держава нести відповідальність за **судове неправо**? В Німеччині суддя несе відповідальність за помилкові рішення лише при навмисному порушенні ним права. Підстава – примирювальна (задовольняюча) функція законної сили: правовий спір, який остаточно вирішено (наприклад, вищим судом), не повинен після цього відновлюватися на підставі позову про відшкодування шкоди.

8. Які **правові наслідки** повинна мати відповідальність держави за заподіяну владними діями шкоду? Чи може вимога про відшкодування поширюватись також і на втрачену вигоду та немайнові збитки? Чи повинна сплачуватись компенсація за моральну шкоду?

9. Як повинна нести відповідальність держава, якщо вона **виокремлює (передає, делегує) або приватизує** традиційно державні сфери діяльності (наприклад, нагляд за повітряним рухом)? Чи може „втеча до приватного права” призвести до того, що потерпілий залишиться ні з чим?

Діюче німецьке право про відповідальність держави за заподіяну владними діями шкоду не завжди дає задовільні відповіді на наведені вище запитання. Тому воно вважається таким, що потребує реформування. Але до цих пір докорінне нове регулювання відкладалось перш за все виходячи з фінансових причин; адже кожне врегулювання відповідальності держави залежить, насамперед, від її фінансової спроможності. Потерпілий повинен мати можливість покладатися на те, що він дійсно отримав передбачене законодавцем відшкодування.

Найважливіші підстави (види) відповідальності держави за шкоду, заподіяну їй посадовими особами під час виконання службових обов'язків

Поняття права про відповідальність держави за шкоду, завдану їй посадовими особами під час виконання службових обов'язків

В вузькому розумінні: відповідальність за владні неправомірні дії

В широкому розумінні: відповідальність за владну діяльність, а також обов'язок нести відповідальність за відповідні результати діяльності, незалежно від правомірності, і тому – також „право державних відшкодувань”.

Право про відповідальність держави в своєму регулюванні в досить широкому обсязі є саме так званим суддівським правом (тобто розвинуто судовою практикою), тому іноді в цій галузі відсутня когерентність норм і спостерігається розпорошення можливостей звернення до судів різної юрисдикції. Відповідальність держави з 1994 року відноситься відповідно із статтею 74 абз. 1 п. 25³ Основного закону (далі ОЗ) до „предметів конкурентного законодавства Федерації”, але до цих пір нового проекту закону, на зміну визнаному неконституційним Закону про відповідальність держави від 1981 року, на розгляд Німецького Бундестагу не представлено.

³Стаття 74 абз. 1 п. 25 ОЗ [Предмети конкурентного законодавства Федерації]

(1) Конкурентна законодавча компетенція розповсюджується на такі сфери:

...

25. матеріальна відповідальність держави;

4§ 839 ЦК [Відповідальність у випадку порушення посадових обов'язків]

(1) Якщо посадова особа навмисно або з необережності порушить покладені на неї обов'язки по відношенню до третьої особи, вона повинна відшкодувати третій особі завдану шкоду. Якщо посадова особа винна лише у необережності, вона притягується до відшкодування тільки за умови, що особа, якій завдана шкода, не має можливості отримати відшкодування в інший спосіб.

(2) Якщо посадова особа порушить свої обов'язки при винесенні рішення по спірній справі, вона відповідає за завдану шкоду тільки за умови, що порушення є таким діянням, яке підпадає під кримінальну відповідальність. Дія цього припису не розповсюджується на несумісні із посадою відмову або прострочку виконання обов'язків.

(3) Обов'язку на відшкодування не виникає, якщо для його попередження особа, яка зазнала шкоди, навмисно або внаслідок необережності не оспорила рішення.

Стаття 34 ОЗ [Відповідальність за порушення посадових обов'язків]

Якщо особа при виконанні наданої їй публічної посади порушить її посадові обов'язки по відношенню до третіх осіб, то відповідальність в принципі несе держава або орган, на службі якого знаходиться ця особа. За наявності умислу або грубої необережності залишається можливість заявлення регресу. По вимозі про відшкодування шкоди і регресній вимозі не повинна виключатись можливість звернення до суду на загальних підставах.

Види (підстави) відповідальності

I. Посадова матеріальна відповідальність за завдану шкоду (§ 839 ЦК у поєднанні із статтею 34 ОЗ⁴)

II. Примусове позбавлення власності (стаття 14 абз. 3⁵ ОЗ у поєднанні із Законом про відшкодування)

III. Обов'язкове при компенсації визначення норм про зміст і межі

III. Втручання, яке порівнюється до примусового позбавлення власності (суддівське право; §§ 74, 75 Введення до загального права Пруссії від 1794 року)

IV. Позбавляюче власності втручання (суддівське право; §§ 74, 75 Введення до загального права Пруссії від 1794 року)

V. Втрата індивідуального права на користь загалу (суддівське право; §§ 74, 75 Введення до загального права Пруссії від 1794 року)

VI. Вимога про ліквідацію наслідків

VII. Публічно-правова вимога на припинення або утримання від дій

VIII. Відповідальність країн-членів за порушення права Співтовариства

⁴Стаття 14 абз. 3 ОЗ [Власність, право спадкування, позбавлення власності]

...

(3) Позбавлення власності допускається тільки з метою загального блага. Воно може здійснюватись тільки по закону або в порядку, передбаченому законом, який регулює характер та розмір компенсації. Компенсація визначається на основі справедливого зваження інтересів суспільства і зацікавлених осіб. Спори про розмір компенсації розглядаються судами загальної юрисдикції.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АДМІНІСТРАЦІЇ

Стосовно шкоди, яку завдала своїми діями держава, у різні епохи існував вибір між трьома можливостями її відшкодування: або постраждалій особі завдані збитки не відшкодовувалися, приносячи її таким чином свідомо чи підсвідомо в жертву суспільно корисним інтересам, або відшкодування таких збитків покладалося на державного службовця, через проступок якого було завдано шкоди, або державний орган брав на себе тягар відшкодування завданих діями держави збитків. Останній спосіб, який зовсім не означає абсолютної відмови від попередніх, як виняток, з'явився лише наприкінці XIX ст. Зважаючи на це, у Франції впродовж тривалого часу превалював принцип безвідповідальності держави.

У період монархії, божественного права у Франції старого режиму, адміністративна безвідповідальність походила від концепції суверенітету, яка запровадила безпомилкове твердження – представник Бога на землі. «Король не міг вчинити погано». Якщо приватні особи мали права стосовно одне одного, то вони не мали жодних прав стосовно короля, акти якого не підпадали під судовий контроль. Будь-яке відшкодування шкоди не виключалося, однак воно залежало від доброї волі монарха. Деякі вчення показали існування певної практики відшкодування збитків, які були завдані діяльністю державної служби, однак вона була радикально відділена від системи відшкодування збитків, завданих приватними особами, у тому, що така практика не базувалася на жодному теологіко-моральному принципі ідеї проступку. Основна характеристика такої практики полягала в тому, що мова не йшла про реалізацію постраждалим свого права, оскільки в цей період будь-яка ідея про існування особистих прав, які були перепоною суверенітету, була виключалася.

Вивчаючи період Революції, можна подумати, що принципи відповідальності були змінені. З одного боку, концепція суверенітету була зламана. З іншого – вперше було визнано, що індивід має суб'єктивні права позиватися проти держави. Нарешті, розподіл гілок влади дозволив здійснювати справжній контроль, що було складно зробити під час їхнього об'єднання. Однак, у цій сфері нічого не відбулося. Перехід від суверенітету божественного права до суверенітету національного не був миттєвим. Урядовці дуже швидко надали йому рис всемогутності та без-

помилковості, тобто те, що законодавці визнавали і в ідеї монархічного суверенітету. Як у свій час король, так і суверенна Нація не могла вчинити погано. Насправді, єдиним суб'єктивним правом, що могло зашкодити Нації, було священне право приватної власності.

Крім повернення до різноманітних варіантів попередніх специфічних режимів, відновлена доктрина безвідповідальності відзначилася посяганнями на приватну власність через доктрини експропріації, законодавчі тексти про відшкодування сервітутів, закон від 7-11 грудня 1790 року щодо відшкодування шкоди, спричиненої будинкам публічними роботами. Потім судова практика сприйняла принципи відшкодування збитків, завданих посяганнями на приватну нерухому власність, який впливав з іншої діяльності, ніж публічні роботи, та врахування, у таких випадках, навіть тілесних ушкоджень.

Економічний розвиток та розширення публічної діяльності сприяли почастішанню випадків нанесення шкоди та збільшили кількість протестів суб'єктів, що знаходилися під контролем адміністрації (морський транспорт, пошта, промислові державні підприємства, заводи, залізні дороги, міські роботи...). Такі протести часто доповнювалися судовими рішеннями, в яких без вагань було засуджено державу, департаменти або комуни на підставі ст. 1382 Цивільного кодексу.

Спираючись на опортуністичність та суперечливість революційних текстів, з яких випливало, що лише адміністративний судовий орган є компетентним оголошувати державу боржником, адміністративна юрисдикція продовжувала відмовлятися від сприйняття будь-якого принципу відповідальності щонайменше з двох причин: турбота про захист державних доходів та, головне, ідея діяльності публічної служби як суспільно корисної, що інколи вимагає жертвування чим-небудь. Державна Рада відхиляла претензії постраждалих осіб, посилаючись на відсутність особливого тексту, визначення дискреційних повноважень або визначення акту суверенітету, таким чином, щоб деякі передбачувані винятки розцінювалися лише як обіцяні порушення у системі утвердження загального принципу безвідповідальності.

Догма щодо безвідповідальності держави зникла лише наприкінці XIX ст., коли поєднання принципів політичного лібералізму та солідаристської ідеології дозволило зробити висновок про розширення діяльності держави. Розвиток ліберальної демократії, який робив можливим більш чіткий тиск громадян на державу, передбачав і більш конкретний захист індивідуальних прав та призвів до сприйняття того, що юридичні особи публічного права можуть бути покарані через вчинені ними проступки. Ідеї рівності та солідарності вимагали більш справедливого роз-

поділу соціальних ризиків.

Державною Радою у рішенні Ротшільда від 6 грудня 1855 року було запроваджено суд у розв'язанні конфліктів, специфічність адміністративної відповідальності стосовно норм цивільного права була успішно підтверджена пізніше у справі Бланко від 8 лютого 1873 року.

Питання відповідальності, яка може бути покладена на державу щодо відшкодування збитків, завданих приватним особам через проступки осіб, які працюють у сфері державної служби, не може бути врегульовано тими принципами Цивільного кодексу, які стосуються відносин між приватними особами. Це питання врегульовано спеціальними правилами, які можуть змінюватися залежно від потреб служби та необхідності узгоджувати права держави з правами приватних осіб.

Паралельно, того ж року Трибунал у розв'язанні конфліктів встановив принципи майнової відповідальності державних службовців.

Стаття 75 Конституції VIII-го року республіканського календаря встановила, що будь-яке переслідування державного службовця судовими органами має бути попередньо дозволено Державною Радою. Таке положення як законодавча цінність пережило той режим, який її встановив. Як писав Алексіс де Токвіль, «стаття здавалася настільки добре зрозумілою, що знищуючи конституцію, частиною якої вона була, її витягнули з руїн і з тих пір нею завжди захищалися від революцій». Такий дозвіл надавався рідко, лише в одному випадку з п'яти. Вказаний попередній захист державного службовця позбавляв постраждалу особу можливості відшкодувати їй завдані збитки відповідно до догми про безвідповідальність державної служби. Адміністрація не могла також, за винятком протилежних норм, бути засудженою.

Зазначенна стаття протягом всього XIX ст. засуджувалась лібералами. Її було скасовано декретом-законом від 19 вересня 1870 року. Проте згодом було поставлено питання про всебічну повноту скасування такого положення. Це питання було вирішено досить тривіально та погано узгоджено зі змістом тексту рішення Пелетьє, яке було постановлено Трибуналом у розв'язанні конфліктів від 30 липня 1873 року. Мова йде про справжній удар, якого було завдано судам звичайної юрисдикції на користь органів адміністративної юстиції. Трибунал у розв'язанні конфліктів вказав, що якщо декрет скасував процедуральні положення щодо отримання попереднього дозволу Державної Ради, то він не зашкодив положенню щодо компетенції – справжньої гарантії для адміністрації проти втручання судів звичайної юрисдикції, яка впливає з норм законів від 16-24 серпня 1790 року та 16 числа дванадцятого місяця III-го року республіканського календаря щодо розмежування адміністративної та судо-

вої влади. Суддя суду звичайної юрисдикції буде зневажати принцип розподілу, якщо буде висловлюватися стосовно актів адміністрації. Поєднання, яке здійснив Трибунал у розв'язанні конфліктів між декретом-законом 1870 року та принципом розподілу адміністративної та судової влади, призвело до сприйняття ідеї переслідування державних службовців лише тоді, коли таке переслідування не призводить до втручання судів звичайної юрисдикції у функціонування служби, а також коли проступок службовця не пов'язаний з його повноваженнями.

Питання полягає в тому, щоб зрозуміти, де в правовій державі, яка запроваджує принцип відшкодування збитків, завданих діями публічних осіб, буде встановлено рівновагу між законним захистом постраждалих та необхідним гарантуванням інтересів адміністрації. Які межі поширення соціалізації ризиків? Чи все заслуговує на відшкодування?

На засіданнях в останній чверті ХІХ ст. право адміністративної відповідальності зазнало відчутного впливу. Такий вплив відзначився як розвитком принципу відповідальності, так і поліпшенням для постраждалої особи умов його реалізації.

Слід зазначити, що якщо питання про відповідальність адміністрації продовжуватиме бути врегульованим нормами специфічного права, то таке право втратить свою оригінальність через збільшення кількості джерел права та зростаючий тиск на адміністрацію з боку суб'єктів управління через подання до неї позовів. Відповідальність адміністрації ставатиме все більше загальною та абсолютною.

Режим, який головним чином був запроваджений судовою практикою, відповідає меті відшкодування збитків, яка полягає у диверсифікації режимів відповідальності та концепції відшкодування збитків і причинного зв'язку (I). Сучасний розвиток права відповідальності полягає у трансформуванні ролі судді та принципів відповідальності (II).

I. Мета відшкодування збитків, яка полягає у диверсифікації режимів відповідальності та розширювальній концепції відшкодування збитків.

A. Диверсифікація режимів відповідальності.

1. Відповідальність адміністрації не є ні загальною, ні абсолютною.

Постанова Бланко (Blanco) закладає специфіку права адміністративної відповідальності: під головуванням міністра юстиції Дюфора (Dufaure), котрий намагається допомогти з розподілом голосів, Суд у

спорах про підсудність справ (між загальними судовими установами та адміністративними судами) приймає остаточну постанову з багатьох пунктів. Далі він визнає, що майно не є спільним через посилання, зроблене на державний апарат. Він відзначає остаточну відмову від сумнівної теорії держави-боржника. Ці внески в спори стосовно відповідальності є визначальними:

- що стосується її джерел, стверджуючи, що відповідальність адміністрації не може регулюватись принципами, що є основними положеннями Цивільного кодексу;
- що стосується її режиму, стверджуючи, що відповідальність адміністрації не є ні загальною, ні абсолютною;
- що стосується спірних правил, оскільки лише адміністративний суддя є компетентним у питаннях адміністративної відповідальності.

Роблячи це, він стає біля витоків розширення права відповідальності адміністрації, що однозначно пов'язано з судовою практикою та ілюструє преторіанську роль, яку відіграє адміністративний суддя.

Наслідки постанови Бланко є подвійними: відповідальність не є загальною, оскільки це відповідальність за помилку/проступок. Крім того, для того, щоб збитки, що покладаються на адміністрацію, відшкодовувалися, потрібно, щоб ця помилка була службовим проступком.

Однак не всяка помилка є такою, що породжує відповідальність адміністрації. В деяких галузях є підстави розрізняти, чи є помилка неумисною провиною чи важким дисциплінарним проступком, і до сфери адміністрації ввідноситься лише сфера важкого проступку. Це означає, а *contra*го (від протилежного), що неумисна провина, яка може лежати в основі збитків, не породжує права на відшкодування. Крім того, можуть існувати причини, що знімають відповідальність: обставини непереборної сили (форс-мажор), вчинок третьої особи, провина потерпілого. У деяких випадках має місце проступок, але оцінюють, що шкоди/збитків не завдано, з етичних міркувань. Наприклад, невдала операція аборту, що не розглядається як шкода для матері. (CE, Ass., 24 листопада 1961 року, Melle R.). Нарешті, може мати місце і проступок, і шкода, але вважають, що шкода завдана не в результаті проступку.

2. Кількість гіпотез щодо відповідальності без вини збільшується

Адміністрація може бути пов'язана з першопричиною збитків, яких зазнали громадяни через діяльність, яку вона здійснює в інтересах суспільства. У цьому випадку відповідальність адміністрації може встановлюватись на основі відповідальності за проступок у тій мірі,

наскільки поведінка адміністрації суперечить хоч якомусь правилу з тих, яким вона підпорядковується. Тепер судова практика допускає, що ці збитки могли б відшкодуватись. Це стане протиприродною ідеєю, що відповідальність адміністрації потребує захисту.

Відповідальність без вини може бути розбита на дві великі категорії: відповідальність за порушення рівності у державних витратах і відповідальність за ризик. Але тут є певна штучність: у дійсності всі ці гіпотези зводяться до гіпотези порушення рівності у державних витратах, факт піддавання підпорядкованих одиниць особливому ризику в інтересах суспільства сам по собі становить порушення рівності.

У разі порушення рівності у державних витратах в суворому значенні цього визначення відповідальність залежить від надзвичайних і особливих збитків, у той час як у випадку відповідальності за ризик – збитки самі по собі є надзвичайними і особливими (на підставі того факту, що мало хто з підпорядкованих одиниць спеціально піддаються цьому ризику).

Відповідальність за ризик

Шкода є результатом виникнення обставин, що становлять ризик. Суддя чи законодавець оцінюють правильно і справедливо, що наявність збитків викликає встановлення відповідальності без вини. Вона охоплює численні випадки:

- відповідальність на підставі особливого ризику: специфіка ризику слугує обґрунтуванням для відповідальності без помилки/проступку, що впливає з цієї специфіки:

небезпечні речі: вибухові речовини (С.Е. 28 березня 1919 року, *Regnault-Desroziere*, GAJA), зброя і небезпечні агрегати (С.Е. Assemblée, 24 червня 1949 року, *Consorts Lecomte et Franquette et Daramy*, GAJA), небезпечні споруди з публічно-правовим режимом експлуатації;

небезпечні методи: з приводу вільних методів перепідготовки, в напіввідкритому середовищі, введені державою в підконтрольних їй освітніх закладах, що створюють широкі можливості зміни і, отже, особливий ризик через сусідство (С.Е. Section, 3 лютого 1956 року, *Thouzellier*).

небезпечні ситуації: незважаючи на окупацію міста Сеул північно-корейськими військами, французький уряд наказав консулові залишатись на місці, його майно було розграбовано, але він отримав право на відшкодування (С.Е. 19 жовтня 1962 року, *Perruche*). Аналогічним чином вагітна вчителька початкової школи, котра залишалась на своєму

місці у той час, коли лютувала епідемія краснухи, народила дитину з вродженими вадами. Держава взяла на себе відповідальність, хоча помилки/проступку не було допущено (С.Е. Assemblée, 6 листопада 1968 року, *Dame Saulze*).

- тимчасові (випадкові) співробітники державних органів: відповідальність за ризик поширюється також і на тимчасових співробітників державних органів, до яких ще застосовується судова практика, що впливає з постанови *Каме (Camus)* (С.Е. Assemblée, 22 листопада 1946 року, *Commune de Saint-Priest-La-Plaine*, GAJA).

- треті особи, що потерпіли внаслідок нещасних випадків на громадських роботах: правило однозначно діяло до 1950 року. З третіми особами поводяться краще, ніж з користувачами, які отримують пільги/переваги від роботи і які, отже, користуються лише презумпцією винуватості, застереженням, зробленим для небезпечних робіт.

Відповідальність за порушення рівності у державних витратах

Вона регулює випадки, коли збитки є зовсім не випадковими, на відміну від гіпотез про відповідальність за ризик, а є природним і навіть передбачуваним наслідком деяких ситуацій чи заходів, під дією яких члени спільноти приносяться в жертву вимогам суспільного блага (інтересів).

Можна розрізнати:

- постійні збитки від громадських робіт, які є наслідком виконання громадських робіт, існування чи функціонування споруд з публічно-правовим режимом експлуатації;

- збитки, що є наслідком правомірних адміністративних рішень, що можуть накласти відповідальність через особливі і надзвичайні витрати, що стали наслідком індивідуальних чи регламентарних рішень;

- збитки, що є наслідком виконання міжнародних законів та угод.

В. Розширювальна концепція причинності та відшкодовуваних збитків

Причинний зв'язок між помилкою/проступком та завданою шкодою

Зазвичай обов'язок доказування покладається на потерпілого, який повинен встановити збитки, провину адміністрації і причинний зв'язок між провинною адміністрацією та збитками.

Збитки мають бути прямими. Отже, суддя повинен віднайти у лан-

цюжку подій визначальний факт, без якого збитків не було б завдано, через це доктрина називається „адекватна причинність”. Таким чином, встановлення причинного зв’язку залишає місце для деякої суб’єктивності судді.

Причинний зв’язок часто буває очевидним, а якщо це не так, то завдання збитків приписують тому з фактів, який можна оцінити, на підставі досвіду, що має бути „за нормального ходу справ”, як такий, що мав особливе призначення для того, щоб спровокувати ці збитки.

Але іноді є речі менш очевидні:

С.Е. Section 7 березня 1969 року, *установа Lassailly et Bichebois*, AJ 1969, стор. 298: кінозал знаходиться поблизу місця, де відбувається гудрунування; килими кінозалу псуються гудроном, що приклеюється до підшов глядачів; збитки є прямим наслідком робіт, оскільки проходження через це місце складає маршрут, яким проходять численні пішоходи; відповідальність залишається в тій мірі, наскільки можна віднести шкоду на рахунок недбалих глядачів;

С.Е. 10 травня 1985 року, *Mme Ramade*, AJ 1985; враховують відсутність прямого причинного зв’язку між помилкою/проступком, що надав можливість втечі затриманого і вбивства, вчиненого через 48 днів, у той час як теорія еквівалентності умов могла б призвести до врахування відповідальності адміністрації. Але, в протилежність цьому, відповідальність адміністрації буде враховано, якщо є неперервний ланцюжок між фактами, навіть у разі, коли довгий термін відділяє причинний факт і шкоду: наприклад, ув’язнені не повертаються у в’язницю і вчиняють крадіжку через два місяці; однак лише через кілька днів після отримання волі вони утворили злочинну групу: отже, є прямий причинний зв’язок: С.Е. Section, 29 квітня 1987 року, *Народний банк економічного регіону Страсбургу*, AJ 1987, стор. 454.

Презумпції відповідальності

Суддя може допустити полегшення тягаря обов’язку доказування, допустивши презумпцію відповідальності або перед причинним зв’язком через презумпцію винності, або, що буває рідше, ствердженням презумпції причинності.

Презумпції винності:

- відповідальність за порушення обов’язку підтримувати майно в справному стані у разі шкоди, завданої користувачам споруд з публічно-правовим режимом експлуатації. Більшість авторів бачать в цьо-

му відповідальність за допущену провину, але Державна Рада вбачає тут швидше відповідальність без вини;

- збитки, заподіяні фактом організації і функціонування державного медичного стаціонару.

Презумпції причинного зв'язку

Причинний зв'язок вбачається встановленим. Це випадок, наприклад, зв'язку між переливанням крові, внутрішньовенним введенням і зараженням вірусом СНІДу, якщо тільки це практично неможливо для потерпілого, з урахуванням часу фактів (не зберегли зразки препаратів крові, що переливались, перед переливанням крові потерпілі не проходили тести на виявлення), надати доказ, що препарат крові був заражений (С.Е. *Assemblée*, 9 квітня 1993 року, *G, B et D, AJ DA* 1993, р. 344, *chronique C. Maugué et L. Touvet*). Але природно, насправді ніщо не доводить ні те, що призначений препарат не був здоровим/чистим, ні те, що пацієнт, якому було зроблено переливання крові, не був носієм вірусу до переливання, або що він не отримав його іншими шляхами чи засобами.

Однакова можливість відшкодувати збитки

Була надана юридична допомога для розширення можливостей відшкодування усіх збитків, зокрема моральної шкоди і втрати можливостей. Стосовно моральної шкоди див. С.Е., 24 листопада 1961 року, *Ministre громадських робіт проти Consorts Letisserand*.

II. Трансформування ролі судді та принципів відповідальності

A. Творча роль судової практики органів адміністративної юстиції відходить на задній план

Збільшення кількості законодавчих режимів відповідальності

Загальні принципи відповідальності державної влади мають законодавче значення: вони є настійно необхідними при управлінні, вони підпорядковуються режиму цивільно-правових обов'язків, Конституція закріплює їхній предмет за законодавцем.

Законодавець виступає посередником у встановленні законних режимів відповідальності, що виражають національну солідарність. Наприклад, він впроваджує систему відшкодувань за непередбачені випадки при лікуванні законом від 4 березня 2002 року про права хворих і

якість системи охорони здоров'я, доповненим законом від 30 грудня 2002 року про цивільну відповідальність медичного персоналу.

§ 1 статті L.1142-1 нового Кодексу законів про охорону здоров'я передбачає:

„... професійні працівники системи охорони здоров'я..., а також будь-який заклад, служба чи орган, в яких виконуються індивідуальні дії з профілактики, діагностики чи лікування, несуть відповідальність за наслідки і збитки у разі помилки/провини”.

Нещасний випадок при медичному обслуговуванні, ятрогенне захворювання чи нозокоміальна інфекція надають право на відшкодування на підставі національної солідарності, якщо вони прямо пов'язуються з діями з профілактики, діагностики чи лікування і якщо вони мали для пацієнта ненормальні наслідки як з огляду на стан його здоров'я, так і передбачуваних змін останнього, і мають небезпечний характер.

Щодо шкоди, що є наслідком нозокоміальної інфекції, заклади, служби чи органи несуть відповідальність „за винятком випадків, коли вони надають доказ сторонньої причини”.

Відшкодування за збитки відповідає ступеню постійної недієздатності, визначеному декретом. Воно покладається на національну службу, державну установу адміністративного характеру.

Встановлення меж відповідальності у надзаконодавчих джерелах

Судові рішення конституційних судів виносяться також з питань відповідальності. В 1985 році конституційна юриспруденція проголосила конституційне значення принципу рівності громадян перед державними витратами на підставі статті 13 Конституції. В 1999 році вона проголосила конституційне значення принципу відповідальності приватних осіб.

Однак Рада не висловлюється стосовно значення принципу адміністративної відповідальності і не мала за прямий наслідок зміну режиму адміністративної відповідальності.

Роль судового органу Європейського Співтовариства

Обов'язок відшкодування за будь-яке порушення права Європейського Співтовариства призводить до відшкодування шкоди, що може бути завдана внаслідок несумісності закону з правом Європейського Співтовариства (С.Е. 1991 *Philipp Morris et Rothmans International*).

Це також на невизначений термін матиме вплив на відповідальність за факт заходів поліцейського характеру, головним чином якщо невиконання

своїх обов'язків органами поліції призводить до нерозуміння права Європейського Співтовариства (наприклад, дорожні загороди, що перешкоджають вільному переміщенню товарів). Не виключено, що з часом перейдуть до системи неумисної провини, там, де на цей момент вимагається лише тяжка провина (але це лише гіпотеза, не підтверджена судовою практикою, і вона не очевидна).

В. Розвиток деяких принципів відповідальності

1. Відхід тяжкої провини/проступку на задній план

Основним завданням стає відшкодування максимуму шкоди, якщо тільки не здається більш прийнятним (зокрема, для громадської думки), щоб вона більше не відшкодовувалась. Це має як наслідок постійний відхід проступку на задній план, ідея полягає в тому, що підпорядковані одиниці не допускають більше, що проступки не можуть встановлювати відповідальність адміністрації. Це константа судової практики останніх п'ятнадцяти років (С.Е. 10 квітня 1992, *Eroix V...*).

2. Становлення „суб'єктивного права на безпеку”

Зміни відповідальності без вини сприяють зміні характеру ризиків, що покриваються. Традиційно, це відповідальність без вини за індивідуальні ризики, які юридична особа публічного права поширює на осіб, що розглядаються індивідуально. Але відповідальність без вини спрямовується на відшкодування серійних ризиків: таким є випадок ризику при лікуванні. У цьому випадку відшкодуванням є юриспруденційна творчість, що має змінити засади відповідальності без вини, згідно з тим, наскільки відшкодовують користувачам державного апарату. Оскільки йдеться про ризик медичного характеру в галузі анестезії, відомий такий випадок: знають, що певна кількість анестезій завжди пацієнтам серйозної шкоди. Відшкодування збитків має перевагу, незалежно від їхньої причини та відповідальностей, які немає сенсу встановлювати.

Є також такі випадки з медичної галузі:

- відшкодування шкоди, завданої фактом зараження вірусом ВІЛ (або гепатитом С) після переливання крові,
 - відшкодування за непередбачені випадки медичного характеру.
- Застосовують систему відповідальності без вини, навіть тоді, коли

немає порушення рівності перед державними витратами і якщо зацікавлені особи не були піддані особливому ризику з метою суспільного блага.

Відповідальність за проступок, пов'язаний з охороною: нова підстава для відповідальності без вини

У лютому 2005 року Державна Рада встановила новий режим відповідальності без вини на підставі „охорони” неповнолітнього (CE sect. 11 лютого 2005 року, GIE AXA courtage), якщо йому надають освітню/виховну допомогу і він спричиняє збитки третіх осіб.

У своєму рішенні від 1 лютого 2006 року справи *Міністр юстиції проти Товариства взаємного страхування шкільних вчителів Франції (Mutuelle assurance des instituteurs de France)* Судове відділення з розгляду адміністративних спорів постановило, що юридична особа публічно-права чи приватна особа, якій судова установа доручила охорону неповнолітнього, що здійснив злочин, може бути відповідальною, навіть без вини, за збитки, завдані третім особам. Однак зазначається, що „таким чином поданий позов проти охоронця не становить перепону тому, щоб також встановлювати в органах адміністративної юстиції відповідальність держави на підставі особливого ризику, створеного для третіх осіб фактом впровадження одного з заходів контрольованої свободи, передбачених розпорядженням від 2 лютого 1945 року”.

Відповідальність стосовно законів

Традиційно застосовується судова практика *la Fleurette*. Сприяє значній еволюції судової практики в 2007 році, зокрема постановою *Gardedieu* (С.Е. Assemblée, 8 лютого 2007 року), основна мотивувальна частина якої викладена в такій редакції:

Беручи до уваги, що відповідальність держави стосовно законів може бути взята, з одного боку, на підставі рівності громадян перед державними витратами, для забезпечення відшкодування збитків, що виникли внаслідок прийняття закону, за умови, що цей закон мав на увазі виключити будь-яке відшкодування, і що збиток, відшкодування якого просять, маючи характер серйозний і особливий, не може з цього моменту розглядатись як витрата, що покладається зазвичай на зацікавлених осіб (гіпотеза La Fleurette), з іншого боку, на підставі обов'язків, що їм належать для забезпечення дотримання міжнародних угод державними органами влади, для відшкодування всіх видів збитків, що виникли внаслідок втру-

чання закону, прийнятого з незнанням міжнародних зобов'язань Франції...

Саме ця друга частина мотивувальної частини є новацією: тут не наводиться поняття проступку, що був би у цій справі провиною законодавця; створюється новий режим по відношенню до La Fleurette. Перша особливість полягає в тій обставині, що ця відповідальність може бути залучена до справи не на підставі порушення рівності перед державними витратами, а на підставі незнання міжнародних зобов'язань. Крім того, відшкодовуються саме усі збитки, а не лише надзвичайні чи особливі збитки.

Взяття до уваги принципу перестороги

Виникнення „суб'єктивного права на безпеку” виражається також взяттям до уваги принципу перестороги, спрямованого законодавцем (навіть, швидше, установчою владою) на довкілля і здоров'я.

У Кодексі законів про довкілля (стаття L. 110-1) принцип перестороги визначається як принцип, „згідно з яким відсутність достовірності, з урахуванням наукових і технічних знань моменту, не повинна затримувати затвердження ефективних і співмірних заходів, спрямованих на попередження ризику серйозної і незворотної шкоди довкіллю, з економічно прийнятною вартістю”.

Він тлумачиться як „принцип дії чи бездіяльності, спрямованої на уникнення виникнення ризику серйозної і/або незворотної шкоди, навіть якщо це не доведено науково”.

Постанови Зборів Державної Ради від 3 березня 2004 року.

Прес-реліз Державної Ради.

Низкою рішень, прийнятих 3 березня 2004 року, Державна Рада визнала відповідальність держави за факт своєї винуватої бездіяльності у вжитті заходів з попередження ризиків, пов'язаних з піддаванням працівників дії азбестового пилу.

Державна Рада передавала на розгляд міністрові зайнятості та солідарності численні касаційні скарги, спрямовані проти постанов адміністративного апеляційного суду Марселя. Останній, якому були передані матеріали на чотирьох потерпілих від хвороби, спричиненої вдиханням азбестового пилу, які мали договори на виконання своїх професійних обов'язків, визнав відповідальність держави кількома постановами від 18 жовтня 2001 року.

Державна Рада, касаційна інстанція, затвердила ці постанови.

У першу чергу, вона стверджує основною заявою, що якщо роботодавець зобов'язується охороняти здоров'я працівників, які перебувають в його розпорядженні, то на державні органи влади покладаються обов'язки попереджувати професійні ризики, забезпечувати свою інформованість щодо небезпек, які можуть загрожувати працівникам у межах їхньої професійної діяльності. В зв'язку з цим даним органам влади належить визначити, на рівні наявних наукових знань, найвідповідніші заходи для обмеження і, якщо можливо, усунення цих небезпек.

Поділяючи цей принцип, Державна Рада виявляє, що адміністративний апеляційний суд не спотворив факти, які були подані йому на розгляд, виносячи рішення, що оскільки про шкідливий характер азбестового пилу відомо було уже давно, і що його канцерогенний характер було виявлено ще в середині п'ятдесятих років, державні органи влади до 1977 року не провели жодного дослідження, щоб оцінити ризики для працівників, які піддаються дії цього азбестового пилу, і не вжили заходів, здатних усунути чи обмежити небезпеку.

З погляду на це встановлення, Державна рада визнала, що бездіяльність держави у вжитті заходів попередження ризиків, пов'язаних з піддаванням працівників дії азбестового пилу, і ця провина покладаються на відповідальність держави.

ОГЛЯД ЗАКОНОДАВСТВА ПОЛЬЩІ З ПИТАНЬ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ ЗДІЙСНЕННЯМ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

З історії питання

Інституція відповідальності Державної скарбниці⁶ за шкоду, завдану у зв'язку із здійсненням публічної влади, протягом багатьох років викликала у Польщі дискусії як серед теоретиків, так і серед практиків права. Захист прав громадян, як усім відомо, не належав до пріоритетних завдань держав попередньої системи. Урегулювання засад відповідальності публічної влади є водночас характерним індикатором демократичної системи та оцінки відносин між публічною владою і громадянами. Еволюція цих засад у польському праві добре відображає історію еволюції політичної системи протягом останніх років.

До 1 вересня 2004 р. питання відповідальності за шкоду, завдану органами публічної влади, регулювалось у ст. 417 – 420 ЦК. Крім Цивільного кодексу, це питання регулювалось також, зокрема, у ст. 160 АПК; ст. 260 Податкової ординації і ст. 769 Цивільно-процесуального кодексу.

Суттєві зміни у сфері відповідальності Державної скарбниці та органів місцевого самоврядування запровадила Конституція Республіки Польща від 1997 р., де у п. 1 ст. 77 передбачено, що «кожен має право на відшкодування шкоди, заподіяної йому незаконною дією органу публічної влади». У світлі вищенаведеного положення з'явилися сумніви, чи відповідні чинні положення ЦК, АПК тощо у цій сфері відповідають Конституції.

Конституційний Суд у рішенні від 4 грудня 2001 р. визнав, що питання відповідальності публічної влади за шкоду, завдану її державними службовцями, вимагає нового унормування, що відповідає Конституції та глумаченню Конституційного Суду. За це завдання взялась Кодифікаційна комісія цивільного права. Сейм ухвалив запропоновані зміни, які набули чинності 1 вересня 2004 р.

⁶Інституція Державної скарбниці – це ефект розвитку і закріплення теорії правосуб'єктності держави, що привели до персоніфікації цієї інституції з точки зору права. Нині Державна скарбниця є в Польщі тією правовою інституцією, яка у цивільно-правових відносинах відіграє роль суб'єкта прав і обов'язків, що стосуються тієї частини державного майна, яка не знаходиться під управлінням інших державних юридичних осіб. Державна скарбниця не несе відповідальності за зобов'язання державних юридичних осіб, які самостійно господарюють частиною загальнонародного майна (напр., державні підприємства), так само як вони не несуть відповідальності за зобов'язання Державної скарбниці.

У даний момент відповідальність Державної скарбниці за дії державних службовців регулюється, крім положення п. 1 ст. 77 Конституції, статтею 417 ЦК, зміненою «Законом від 17 червня 2004 р. про зміну закону «Цивільний кодекс» та деяких інших законів» (що набув чинності 1 вересня 2004 р.), а також ст. 417 № ст 417 І ЦК, запровадженими вищезгаданим законом. Як прийнято в доктрині, запровадження до ЦК нових положень у сфері відповідальності публічної влади було наслідком адаптації раніше чинних положень до вимог п. 1 ст. 77 Конституції, а також реалізації рішення Конституційного Суду від 4 грудня 2001 р. Причиною цих змін була також концепція комплексного врегулювання цивілістичних наслідків протиправної поведінки публічної влади і уніфікація судової практики. Ухвалення вищезгаданого закону від 17 червня 2004 р. виникло також із потреби врахування Рекомендації Ради Європи № R(84)15, що стосувалась відповідальності публічної влади.

Деякі з важливих змін, що набули чинності 1 вересня 2004 р.:

1. Суб'єкти, що реалізують публічну владу. Поняття реалізації публічної влади.

Ст. 417 ЦК, визначаючи суб'єкти цивільного права, які несуть відповідальність за шкоду, завдану діями чи бездіяльністю при виконанні публічної влади, перераховує:

- 1) юридичні особи, які на підставі закону реалізують публічну владу, зокрема, Державна скарбниця та органи місцевого самоврядування (§1),
- 2) юридичні особи, яким делеговано виконання завдань у сфері публічної влади на підставі домовленості, зокрема, органи місцевого самоврядування (§2).

Між юридичною особою, що виконує публічну владу, та безпосереднім винуватцем шкоди можуть бути різного типу взаємовідносини, як обґрунтовують приписання саме цій юридичній особі відповідальності за завдану шкоду. При цьому суттєвим є тільки те, щоб безпосередній винуватець шкоди відігравав роль виконавця публічної влади.

Прийнята у ст. 417 ЦК конструкція власної відповідальності суб'єктів за шкоду, завдану при виконанні публічної влади, не вимагає ідентифікації безпосереднього винуватця шкоди, тобто встановлення

фізичної особи, яка реалізує цю функцію. Достатнім буде доказ, що шкода напевно виникла внаслідок дії якоїсь, навіть неідентифікованої особи, що виконує публічну владу.

Органи державної влади, які несуть відповідальність у даній сфері, тобто Державна скарбниця, органи місцевого самоврядування та інші юридичні особи – це органи, яким доручено виконання завдань у сфері *imperium* (реалізація влади/владної діяльності), а не *dominium* (господарська діяльність). Таким чином, поняття органу публічної влади охоплює тільки ті інституції, які виконують певні публічні функції у сфері *imperium*, діють з використанням засобів підпорядкування і примусу, оперують наказом і заборонаю. Отже, у цьому випадку важливою є не формальна приналежність („власність”), а характер діяльності – недержавна інституція, яка виконує делеговані публічні завдання і має владні компетенції, безумовно, належатиме до органів публічної влади; водночас, таким органом не можна назвати державну інституцію, яка реалізує певні функції тільки й виключно у господарській сфері (*dominium*).

Нині під дію ст. 417 підпадають не тільки владні функції у вузькому розумінні цього поняття, але також порядкові завдання (діяльність у сфері утримання суспільного порядку, напр., дорожні знаки, шлагбауми на залізничних переїздах) або діяльність публічних служб (публічні лікарні при наданні послуг у сфері охорони здоров'я усім громадянам, напр, обов'язкові щеплення), забезпечення правопорядку при організації певних заходів, виконання рішень (напр., діяльність судового виконавця – він не входить до складу державного апарату, але йому доручено виконання судових рішень). Усе це не є господарською діяльністю.

2. Передумови відповідальності

· Вина державного службовця

Раніше (до 1 грудня 2004 р.) умовою відповідальності Державної скарбниці та органів місцевого самоврядування була ВИНА державного службовця та її доведення в ході кримінального чи дисциплінарного провадження. Конституційний Суд, однак, ствердив, що орган влади відповідає за НЕЗАКОННУ ДІЮ, і скасував умову вини державного службовця. «Ілюструючи це питання, можна сказати, що ніхто не зобов'язаний доводити, що, наприклад, міліціонер, використовуючи дубинку, був у цьому винний, достатньо, якщо буде визнано незаконне використання цієї дубинки», – так пояснює суть змін, що стосуються вини, проф. Збігнев Радванський, голова Кодифікаційної комісії цивільного права.

· Завдання шкоди внаслідок незаконних дій

Від 1 вересня 2004 р. за шкоду, завдану незаконною дією або бездіяльністю при здійсненні публічної влади, несе відповідальність Державна скарбниця або орган місцевого самоврядування, або інша юридична особа, що здійснює цю владу на підставі закону. Заподіяння шкоди дією органу влади або внаслідок бездіяльності влади означає, що йдеться не про кожну шкоду, але про ту шкоду, яка знаходиться у причинному зв'язку, тобто є наслідком здійснення публічної влади. Законодавець, таким чином, звертає особливу увагу на шкоду як джерело виконання владних функцій. У випадку, коли громадянин зазнає шкоди у результаті іншої діяльності органу, наприклад, укладення договору продажу, оренди тощо, він зможе подати в суд на орган публічної влади на загальних засадах цивільного права, тобто використовуючи інституцію звичайної деліктної відповідальності.

3. Солідарна відповідальність підрядника

Якщо виконання завдань у сфері публічної влади делеговано, наприклад, на підставі угоди, органів місцевого самоврядування або іншій юридичній особі, солідарну відповідальність за заподіяну шкоду буде нести їх виконавець та орган місцевого самоврядування, який делегував ці завдання, або Державна скарбниця. Таким чином, сформульована норма кодексу може мати серйозні наслідки у практиці. Автори проекту зміни статті 4171 звертають увагу на те, що врахування цієї останньої категорії суб'єктів («інша юридична особа») ліквідує колишні сумніви щодо відповідальності державних і комунальних юридичних осіб та інших публічних інституцій, що не мають державного або комунального характеру, яким доручено виконання певних повноважень у сфері публічної влади. Якщо підрядником публічних завдань буде інша особа, вона відповідатиме солідарно разом з особою, яка делегує завдання. Практично це означає, що за помилки фірми, яка виконує публічне замовлення, солідарно відповідатиме районна чи міська рада тощо, не дивлячись на те, що цих муніципальних органів не можна буде обвинуватити у помилках.

4. Обсяг відшкодування – тема рішення Конституційного Суду від 23 вересня 2003 р.

Ст. 77 Конституції формулює засаду повного відшкодування за не-

законну дію органу публічної влади. Згідно з цією засадою, відшкодування є належним як за позитивну втрату (реальну шкоду, *damnum emergens*), так і за втрачену вигоду (*lucrum cessans*), якої потерпілий міг би сподіватись, якби шкода не була заподіяна.

Відповідно до ст. 160 АПК (до зміни у 2004 р.) вимога про відшкодування стосувалась тільки зазваної реальної шкоди (позитивної втрати), тобто компенсація шкоди охоплювала тільки втрату, якої зазнав потерпілий, але не стосувалась вигоди, яку він міг би одержати, якби шкоди не було завдано. На думку авторів конституційного подання і правового запиту, підхід, що міститься в § 1 ст. 160 АПК, у частині, в якій обмежено вимогу про відшкодування за незаконну дію органу публічної влади тільки до позитивної втрати, не відповідає п. 1 ст. 77 Конституції. Конституційне поняття шкоди охоплює як втрату, якої зазнав потерпілий, так і ту вигоду, яку він міг отримати, якби шкода не була йому заподіяна.

Крім того, автори подання та запиту вважають також, що вищенаведені аргументи відносяться також до § 1 ст. 260 Податкової ординації у частині, в якій це положення обмежує вимогу про відшкодування за незаконну дію органу публічної влади до позитивної втрати.

Конституційний Суд у своєму рішенні розділив погляд авторів подання та запиту – *див. текст самого рішення*. У даний момент (після 1 вересня 2004 р.) відшкодування за незаконну дію органу публічної влади охоплює як позитивну втрату (реальну шкоду, *damnum emergens*), так і втрачену вигоду (*lucrum cessans*).

5. Види відповідальності

● Відповідальність за шкоду, завдану ухваленням нормативного акта

Положення ст. 4171 §1 ЦК пов'язує відповідальність із заподіянням шкоди внаслідок ухвалення нормативного акта, що не відповідає Конституції, ратифікованій міжнародній угоді або закону.

Згідно з цим положенням, вимога відшкодування шкоди залежить від попереднього визнання цієї невідповідності у відповідному провадженні (так зв. преюдикат). Тут йдеться про визнання невідповідності нормативних актів нижчого рівня актам, що знаходяться вище у правовій ієрархії. Таким чином, лише після ствердження такої невідповідності потерпілий може вимагати у суді загальної юрисдикції, шляхом цивільного провадження, відшкодування зазваної шкоди. Відповідачем повинен бути суб'єкт, який ухвалив таку правову норму.

Що стосується актів місцевого права, у цьому випадку таким суб'єктом буде відповідний орган місцевого самоврядування, а за ухвалення норми, що встановлюється державними органами, відповідає Державна скарбниця.

Щоб існувала відповідальність, повинен бути причинний зв'язок між чинником (наприклад, законом, що не відповідає Конституції) та шкодою. Наприклад, у випадку ухвалення закону, що регулює видворення іноземців, визначається група іноземців, яка може залишитись у Польщі, усі ж інші повинні бути видворені. Якщо Конституційний Суд визнає, що такий закон порушує, скажімо, міжнародну конвенцію, і знайдеться такий іноземець Х, який був видворений з Польщі, а мав тут раніше роботу, то Х не тільки може повернутись, він може також вимагати відшкодування шкоди, якої зазнав з огляду на те, що не працював. Якби у Х не було роботи і він був видворений, то за потенційну шкоду (Х міг мати роботу і заробити) Державна скарбниця відповідальності не несе.

- **Відповідальність за шкоду, завдану ухваленням рішення**

Положення ст. 4171 §2 ЦК пов'язує відповідальність із завданням шкоди внаслідок ухвалення остаточного рішення, що не відповідає закону. Це положення також передбачає необхідність попереднього преюдицату.

У світлі інтеграції Польщі до Європейського Союзу варто підкреслити, що громадяни матимуть право вимагати відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок ухвалення нормативного акта, який не відповідає праву Європейської спільноти, а також шкоди, завданої внаслідок неухвалення нормативного акта, обов'язок ухвалення якого передбачає директива ЄС.

- **Відповідальність за шкоду, завдану неухваленням рішення**

Відповідальність за завдання шкоди органом, створеним для виконання закону, може охоплювати тільки такі ситуації, коли цей орган був зобов'язаний виконати таку дію.

Положення ст. 4171 §3 ЦК регулює правові наслідки шкоди, заподіяної неухваленням рішення, коли обов'язок його ухвалення передбачають правові приписи. Отже, йдеться про шкоду, завдану внаслідок тяганини під час судового або адміністративного провадження. У цьому випадку необхідною передумовою для вимагання відшкодування також є визнання у відповідному провадженні того, що така тяганина судового

або адміністративного провадження не відповідає закону. Однак кінцевий фрагмент цитованого положення вказує також на можливість скасування цієї передумови з огляду на закон від 17.07.04 р. “Про скаргу на порушення права сторони на розгляд справи у судовому провадженні без необґрунтованої тяганини”. Згідно із ст. 2 цього закону, тяганиною називаються такі випадки, коли провадження у справі триває довше, ніж необхідно для вирішення даної справи. Позивач на цій підставі може вже у ході провадження вимагати своєрідного відшкодування від Державної скарбниці або судового виконавця у розмірі до 10000 злотих.

- **Відповідальність за шкоду, завдану неухваленням нормативного акта**

Також у випадку такої шкоди відповідальність органу, створеного для виконання закону, охоплює тільки такі ситуації, коли цей орган був зобов'язаний до виконання такої дії. Положення ст. 4171 §4 ЦК конкретизує передумови відповідальності за завдання шкоди внаслідок законодавчої бездіяльності. Це положення передбачає, передусім, що обов'язок ухвалення нормативного акта повинен встановлюватись у положеннях Конституції.

Про законодавчу бездіяльність можна говорити тільки тоді, коли з правового положення виникає, у який термін орган публічної влади повинен ухвалити відповідний закон чи постанову, чи акт місцевого права. У нормі, що дає повноваження органу ухвалювати постанову (ст. 92 Конституції), як правило, цей термін встановлюється. Якщо такий припис відсутній, слід вважати, що орган зобов'язаний ухвалити постанову невідкладно.

Для вимоги відшкодування за законодавчу бездіяльність ст. 4171 § 4 ЦК не передбачає умови преюдицату. Рішення про відшкодування шкоди виносить суд, що розглядає справу.

- **Відшкодування шкоди згідно з засадою слушності (справедливості)**

ЦК передбачає відповідальність згідно з засадою слушності у випадках, коли йдеться про пом'якшення особливо важких наслідків завданої шкоди, усунення яких на підставі загальних положень права є неможливим.

Положення ст. 417² ЦК встановлює можливість відшкодування шкоди, яка є наслідком законного виконання публічної влади, однак у тій ситуації, коли було б неслухним і несправедливим, якби наслідки завдання шкоди обтяжували виключно потерпілого.

Неофіційний переклад

**РЕКОМЕНДАЦІЯ № R(84)15
КОМІТЕТУ МІНІСТРІВ ДЕРЖАВАМ-ЧЛЕНАМ
СТОСОВНО ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА СПРИЧИНЕНУ ШКОДУ**

(Прийнята Комітетом міністрів 11 вересня 1984 року на 375-й нараді заступників міністрів)

Комітет Міністрів, керуючись положеннями статті 15.b Статуту Ради Європи,

враховуючи те, що мета Ради Європи полягає в досягненні більшого єднання між її членами;

виходячи з того, що дедалі зростає ряд сфер, в які органи державної влади здійснюють своє втручання, та з огляду на те, що іноді в своїй діяльності вони впливають на права, свободи та інтереси осіб і можуть таким чином завдати їм шкоди;

вважаючи, що оскільки органи державної влади служать суспільству, останнє повинне гарантувати відшкодування такої шкоди у випадку неправомірного їй завдання відповідним особам;

нагадуючи про загальні принципи, викладені в Резолюції (77) 31, які забезпечують захист особи стосовно актів адміністративних органів влади, та про принципи стосовно реалізації дискреційних повноважень адміністративними органами влади, викладені в Рекомендації № R(80)2;

вважаючи за доцільне забезпечити захист осіб у сфері публічно-правової відповідальності,

рекомендує урядам держав-членів:

a. у своєму праві й практиці керуватися принципами, викладеними в додатку до цієї Рекомендації;

b. розглянути доцільність створення у своєму внутрішньому порядку, якщо це необхідно, відповідного механізму, який би не допускав невиконання органами державної влади своїх обов'язків з відшкодування шкоди через нестачу коштів.

Додаток

Сфера застосування і дефініції

1. Ця Рекомендація застосовується у сфері публічно-правової відповідальності, тобто вимагає від органів державної влади відшкодувати шкоду, яку вони завдали своїми актами, і вимагає здійснювати це або шляхом компенсації, або в будь-який інший відповідний спосіб (надалі – «відшкодування»).

2. Термін «орган державної влади» означає:

a. будь-який публічно-правовий суб'єкт будь-якого виду чи рівня (включаючи державу, регіон, провінцію, муніципалітет, незалежний публічно-правовий суб'єкт); та

b. будь-яку приватну особу під час здійснення нею повноважень офіційної влади.

3. Термін «акт» означає будь-який захід або невжиття заходу/заходів, що, з огляду на свій характер, безпосередньо впливає на права, свободи чи інтереси осіб.

4. До актів, яких стосується ця Рекомендація, належать:

a. нормативні акти, прийняті при здійсненні регуляторних повноважень;

b. адміністративні акти, які не є регуляторними;

b. фізичні дії.

5. До актів, що охоплюються пунктом 4, належать також акти судових органів, які видані не на виконання судової функції.

6. Термін «потерпіла особа» означає особу, яка зазнала шкоди, або будь-яку іншу особу, яка має право вимагати відшкодування.

Принципи

I

Мають забезпечуватися гарантії відшкодування шкоди, спричиненої особі актом, який є результатом недотримання органом державної влади у своїх діях стосовно цієї потерпілої особи норм та стандартів, дотримання яких було розумно очікувати від цього органу з огляду на право. Презумпція наявності такого акту виникає у випадку порушення установленної правової норми.

II

1. Навіть якщо умови, викладені в принципі I, не задоволено, гарантії відшкодування мають забезпечуватися у випадку, коли явно несправедливим було б покладати тягар, пов'язаний зі спричиненою шкодою, лише на потерпілу особу в той час, коли мають місце такі обставини: даний акт відповідає загальним інтересам, шкоди зазнала лише одна особа чи обмежена кількість осіб, акт мав виключний характер чи шкода являла собою виключний результат даного акту.

2. Цей принцип може застосовуватись лише до певних категорій актів.

III

Якщо потерпіла особа зазнала шкоди, серед іншого, також і через свою власну поведінку або внаслідок невикористання засобів правового захисту, розмір відшкодування такої шкоди може бути зменшено відповідним чином або у відшкодуванні їй може бути відмовлено.

Те ж саме правило має застосовуватися у випадку, коли спричинено шкоди сприяла особа, за яку потерпіла особа несе відповідальність відповідно до національного законодавства.

IV

Здійснення права на судове оскарження акту органу державної влади не повинно обмежуватись вимогою попереднього оскарження дій відповідного представника/посадової особи цього органу.

Якщо закон передбачає, що перед порушенням судового провадження має використовуватися адміністративна процедура примирення, така умова не повинна перешкоджати доступу до судового розгляду.

V

Відшкодування згідно з принципом I має надаватися в повному обсязі; при цьому мається на увазі, що категорії [види] шкоди, характер та форми відшкодування визначаються національним правом.

Відшкодування згідно з принципом II може бути лише частковим згідно з принципами справедливості.

VI

Рішення з надання відшкодування мають виконуватися з максимальною оперативністю. Це повинно забезпечуватися відповідними бюджетними або іншими заходами.

Якщо національне право передбачає спеціальну процедуру з виконання таких рішень, вона має бути достатньо доступною і забезпечувати оперативність такого виконання.

VII

Норми щодо обмеження строків звернення за відшкодуванням шкоди та момент, з якого починається сплив цих строків, не повинні перешкоджати ефективному здійсненню права на звернення за відшкодуванням.

VIII

Громадянство потерпілої особи не повинно становити підстави для будь-якої дискримінації при вирішенні питань публічно-правової відповідальності.

Заключні положення

Ця Рекомендація не може тлумачитися як така, що:

a. обмежує можливості держави-члена застосовувати викладені вище принципи до актів, які не належать до категорій, зазначених у цій Рекомендації, або запроваджувати норми, які забезпечують більш широкі гарантії для потерпілої особи;

b. перешкоджає функціонуванню тієї чи іншої особливої системи відповідальності, встановленої міжнародними договорами;

c. перешкоджає функціонуванню особливих національних систем відповідальності у сфері поштових і телекомунікаційних послуг, у сфері транспорту, а також таких особливих внутрішніх систем відповідальності, які діють у збройних силах; умовою при цьому є забезпечення для потерпілих осіб адекватного відшкодування з урахуванням усіх наявних обставин;

d. перешкоджає функціонуванню особливих національних систем відповідальності, які передбачають однакові умови стосовно органів державної влади і стосовно приватних осіб.

РОЗ'ЯСНЮВАЛЬНИЙ КОМЕНТАР

Вступ

1. Рекомендація № R(84)15 стосовно публічно-правової відповідальності за шкоду є логічним результатом роботи, яку Рада Європи здійснює у сфері адміністративного права, спрямовуючи її на забезпечення захисту осіб в їхніх взаєминах з органами державної влади. Коло питань, які вирішують органи державної влади в державах-членах Ради Європи, дедалі розширюється; оскільки їхнє функціонування справляє постійний і вирішальний вплив на діяльність громадян, їхні права та інтереси, неминуче виникає чимало конфліктів, особи зазнають шкоди, і проблема полягає у тому, щоб визначити, до якої міри на особу, яка зазнає шкоди, може покладатися тягар, пов'язаний з такою шкодою.

2. Рада Європи розпочала свою роботу в цій сфері на 9-й конференції з європейського права (Мадрид, 2-4 жовтня 1979 року), на якій розглядалася ситуація в державах-членах, пов'язана з вирішенням питань відповідальності держави, регіональних та місцевих органів влади за шкоду, спричинену їхніми повноважними представниками та адміністративними заходами. На конференції було визначено розбіжності, які існують щодо підстав виникнення публічно-правової відповідальності та щодо норм, які мають регулювати право на відшкодування та визначати його зміст.

3. Було визначено підґрунтя для проведення відповідної гармонізації на європейському рівні, і в 1980 році Європейський комітет з правового співробітництва (Комітет *CDCJ*) доручив з цією метою Комітетові експертів з адміністративного права (Комітет *CJ-DA*) підготувати прийнятні засоби правового регулювання публічно-правової відповідальності держави.

4. Було зроблено висновок про те, що окрім необхідності встановлення загальної норми, яка покладає на органи державної влади обов'язок відповідати за свої дії, у цій сфері необхідно встановити спеціальні принципи, які б могли застосовуватися до особливого характеру діяльності цих органів. Доцільність встановлення таких принципів не залежить від того, чи притягаються органи державної влади до відповідальності в звичайних судах, чи, згідно із законодавством або судовою практикою, для них створено окрему систему відповідальності.

5. Шкода, завдана особам, може бути результатом «неправомірного» або «правомірного» заходу/діяльності державних службовців чи адміністративних органів. Отже, цей документ містить принципи, які передбачають відшкодування в обох випадках. Однак, оскільки правила стосовно відшкодування шкоди, заподіяної правомірними актами, мо-

жуть потребувати значних змін у законодавстві і практиці деяких держав, цей документ передбачає можливість обмеженого застосування принципу II в національних системах з можливістю поступового розширення меж такого застосування.

6. Існування системи публічно-правової відповідальності становить для осіб суттєво важливу гарантію, але так само важливо, щоб реалізація такої відповідальності забезпечувала в невідкладному порядку надання справедливого відшкодування особам, що зазнали шкоди. Отже, ця Рекомендація не лише містить принципи стосовно права на відшкодування, але також визначає шляхи забезпечення ефективності такого відшкодування та сприяє розгляду доцільності створення, якщо необхідно, відповідного механізму, який би не допускав невиконання обов'язків у цій сфері через нестачу коштів.

Сфера застосування і дефініції

Параграф 1

7. У цьому пункті зазначено сферу застосування Рекомендації – тобто, зазначено, що вона стосується публічно-правової відповідальності; останнє визначено як обов'язок органів державної влади компенсувати шкоду, завдану їхніми актами. У деяких правових системах таку відповідальність органів державної влади традиційно називають «відповідальністю держави». Проте, таке словосполучення вирішили не вживати [в Рекомендації], оскільки слово «держава» не завжди позначає одні й ті самі політичні та інституційні реалії. У деяких системах, наприклад, поняття держави охоплює всі установи, які керують суспільним життям країни чи регулюють його, тоді як в інших воно включає лише органи центральної виконавчої влади. Отже, перевагу надано словосполученню «публічно-правова відповідальність», адже воно може підходити для визначення типу відповідальності, про який йдеться в цьому документі, у всіх правових системах.

Параграф 2

8. Характерною рисою публічно-правової відповідальності є те, що вона виникає лише у зв'язку з актами органів державної влади.

Поняття «орган державної влади» визначено за допомогою функціонального критерію – тобто, це орган, який реалізує повноваження чи привілеї, що є ширшими, ніж права чи повноваження звичайних осіб. Конкретні випадки задоволення такому критерію визначає держава у межах національного права. У деяких правових системах привілеї офіційної влади реалізуються як у діяльності, яка традиційно вважається функцією публічно-правових суб'єктів – наприклад, підтри-

мання громадського порядку, – так і в діяльності, яку можуть здійснювати приватні особи – наприклад, освіта чи транспорт. І навпаки, в інших системах вважається, що такі привілеї офіційної влади не можуть реалізовуватись в останніх згаданих вище видах діяльності – адже тоді до відповідних актів застосовувалась би система відповідальності, встановлена звичайним законом.

9. У деяких державах діяльність у галузі «державної служби» (*service public*) також входить до сфери певної системи відповідальності.

Виконання завдань чи здійснення діяльності, яка має особливе значення чи особливий інтерес для суспільства, іноді вважається державною службою. Однак поняття державної служби існує не у всіх правових системах і не завжди має один і той самий зміст.

Тому Рекомендація не закликає застосовувати до такої діяльності вказану систему публічно-правової відповідальності; проте, ніщо не повинно перешкоджати її застосуванню у тих державах, в яких існує поняття державної служби і які вважають, що пов'язана з нею діяльність має охоплюватись сферою відповідальності, відмінної від тієї, яка передбачена звичайним законом.

10. Органами державної влади, у значенні цієї Рекомендації, можуть бути як публічно-правові фізичні та юридичні особи, так і приватноправові фізичні та юридичні особи, за умови, що вони відповідають згаданому вище критерію. Відповідно, перелік, наведений у підпункті *a* параграфу 2, виступає лише прикладом. Це означає, що публічно-правова або приватноправова ознака фізичної або юридичної особи не є вирішальною підставою для публічно-правової відповідальності. Адже значимим тут є саме характер повноважень, які ця особа реалізовує.

Параграф 3

11. У визначенні терміну «акт», сформульованому на підставі визначень, які надано цьому термінові в Резолюції (77) 31 про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади та Рекомендації № R(80)2 стосовно реалізації дискреційних повноважень адміністративними органами, зазначено, що це «акт», який здійснив орган публічної влади і під яким мається на увазі «захід або невжиття заходу/заходів, що, з огляду на свій характер, безпосередньо впливає на права, свободи чи інтереси осіб». Це формулювання відрізняється від визначень, які містяться в згаданих вище документах, доповненням, яке прямо зазначає, що «акт» може означати захід або невжиття заходу/заходів, тобто бездіяльність.

Параграф 4

12. Це положення визначає межі застосування Рекомендації. У ньому конкретно зазначені деякі акти органів державної влади, але держави

можуть поширювати застосування системи публічно-правової відповідальності на інші категорії актів.

З параграфу 4 випливає, що законодавчі акти, ухвалені парламентом та, у деяких країнах, іншими подібними органами, з яких складається державна законодавча влада (регіони, штати у федеральній державі), до сфери застосування Рекомендації не входять.

У багатьох державах виконавчі органи влади (уряд, міністри, інші адміністративні органи) можуть приймати нормативні акти загального застосування. Такі акти ухвалюються або на підставі повноваження, делегованого органом, наділеним законодавчою владою, або на підставі повноваження, що випливає з положень Конституції.

Згідно з параграфом 4, Рекомендація стосується лише тих актів виконавчих органів влади, які здійснені в межах «регуляторних повноважень». Визначення актів, які належать до категорії прийнятих в межах реалізації «регуляторних повноважень», кожна держава дає відповідно до національного законодавства.

Параграф 5

13. Параграф 5 розрізняє акти судових органів влади, здійснені на виконання судової функції, та інші акти, реалізовані в межах адміністрування правосуддя. Перші не входять до сфери застосування цієї Рекомендації. Другу категорію актів – незалежно від того, чи здійснює їх сам суддя, чи підпорядкований йому персонал – можна віднести до одного з видів актів, про які йдеться в параграфі 4. На ці акти дія Рекомендації поширюється.

Параграф 6

14. Гарантії, передбачені системою публічно-правової відповідальності, можуть захищати не лише особу, яка зазнала шкоди, але також інших осіб, таких як спадкоємці зазначеної особи. Для цілей цієї Рекомендації, всі ті, хто має право вимагати відшкодування, іменуються «потерпілі особи».

Принципи

Принцип I

15. Це положення визначає фактори, які тягнуть за собою настання публічно-правової відповідальності. Підстави для настання відповідальності визначаються в Рекомендації у світлі прецедентів, вже напрацьованих у сфері цивільно-правової відповідальності завдяки роботі Європейського комітету Ради Європи з правового співробітництва (Комітет *CDCJ*), прецедентів, які відповідають сучасним тенденціям, – особливо, йдеться про нещодавні рішення національних судів деяких дер-

жав-членів. Принцип не базується на критеріях правомірності і наявності вини. Публічно-правова відповідальність має наставати в кожному випадку, коли орган державної влади завдав особі шкоди, не дотримавши по відношенню до цієї потерпілої особи очікуваних від нього стандартів діяльності, для дотримання яких були всі підстави з огляду на право. Це робить можливим, зокрема, захист потерпілих осіб, які зазнали шкоди внаслідок дій невизначених офіційних осіб або внаслідок колективних дій співробітників органу.

16. Очікувані від органів державної влади норми діяльності та стандарти, для дотримання яких є всі підстави з огляду на право, обумовлюються покладеними на ці органи завданнями та засобами, які вони можуть використовувати для їх вирішення. Публічна адміністрація зокрема та органи влади взагалі є апаратом, якому народ, через своїх представників, доручає виконання певних функцій, для чого їм надаються відповідні засоби. Отже, органи державної влади повинні мати змогу виконувати цілий ряд завдань та функцій в інтересах суспільства; при цьому визначення, зміст та характер такої діяльності мають встановлюватися правовими нормами. Якщо орган державної влади не виконує обов'язку, обумовленого цими правовими нормами, внаслідок чого громадяни зазнають шкоди, ці громадяни повинні мати можливість отримати відшкодування від такого органу державної влади, незалежно від наявності особистої відповідальності представників цього органу чи посадових осіб, які спричинили таку шкоду.

17. Словосполучення «з огляду на право» означає, що правова система має розглядатися в цілому. Тобто, маються на увазі всі прийняті правові норми.

Поняття «правова норма» може мати різний зміст: у деяких системах норми звичаєвого права, які задовольняють певним умовам чи мають певні характеристики, мають таку саме обов'язкову силу, що і писані закони. Отже, які норми можуть вважатися правовими – це питання вирішується безпосередньо національною системою.

18. Визначення терміну «акт», яке міститься в параграфі 3, розглянуте в поєднанні зі словосполученням «стосовно цієї потерпілої особи ... розумно ...», вжитим у принципі I, з'ясує, що публічно-правова відповідальність не виникає в будь-якому випадку порушення правового принципу або правової норми, оскільки цей принцип або норма має бути таким, що впливає на права, свободи чи інтереси потерпілої особи. Лише таке порушення може становити підстави для розумного очікування у значенні принципу I. Порушення норми, яка стосується внутрішньої організації адміністративного органу влади і яка прямо чи

опосередковано не створює індивідуального права або інтересу, не тягне за собою настання відповідальності згідно з принципом І.

19. Презумпція, встановлена відповідно до цього принципу, охоплює, з огляду на необхідність забезпечення правової визначеності, лише усталені правові норми. Йдеться про норми, які вже були відомі на момент вчинення відповідного акту. До них не належать норми, сформульовані судами шляхом всебічного тлумачення правових положень після здійснення акту, який спричинив шкоду.

20. Згадану презумпцію може бути спростовано, і відповідний орган державної влади не буде нести відповідальності, якщо він зможе довести, що порушення такої норми не становить недотримання стандарту діяльності, якого цей орган має дотримуватись. Ця презумпція допомагає захистити потерпілу особу, адже вона не зобов'язана розслідувати діяльність представника органу (або адміністративної структури), відповідального за акт, який завдав шкоди, але має лише довести, що діяльність органу державної влади не була такою, яку передбачає правова норма.

21. Одним зі зразків застосування цього принципу є те, що в багатьох країнах існує презумпція відповідальності у разі наявності технічного недоліку у функціонуванні обладнання, яке використовують органи державної влади. Як приклад можна навести справу, яка стосується технічної несправності світлофорів. Позивач [у такій справі] повинен мати змогу отримати відшкодування навіть за відсутності можливості встановити наявність вини тієї чи іншої конкретної посадової особи.

22. З формулювання цього положення випливає, що публічно-правова відповідальність настає лише тоді, коли завдано шкоди, що, з іншого боку, означає, що порушення правової норми само по собі не є достатньою умовою для настання такого виду відповідальності. Це не повинно перешкоджати настанню відповідальності іншого роду – наприклад, кримінальної або дисциплінарної. Умова, згідно з якою шкода має бути «спричинена» актом, потребує наявності причинно-наслідкового зв'язку між відповідним актом органів державної влади та завданою шкодою. Взагалі питання причинно-наслідкового зв'язку цей документ не регулює, але певні пов'язані з цим питання обговорюються в принципі III (участь потерпілої особи у спричиненні шкоди).

23. Особлива проблема може виникнути у випадку, коли шкода спричинена посадовою особою, яка нібито діє в інтересах державної служби, але фактично діє у своїх власних інтересах; отже, необхідно встановити критерії для визначення того, що в деяких системах назива-

ють окремою індивідуальною провиною (*faute personnelle détachable*), і того, що називають адміністративною помилкою (*faute de service*). Коли видимість звичайної діяльності органу державної влади є такою, що вводить в оману розсудливу і уважну людину, тоді публічно-правова відповідальність має наставати, навіть якщо згодом така видимість виявляється помилковою. Такий наслідок обумовлюється тим, що видимість складається з факторів, об'єктивно пов'язаних з функціонуванням публічної адміністрації чи державної служби. Отже, відповідальність може наставати, якщо у конкретному випадку посадова компетенція відповідної посадової особи та обставини її дій є такими, що вводять в оману особу, яка зазнає шкоди.

Принцип II

24. Порушення прав і законних інтересів особи та завдання їй шкоди можуть мати місце не лише тоді, коли поведінка органу державної влади не є такою, якої від нього вимагає право, але навіть у деяких випадках, коли він діє належним чином і його не можна обвинуватити у невиконанні обов'язку. Така шкода є наслідком ризику, властивого для будь-якої соціальної діяльності, і, отже, необхідно встановити критерії для визначення тих випадків, в яких тягар, пов'язаний зі шкодою, має нести особа, яка її зазнає, і, з іншого боку, тих, в яких він має покладатися на суспільство.

25. Загально визнаний принцип соціальної солідарності вимагає від особи сприймати цілий ряд незручностей і певну шкоду як нормальний наслідок суспільного життя, якщо вони не є надзвичайно суттєвими чи серйозними і впливають на все населення в цілому. З іншого боку, видається несправедливим вимагати від особи, яка зазнає шкоди, нести відповідний тягар за відсутності згаданих вище умов – коли такий тягар є надмірним для окремої особи з погляду на принцип рівності у контексті справедливого розподілу наслідків публічно-правових обов'язків.

26. Тому, навіть якщо зазначені в принципі I умови не задоволено – іншими словами, навіть якщо поведінка органу державної влади була саме такою, якої були всі підстави, з огляду на право, очікувати від нього, – Рекомендація закликає держави передбачити у своєму внутрішньому праві норми, які забезпечують для особи, яка зазнає шкоди, відшкодування у кожному випадку, коли покладання лише на таку окрему особу тягаря, пов'язаного із спричиненою шкодою, видається явно несправедливим. Для того, щоб допомогти визначити критерії несправедливого характеру такої шкоди, цей принцип включає три кумулятивні умови.

27. З метою сприяння практичному виконанню Рекомендації, особливо в державах, в яких немає об'єктивно визначеної загальної системи відповідальності, до параграфу 2 включено положення, яке дозволяє державам застосовувати принцип II до певних категорій актів. Це також дає цим державам змогу застосовувати принцип II, за їхнім бажанням, поступово до все більш широкого кола актів.

Принцип III

28. Положення принципу III сформульовано на підставі норм, які регулюють такий саме предмет в Європейській конвенції про відповідальність за якість продукції у випадку травми або смерті особи. Цей принцип поширюється на випадки, коли шкода, яку зазнала особа, спричинена частково і з її власної вини. Наявність такої вини потерпілої особи є головною підставою для зміни міри відповідальності. З іншого боку, принцип містить пряме посилення на ситуацію, коли потерпіла особа не використала доступних для неї засобів правового захисту, які б могли запобігти спричиненню шкоди або зменшити її. Визначення міри вини потерпілої особи в спричиненні шкоди є завданням суду в кожній окремій справі, коли він має визначити розмір відповідного відшкодування або, якщо необхідно, прийняти рішення про відмову у відшкодуванні.

29. У другому абзаці принципу зазначено, що розмір відшкодування може бути зменшено у випадку, коли шкода спричинена внаслідок діяння, вчиненого особою, за яку потерпіла особа несе відповідальність згідно з національним правом (наприклад, залежно від відповідної системи: представник, неповнолітній).

30. Органи державної влади, як правило, звільняються від відповідальності у випадку настання непередбачуваних форс-мажорних обставин, хоча Рекомендація і не містить прямого посилання на таку ситуацію. Форс-мажор, що виникає, наприклад, внаслідок атмосферних явищ, характеризується неможливістю пояснити причину завдання шкоди певними діями органів державної влади, і тому настання акту, який спричиняє шкоду, як правило, є непередбачуваним, і його наслідків уникнути неможливо. У таких випадках не можна говорити про акти органів державної влади або про причинно-наслідковий зв'язок, який би обґрунтовував покладання відповідальності за завдану шкоду на органи державної влади. У деяких випадках такий зв'язок може виявитися розірваним внаслідок втручання третьої сторони, перешкоджання з боку якої, наприклад, заходу, здійснюваному адміністративним органом влади, може зрештою стати підставою для звільнення органів державної влади від відповідальності.

Принцип IV

31. Цей принцип є відхиленням від практики, від якої вже відмовилися чимало держав і згідно з якою скарга особи, яка зазнала шкоди, спричиненої їй заходами державних органів чи служб, повинна була подаватися проти посадової особи чи державного службовця, який, як стверджувалось, несе відповідальність за цю шкоду. Такий підхід не забезпечував для потерпілої особи достатнього захисту, оскільки іноді виявлялося неможливим визначити саме ту особу, яка спричинила відповідну шкоду, і дуже часто така особа виявлялася неплатоспроможною.

32. На даний момент встановлення відповідальності органів державної влади за спричинену шкоду є для потерпілої особи основною гарантією того, що вона одержить належну компенсацію; але вимагати такого відшкодування можна двома різними способами. У випадках, коли відповідну посадову особу або ту особу, яка спричинила шкоду, може бути встановлено, потерпіла особа, як це передбачається в деяких правових системах, має право висунути вимогу відшкодування або до органу державної влади, в якому ця посадова особа працювала на відповідний момент, або до самої цієї особи, або до обох цих суб'єктів одночасно. В інших системах такі вимоги повинні завжди висуватися проти відповідного органу державної влади, який може після цього вжити належних заходів проти посадової особи чи державного службовця, який спричинив дану шкоду. Рекомендація містить компромісний варіант вирішення проблеми – вона закликає держави не перешкоджати потерпілій особі в здійсненні нею свого права на порушення справи безпосередньо проти відповідного органу державної влади, який відповідає за відшкодування шкоди чи зобов'язаний компенсувати її; таким чином, у державах, в яких справа може бути порушена безпосередньо проти відповідної посадової особи, за потерпілою особою залишається право вибору. Якщо шкода є результатом правомірного акту, тоді орган державної влади не має підстав для регресного позову проти посадової особи, яка спричинила таку шкоду.

33. У Рекомендації не йдеться про доцільність запровадження адміністративної процедури примирення, яка б передувала судовому провадженню. Основна перевага такої процедури, очевидно, полягає в тому, що вона сприяє в певних справах дружньому вирішенню спору, але при цьому вона також має і недоліки – через неї процес вирішення спору може виявитися громіздким або таким, що знеохочує погано поінформованих осіб реалізовувати свої законні права. У Раді Європи це питання вже опрацьовувалося і в цьому контексті можна згадати принцип 3 Рекомендації № R(81)7 Комітету міністрів щодо способів по-

легшення доступу до правосуддя, в якій зазначено, що «необхідно вживати заходів для полегшення або сприяння, якщо необхідно, примиренню сторін та дружньому врегулюванню спорів ще до того, як порушується судове провадження, або вже під час судового провадження». Цей принцип більш детально пояснюється в роз'яснювальному коментарі до згаданої Рекомендації [R(81)7], в якому, зокрема, сказано, що «в інтересах ефективності необхідно уникати чисто формальних процедур примирення, які затягують процес вирішення спору».

Отже принцип, який запроваджує ця Рекомендація, містить лише одну вимогу – якщо національне право передбачає проведення процедур примирення, їхня концепція та практичне застосування мають бути такими, що не перешкоджають порушенню судового провадження, яке є основним способом отримання компенсації для потерпілої особи.

Принцип V

34. Цей принцип встановлює вимогу надання відшкодування в повному обсязі – тобто, потерпіла особа повинна одержати компенсацію всієї шкоди, якої вона зазнала внаслідок неправомірного акту і яка може бути виражена в грошовому еквіваленті, а також отримати відповідну компенсацію за будь-яку іншу спричинену шкоду. Однак національне законодавство має визначати категорії [види] шкоди (існують дві основні категорії шкоди: майнова або немайнова [моральна] шкода), характер та форми відшкодування. У більшості правових систем процедура відшкодування передбачає компенсацію як безпосередньо завданої шкоди (*damnum emergens*), так і збитків, встановлених на підставі наявних доказів (втраченої вигоди) (*lucrum cessans*).

35. З огляду на обставини, про які йдеться в принципі II, враховуючи характер актів, вчинених органами державної влади із спричиненням шкоди особі, та підстави зобов'язання з відшкодування шкоди, може виявитися прийнятним покласти певну частину тягаря, пов'язаного з такою шкодою, на потерпілу особу. Насправді, оскільки це положення прямо вказує на випадки, коли явно несправедливим було б покладати тягар шкоди лише на потерпілу особу, з цього випливає, що у певних випадках може бути обґрунтованим не повне, а справедливе відшкодування. Розмір такого відшкодування має визначатися у світлі всіх факторів, на підставі яких у таких справах встановлюється ступінь відповідальності органів державної влади та право потерпілої особи на відповідну компенсацію.

Принцип VI

36. Після прийняття остаточного рішення, яким визнається право потерпілої особи на відшкодування, таке відшкодування не завжди надається ефективно і без затримок. Процедура виконання таких рішень здійснюється відповідно до однієї з двох систем:

a. Рішення може бути виконано негайно і воно являє собою достатню підставу для отримання компенсації; або

b. Рішення не може бути виконано негайно і для отримання ефективного відшкодування передбачається спеціальна процедура.

37. По суті, швидке відшкодування забезпечує перша система. Однак було визнано за доцільне встановити загальний принцип, який вимагає виконання рішень у цій сфері в якомога більш оперативному порядку. Якщо виконання рішень здійснюється відповідно до другої системи, то, згідно з Рекомендацією, така процедура має бути легко доступною і швидкою. Ці дві норми відповідають принципам, які містяться в Рекомендації № R(81)7 Комітету міністрів щодо способів полегшення доступу до правосуддя.

38. Проте, можуть існувати практичні або правові перешкоди ефективного відшкодуванню. Одна з них – суворі бюджетні норми держави або публічно-правових суб'єктів, які можуть перешкоджати передачі коштів з метою виконання відповідного рішення. Іншою можливою перешкодою є пасивність посадових осіб адміністративної влади. Третя перешкода, яка існує в деяких державах, – це заборона примусового виконання рішення, постановленого проти органів державної влади.

39. Рекомендація не вказує будь-яких конкретних шляхів подолання цих перешкод, але закликає держави запровадити відповідні бюджетні чи інші заходи. У деяких державах, наприклад, бюджетні положення передбачають виплату суми компенсації, призначеної потерпілій особі, і, за необхідності, автоматичне включення таких сум до бюджету наступного року. З метою подолання пасивності або зловмисності в діяльності посадових осіб адміністративних органів влади в деяких системах передбачена можливість притягнення відповідних посадових осіб до персональної відповідальності.

Принцип VII

40. Процедурні строки і правила, які регулюють їх обчислення, мають подвійну мету: встановлення проміжку часу, в межах якого має реалізовуватись право на звернення за відшкодуванням, і забезпечення певної міри правової визначеності шляхом розумного обмеження можливості завдання шкоди законним правам. У сфері приватного права переважає перший фактор і, отже, такі строки, як правило, тривалі. Проте,

тривалі строки іноді заважають безперешкодному та ефективному функціонуванню адміністративної влади і, у той же час, не є необхідними для забезпечення захисту індивідуальних прав. Тому держави встановлюють більш стислі строки. У Рекомендації така необхідність визнається, але також наголошується на тому, що відповідні обмеження строків не повинні перешкоджати ефективній реалізації права на звернення за відшкодуванням.

Принцип VIII

41. Принципи публічно-правової відповідальності мають застосовуватися відповідно до однакових критеріїв і в єдиному порядку до всіх осіб, незалежно від їх громадянства, навіть якщо в інших державах діють інші правові положення. Прогрес у сфері захисту прав і законних інтересів осіб в контексті постійної діяльності Ради Європи не допускає будь-якої дискримінації при вирішенні таких питань.

Заключні положення

42. Не будучи необхідними, ці положення призначені окреслити межі сфери застосування Рекомендації.

Рекомендація стосується лише актів, про які йдеться в розділі «Сфера застосування і дефініції», але держави можуть застосовувати її також до інших категорій актів. Крім того, держави можуть, в рамках застосування Рекомендації в національній правовій системі, модифікувати певні її положення, якщо вони мають намір забезпечити для осіб, які зазнали шкоди, більш повний захист, не виходячи поза межі загальної сфери застосування Рекомендації. Оскільки більшість держав визнають принцип верховенства міжнародного права, це означає, що будь-яка система відповідальності, запроваджена відповідно до цієї Рекомендації, не буде мати переваги над спеціальними системами, запровадженими як результат міжнародного договору.

43. Підпараграф *d* розділу „Заклучні положення” стосується держав, в яких приватні особи і органи державної влади підпорядковані одній і тій самій системі відповідальності. Очевидним є те, що за умови існування в таких державах спеціальних систем відповідальності, відмінних від тієї, яка передбачена цим документом, такі системи мають пріоритет, але за умови що вони є системами загального застосування і не надають жодних переваг органам державної влади.

**РЕКОМЕНДАЦІЯ REC(2003)16 КОМІТЕТУ МІНІСТРІВ
ДЕРЖАВАМ-ЧЛЕНАМ ЩОДО ВИКОНАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ
І СУДОВИХ РІШЕНЬ У СФЕРІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА
(прийнята Комітетом міністрів 9 вересня 2003 року на 851-й нараді
заступників міністрів)**

Комітет Міністрів, керуючись положеннями статті 15.b Статуту Ради Європи, враховуючи те, що мета Ради Європи полягає в досягненні більшого єднання між її членами;

враховуючи необхідність забезпечення довіри приватних осіб до адміністративної і судової системи і, з огляду на це, також необхідність забезпечення виконання як рішень адміністративних органів, які покладають обов'язки на приватних осіб, так і судових рішень у сфері адміністративного права, які визнають права приватних осіб;

вважаючи, що діяльність адміністративних органів передбачає ефективне виконання їхніх рішень приватними особами;

вважаючи, що при виконанні адміністративних рішень повинні враховуватися права та інтереси приватних осіб;

нагадуючи у зв'язку з цим про загальні принципи забезпечення захисту особи стосовно актів адміністративних органів, викладені в Резолюції (77) 31, та про принципи здійснення адміністративними органами дискреційних повноважень, наведені в Рекомендації R(80)2;

нагадуючи також про Рекомендацію R(89)8 з попереднього судового захисту в адміністративних справах, згідно з якою, у разі ймовірності завдання приватним особам значної шкоди внаслідок виконання адміністративного рішення, яке стосується цих осіб, правомочний судовий орган повинен вжити відповідних заходів попереднього захисту;

вважаючи, що дієвість правосуддя вимагає виконання судових рішень у сфері адміністративного права, особливо коли вони стосуються адміністративних органів;

нагадуючи у зв'язку з цим про права, які захищає Європейська конвенція з прав людини, невід'ємною частиною яких є виконання судових рішень у межах розумного строку;

нагадуючи також про Рекомендацію R(84)15 стосовно публічно-правової відповідальності за спричинену шкоду, яка закликає держави-члени створити відповідний механізм, який би не дозволяв органам державної влади не виконувати своїх обов'язків з відшкодування такої шкоди, посилаючись на нестачу коштів;

нагадуючи, нарешті, про Резолюцію № 3, ухвалену на 24-й Конференції міністрів юстиції європейських країн, яка проходила в м. Москві

з 4 по 5 жовтня 2001 року і присвячувалася „загальному підходу та засобам досягнення ефективного виконання судових рішень”, і учасники якої закликали Раду Європи „визначити на європейському рівні загальні норми й принципи щодо виконання судових рішень”,

рекомендує урядам держав-членів забезпечувати ефективне виконання адміністративних і судових рішень у сфері адміністративного права, дотримуючись у законодавчій сфері і на практиці принципів добросовісної діяльності, які наведені в додатку до цієї рекомендації.

Додаток до Рекомендації Rec(2003) 16

I. Виконання адміністративних рішень стосовно приватних осіб

Сфера застосування: принципи, які містяться у цій частині, застосовуються до будь-якого окремого заходу або рішення, вжитого (ухваленого) при здійсненні державно-владних повноважень, який/яке, внаслідок свого характеру, безпосередньо – чи то у фізичному, чи в юридичному сенсі – впливає на права, свободи чи інтереси осіб.

1. Практичне виконання

a. Держави-члени повинні створити належні правові умови, які забезпечують виконання приватними особами адміністративних рішень, доведених до їхнього відома відповідно до закону; хоча при цьому має забезпечуватися захист їхніх прав і інтересів з боку судових органів.

b. Якщо закон не передбачає автоматичного призупинення набрання рішенням законної сили у разі подання апеляції, відповідні приватні особи повинні мати змогу звернутися до адміністративного чи судового органу з вимогою призупинити практичне виконання оскаржуваного рішення, що має на меті захист їхніх прав та інтересів.

c. Для реалізації такої можливості має передбачатися розумний строк з метою недопущення блокування діяльності адміністративних органів без нагальної необхідності та забезпечення юридичної визначеності.

d. Приймаючи рішення стосовно вимоги призупинити набрання рішенням законної сили або практичне виконання оскаржуваного рішення, адміністративний орган – і, якщо це не виключається законом, судовий орган – має враховувати суспільний інтерес, а також права та інтереси третіх осіб.

2. Примусове виконання

a. Вжиття адміністративними органами примусових заходів з виконання рішень має підлягати таким гарантіям:

- i.* примусове виконання рішень має бути прямо передбачене законом;
- ii.* приватним особам, проти яких передбачається примусове виконання рішення, необхідно надати можливість виконати адміністративне рішення в межах розумного строку, за винятком випадків, коли існують відповідні підстави для його негайного виконання;

iii. приватні особи, проти яких передбачається застосування примусових заходів з виконання рішення, мають бути повідомлені про такі заходи та відповідні підстави для їх вжиття;

iv. застосування примусових заходів з виконання рішення – і, зокрема, застосування додаткових фінансових санкцій – має здійснюватися з дотриманням принципу пропорційності.

b. У невідкладних випадках сутність процедури примусового виконання має бути пропорційною до невідкладності справи.

c. Приватні особи повинні мати можливість оскаржити у судовому порядку процедуру примусового виконання рішення з метою захисту своїх прав та інтересів.

d. У випадку незастосування адміністративним органом процедури примусового виконання рішення, ті особи, права та інтереси яких мали бути захищені цим невиконаним рішенням, повинні мати можливість звернутися за захистом до судового органу.

II. Виконання судових рішень стосовно адміністративних органів

1. Загальні положення

a. Держави-члени мають дбати про забезпечення практичного виконання адміністративними органами судових рішень у межах розумного строку. Для забезпечення виконання таких рішень у повному обсязі вони мають вживати всіх необхідних заходів відповідно до закону.

b. У випадку невиконання судового рішення адміністративним органом має застосовуватися відповідна процедура, призначена забезпечити виконання такого рішення – зокрема, шляхом встановлення судової заборони чи примусового стягнення штрафу.

c. Держави-члени повинні забезпечувати притягнення адміністративних органів до відповідальності у разі їхньої відмови виконувати судові рішення або в разі ігнорування ними таких рішень. Державні посадові особи, відповідальні за виконання судових рішень, можуть також, у разі незабезпечення виконання відповідних судових рішень, притягатися в індивідуальному порядку до дисциплінарної, цивільної або кримінальної відповідальності.

2. Виконання судового рішення, яке містить обов'язок сплатити певну грошову суму

a. Державам-членам необхідно дбати про те, щоб адміністративні органи, які зобов'язані сплатити певну грошову суму, виконували такий обов'язок у межах розумного строку.

b. Сума компенсації, призначена для сплати адміністративним органом у разі невиконання ним судового рішення, яке зобов'язує цей орган

сплатити певну грошову суму, має бути не меншою, ніж сума компенсації, яка підлягає сплаті приватною особою адміністративному органу у подібній ситуації.

с. Необхідно передбачити відповідні умови, які не дозволяють адміністративному органу посилалися на відсутність коштів як підставу для невиконання свого обов'язку сплатити певну грошову суму.

д. У разі невиконання адміністративним органом судового рішення, яке зобов'язує цей орган сплатити певну грошову суму, держави-члени мають також передбачити можливість накладення арешту на майно такого органу в межах, передбачених законом.

Закон ФРН про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків⁷

від 26 червня 1981 року

Бундестаг прийняв наступний Закон:

Перша глава

Відповідальність за неправомірні дії публічної влади

§ 1

Відповідальність публічної влади

(1) Якщо публічна влада порушує передбачений публічним правом обов'язок, який вона має по відношенню до іншої особи, то відповідно з

⁷19 жовтня 1982 року Рішенням Федерального Конституційного суду – 2 ВуФ 1/81 – цей Закон був визнаний таким, що суперечить статті 70 Основного закону (далі по тексті – ОЗ) і у зв'язку з цим є неконституційним і нікчемним. Але, в поданні до ФКС, яке внесли уряди земель Баден-Вюртемберг, Баварія, Нижня Саксонія, Рейнланд-Пфальц, Шлезвіг-Гольштайн, йшлося не про неконституційність змісту Закону, землі стверджували про наявність перевищення Федерацією її компетенції, передбаченої Основним законом, на самостійну законотворчість в цій галузі: "... Закон про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків не поєднується із Основним законом і є нікчемним, бо у федерального законодавця – у всякому випадку для найважливіших положень Закону – відсутня законодавча компетенція, а також і тому, що Закон був неконституційно прийнятий за відсутності передбаченої статтею 104а абз. 5 речення 2 ОЗ обов'язкової згоди Бундесрату". Таке порушення було ФКС дійсно підтвержено і у зв'язку з цим Закон був визнаний таким, що не відповідає Основному закону. Після цього нового змістовного законодавства, яке можна було б порівняти із цим Законом на федеральному рівні так і не з'явилося.

Анотація до Рішення Федерального Конституційного суду

1. Стаття 34 Основного закону переводить передбачену в § 839 Цивільного кодексу Німеччини особисту відповідальність чиновника на державу; § 839 ЦК є нормою, яка обґрунтовує можливість відповідальності, у той час коли стаття 34 ОЗ є нормою, яка переводить відповідальність на іншого суб'єкта.

2. Із Основного закону в цілому наявність вимоги на заміну відповідальності чиновника безпосередньою відповідальністю держави вивести не можна. З іншого боку, стаття 34 ОЗ також і не протистоїть запровадженню безпосередньої відповідальності держави. Норма містить тільки "мінімальну гарантію", яку компетентний законодавець хоча і не може знизити, але яку він може перевищити.

3. Стаття 34 ОЗ не ущемляла опосередковану відповідальність держави до рівня принципу без будь-яких прогалин, а залишила простір для регулювання, яке модифікує обсяг публічно-правової відповідальності.

4. Стаття 34 ОЗ не надає Федерації або землям повноважень щодо законодавства.

5. а) Право законодавства Федерації стосовно Закону про відповідальність держави не витікає із її конкуруючої компетенції для галузі цивільного права (стаття 74 п. 1 ОЗ). Врегульована в Законі про відповідальність держави відповідальність самої держави або інших корпорацій публічного права за шкоду, яка заподіяна владними неправомірними діями, не може розглядатися із сьогодишньої точки зору або в силу традиції права про компетенцію тільки як "цивільне право".

б) Федерація також не може спирати її повноваження на змістове врегулювання права про відповідальність держави за заподіяну шкоду на інші норми Основного закону про компетенцію.

6. Для можливостей законотворчості Федерації, із використанням її компетенції щодо врегулювання особистої відповідальності "чиновника" через статтю 34 ОЗ у взагалі закритій для неї галузі права земель про відповідальність держави за заподіяну шкоду, визначені досить вузькі рамки, особливо з урахуванням статті 30, частини 1 статті 70 ОЗ. У всякому разі, визначена для Федерації конституційним правом вимога на урахування прав земель забороняє їй, спираючись на § 839 ЦК та через статтю 34 ОЗ, змістовно врегульовувати питання відповідальності держави.

Дивись також далі витяги з цього рішення ФКС. (прим. перекладача)

цим Законом її носій відповідає перед іншою особою за виниклу у зв'язку з цим шкоду.

(2) Відмова технічного устаткування розглядається як порушення обов'язку, якщо носій публічної влади замість реалізації публічної влади через відповідних осіб самостійно реалізує її через таке устаткування і його відмова відповідала б порушенню обов'язку такими особами.

(3) Особи, які порушують обов'язки, не відповідають перед особами, які зазнали шкоди.

§ 2

Компенсація шкоди грошима

Носій публічної влади повинен компенсувати шкоду грошима. Відшкодування грошима відпадає, якщо порушення обов'язку не могло бути попереджено також і за умови дотримання всієї необхідної сумлінності при реалізації публічної влади за відповідних обставин. Речення 2 не застосовується у випадку відмови технічного устаткування (§ 1 абз. 2).

Якщо порушення обов'язків полягає у протиправному втручанні в основні права, то шкода повинна компенсуватись грошима також і у разі дотримання зазначеної в абзаці 1 сумлінності.

Шкода, яка підлягає компенсації, охоплює також і втрачений прибуток, який може вірогідно очікуватись за звичайного ходу справи або у відповідності з особливими обставинами, зокрема відповідно із прийнятими рішеннями і діями, а також немайнову шкоду у відповідності з вимогами § 7. Речення 1 не застосовується у випадку відмови технічного устаткування (§ 1 абз. 2) та у випадку втручання в основні права (абзац 2).

Якщо обставини, які виникли з вини особи, яка зазнала шкоди, також сприяли виникненню шкоди, то обов'язок на грошове відшкодування та обсяг відповідного відшкодування залежать від того, наскільки шкода переважно була спричинена особою, яка зазнала шкоди або носієм публічної влади. Відповідно застосовується § 254 абз. 2 Цивільного кодексу.

§ 3

Ліквідація наслідків

Якщо шкода уявляє собою зміну фактичного становища на обтяження особи, яка зазнала шкоди, то носій публічної влади повинен ліквідувати ці наслідки шляхом встановлення колишнього, а якщо недоцільно, то рівноцінного становища. Те ж саме діє у випадку, якщо

спричинене публічною владою становище пізніше стає протиправним, а ці наслідки закидаються їй як і надалі діюче втручання, і якщо вони не підлягають усуненню відповідно з іншими правовими нормами.

Ліквідація наслідків відпадає, якщо відновлення є неможливим, недопустимим або неприйнятним. Вона також відпадає, якщо існуюче становище відповідає адміністративному акту або іншому рішення, яке стало для особи, яка зазнала шкоди, таким, що не підлягає оскарженню.

Якщо обставини, які виникли з вини особи, яка зазнала шкоди, також сприяли виникненню протиправного становища, то особа, яка зазнала шкоди, може вимагати ліквідації наслідків тільки в тому випадку, якщо вона приймає співучасть у витратах на ліквідацію в залежності від обсягу її співучасті у їх виникненні; якщо її співучасть у виникненні є переважною за обсягом, то вимога ліквідації відпадає.

§ 4

Співвідношення видів відповідальності

Замість ліквідації наслідків особа, яка зазнала шкоди, може вимагати відповідно з умовами § 2 грошової компенсації. Носій публічної влади все ж може обрати ліквідацію наслідків, якщо вона є прийнятною для особи, яка зазнала шкоди, також з урахуванням можливої участі унесенні витрат відповідно до § 3 абз. 3.

Якщо ліквідація наслідків не є достатньою для компенсації шкоди або відповідно до § 3 абз. 2 або 3 відпадає, то особа, яка зазнала шкоди, може вимагати грошової компенсації відповідно до § 2.

§ 5

Відповідальність при здійсненні правосуддя та законодавства

(1) Якщо порушення обов'язків полягає у протиправному рішенні судової влади, яке повинно закінчити судове провадження із обов'язковою силою, або полягає в судовому заході, завдяки якому повинні бути досягнуті підстави для рішення по суті справи, то відповідальність виникає відповідно до цього Законом тільки в тому випадку, якщо порушення обов'язку представляє собою кримінальний злочин і відповідне рішення правомірно скасовується. Це не діє, якщо шкоди у зв'язку з порушенням обов'язку зазнає третя особа, якої обов'язкова дія рішення не стосується. За інші дії судової влади відповідальність відповідно до цього Закону не передбачається.

(2) Якщо порушення обов'язку полягає у протиправній діяльності законодавця, то відповідальність виникає тільки в тому випадку, якщо і

оскільки закон це передбачає. Відповідальність за порушення обов'язку виконавчою або судовою владою, яке спирається виключно на дії законодавця, цим не передбачається.

§ 6

Пропуск засобів правового захисту при грошовій компенсації

Грошова компенсація відпадає, якщо особа, яка зазнала шкоди, не здійснить дій, які спрямовані на попередження шкоди завдяки використанню формальних засобів правового захисту, включаючи подання позову до суду або іншого передбаченого законом процесуального засобу з метою перевірки правомірності дії публічної влади. Це не діє, якщо особа, яка зазнала шкоди, невинно пропустила строки на використання засобу правового захисту або іншого процесуального засобу.

§ 7

Немайнова шкода

(1) У випадку порушення фізичної недоторканості, здоров'я, свободи або тяжкого порушення прав особистості шкода, яка не є майновою шкодою, повинна компенсуватись грошами із дотриманням вимог § 2 абз. 4.

(2) Така вимога відпадає, якщо є можливою і достатньою ліквідація наслідків в розумінні § 3 або якщо задоволення особі, яка зазнала шкоди, може бути забезпечено в інший спосіб.

(3) Вимога може передаватись і успадковуватись тільки в тому випадку, якщо вона була визнана або знаходиться в розгляді.

§ 8

Пенсія і компенсація капіталу

(1) Якщо внаслідок порушення фізичної недоторканості або здоров'я у особи, яка зазнала шкоди, зникла чи зменшилась працездатність або у зв'язку з цим у неї виникло збільшення потреб, то шкода повинна компенсуватись шляхом виплати грошової пенсії.

(2) Грошова пенсія сплачується на початку кожного місяця. Особі, яка зазнала шкоди, належить повна сума також і в рамках відрізка часу виплати, до кінця якого вона не дожила.

(3) Замість пенсії особа, яка зазнала шкоди, може вимагати компенсації капіталу, якщо для цього існують важливі підстави.

(4) Вимога не може виключатись на тій підставі, що особі, яка зазнала шкоди, утримання забезпечуватиметься іншою особою.

§ 9

Вимоги осіб, які зазнали шкоди опосередковано

(1) Якщо хтось буде вбитий, то витрати на поховання відшкодуються тій особі, яка повинна їх нести на підставі правового зобов'язання.

(2) Якщо вбитий на момент порушення мав на підставі закону обов'язок утримувати третю особу або міг бути зобов'язаним на утримання і якщо третя особа внаслідок вбивства була позбавлена права на утримання, то шкода компенсується їй шляхом виплати грошової пенсії в такий спосіб, як вбитий впродовж можливої тривалості його життя був би зобов'язаний на надання утримання. Обов'язок на компенсацію виникає також і в тому випадку, якщо третя особа на момент порушення була запліднена, але ще не народжена.

(3) У випадку вбивства, порушення фізичної недоторканості або пошкодження здоров'я, а також у випадку позбавлення свободи третій особі, відносно якої особа, яка зазнала шкоди, була би на підставі закону зобов'язана на надання послуг в її побуті або промислі, компенсується шкода за втрачені послуги шляхом виплати грошової пенсії.

(4) До вимоги третьої особи відповідно застосовуються § 2 абз. 4 та § 8 абз. 3–4.

§ 10

Сукупність боржників по відшкодуванню

(1) Якщо за порушення обов'язків відповідають декілька носіїв публічної влади, то кожний з них відповідає за всю шкоду. Вони відповідають перед особою, яка зазнала шкоди, як солідарні боржники.

(2) Якщо поряд із носієм публічної влади відповідальною є третя особа, то відповідно застосовується абзац 1.

(3) У відносинах зобов'язаних до відшкодування між собою цей їх обов'язок залежить від обставин, зокрема від тяжкості відповідного порушення обов'язків та обсягу співучасті у виникненні шкоди.

§ 11

Регрес

Якщо порушення обов'язків, за яке відповідає носій публічної влади, спирається на протиправну поведінку іншого носія публічної влади, то притягнутий до відповідальності носій публічної влади може застосувати регрес відносно іншого носія публічної влади, якщо законом не передбачено інше; особливо це діє відносно заходів виконавчої влади, протиправність дій якої спирається повністю або частково на закон, правову постанову, статут, а також на вказівку або на будь-яку іншу необхідну співучасть іншого державного органу або установи. Відповідно застосовується § 10 абз. 3.

§ 12

Передані владні повноваження

Якщо носій публічної влади не є юридичною особою публічного права, то відповідає юридична особа публічного права, яка передала владні повноваження. У випадку винного порушення обов'язків їй належить право регресу, якщо законом не передбачено інше. § 26 не зачіпається.

§ 13

Погашення вимог

(1) Передбачені §§ 2, 3 та 9 вимоги погашаються через три роки починаючи з моменту, з якого особа, яка зазнала шкоди, отримала відомості про шкоду та про державний орган або установу, на підставі дій яких виникли вимоги, а без урахування цих відомостей – через тридцять років з моменту порушення обов'язку. У передбаченому § 3 абз. 1 речення 2 випадку на місце відомостей про шкоду, яка полягає у зміні становища, заступають відомості про обставини, які зробили становище протиправним. У передбаченому § 5 абз. 1 випадку строк починає збігати тільки в тому разі, якщо також скасовано судове рішення. Вимоги стосовно залишків сум по пенсіям погашаються через чотири роки з моменту настання строків їх виплати.

(2) Відповідно застосовуються §§ 203, 205, 206 абз. 1 речення 1 та абз. 2, § 207 речення 1, §§ 208, 209 абз. 1 та 2 п. 3–5, §§ 211, 212, 215–219 Цивільного кодексу. До подання позову в розумінні § 209 абз. 1 та § 211 Цивільного кодексу прирівнюється використання засобу правового захисту у зв'язку з порушенням обов'язку.

(3) Якщо між носієм публічної влади і особою, яка зазнала шкоди, тривають переговори стосовно компенсації шкоди, то перебіг строку призупиняється до того моменту, поки одна або інша сторона відмовляється від продовження переговорів.

(4) Вимоги носія публічної влади на основі § 10 абз. 3, § 11 речення 1 та § 12 речення 2 погашаються через три роки з моменту їх виникнення.

Друга глава

Співвідношення з іншим регулюванням

§ 14

Примусове позбавлення власності і втрата індивідуального права на користь загалу

(1) Не зачіпаються вимоги на відшкодування у зв'язку із примусовим позбавленням власності або втратою індивідуального права на користь загалу.

(2) Якщо втручання, яке на підставі закону спричиняє примусове позбавлення власності або втрату індивідуального права на користь загалу, є протиправним, то поряд із передбаченими §§ 2 та 3 вимогами можуть бути також заявлені передбачені законом вимоги на відшкодування заподіяної шкоди, яка пов'язана із відповідним втручанням.

(3) Якщо втручання спричиняє примусове позбавлення власності або втрату індивідуального права на користь загалу без того, що вид і обсяг відшкодування за таке втручання врегульовані в законі, то носій публічної влади відповідає як за протиправне втручання в основні права, якщо його відповідальність не визначається §§ 2 та 3 або іншими правовими нормами.

§ 15

Додаткові підстави для вимог

Поряд із передбаченими цим Законом вимогами у зв'язку із тими самими обставинами справи відносно носія публічної влади можуть бути заявлені вимоги у відповідності з положеннями про:

1. відповідальність на підставі публічно-правових договорів та прирівняних до них правових відносин, включаючи службові відносини;

2. відповідальність за шкоду, нанесену джерелом підвищеної небезпеки, зокрема це стосується власників або користувачів небезпечних виробництв, устаткування та матеріалів, чинників шкідливих наслідків для довкілля або утримувачів тварин;

3. публічно-правове відшкодування з метою компенсації або зменшення викликаних владними діями негативних наслідків, якщо ці вимоги про відшкодування не можуть бути заявлені відповідно з § 14 абз. 2 та 3;

4. публічно-правове відшкодування і його процедуру, зокрема, відповідно до Положення про податки і збори.

§ 16

Відповідальність держави відповідно до спеціальних норм

Вимоги можуть бути заявлені відповідно до цього Закону тільки в тому випадку, якщо вони не врегульовані остаточно в нормах:

1. про відповідальність Німецької федеральної пошти;
2. про відповідальність за порушення службових обов'язків відповідно до Федерального Положення про нотаріат;
3. про обмеження відповідальності носія публічної влади у разі нещасних випадків із працівниками, чиновниками, судьями, військово-службовцями, ув'язненими, дітьми, школярами, особами, які проходять навчання, студентами, а також іншими особами, які знаходяться у схожих відносинах із носієм публічної влади;
4. права про примусове виконання, включаючи такі норми із права про виконання адміністративних актів та із права про добровільне судочинство, включаючи право про реєстри та поземельні книги;
5. про обмеження відповідальності у справах податків і зборів відповідно до Положення про податки і збори.

§ 17

Відмежування відповідальності від приватного права

(1) Відповідальність носія публічної влади на підставі його участі у приватно-правовому обігу визначається у відповідності до діючих стосовно цього норм, якщо законом не передбачено інше.

(2) Носій публічної влади відповідає також і за владні дії тільки на основі норм приватного права:

1. у випадку порушення його обов'язку на забезпечення безпеки руху на земельних ділянках, водних шляхах, будівництві та інших об'єктах;
2. у випадку участі в русі по землі, воді та повітрю;
3. при перевезенні пасажирів та вантажів транспортними підприємствами, включаючи Німецьку федеральну залізницю та Німецьку федеральну пошту в рамках поштових перевезень;
4. при лікарському або стоматологічному лікуванні, за виключенням лікування, яке проводиться проти волі особи; та
5. при постачанні води і енергії.

Зазначені в §§ 14 та 15 вимоги можуть бути заявлені поряд із зазначеними в реченні 1 вимогами, якщо вони стосуються тих самих обставин справи.

(3) Обов'язок на забезпечення безпеки руху для вулиць, доріг, площ та для водних шляхів та водних поверхонь, які призначені для громадського руху, діє для застосування цього Закону як обов'язок на основі публічного права; за його порушення носій публічної влади відповідає тільки за цим Законом. Таким чином § 2 абз. 2 не застосовується.

(4) Особи, через яких носій публічної влади реалізує зазначену в абзацах 1 та 2 діяльність, не відповідають перед особами, які зазнали шкоди. Замість них відповідає носій публічної влади, для якого вони цю діяльність здійснювали.

Третя глава

Судовий правовий захист

§ 18

Порядок звернення до суду по спрах про відповідальність держави

(1) По спрах про грошове відшкодування відповідно до §§ 2, 9 та 14 абз. 3 передбачається звернення до судів загальної юрисдикції.

(2) По спрах про ліквідацію наслідків відповідно до § 3 передбачається порядок звернення до того виду судочинства, в якому приймається рішення стосовно правомірності здійснення публічної влади, яке спричинило відповідальність держави. По спрах цього виду у зв'язку із здійсненням судової влади передбачається порядок звернення до того виду судочинства, до якого належить відповідний суд або який він утворює.

§ 19

Компетенція судів загальної юрисдикції

(1) Якщо по спрах про відповідальність держави передбачається порядок звернення до судів загальної юрисдикції, компетентними є виключно суди земель, без урахування вартості предмету спору. По спрах про відповідальність держави рішення приймає палата у цивільних справах суду землі, в окрузі якого знаходиться державний орган або установа, у зв'язку з поведінкою яких виникають вимоги на грошову компенсацію або ліквідацію наслідків.

(2) Уряди земель уповноважуються шляхом прийняття правових постанов закріплювати спори про відповідальність держави за одним із судів земель для округів декількох судів земель, якщо це слугує слушній підтримці цих проваджень. Уряди земель можуть передавати це уповноваження шляхом правової постанови до земельних органів управління справами юстиції.

(3) Сторони можуть бути представлені в зазначених в абзаці 2 судах також і адвокатами, які допущені в суді, до компетенції якого правовий спір належав би за відсутності передбаченого абзацом 2 регулювання.

§ 20

Провадження в судах загальної юрисдикції та судах у трудових справах

(1) Якщо в наступних нормах не передбачено інше, до спорів про відповідальність держави в судах загальної юрисдикції застосовується Цивільний процесуальний кодекс та в судах у трудових справах – Закон про трудові суди. Суди у трудових справах приймають рішення в рамках провадження по прийняттю судового рішення.

(2) У випадку бездіяльності відповідно застосовується § 27 Закону про введення в дію Закону про судовий устрій.

(3) Суд досліджує обставини справи за власною ініціативою. Він може прийняти розпорядження про прийняття доказів і після заслуховування сторін враховувати також і такі факти, які не подавались сторонами. Заочне рішення проти відповідача не допускається.

(4) Якщо виконання протиправного заходу повинно бути повернуто або якщо повинні бути ліквідовані інші наслідки протиправного здійснення публічної влади, в рішенні по суті справи визначається, які наслідки і як повинні бути ліквідовані.

Четверта глава

Пристосування федерального права і права земель

§ 21

Зміни до Кодексу адміністративного судочинства

Кодекс адміністративного судочинства в опублікованій в Федеральному віснику законів виправленій редакції, частина III, поточний номер 340-1, останні зміни статтею II § 31 Закону від 18 серпня 1980 року (BGBl. I S. 1469), змінюється наступним чином:

1. § 113 абз. 1 речення 2 та 3 скасовуються.
2. До § 113 додається наступний абзац 5:

„(5) Якщо виконання протиправного адміністративного акту повинно бути повернутим або повинні бути ліквідовані наслідки протиправного здійснення публічної влади, в рішенні по суті справи визначається, які наслідки і як ліквідуються”.

...

§ 25

Зміни до Закону про поштову галузь

Закон про поштову галузь від 28 липня 1969 року (BGBl. I S. 1006), змінений статтею 261 Закону від 2 березня 1974 року (BGBl. I S. 469), змінюється наступним чином:

1. § 11 отримує наступну редакцію:

„§ 11 Обмежена відповідальність поштової служби

„(1) Німецька федеральна пошта відповідає за шкоду, пов'язану з порушенням її обов'язків по наданню послуг, виключно на підставі цього Закону. За шкоду у зв'язку з порушенням цих обов'язків по наданню послуг (втрати або пошкодження поштових відправлень) Німецька федеральна пошта відповідає також і на підставі норм Закону про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків від 26 червня 1981 року (BGBl. I S. 553), якщо у зв'язку із порушенням обов'язків виник склад передбаченого кримінальним законом протиправного діяння і діяння повинно переслідуватись за офіційною ініціативою або якщо шкода була заподіяна навмисно. Порушення обов'язків припускається, якщо відповідно до всіх обставин окремого випадку існує серйозна підозра, що причиною шкоди є виникнення складу передбаченого кримінальним законом протиправного діяння або навмисне заподіяння шкоди.

(2) Співробітники Німецької федеральної пошти не відповідають перед особою, яка зазнала шкоди”.

2. § 12 абз 3 отримує наступну редакцію:

„(3) Німецька федеральна пошта відповідає перед відправником за шкоду, яка виникла у зв'язку із втратою або пошкодженням звичайних пакетів або поштових відправлень в розмірі безпосередньої шкоди до граничної суми у тисячу німецьких марок за одне відправлення”.

...

§ 26

Зміни до Федерального Положення про нотаріат

(1) Федеральне Положення про нотаріат в опублікованій в Федеральному віснику законів, частина III, поточний номер 303-1, виправ-

леній редакції, останні зміни статтею 4 п. 6 Закону від 13 липня 1980 року (BGBl. I S. 677), змінюється так:

1. § 19 викласти у редакції:

„§ 19

(1) Якщо нотаріус навмисно або через те, що він не проявив належну відповідним обставинам сумлінність, порушив покладений на нього по відношенню до іншої особи посадовий обов'язок, то він повинен відшкодувати іншій особі виниклу у зв'язку з цим шкоду у відповідності до норм Цивільного кодексу. Це порушення посадового обов'язку розглядається як порушення закону про захист іншої особи відповідно до § 823 абз. 2 речення 1 Цивільного кодексу.

(2) Якщо у нотаріуса відсутні умисел або груба недбалість по відношенню до обов'язкової залежної від обставин справи сумлінності під час службової діяльності, то він може бути притягнутий до відповідальності тільки в тому випадку, якщо особа, яка зазнала шкоди, не може в короткий час отримати відшкодування від іншої зобов'язаної до відшкодування особи; це не діє у випадку офіційних дій зазначеного в §§ 23 та 24 виду у відносинах між нотаріусом та замовником.

(3) Відповідальність відпадає, якщо особа, яка зазнала шкоди, не здійснить дій з попередження шкоди через використання засобів правового захисту, включаючи подання позову до суду. Засобом правового захисту, окрім загальних передбачених законодавством процесуальних засобів, є також і заперечення на офіційну поведінку нотаріуса або органів нагляду.

(4) Якщо стажер нотаріуса при самостійному здійсненні дій скоює зазначені в §§ 23 та 24 види порушення обов'язків, то він несе відповідальність із відповідним застосуванням абзаців 1–3. Якщо здійснення самостійної дії йому делегував нотаріус, то він несе відповідальність поряд із стажером в якості солідарного боржника; у відносинах між нотаріусом і стажером зобов'язаним є сам стажер. Якщо стажер діяв як представник нотаріуса, то його відповідальність визначається відповідно до § 46.

(5) На розгляд вимог по відшкодуванню шкоди відповідно до абзаців 1–4 компетентними є виключно суди земель, без урахування вартості предмету спору”.

...

§ 27

Зміна Рамкового Закону про чиновників та Федерального Закону про статус чиновників

§ 46 Рамкового Закону про чиновників в редакції опублікування від 3 січня 1977 року (BGBl. I S. 21) та § 78 Федерального Закону про статус чиновників в редакції опублікування від 3 січня 1977 року (BGBl. I S. 1, 795, 842), обидва з останніми змінами статтею 1 або відповідно статтею 2 Закону від 10 травня 1980 року (BGBl. I S. 561), отримують наступну редакцію:

„(1) Якщо чиновник порушує навмисно або з грубої недбалості покладені на нього обов'язки, то він повинен відшкодувати роботодавцю, завдання якого він виконував, виниклу у зв'язку з цим шкоду. Якщо декілька чиновників спільно спричинили виникнення шкоди, то вони відповідають в якості солідарних боржників.

(2) Давність по передбаченим абзацом 1 вимогам збігає через три роки з моменту, в який роботодавець отримав відомості про шкоду та про зобов'язану до відшкодування особу, а без урахування цих відомостей – через десять років з моменту здійснення відповідних дій. Якщо роботодавець надав грошову компенсацію третій особі або якщо він витратив кошти на ліквідацію наслідків, то на місце того моменту, в який роботодавець отримав відомості про шкоду, заступає момент, в який буде визнана або законно підтверджена вимога на грошову компенсацію або ліквідацію наслідків.

(3) Якщо чиновник відшкодовує роботодавцеві компенсацію і якщо він має право на відшкодування відносно третьої особи, то вимога на відшкодування переходить до чиновника”.

...

§ 28

Зміни до Четвертої книги Соціального кодексу

§ 42 Четвертої книги Соціального кодексу (стаття I Закону від 23 грудня 1976 року, BGBl. I S. 3845), останні зміни статтею II § 29 Закону від 18 серпня 1980 року (BGBl. I S. 1469), змінюється наступним чином:

1. Абзаци 1–3 отримують наступну редакцію:

„(1) Якщо член органу місцевого самоврядування навмисно або з грубої недбалості порушує покладені на нього обов'язки, то

член повинен компенсувати органу страхування виниклу у зв'язку з цим шкоду.

(2) Передбачені абзацом 1 вимоги збігають за давністю через три роки з моменту, в який орган страхування отримав відомості про шкоду та про зобов'язану до відшкодування особу, а без урахування цих відомостей – через десять років з моменту скоєння дії. Якщо орган страхування надав третій особі грошову компенсацію або якщо він втратив на ліквідацію наслідків кошти, то на місце моменту, в який орган страхування отримав відомості про шкоду, заступає момент, в який буде визнана або законно підтверджена вимога на грошову компенсацію або ліквідацію наслідків.

(3) Якщо член органу самоуправління надає органу страхування компенсацію і якщо він має право на відшкодування відносно третьої особи, то вимога на відшкодування переходить до члена органу самоуправління”.

ВИТЯГИ З ЗАКОНОДАВСТВА ПОЛЬЩІ

Конституція Республіки Польща

Ст.77.

1. Кожен має право на відшкодування шкоди, заподіяної йому незаконною дією органу публічної влади.

2. Закон не може нікому перешкоджати у судовому захисті порушених свобод або прав.

Адміністративно-процесуальний кодекс

Нечинні положення:

Ст. 160. § 1. Сторона, яка зазнала шкоди внаслідок ухвалення рішення з порушенням положення § 1 ст. 156 або внаслідок визнання недійсності такого рішення, має право вимагати відшкодування за зазану позитивну втрату (реальну шкоду), крім випадків, коли ця сторона винна у виникненні обставин, вказаних у цьому положенні.

§ 2. До відшкодування застосовуються положення Цивільного кодексу, з виключенням ст. 418 цього кодексу.

§ 3. Відшкодування здійснюється органом, який ухвалив рішення з порушенням положення § 1 ст. 156, крім випадків, коли у виникненні обставин, вказаних у цьому положенні, винна інша сторона провадження, яке стосується цього рішення; в останньому випадку вимога про відшкодування висувається до сторони, що є винною у виникненні цих обставин.

§ 4. Рішення про відшкодування, яке має здійснити орган, вказаний у § 1, ухвалюється органом публічної адміністрації, що визнав недійсність рішення з огляду на порушення положення § 1 ст. 156 або ствердив, згідно з § 2 ст. 158, що воно було ухвалене з порушенням положення § 1 ст. 156. Реалізація вимоги про отримання відшкодування від сторони, винної у виникненні обставин, вказаних у § 1 ст. 156, відбувається через провадження у суді загальної юрисдикції.

§ 5. Сторона, незадоволена відшкодуванням, визначеним органом публічної адміністрації, вказаним у § 4, у термін 30 днів від дня одержання нею рішення у цій справі може подати позов до суду загальної юрисдикції.

§ 6. Строк давності щодо вимог про відшкодування становить три роки від дня, у який стало остаточним рішення, що визнає недійсність рішення, ухваленого з порушенням положення § 1 ст. 156, або рішення, у якому орган визнав, згідно з § 2 ст. 158, що оскаржене рішення ухвалено з порушенням положення § 1 ст. 156.

Чинні положення:

Ст. 156. § 1. Орган публічної адміністрації визнає недійсність рішення, яке:

- 1) було ухвалене з порушенням положень про компетенцію,
- 2) було ухвалене без правової підстави або з разючим порушенням закону,
- 3) стосується справи, вже раніше розв'язаної іншим остаточним рішенням,
- 4) було скероване до особи, яка не є стороною у справі,
- 5) було неможливим до виконання у день його ухвалення і відсутність можливості його виконання має тривалий характер,
- 6) у разі його виконання викликало б діяння, за яке закон передбачає покарання,
- 7) містить дефекти, що спричиняють його недійсність на підставі закону.

§ 2. Не визнається недійсність рішення з причин, вказаних у пунктах 1, 3, 4 і § 1 п. 7, якщо від дня його одержання адресатом або оприлюднення минуло десять років, а також якщо рішення викликало невідворотні правові наслідки.

Ст. 158. § 1. Недійсність рішення визнається шляхом ухвалення рішення про недійсність.

§ 2. Якщо не можна визнати недійсності рішення внаслідок обставин, про які йдеться у § 2 ст. 156, орган публічної адміністрації обмежить-ся визнанням ухвалення оскарженого рішення з порушенням закону та вказанням обставин, з огляду на які він не визнає недійсності рішення.

Цивільний кодекс

Ст. 417. § 1. За шкоду, заподіяну незаконною дією або бездіяльністю при здійсненні публічної влади, відповідальність несе Державна казна або орган місцевого самоврядування, або інша юридична особа, що здійснює цю владу на підставі закону.

§ 2. Якщо виконання завдань у сфері публічної влади делеговано, на підставі угоди, органу місцевого самоврядування або іншій юридичній особі, солідарну відповідальність за заподіяну шкоду несе їх виконавець та орган місцевого самоврядування, який їх делегує, або Державна казна.

Ст. 417 (1). § 1. Якщо шкоду заподіяно ухваленням нормативного акта, її відшкодування можна вимагати після визнання у відповідному провадженні невідповідності цього акта Конституції, ратифікованій міжнародній угоді або закону.

§ 2. Якщо шкоду заподіяно внаслідок ухвалення остаточного рішення, її відшкодування можна вимагати після визнання у відповідному провадженні його невідповідності закону. Це відноситься також до випадку, коли остаточне рішення ухвалено на підставі нормативного акта, що не відповідає Конституції, ратифікованій міжнародній угоді або закону.

§ 3. Якщо шкоду заподіяно неухваленням рішення, у ситуації, коли обов'язок його ухвалення передбачають правові положення, її відшкодування можна вимагати після визнання у відповідному провадженні незаконності відсутності ухвалення рішення, якщо інше не передбачене в окремих положеннях.

§ 4. Якщо шкоду заподіяно неухваленням нормативного акта, обов'язок ухвалення якого передбачають правові положення, незаконність відсутності ухвалення цього акта визнає суд, який розглядає справу про відшкодування шкоди.

Ст. 417 (2). Якщо внаслідок здійснення публічної влади на підставі закону особі заподіяно шкоду, потерпілий може вимагати повного або часткового її відшкодування та грошової компенсації за зазану шкоду, коли обставини, а особливо непрацездатність потерпілого або його складна матеріальна ситуація, свідчать про те, що цього вимагає засада справедливості.

Ст. 361. § 1. Зобов'язаний до відшкодування несе відповідальність тільки за нормальні наслідки дії або бездіяльності, з якої виникла шкода.

§ 2. У вищевказаних межах, при відсутності відмінного положення закону або договору, відшкодування шкоди охоплює втрату, якої потерпілий зазнав, та вигоду, яку він міг би одержати, якби йому не була заподіяна шкода.

Закон «Податкова ординація»

Ст. 260. § 1. Сторона, що зазнала шкоди внаслідок ухвалення рішення, яке пізніше було скасоване внаслідок поновлення провадження або внаслідок визнання недійсності цього рішення, має право на відшкодування за зазану позитивну втрату (реальну шкоду), крім випадків, коли сторона винна у появі передумов, які обґрунтовують скасування рішення або визнання його недійсності.

Неофіційний переклад

ВИТЯГИ ІЗ ЗАКОНОДАВСТВА ФРАНЦІЇ

Кодекс соціального забезпечення **Ст. L376-1**

В разі, якщо збиток (крім випадків, врегульованих законодавчими положеннями про нещасні випадки на виробництві), що зазнала особа, застрахована в системі соціального страхування, або її правонаступники, є наслідком вини третьої особи, застрахована особа або її правонаступники зберігають за собою право вимагати від винуватця випадку відшкодування нанесеного збитку згідно з нормами загального права, оскільки цей збиток не відшкодовується відповідно до цієї книги кодексу.

Каси соціального забезпечення повинні здійснити виплату особі, застрахованій в системі соціального страхування, або її правонаступникам, передбачену цим Кодексом, якщо з їхнього боку не подається скарга на винуватця випадку за умов, наведених нижче.

Суброгативні (щодо зміни кредитора) скарги кас проти третіх осіб здійснюються лише по відшкодуванню збитків, видатки по яким вони взяли на себе, окрім збитків особистого характеру.

Відповідно до статті 1252 Цивільного кодексу суброгація (вступ у права кредитора) не може зашкодити суброгуючій постраждалій особі – кредитору відшкодувати збитки, якщо вони частково покриваються за рахунок соціальних виплат; в цьому випадку застрахована особа може захистити свої права перед винуватцем переважно у суброгованій касі, яка вступила в права кредитора.

Однак, якщо третя сторона – платник встановлює, що він дійсно та попередньо сплатив постраждалій стороні суму, що безспірним чином відшкодовує позицію персональних збитків, він може подати скаргу по цій позиції збитків.

За виключенням випадку, коли до каси звертаються при залученні третьої особи до справи відповідно до нижченаведених положень, вимога каси стосовно третьої особи, яка несе відповідальність за збитки, забезпечується в пріоритетному порядку за згодою сторін.

Правила застосування цієї процедури може визначати Угода, підписана Національною касою страхування на випадок тимчасової непрацездатності працівників, що працюють за наймом, Національною касою системи соціального забезпечення незалежних працівників та Центральною касою соціальної взаємодопомоги працівників сільського господарства разом з представницькими організаціями страхувальників.

Постраждала особа, установи охорони здоров'я, третя сторона, яка несе відповідальність, та її страхувальник повинні поінформувати касу про виникнення збитків, спричинених третьою стороною за умов, які визначені декретом. Нехтування обов'язком інформування кас страховиком третьої сторони, яка несе відповідальність за збитки, має наслідком збільшення на 50 відсотків раніше встановленої суми відшкодування, яка згадується нижче за умов, визначених тим же декретом.

Зацікавлена особа або її правонаступники повинні вказати, на будь-якому етапі процедури відшкодування, характер соціального страхування постраждалої особи, а також вказати каси соціального страхування, в яких вона є або була членом у зв'язку зі страхуванням численних ризиків. Вони повинні звертатися до цих кас при залученні третьої особи до справи і навпаки. Вимогу щодо визнання недійсним рішення по суті справи може бути внесено при невиконанні одного з цих обов'язків на протязі двох років, включно з датою, починаючи з якої зазначене рішення стало остаточним, прокурором, або зацікавленими касами соціального забезпечення, або третьою особою, яка несе відповідальність за збитки, якщо вона в цьому має інтерес.

На противагу витратам, до яких вона вдається для повернення зазначеного вище у третьому абзаці відшкодування, каса страхування, членом якої є соціально застрахована постраждала особа, на випадок тимчасової непрацездатності, стягує раніше встановлену компенсацію з третьої особи, яка несе відповідальність за збитки, на користь Національного органу страхування на випадок тимчасової непрацездатності. Розмір цієї компенсації дорівнює третині від суми, якою визначено відшкодування, в межах максимальної суми в 910 євро та мінімальної – 91 євро. Починаючи з 1 січня 2007 року зазначені в цьому абзаці суми щорічно переглядаються у відповідній постанові міністрів, які відповідають за питання соціального забезпечення та бюджету, виходячи з прогресивної ставки цінового показника споживчих товарів, за виключенням тютюнових виробів, передбаченої в економічно-соціальному та фінансовому звіті, який додається до проекту Закону про державний бюджет на відповідний рік.

Ця компенсація визначається та стягується касою відповідно до норм та з урахуванням гарантій та санкцій, передбачених у главі 3 розділу III та у главах 2, 3 та 4 розділу IV 1-ої книги, а також у главі 3 та 4 розділу IV 2-ої книги, які застосовуються щодо питання стягнення відрахувань на соціальне забезпечення.

Якщо потерпіла особа застрахована в системі соціального страхування працівників сільського господарства, то компенсація стягується відповідно до норм та з урахуванням гарантій та санкцій, передбачених

у главах 2, 3 та 4 розділу IV 1-ої книги, а також статті 1143-2(1) Кодексу сільського господарства.

Кодекс адміністративної юстиції **Стаття L. 761-1**

У всіх судових інстанціях суддя засуджує сторону, зобов'язану сплатити судові видатки або, за її відсутності, сторону, проти інтересів якої було винесено судове рішення, до сплати іншій стороні суми визначених ним понесених витрат, що не входять до судових видатків. Суддя бере до уваги принцип справедливості та економічне положення засудженої сторони. Він може, навіть за своїми повноваженнями, на підставі тих же аргументів, сказати про відсутність можливості для винесення рішення.

Цивільний кодекс **Стаття 1382**

Будь-яка дія людини, що заподіює шкоду іншій, вимагає від того, через помилку якого це трапилося, відшкодувати відповідні збитки.

Кодекс охорони здоров'я **§ 1 статті L. 11-42-1**

Крім випадків, коли настає відповідальність у зв'язку з неякісним лікувальним препаратом, спеціалісти охорони здоров'я, зазначені у четвертій частині цього Кодексу, а також будь-яка установа, служба чи заклад, в яких проводяться індивідуальні заходи з попередження, діагностування чи лікування хвороби, несуть відповідальність за негативні наслідки, спричинені заходами з попередження, діагностування чи лікування хвороби, лише у випадку помилки. Зазначені установи, служби чи заклади несуть відповідальність за шкоду, яка була нанесена нозокоміальними інфекціями, якщо вони не нададуть доказів своєї невинності.

Конституція **Стаття 13**

Президент Республіки підписує ордонанси та декрети, які пройшли обговорення у Раді Міністрів.

Він призначає на державні цивільні та військові посади.

Державні радники, великий канцлер Почесного легіону, послы та надзвичайні послы, радники-метри Рахункової палати, префекти, державні представники на заморських територіях та у Новій Каледонії, генерали, ректори академій, директори керівних органів призначаються Радою Міністрів.

Органічний закон встановлює інші посади, на які здійснюються призначення Радою Міністрів, а також умови, за якими право призначення, що належить Президенту Республіки може бути делеговане для його здійснення від імені Президента.

Кодекс з охорони довкілля

Ст. L.119-1

I. Природні простір, ресурси та середовище, ландшафти і пейзажи, якість повітря, види тварин і рослин, а також біологічне різноманіття та баланс, який вони складають, є частиною загальнонаціональної спадщини.

II. Їхній захист, дбайливе ставлення, відновлення, догляд та управління ними становлять загальний інтерес і сприяють досягненню мети довготривалого розвитку, спрямовані на задоволення потреб розвитку та здоров'я нинішніх поколінь без погіршення можливостей для задоволення потреб майбутніх поколінь. Вони вимагають, в рамках законів, застосування таких принципів:

1. Принцип обережності, згідно з яким відсутність впевненості, враховуючи існуючі наукові та технологічні знання, не повинна стримувати здійснення ефективних та пропорційних заходів, спрямованих на запобігання ризику нанесення довкіллю серйозної та непоправної шкоди, за економічно прийнятної вартості.

2. Принцип превентивної дії та усунення, починаючи з першопричини, негативного впливу на довкілля з використанням найкращих наявних технологій за економічно прийнятної вартості.

3. Принцип «забруднювач відшкодовує шкоду», за яким витрати, пов'язані зі здійсненням заходів по запобіганню та зменшенню забруднення і боротьбі з ним, повинні здійснюватися забруднювачем.

4. Принцип «участі громадськості», відповідно до якого кожний має доступ до інформації стосовно навколишнього середовища, включаючи інформацію про небезпечні речовини та діяльність, а громадськість залучається до процесу вироблення проектів, які можуть великою мірою позначитися на довкіллі та територіальному благоустрої.

ЗАКОН ЕСТОНІЇ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ

Глава 1. Загальні положення

§ 1. Сфера дії закону

(1) Цей закон визначає підстави та процедуру захисту та поновлення прав, порушених внаслідок реалізації органами влади та іншими установами, на які покладено виконання публічних функцій, своїх повноважень, та відшкодування шкоди, спричиненої такими діяннями (відповідальність держави).

(2) Цей закон не регулює поновлення прав та відшкодування шкоди, завданої в приватноправових відносинах.

(3) Зокрема цей закон не розповсюджується на відшкодування шкоди в наступних правовідносинах, навіть якщо в них брали участь органи влади та/або посадові або службові особи:

1) порушення умов публічних контрактів, зокрема під час надання транспортних послуг, медичного забезпечення та інших видів послуг, де сторони є рівноправними суб'єктами;

2) внаслідок порушення обов'язків власника джерела підвищеної небезпеки, крім обов'язків, передбачених в § 45 Закону Про транспорт (РТ я 2001, 3, 6; 2002, 92, 531; 105, 613; 110, 654; 655; 2003, 26, 156);

3) в якості учасника дорожнього руху або власника об'єкту підвищеної небезпеки або небезпечних речовин за виключенням того факту, коли органи влади реалізують свої владні повноваження;

4) при будь-яких інших правовідносинах, в яких органи влади виступають в якості суб'єкта приватного права.

§ 2. Скарги про захист та поновлення прав і відшкодування шкоди

(1) На підставі цього закону особа має право вимагати від органу влади, органу місцевого самоврядування, юридичної особи публічного права або особи, якій були надані владні повноваження (органу влади):

1) скасування адміністративного акту;

2) завершити виконання адміністративного заходу;

3) утримання від видання адміністративного акта або реалізації адміністративного заходу;

4) видання адміністративного акта або забезпечення реалізації адміністративного заходу;

5) відшкодування шкоди;

6) повернення грошових коштів або речей, що отримані без належної правової підстави.

(2) Додаткові вимоги, що передбачені в законі, або вимоги, що передбачені в цьому Законі, можуть бути обмежені в цілях поновлення або захисту прав особи або відшкодування шкоди.

(3) В цьому Законі терміни “адміністративний акт” та “адміністративний захід” вживаються в значенні, наданому цим термінам законом “Про адміністративну процедуру”.

Глава 2. Скарги на адміністративні акти та заходи

§ 3. Скарги щодо скасування адміністративного акта

(1) Особа має право вимагати скасування адміністративного акта тільки у випадку, якщо він порушує її права, якщо інше не передбачено законом.

(2) Особа не має права вимагати скасування адміністративного акта у випадку, якщо її права поновлені самим органом шляхом внесення змін і доповнень до адміністративного акта.

(3) Особа має право вимагати скасування адміністративного акта як в адміністративному, так і в судовому порядку.

§ 4. Скарги щодо закінчення дії адміністративного заходу

(1) Особа має право вимагати завершення порушення її прав, що спричинене реалізацією адміністративного заходу, за умови, якщо це можливо без надмірних витрат. Витрати щодо завершення адміністративного заходу надмірні за умови, якщо вони суттєво перевищують розмір шкоди, що заподіяна порушенням прав особи при їх реалізації.

(2) Законний власник речі має право вимагати передачі речі в його володіння, якщо він не має можливості реалізувати свої правомочності стосовно права власності щодо цієї речі. Заява про передачу речі в законне володіння може бути подана до органів влади в межах тридцяти років після виникнення права вимоги.

(3) Скарга про закінчення дії адміністративного заходу може бути подана як до органу влади, що реалізує цей адміністративний захід, так і до адміністративного суду.

§ 5. Вимога утриматись від видання адміністративного акта або реалізації адміністративного заходу

(1) Особа має право вимагати від органу влади утриматись від видання адміністративного акта або реалізації адміністративного заходу у випадку, якщо адміністративний акт або адміністративний захід порушив права особи і наслідки такого порушення неможливо було б ліквідувати при подальшому оспоруванні адміністративного акта або заходу.

(2) Вимога утриматись від видання адміністративного акта або реалізації адміністративного заходу може бути подана як до органу влади, до повноваження якого відноситься видання адміністративного акта або реалізація адміністративного заходу, так і до адміністративного суду.

§ 6. Скарга щодо видання адміністративного акта або забезпечення реалізації адміністративного заходу

(1) Особа має право вимагати видати адміністративний акт або забезпечити реалізацію адміністративного заходу, якщо це необхідно для реалізації прав і інтересів такої особи.

(2) Якщо право видати адміністративний акт або реалізувати адміністративний захід відноситься до дискреційних повноважень органів влади, то особа має право вимагати видання адміністративного акта або забезпечення реалізації адміністративного заходу тільки у випадку, коли це стосується забезпечення прав особи і, через певні обставини, органи влади не мають права відмовитись від видання адміністративного акта або від реалізації адміністративного заходу.

(3) Скарга щодо видання адміністративного акта або забезпечення реалізації адміністративного заходу має бути надана уповноваженому органу влади. Якщо вимога не надана або не розглянута органом влади вчасно, то особа має право звернутися з позовом до адміністративного суду.

Глава 3. Відшкодування шкоди

Розділ 1. Загальні положення

§ 7. Підстави відповідальності

(1) Особа, чії права порушені незаконними діями органів влади в публічних відносинах (в подальшому постраждала сторона), має право вимагати відшкодування шкоди у випадку, якщо шкода не може бути відвернена та не може бути ліквідована захистом або поновленням прав у відповідності до статей 3, 4 та 6 цього закону.

(2) Особа має право вимагати відшкодування шкоди за

бездіяльність органу влади тільки у випадку, коли адміністративний акт не виданий або адміністративний захід не реалізований в спосіб, передбачений законом, і таким чином були порушені права заявника.

(3) Особа має право вимагати відшкодування як збитків, так і упущеної вигоди на підставі частин 1 та 2 цієї статті.

(4) В доповнення до цього закону, положення цивільного законодавства щодо відшкодування шкоди також можуть застосовуватись при відшкодуванні шкоди, завданої органами влади, за умови, якщо в протилежному випадку неможливо відшкодувати шкоду і таке відшкодування не суперечить характеру публічно-правових відносин.

§ 8. Відшкодування матеріальної шкоди за порушення права власності

(1) Шкода завдана майну відшкодовується в грошовому еквіваленті. Сума відшкодування повинна бути співмірною збиткам, завданим постраждалій особі.

(2) Якщо постраждала особа отримала погіршення здоров'я, то вона має право вимагати виплати компенсації за видатки, що пов'язані з відновленням здоров'я. Зокрема, постраждала сторона має право вимагати компенсацію за:

1) видатки, пов'язані з лікуванням;

2) видатки, пов'язані з новими (збільшеними) потребами;

3) втрату доходу через непрацездатність, включаючи в собі збитки, пов'язані зі зменшеннями доходів і економічної активності.

(4) Якщо порушення здоров'я є постійним, то постраждалій особі кожні три місяці виплачується грошова компенсація. Виходячи з характеру погіршення здоров'я, порядок та строки можуть бути змінені, зокрема, може бути прийнято рішення про одноразову виплату.

§ 9. Компенсація за моральну шкоду

(1) Фізична особа може вимагати компенсацію моральної шкоди, що викликана образою, пошкодженням здоров'я, позбавленням свободи, порушенням недоторканності житла чи приватного життя або конфіденційності листування, наклепом чи образою честі і гідності людини.

(2) Сума компенсації за моральну шкоду повинна відповідати серйозності правопорушення.

§ 10. Компенсація шкоди третім особам

(1) В результаті смерті або пошкодження здоров'я, третя особа має право вимагати компенсації за понесені збитки, втрату годувальника і за моральну шкоду на підставах, що зазначені в цивільному законодавстві.

(2) Компенсація за втрату годувальника виплачується на тих же підставах, що і пенсія по втраті годувальника. За втрату годувальника виплачується компенсація у відповідності до частини 4 статті 8 цього Закону.

§ 11. Усунення негативних наслідків

(1) Замість грошової компенсації постраждала особа має право вимагати від органу влади усунення негативних наслідків незаконного адміністративного акта, що був відмінений або змінений, а також адміністративного заходу.

(2) Орган влади зобов'язаний при ліквідації наслідків вживати всіх законних заходів, видавати необхідні адміністративні акти, реалізовувати адміністративні заходи і висувати вимоги проти третіх осіб за умови, якщо вони мають необхідні повноваження, передбачені законом, і якщо витрати на ліквідацію наслідків суттєво не перевищують витрати на виплату фінансової компенсації.

(3) Орган влади вправі, незалежно від вимог постраждалої особи, ліквідувати наслідки у відповідності до розділу (2), якщо розмір фінансової компенсації суттєво перевищує витрати на ліквідацію наслідків, за умови, якщо особа має достатні підстави вимагати виплати фінансової компенсації.

§ 12. Обов'язок відшкодувати шкоду особі

(1) Орган влади, чий діяння завдали шкоду, зобов'язаний виплатити відшкодування постраждалій особі за завдану шкоду. Якщо орган влади неспроможний видати адміністративний акт або реалізувати адміністративний захід, то він зобов'язаний компенсувати збитки, що завдані неможливістю діяти.

(2) Будь-яка шкода, що завдана фізичною особою, яка виконує владні функції, незалежно від того, виконує вона ці функції як державний службовець, або за контрактом чи на підставі договору підряду, або на будь-якій іншій підставі, вважається шкодою, завданою органом влади. Фізична особа у відповідності до цієї статті не притягується до відповідальності, за виключенням випадків, передбачених законом.

(3) Держава відповідальна за відшкодування шкоди, завданої фізичною особою, юридичною особою приватного права, органом влади, органом місцевого самоврядування під час виконання функції держави, якщо інше не передбачено законом.

(4) Якщо декілька органів влади зобов'язані виплатити компенсацію за завдану шкоду, то шкода виплачується на солідарній основі. Солідарна відповідальність органів влади не розповсюджується на осіб, що відшкодовують шкоду у відповідності до цивільного законодавства.

(5) Якщо видання адміністративного акта або реалізація адміністративного заходу, необхідного для ліквідації наслідків завданої шкоди, виходить за рамки компетенції органу, зазначеного в частині першій цієї статті, то компетентний орган влади зобов'язаний видати адміністративний акт або реалізувати адміністративний захід, необхідний для ліквідації наслідків шкоди.

§ 13. Обмеження відповідальності

(1) При прийнятті рішення про суму відшкодування необхідно зважати на наступні чинники:

- 1) рівень непередбачуваності негативних наслідків;
- 2) об'єктивні перепони для запобігання шкоди;
- 3) серйозність порушених прав;
- 4) обмеження, пов'язані з тим, що частину шкоди відшкодовано у відповідності до цивільного законодавства;
- 5) інші обставини, які роблять виплату компенсації не виправданою.

(2) Упущена вигода не компенсується у випадку відсутності вини особи, що завдала шкоду.

(3) Орган влади звільняється від відшкодування шкоди, завданої під час реалізації своєї компетенції, у випадку, якщо шкода не могла б бути попереджена навіть у тому разі, коли б орган влади реалізував всі можливі заходи щодо попередження шкоди.

(4) Постраждала сторона, яка клопоче про ліквідацію наслідків, зобов'язана нести витрати за ліквідацію наслідків в межах своєї вини (в межах шкоди, яка була нею завдана в спричиненні таких наслідків). У разі, якщо постраждала сторона не може ліквідувати наслідки через неможливість понести витрати в межах своєї вини у спричиненні таких наслідків, постраждала сторона може вимагати фінансової компенсації з метою розділити свою відповідальність з органом влади.

Розділ 2. Спеціальні випадки відповідальності

§ 14. Шкода, завдана реалізацією нормативно-правового акта

(1) Особа має право вимагати відшкодування шкоди, що спричинена застосуванням нормативно-правового акта, у випадку, коли цей акт суттєво порушує права особи і Верховний суд відмінив відповідну норму цього акта або визнав її неконституційною.

(2) Упущена вигода, шкода і збитки, завдані реалізацією цього нормативно-правового акта або відсутністю нормативно-правового акта, дають право вимагати компенсації у випадку, якщо це передбачено відповідним законом.

(3) Частина перша цієї статті не віднімає відповідальності за шкоду, спричинену адміністративним актом або адміністративним заходом, що був реалізований на виконання нормативно-правового акта, яким був відмінений або визнаний неконституційним.

§ 15. Шкода, завдана діяльністю судових органів під час відправлення правосуддя, а також збитки, спричинені під час прийняття рішення про притягнення до адміністративної відповідальності

(1) Особа має право вимагати компенсації за шкоду, викликану в ході відправлення правосуддя або в результаті притягнення до адміністративної відповідальності або спору, пов'язаного з договором оренди, включаючи збитки, спричинені рішенням суду, рішеннями в рамках накладення адміністративних стягнень або рішенням органу приватизації, тільки за умови, якщо суддя або посадова особа, що має право притягувати до адміністративної відповідальності, або орган приватизації вчинив злочин під час вирішення справи.

(2) Частина перша цієї статті не віднімає відповідальність держави за шкоду, спричинену діями суду, не пов'язаними з відправленням правосуддя.

§ 16. Шкода, спричинена законним адміністративним актом або адміністративним заходом

(1) Особа має право вимагати справедливої компенсації за шкоду, заподіяну законним адміністративним актом або адміністративним заходом, якщо вона обмежує конституційні права та свободи особи.

(2) Якщо інше не передбачене законом, компенсація, зазначена в частині першій цієї статті, не виплачується у випадку, коли:

1) обмеження конституційних прав і свобод особи було спричинено цією особою або в її інтересах;

2) примусове лікування було передбачено законом;

3) особа має можливість отримати компенсацію в іншому місці, зокрема за договором страхування;

4) питання виплати компенсації регулюється іншими законами.

(3) При виплаті компенсації враховується вигода, отримана органом влади або суспільством в цілому в результаті обмеження конституційних прав і свобод людини, важливість обмежень, неможливість передбачити розмір шкоди ті інші обставини.

Розділ 3. Процедура відшкодування шкоди

§ 17. Реєстрація заяви або позову

(1) Для виплати компенсації необхідно надати відповідну заяву до органу, що спричинив шкоду або позов до адміністративному суду. У випадку, коли шкода була завдана діями суду, заява подається до Міністерства юстиції.

(2) Якщо шкода викликана у випадку, передбаченому розділом третім статті 12 цього закону, то заява повинна бути надана органу влади, що уповноважив фізичну або юридичну особу виконувати публічні функції. Якщо ці функції делеговані у відповідності до закону, то заяву необхідно надати органу влади, що здійснює контроль за діяльністю відповідної фізичної або юридичної особи.

(3) Письмова або усна заява повинна бути надана в строк три роки від дати, коли постраждала особа дізналась або повинна була дізнатись про спричинення шкоди і особу, що її спричинила, але не пізніше ніж через десять років після завдання шкоди або події, що спричинила завдання шкоди, незалежно від того, чи дізналась постраждала особа про шкоду та особу, що її спричинила.

§ 18. Розгляд заяв

(1) Орган влади зобов'язаний прийняти заяву до розгляду в межах двох місяців після її подання в належній формі.

(2) Якщо орган влади відмовляється задовольнити заяву про відшкодування шкоди або не має можливості її розглянути в прийнятний термін або якщо постраждала сторона не погоджується на суму або спосіб відшкодування шкоди, постраждала сторона має право звернутися з позовом до адміністративного суду протягом 30 днів за видачею судового наказу про виплату компенсації.

Розділ 4. Право регресу

§ 19. Підстави для звернення у порядку регресу

(1) Орган влади, відповідальний за відшкодування шкоди відповідно до цього Розділу, може звернутися із регресною вимогою до особи, визначеної у частинах 12 (2) і (3) цього Закону, чий незаконні діяння призвели до настання шкоди, або до органу влади, якому було відшкодовано шкоду на підставі солідарної відповідальності.

(2) Компенсація при виплаті відшкодування шкоди може бути зменшена за наявності умов, передбачених в частині першій статті 13 цього Закону.

(3) Фізичні особи, що зазначені в частині другій статті 12 цього закону, притягуються до відповідальності за завдану шкоду тільки у тому випадку, коли вони діють протиправно.

§ 20. Процедура виплати компенсації

(1) Для отримання компенсації в порядку регресу орган влади направляє винній особі звернення з зазначенням об'єму, процедури та строку виплати компенсації та переліком підстав для її виплати. Винна особа повинна відповісти на цю пропозицію в письмовій формі.

(2) Пропозиція повинна бути зроблена в межах трьох місяців з дати, коли орган влади дізнався або повинен був дізнатися про обставини, які є підставою для отримання компенсації в порядку регресу, але не пізніше трьох років з дати настання шкоди незалежно від дати, коли орган влади дізнався про наявність шкоди.

(3) Винна особа повинна надати відповідь протягом двох тижнів.

(4) Якщо постраждала особа не в змозі надати відповідь в строк, відмовляється виплатити компенсацію або не в змозі виплатити компенсацію протягом строку, зазначеного в пропозиції, то орган влади має право звернутися до адміністративного суду протягом тридцяти днів з дати виникнення обставин, зазначених в цій частині, з вимогою визначення порядку виплати компенсації.

(5) Після реєстрації позову в порядок регресу орган влади зобов'язаний виплатити компенсацію постраждалій стороні.

§ 21. Спеціальні випадки звернення за допомогою

(1) Посадові особи органів влади несуть відповідальність на підставі і у відповідності до процедур, передбачених Законом про адміністративні послуги (РТ я 1995, 16, 228; 1999, 7, 112; 10, 155; 16,

271; 276; 2000, 25, 144; 145; 28, 167; 102, 672; 2001, 7, 17; 18; 17, 78; 24, 133; 42, 233; 47, 260; 2002, 21, 117; 62, 377; 110, 656; 2003, 4, 22; 13, 67; 69; 20, 116).

(2) Особа, що завдала шкоди, діючи в межах приватноправових відносин у відносинах з органом влади, притягується до відповідальності у зв'язку з цим законом у випадках, визначених приватним законом.

(3) Естонський фонд страхування здоров'я має право звертатися з позовом в порядку регресу для компенсації затрат, пов'язаних зі страхуванням здоров'я страхувальників, у випадках, коли шкода здоров'ю страхувальника була завдана діями органів влади. Такі вимоги задовольняються відповідно до процедури, передбаченої статтями 17 та 18 цього Закону.

Глава 4. Незаконне збагачення

§ 22. Незаконне збагачення в публічно-правових відносинах

(1) Особа може вимагати в органу влади повернути річ або кошти, що були відчужені без достатньої законної підстави у публічно-правових відносинах, якщо інше не передбачено законом. Якщо повернення майна, отриманого без достатньої законної підстави, неможливе або може спричинити не виправдані витрати, то особа має право вимагати виплати компенсації за майно грошовими коштами.

(2) Вимоги цивільного законодавства щодо незаконного збагачення застосовуються до несправедливого збагачення в публічно-правових відносинах крім випадків, якщо ці відносини по-іншому врегульовані цим Законом або суперечать природі самих відносин.

(3) Орган влади має право вимагати від особи повернення речі або коштів, відчужених без достатньої законної підстави у публічно-правових відносинах на підставі і за процедурою приватного законодавства.

§ 23. Проценти та приплід від речі

В доповнення до умов частини першої статті 22 цього закону особа має право вимагати від органу влади:

- 1) 6 % на рік за кошти, отримані без законних підстав;
- 2) виплати прибутку, отриманого від володіння або використання речі.

§ 24. Скарга щодо поновлення прав

(1) Права, що порушені незаконним збагаченням в публічно-правових відносинах, поновлюються відповідним адміністративним актом у відповідності до компетенції органу влади, що незаконно збагатився. Процедура та об'єм повернення або компенсації повинні бути зазначені в адміністративному акті. Після повернення особі нерухомого майна або іншого майна, що підлягає державній реєстрації, що знаходилось у володінні органу влади, заходи стосовно передачі прав на майно повинні бути здійснені в земельному або будь-якому іншому реєстрі на підставі адміністративного акта і нотаріально посвідченої заяви від органу влади.

(2) Відповідні заяви та дії повинні бути зроблені протягом трьох років від дати, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про право вимагати незаконно відсуджене майно, але не пізніше ніж через десять років від дати виникнення права вимоги незалежно від того, коли особа дізналася про наявність в неї права вимоги.

Глава 5. Заклучні положення

§ 25. Зміни до Цивільного кодексу Естонської РСР

Виключити статті 450 та 451 Цивільного кодексу Естонської РСР

§ 26. Зміни до закону про медичне страхування

Внести до статті 105 частину сьому (RT 1991, 23, 272; RT 1999, 7, 113; 29, 397; 2000, 57, 374; 84, 536; 102, 675; 2001, 42, 233) наступного змісту:

«(7) якщо шкода, зазначена в пункті другому частини шостої цієї статті, спричинена органом влади, вимога повинна подаватися у відповідності до процедури, встановленої законом “Про відповідальність держави”.

§ 27. Зміни до закону про публічну службу

Внести до розділу шостого закону про публічну службу главу четверту (RT 1995, 16, 228; 1999, 7, 112; 10, 155; 16, 271; 276; 2000, 25, 144; 145; 28, 167; 102, 672; 2001, 7, 17; 18; 17, 78; 24, 133; 42, 233; 47, 260; 2002, 21, 117; 62, 377; 110, 656; 2003, 4, 22; 13, 67; 69; 20, 116) наступного змісту:

“Глава 4

Майнова відповідальність посадових осіб

§ 891. Відшкодування завданої шкоди

(1) Посадова особа має відшкодувати державі або органу місцевого самоврядування шкоду, що завдана в результаті невиконання нею своїх службових обов'язків.

(2) Компенсація, виплачена державою або органом місцевого самоврядування третій особі в результаті порушення посадовою особою своїх службових обов'язків, вважається шкодою, завданою державі або органу місцевого самоврядування цією посадовою особою.

(3) Якщо шкода викликана діями декількох посадових осіб, то кожна посадова особа повинна відповідати у відповідності до ступеню своєї вини.

(4) Обсяг компенсації визначається з врахуванням майнового становища особи, що завдала шкоди, характером помилки, наявністю досвіду, що пов'язаний з досвідом роботи на цій посаді та іншими обставинами, що характеризують поведінку особи.

(5) Якщо шкода не була спричинена умисно, то компенсація не повинна перевищувати шестимісячного середнього заробітку посадової особи.

§ 892. Процедура виплати компенсації за завдану шкоду

(1) Для виплати компенсації за шкоду посадова особа, що має відповідні повноваження, направляє посадовій особі, що завдала шкоду, письмове звернення, де зазначено об'єм, процедура та строки виплати компенсації і обставини, що є підставою для виплати компенсації. Посадова особа повинна відповісти на цю пропозицію в письмовій формі, в якій повинно бути зазначено, чи погоджується вона виплачувати компенсацію за завдану шкоду.

(2) Звернення повинно бути направлене протягом трьох місяців від дати, коли компетентна особа дізналася або повинна була дізнатися про наявність підстав для вимоги компенсації, але не пізніше ніж через три роки з дати завдання шкоди.

(3) Посадова особа має два тижні на відповідь на звернення.

(4) Якщо посадова особа не в змозі вчасно відповісти, відмовляється виплачувати компенсацію або не в змозі виплатити компенсацію за завдану шкоду протягом терміну, зазначеного в зверненні, то стягнення шкоди проводиться в порядку адміністративного судочинства на підставі позову від компетентної особи. Позов повинен бути поданий не пізніше ніж через тридцять днів після того, як компетентна особа отримує право на позов”.

§ 28. Зміни до закону про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинуві незаконним позбавленням волі (РТ я 1997, 48, 775; 2001, 47, 260; 2002, 56, 350; 61, 375) наступні зміни:

1) статтю 3 виключити;

2) слово “позасудовий” виключити з назви статті 4;

3) частину першу статті 4 виключити;

4) частину шосту статті 4 викласти в наступній редакції:

« (6) якщо заява про відшкодування шкоди не задоволена або не розглянута, то постраждала особа має право звернутись до адміністративного суду з позовом про відшкодування шкоди у відповідності до закону»;

5) частину четверту статті 5 викласти в наступній редакції:

« (4) неможливість отримати дохід у зв'язку з незаконним позбавленням волі та немайнова шкода, пов'язана з цим, дає право особі вимагати відшкодування у відповідності до частини першої цієї статті. Об'єм компенсації за шкоду майновим правам особи визначається на підставі закону про відповідальність держави»;

6) статтю 6 скасувати;

7) слова “або з позовом до суду” виключити з частини першої статті 7;

8) в статті 9 слова “для того, щоб зареєструвати дію для повернення державі виплаченої компенсації” замінити словами “для того, щоб вимагати повернення компенсації на підставі та у відповідності до процедур, що передбачені законом”.

§ 29. Зміни до закону про державне мито

До закону про державне мито (RT 1997, 80, 1344; 2001, 55, 331; 56, 332; 64, 367; 65, 377; 85, 512; 88, 531; 91, 543; 93, 565; 2002, 1, 1; 9, 45; 13, 78; 79; 81; 18, 97; 23, 131; 24, 135; 27, 151; 153; 30, 178; 35, 214; 44, 281; 47, 297; 51, 316; 57, 358; 58, 361; 61, 375; 62, 377; 82, 477; 90, 519; 102, 599; 105, 610; 2003, 4, 20; 13, 68; 15, 84; 85; 20, 118; 21, 128; 23, 146; 25, 153; 154; 26, 156; 160) внести наступні зміни:

1) частину 37 статті 9 викласти в наступній редакції:

«(9) державне мито 10 крон повинно бути сплачене після реєстрації позову до адміністративного суду у випадках, передбачених частиною 91 – 12 та 18 цієї статті»;

2) частину 91 перенести до статті 37 і викласти в наступній редакції:

«(91) якщо позов про відшкодування шкоди або повернення майна, пов'язаний з незаконним збагаченням, реєструється адміністративним судом, то сплачується державне мито в розмірі 3 % від ціни позову або вартості власності, повернення якої вимагають”.

§ 30. Зміни до закону про військову службу

До закону про військову службу (RT 2000, 28, 167; 2001, 34, 190; 47, 260; 58, 353; 97, 604; 100, 648; 2002, 61, 375; 63, 387) внести наступні зміни:

1) статтю 187 викласти у такій редакції:

« § 187. майнова відповідальність військовослужбовців

(1) Військовослужбовець повинен відшкодувати шкоду, завдану державі в результаті невиконання своїх обов'язків.

(2) Військовослужбовець також компенсує державі відшкодування, що сплачені державою за завдану шкоду третім особам в результаті порушенням військовослужбовцем свої службових обов'язків.

(3) Для визначення об'єму відшкодування, що повинно бути сплачене військовослужбовцем, і для визначення процедури виплати компенсації застосовуються норми закону про адміністративні послуги, які регулюють майнову відповідальність державних службовців.

(4) Командир відповідного військовослужбовця повинен надати пропозиції щодо виплати компенсації за завдану шкоду і повинен звернутися до адміністративного суду з позовом в порядку регресу щодо сплати компенсації. Щодо термінів, то застосовуються норми закону "Про адміністративні послуги";

2) Статті 188 та 189 відмінити.

§ 31. Перехідні положення

(1) Норми, що діяли до набрання чинності цим законом і загальними принципами відшкодування шкоди, застосовуються до фактів, що мали місце до набрання чинності цим законом щодо відшкодування шкоди в публічно-правовій сфері або повернення грошових коштів чи майна, що отримані без належної правової підстави.

(2) Заяви або дії по відшкодуванню завданої шкоди або поверненню грошових коштів та майна, отриманих без належних правових підстав, що подані до вступу цього закону в силу, можуть реєструватися в межах строків, що діяли до вступу в силу цього закону, але не пізніше ніж через три роки після набрання чинності цим законом.

(3) Частина друга цієї статті не застосовується, якщо особа дізналася про її зміст після набрання чинності цим законом.

(4) Відшкодування за шкоду, що спричинена нормативно-правовими актами, прийнятими до вступу в силу Конституції республіки Естонія, не може вимагатися на підставі цього закону.

(5) Особа, чия заява про відшкодування шкоди, пов'язаної з незаконним позбавленням волі, не задоволена міністерством фінансів до вступу в дію цього закону, може подати позов до адміністративного суду протягом шести місяців з моменту отримання заяви про відмову. Судові

позови, що були подані до вступу в силу цього закону, щодо відшкодування шкоди, пов'язаної з незаконним позбавленням волі, розглядаються на підставі і за процедурою, що діяла до набрання чинності цим законом.

§ 32. Набрання законом чинності

Цей закон набуває чинності з 1 січня 2002 року.

Неофіційний переклад

ФЕДЕРАЛЬНИЙ ЗАКОН США 1948 р. ПРО ДЕЛІКТНІ ПОЗОВИ
(з внесеними змінами)

§ 2671. Визначення термінів

Термін „федеральний орган” (federal agency) в тексті цієї глави і статей 1346(в) та 2401(в) цього розділу означає міністерства, судові та законодавчі органи, військові відомства, самостійні організації Сполучених Штатів Америки, а також корпорації, в першу чергу ті, які виконують функції інститутів або агентств Сполучених Штатів Америки, але не включає підрядників Сполучених Штатів Америки.

Термін „державний службовець” (employee of the government) означає:

(1) посадових осіб або службовців будь-якого федерального агентства, військовослужбовців сухопутних військ та військово-морських сил Сполучених Штатів, військовослужбовців Національної гвардії під час навчань або служби відповідно до статей 115, 316, 502, 503, 504, або 505 розділу 32, а також осіб, які офіційно діють від імені федерального агентства, тимчасово або постійно перебувають на службі Сполучених Штатів, з виплатою або без виплати заробітної плати, і

(2) усіх посадових осіб або службовців федеральної організації державних захисників, за винятком тих випадків, коли така посадова особа або службовець виконує професійні обов’язки представника, передбачені статтею 3006А розділу 18.

У випадку військовослужбовця сухопутних військ та військово-морських сил Сполучених Штатів або військовослужбовця Національної гвардії за визначенням, наведеним у статті 101(3) розділу 32 вираз „при виконанні своїх посадових або службових обов’язків” (acting within the scope of his office or employment) означає „при виконанні службових обов’язків (на посту)”.

§ 2672. Адміністративне врегулювання претензій

Керівник кожного федерального органу або призначена ним особа, згідно з правилами, встановленими міністром юстиції (Attorney General), може розглянути, підтвердити, встановити розмір, визначити, врегулювати претензію до Сполучених Штатів Америки про грошове відшкодування матеріальної шкоди чи втрати майна або відшкодування шкоди, завданої заподіянням тілесних ушкоджень чи смертю, що спричинені недбалістю, або навмисною дією, або упущенням службовця такого орга-

ну при виконанні ним своїх посадових або службових обов'язків за таких обставин, коли Сполучені Штати, так само як приватна особа, несли б відповідальність перед позивачем за законом місця скоєння такої дії або упушення: за умови, що будь-яке рішення арбітражного суду, мирова угода або позасудове врегулювання, сума яких перевищує 25 000 дол. США, вступає в силу лише з попереднього письмового дозволу міністра юстиції або призначеної ним особи. Незважаючи на застереження, що містяться в попередньому реченні, будь-яке рішення арбітражного суду, мирова угода або позасудове врегулювання, сума яких перевищує 25 000 дол. США, може вступити в силу без попереднього письмового дозволу міністра юстиції або призначеної ним (нею) особи, в тих межах, в яких міністр юстиції делегує керівникові відповідного органу повноваження здійснювати таке рішення арбітражного суду, мирову угоду або позасудове врегулювання. Такі делеговані повноваження не можуть перевищувати повноважень щодо врегулювання претензій до Сполучених Штатів про відшкодування шкоди у грошовій формі, делегованих міністром юстиції федеральним атторнеям. Для врегулювання будь-якої деліктної претензії до Сполучених Штатів кожен федеральний орган може звертатись до арбітражного суду або використовувати інші альтернативні способи вирішення спорів, передбачені положеннями частини IV глави 5 розділу 5, в тих межах, в яких такий орган уповноважений здійснювати рішення арбітражного суду, мирову угоду або позасудове врегулювання такої претензії без попереднього письмового дозволу міністра юстиції або призначеної ним (нею) особи.

З дотриманням положень цього розділу стосовно цивільних позовів про відшкодування шкоди проти Сполучених Штатів Америки будь-яке таке рішення арбітражного суду, мирова угода, позасудове врегулювання або ухвала повинні бути остаточними і безумовними для всіх державних службовців, за тими винятками, коли їх досягли обманним шляхом.

Сума, визначена рішенням арбітражного суду, мировою угодою або в результаті позасудового врегулювання, розмір якої не перевищує 2 500 дол. США, згідно з положеннями цієї статті, виплачується керівником відповідного федерального органу з коштів, асигнованих такому органу. Виплата суми, визначеної рішенням арбітражного суду, мировою угодою або в результаті позасудового врегулювання, розмір якої перевищує 2 500 дол. США, згідно з положеннями цієї статті 2677 або з дозволу міністра юстиції, незалежно від розміру, відповідно до статті цього розділу здійснюється у спосіб, аналогічний виплатам за судовими рішеннями або мировими угодами в подібних справах, і, отже, асигнування або фонди, призначені для виплат за такими судовими рішеннями

або мировими угодами, використовуються для виплат за рішеннями арбітражного суду, мировими угодами або позасудовими врегулюваннями відповідно до положень цієї глави.

Згода позивача з таким рішенням арбітражного суду, мировою угодою або позасудовим врегулюванням означає остаточну і безумовну відмову від усіх претензій до Сполучених Штатів і державного службовця, чия дія або упушення призвели до претензії, зважаючи на той самий предмет позову.

§ 2673. Доповіді Конгресу

Керівник кожного федерального органу щорічно доповідає Конгресові про всі претензії щодо відшкодування шкоди, за якими сплачене відшкодування відповідно до статті 2672 цього розділу, вказуючи ім'я кожного позивача, суму вимоги, присуджену суму і короткий опис претензії.

§ 2674. Відповідальність Сполучених Штатів Америки

Згідно з положеннями цього розділу, які стосуються деліктних позовів, Сполучені Штати несуть відповідальність так само і в тих самих межах, що й приватна особа за подібних обставин, але не повинні виплачувати відсотки до винесення судового рішення або виплачувати відшкодування шкоди у вигляді покарання.

Проте, у випадку спричинення смерті особи, якщо закон місця скоєння оскаржуваної дії або упушення передбачає відшкодування шкоди лише у вигляді покарання, або положення закону було витлумачене у такий спосіб, то, замість згаданого „карального” відшкодування збитків, Сполучені Штати несуть відповідальність за відшкодування фактичної шкоди або відшкодування у розмірі фактично завданих збитків, які визначають як матеріальну шкоду, завдану в результаті такої смерті особам, на користь яких порушена справа.

У разі будь-якого позову, поданого відповідно до положень цієї глави, Сполучені Штати повинні мати право на захист на підставі судового або парламентського імунітету, який у іншому випадку мав би службовець Сполучених Штатів, чия дія або упушення призвели до позову, а також на інші засоби захисту, на які мають право Сполучені Штати.

У разі позову, до якого застосовна ця стаття, Управління з проблем долини ріки Теннессі (Tennessee Valley Authority) має право на захист, який у іншому випадку був би доступний службовцеві на підставі судо-

вого або парламентського імунітету, і який у іншому випадку був би доступний службовцеві Управління з проблем долини ріки Теннессі, чия дія або упушення призвели до позову, а також на інші засоби захисту, на які має право Управління з проблем долини ріки Теннессі згідно з положеннями цієї глави.

§ 2675. Рішення федерального органу як попередня умова, доказ

(а) Справа проти Сполучених Штатів про грошове відшкодування матеріальної шкоди або втрати майна, або відшкодування шкоди, завданої заподіянням тілесних ушкоджень чи смертю, спричиненими недбалістю, або навмисною дією, або упушенням державного службовця при виконанні своїх посадових чи службових обов'язків, не порушується у разі, якщо позивач не заявив спочатку претензію відповідному федеральному органу і якщо його претензія не була остаточно відхилена таким органом у формі письмової відмови, надісланої рекомендованим поштовим відправленням або поштовим відправленням з повідомленням про вручення. Для потреб цієї статті неприйняття згаданим органом остаточного рішення щодо претензії на протязі шести місяців після її подання у будь-який час після закінчення зазначеного періоду, на вибір позивача, вважається остаточною відмовою задовольнити претензію. Положення цього пункту не застосовується до претензій, які згідно з Федеральними правилами цивільного судочинства можна заявити як позов третьої сторони, перехресний позов або зустрічний позов.

(b) Сума передбаченого цією статтею судового позову не повинна перевищувати суму претензії про відшкодування шкоди, заявлену федеральному органу, за тими винятками, коли збільшення суми ґрунтується на виявленні нових доказів, які обґрунтовано не можна було виявити на момент подання претензії федеральному органу, або на заявленні і доведенні привідних фактів, які пов'язані з сумою позову.

(c) Врегулювання претензії міністром юстиції або іншим керівником федерального органу не повинно служити прийнятним для суду доказом відповідальності або розміру шкоди.

§ 2676. Судове рішення як перешкода

Судове рішення, винесене у справі відповідно до статті 1346(в) цього розділу, повністю виключає подання позивачем будь-якого позову проти державного службовця, чия дія або упушення призвели до порушення справи, зважаючи на той самий предмет позову.

§ 2677. Мирова угода

Після подання позову про відшкодування шкоди міністр юстиції або призначена ним особа можуть вирішити суперечку в арбітражному суді, укласти мирову угоду або провести досудове урегулювання претензії, підсудної відповідно до статті 1346(в) цього розділу.

§ 2678. Гонорари адвоката; покарання

Жоден адвокат не нараховує, не вимагає, не одержує або не стягує гонорару за надані послуги в розмірі, що перевищує 25 відсотків від суми, присудженої відповідно до статті 1346(в) цього розділу, або від суми врегулювання, здійсненого відповідно до статті 2677 цього розділу, або гонорару, який перевищує 20 відсотків від суми, визначеної рішенням арбітражного суду, мировою угодою або в результаті позасудового врегулювання, здійснених відповідно до статті 2672 цього розділу.

Адвокат, який нараховує, вимагає, одержує або стягує за надані послуги більшу суму, ніж дозволено цією статтею, карається штрафом у розмірі не більше ніж 2 000 дол. США, або тюремним ув'язненням терміном не більше одного року, або йому присуджують обидва види покарання.

§ 2679. Виключність засобу правового захисту

(а) Надані федеральному органу повноваження виступати в суді у ролі позивача і відповідача від власного імені не слід тлумачити як дозвіл подавати позови проти такого федерального органу на підставі претензій, що підлягають судовому розгляду відповідно до статті 1346(в) цього розділу; в таких випадках передбачені цим розділом засоби правового захисту повинні бути єдиним способом вирішення претензій.

(b)

(1) Передбачені статтями 1346(в) і 2672 цього розділу правові засоби одержання від Сполучених Штатів відшкодування матеріальної шкоди або втрати майна, або шкоди, завданої внаслідок тілесних ушкоджень або смерті особи, спричиненої недбалістю, або навмисною дією, або упущенням державного службовця при виконанні ним своїх посадових чи службових обов'язків виключають подання інших цивільних позовів або порушення справ про грошове відшкодування проти державного службовця, чия дія або упущення послужили підставою для позову або по-

дання позову на майно такого службовця, зважаючи на той самий предмет позову. Всі інші цивільні позови або процеси про грошове відшкодування шкоди проти службовця або подані на майно службовця, що впливають з того ж предмету позову або стосуються того ж предмету позову, виключаються, незалежно від того, коли була скоєна дія або упущення.

(2) Пункт (1) не поширюється на цивільний позов, або не застосовується до цивільного позову проти державного службовця, який:

(А) припустився порушення Конституції Сполучених Штатів Америки, або

(В) порушив закон Сполучених Штатів, згідно з яким у інших випадках дозволено подавати такий позов проти фізичної особи.

(с) Міністр юстиції виступає захисником в цивільному позові або справі про відшкодування матеріальної шкоди або шкоди, завданої в результаті тілесних ушкоджень, порушеній проти державного службовця або на його майно в будь-якому суді. Службовець, проти якого поданий такий позов або порушена справа, повинен протягом певного, визначеного міністром юстиції, періоду часу після вручення судових документів або після дати, коли йому стало відомо про вручення судових документів, передати своєму безпосередньому начальникові або будь-якій особі, призначеній керівником його відділу, всі вручені йому судові накази або засвідчені копії таких документів; така особа негайно подає копії процесуальних документів федеральному атторнею в окрузі, де порушена справа, міністру юстиції і керівникові федерального органу – працедавця.

(d)

(1) Після засвідчення міністром юстиції того факту, що на момент інциденту, на підставі якого поданий позов, звинувачений службовець був при виконанні своїх посадових або службових обов'язків, цивільний позов або справа, порушена на підставі такої претензії в окружному суді Сполучених Штатів, вважається позовом проти Сполучених Штатів відповідно до положень цього розділу і всіх посилань на нього, а звинуваченою стороною стають Сполучені Штати Америки.

(2) Після засвідчення міністром юстиції того факту, що на момент інциденту, на підставі якого поданий позов, звинувачений службовець діяв в межах своїх посадових або службових обов'язків, цивільний позов або справа, порушена на підставі такої претензії в суді штату, у будь-який момент часу до початку судового розгляду переноситься міністром юстиції в окружний суд Сполучених Штатів того округу і відділення, які

охоплюють місце, в якому розглядається зазначений позов або справа. Такий позов або справа вважаються позовом або справою проти Сполучених Штатів згідно з положеннями цього розділу і всіма посиланнями на нього, а звинуваченою стороною стають Сполучені Штати Америки. Засвідчення з боку міністра юстиції безумовно встановлює обсяг посадових або службових обов'язків службовця для потреб перенесення справи.

(3) У випадку, якщо міністр юстиції відмовився засвідчити обсяг посадових або службових обов'язків відповідно до вимог цієї статті, службовець у будь-який час перед початком судового розгляду може подати до суду клопотання про встановлення і засвідчення того, що службовець діяв в межах своїх посадових або службових обов'язків. Після засвідчення, виданого судом, такий позов або справа вважаються позовом або справою проти Сполучених Штатів Америки відповідно до положень цього розділу і всіх посилань на нього, а звинуваченою стороною стають Сполучені Штати Америки. Копію клопотання слід вручити Сполученим Штатам Америки згідно з Правилем 4(d)(4) Федеральних правил цивільного судочинства. Якщо згадане клопотання подається у випадку розгляду цивільного позову або справи в суді штату, то міністр юстиції може перенести позов або справу в окружний суд Сполучених Штатів того округу і відділення, які охоплюють місце, в якому розглядається зазначений позов або справа. Якщо в результаті розгляду клопотання окружний суд вирішить, що службовець не діяв в межах своїх посадових і службових обов'язків, то позов або справу слід повернути в суд штату.

(4) Після згаданого засвідчення розгляд позову чи справи відповідно до пунктів (1), (2) або (3) слід продовжувати у той же спосіб, що й позов проти Сполучених Штатів Америки, поданий відповідно до статті 1346(в) цього розділу, і на нього поширюються обмеження та винятки, які стосуються таких позовів.

(5) Щоразу, коли позов або справа, де, відповідно до цього пункту, звинуваченою стороною стають Сполучені Штати Америки, залишається без задоволення через те, що претензія спочатку не була подана відповідно до статті 2675(а) цього розділу, таку претензію вважають поданою своєчасно відповідно до статті 2401(в) цього розділу у разі, якщо:

(А) претензія була б подана своєчасно, якщо б її подали на дату порушення основної цивільної справи, і

(В) претензія подана у відповідний федеральний орган протягом 60 днів після відхилення цивільного позову.

(е) Міністр юстиції може укласти мирову угоду чи врегулювати претензію, заявлену в цивільному позові або справі, у спосіб, передбачений у статті 2677, і з тим же результатом.

§ 2680. Винятки

Положення цієї глави і статті 1346(в) цього розділу не застосовуються щодо:

(а) претензії, поданої на підставі дії або упущення державного службовця, який виявив належну дбайливість при виконанні закону або постанови, незалежно від дійсності такого закону чи постанови, або на підставі здійснення дискреційної функції чи обов'язку, або на підставі нездійснення дискреційної функції чи службового обов'язку федеральним органом або державним службовцем, незалежно від того, чи мало місце зловживання дискреційним правом;

(б) претензії, яка виникла на підставі втрати, нездійснення доставки за адресою або недбалої передачі листів чи поштових листівок;

(с) претензії, яка стосується оцінки або стягнення податків чи митних зборів, або затримання будь-яких товарів чи іншого майна службовцем митниці або акцизного управління, або службовцем іншого правоохоронного органу, за тими винятками, коли положення цієї глави і статті 1346(в) цього розділу застосовуються до претензії, поданої на підставі пошкодження або втрати товарів чи іншого майна в той час, коли воно перебувало у володінні службовця митниці або акцизного управління, або службовця іншого правоохоронного органу, якщо:

(1) майно було заарештоване з метою конфіскації згідно з положеннями федерального законодавства, яке передбачає конфіскацію майна, відмінну від конфіскації як форми покарання, присудженої після визнання звинуваченого винним у скоєнні кримінального злочину;

(2) заявник претензії не втратив своїх матеріальних прав;

(3) матеріальні права заявника претензії не були анульовані або зменшені (у разі арешту майна); і

(4) заявник претензії не був визнаний винним у скоєнні злочину, за який його матеріальні права підлягали б конфіскації згідно з федеральним законом про конфіскацію в кримінальному порядку;

(d) претензії, за якою статтями 741–752, 781–790 розділу 96 передбачене відшкодування, встановлене для претензій або позовів, поданих проти Сполучених Штатів в адміралтейській суд;

(е) претензії на підставі дії або упущення державного службовця при застосуванні положень статей 1–31 розділу 50, Додаток;

(f) претензії про відшкодування шкоди, спричиненої встановленням карантину Сполученими Штатами Америки;

[(g) анульовано 26 вересня 1950 р., гл. 1049, § 13 (5), 64, Закон 1043]

(h) претензії на підставі нанесення побоїв, фізичного насильства,

незаконного ув'язнення, незаконного арешту, зловмисного звинувачення, подання недобросовісного позову, наклепу, обмови, перекручення фактів, шахрайства або перешкоджання здійсненню договірних прав: За умови, що стосовно дії або упущень службовців органів розслідування або правоохоронних органів уряду Сполучених Штатів положення цієї глави і статті 1346(в) цього розділу застосовуються до всіх претензій, які виникли на дату узаконення цього застереження, чи після такої дати, на підставі нанесення побоїв, фізичного насильства, незаконного ув'язнення, незаконного арешту, зловмисного звинувачення або подання недобросовісного позову. Для потреб цього параграфу вираз „службовець органів розслідування або правоохоронних органів” (investigative or law enforcement officer) означає службовця Сполучених Штатів Америки, якому законом надані повноваження проводити обшуки, вилучати докази або здійснювати арешти за порушення федерального законодавства;

(і) претензій про відшкодування шкоди, завданої фіскальними операціями Казначейства або регулюванням кредитно-грошової системи;

(j) претензій, які виникають з бойових дій сухопутних військ або військово-морських сил, або берегової охорони у воєнний час;

(k) претензії, яка виникла в іноземній країні;

(l) претензії на підставі діяльності Управління з проблем долини ріки Теннессі;

(m) претензії на підставі діяльності компанії Панамського каналу (Panama Canal Company);

(n) претензії на підставі діяльності Федерального земельного банку, Федерального банку короткострокового кредиту або Банку з кредитування сільськогосподарських кооперативів.

СУДОВА ПРАКТИКА ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ

Неофіційний переклад

РІШЕННЯ ФЕДЕРАЛЬНОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ ФРН

Анотація до Рішення Федерального Конституційного суду

1. Стаття 34 Основного закону (ОЗ) переводить визначену в § 839 Цивільного кодексу Німеччини (ЦК) особисту відповідальність чиновника на державу: § 839 ЦК є нормою, яка обґрунтовує можливість відповідальності, у той час коли стаття 34 ОЗ представляє собою норму, яка переводить відповідальність на іншого суб'єкта.

2. Із Основного закону вимогу на заміну відповідальності посадової особи за завдану нею шкоду безпосередньою відповідальністю держави прямо вивести не можна. З іншого боку, стаття 34 ОЗ також і не суперечить запровадженню безпосередньої відповідальності держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків. Ця норма містить тільки „мінімальну гарантію”, яку компетентний законодавець хоча і не може знизити, але рівень якої він може перевищити.

3. Стаття 34 ОЗ не ущільнила опосередковану відповідальність держави до рівня принципу без будь-яких прогалин, а залишає простір для регулювання, яке модифікує обсяг публічно-правового перейняття відповідальності державою.

4. Стаття 34 ОЗ сама по собі не надає Федерації або землям повноважень щодо законотворчої діяльності.

5. а) Право законодавства Федерації стосовно Закону про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків, не витікає із її конкуруючої компетенції саме для галузі цивільного права (стаття 74 п. 1 ОЗ). Врегульована в Законі про відповідальність держави її безпосередня відповідальність або інших корпорацій публічного права за шкоду, яка заподіяна владним „неправом”, не може розглядатись із сьогоденної точки зору або в силу традиції, з точки зору права про компетенцію, в якості „цивільного права”.

б) Федерація також не може спирати повноваження на змістовне врегулювання права про відповідальність держави за заподіяну шкоду на інші норми Основного закону, які врегульовують законодавство про компетенцію.

6. Для можливостей законотворчості Федерації, із використанням її компетенції щодо врегулювання особистої відповідальності „чиновника” через статтю 34 ОЗ у взагалі закритій для неї галузі права земель про відповідальність держави за заподіяну шкоду, визначені досить вузькі рамки, особливо з урахуванням статті 30, частини 1 статті 70 ОЗ. В усякому разі визначена для Федерації конституційним правом вимога щодо урахування прав земель забороняє їй, спираючись на § 839 ЦК та через статтю 34 ОЗ, змістовно врегульовувати питання відповідальності держави.

Рішення Федерального Конституційного суду (Другий сенат) від 19 жовтня 1982 року – 2 BvF 1/81

(витяги)

...

1. Закон про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов’язків, від 26 червня 1981 року (BGBl. I S. 553) – StHG – змістовно визначив відповідальність (обов’язок на відшкодування) за заподіяне „неправо” з боку публічної влади і спирається на одноманітне законодавче врегулювання її підстав. Він переслідує мету, відповідно до якої перед особою, яка зазнала шкоди у зв’язку з владними неправомірними діями, безпосередньо і виключно відповідає носій публічної влади.

Відповідно до визначеної в § 1 Закону фактичної передумови для відповідальності носій публічної влади в принципі повинен відшкодувати шкоду, яка виникла у зв’язку з тим, що публічна влада порушила передбачені публічним правом обов’язки, які вона має перед особою, що зазнала шкоди. За певних спеціальних передумов публічна влада відповідає також і за відмову технічного устаткування (§ 1 абз. 2 Закону). Відносно протиправної поведінки судової і законодавчої гілок влади передбачаються відповідні змістовні обмеження для відповідальності (§ 5 Закону). Якщо порушення обов’язків полягає у протиправній поведінці законодавця, то відповідальність виникає тільки в тому випадку, якщо це передбачено конкретним законодавством. Відповідальність за порушення обов’язків виконавчої або судовою гілками влади, які виключно спираються на поведінку законодавця, також не передбачається (§ 5 абз. 2 Закону).

В якості видів відшкодування шкоди передбачені грошове відшкодування (§ 2 Закону) та ліквідація наслідків (§ 3 Закону). Грошове відшкодування, яке в принципі гарантується також і за завдану немайнову шкоду (§ 7 Закону), все ж не надається, якщо особа, яка зазнала шкоди, винно не використала засобів правового захисту для попередження шкоди (§ 6 Закону), або якщо порушення обов'язків не можна було б уникнути також і за дотримання необхідної при здійсненні публічної влади сумлінності (§ 2 абз. 1 речення 2 Закону). Але в останньому випадку обов'язок на відшкодування все ж залишається наявним, якщо відмовило технічне устаткування (§ 2 абз. 1 речення 3 Закону), або якщо порушення обов'язків полягало у „протиправному втручанні в основні права” (§ 2 абз. 2 Закону).

Поряд з цим, Закон в його Першій главі (§§ 1–13 Закону) містить інші положення, які конкретизують відносини відповідальності, а також співвідношення видів відповідальності між собою та обсяг вимоги на відшкодування. В §§ 10 та 11 Закон врегульовує правові відносини у випадку декількох боржників по обов'язку відшкодування, а також питання регресу носіїв публічної влади між собою.

В Другій главі Закону про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків (§§ 14–17 Закону), законодавець врегулював відносини із сусідніми правовими галузями і при цьому визначив „відмежування від приватного права” (§ 17 Закону): відповідальність носія публічної влади на основі його участі в приватно-правовому обігу принципово визначається відповідно до діючих відносно цього норм (§ 17 абз. 1 Закону). Виключно на основі приватного права носій публічної влади відповідає також і за владну поведінку у випадку порушення обов'язків щодо забезпечення дорожнього руху, а також і в інших, окремо зазначених в Законі випадках (§ 17 абз. 2 Закону). Особи, через яких носій публічної влади здійснює зазначену діяльність, не несуть відповідальності перед особою, якій завдано шкоду; замість них відповідає носій публічної влади, на користь якого вони здійснювали відповідну діяльність (§ 17 абз. 4 Закону).

Глава третя Закону (§§ 18–20) присвячена „судовому захисту”. Відповідно до неї відносно спорів про усунення наслідків на підставі § 3 Закону принципово передбачається право на звернення до того виду судочинства, в якому повинно прийматись рішення про правомірність здійснення публічної влади, яке викликало відповідальність держави (§ 18 абз. 2 Закону). Стосовно спорів щодо грошового відшкодування компетенція залишається за традиційними судами загальної юрисдикції (§ 18 абз. 1 Закону).

В Четвертій главі врегульовується пристосування федерального

права і права земель до нового Закону (§§ 21–34). Поряд з іншим, тут визначається, що норми права земель про відповідальність за суперечну обов'язкам поведінку публічної влади втрачають свою чинність. Право земель, відповідно до якого до цього часу визначалась відповідальність за суперечні обов'язкам заходи органів поліції або органів забезпечення громадського порядку та за суперечну обов'язкам конфіскацію видань преси, також скасовувалось (§ 34 Закону).

Глава п'ята (§§ 35–38 Закону) містить перехідні положення та заключні положення. Старе право застосовуватиметься і надалі, якщо фактичні обставини, які надають підстави для заявлення вимог, виникли до набрання цим Законом чинності (§ 36 Закону).

2. а) Закон про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків, звертається до правової сфери, про необхідність реформування якої існує повна єдність думок. Відповідно до попереднього права, відповідальність держави за протиправне здійснення публічної влади спиралась на різноманітні, розпорошені по всьому законодавству правові підстави. Вона, до того ж, мала лише неповноцінне законодавче врегулювання.

Так звана „відповідальність посадової особи за заподіяну шкоду” (Amtshaftung) спиралась на деліктну власну відповідальність чиновника (§ 839 ЦК), як вона була унормована Цивільним кодексом ще на початку ХХ-го століття єдиним чином для всієї імперії. Стаття 131 Веймарської Конституції та – із вузькою орієнтацією на цю норму – стаття 34 Основного закону виходять з того, що на конституційному рівні обов'язок чиновника на відшкодування принципово переводиться ними від нього до держави. Поряд з такою лише опосередкованою відповідальністю держави судова практика також розвинула незалежну від вини безпосередню відповідальність держави у зв'язку із „прирівняними (схожими) до позбавлення власності” та „прирівняними до втрати індивідуального права на користь загалу” втручаннями в певні правові блага, які захищені статтями 14 та 2 абз. 2 Основного закону (власність, життя, фізична недоторканість, особиста свобода пересування). У той час, коли всі ці вимоги підлягали реалізації шляхом звернення до судів загальної юрисдикції, в останній час ті особи, які звертались до адміністративних судів, також знайшли підтвердження своїм вимогам на усунення негативних наслідків таких дій незалежно від наявності вини, і рішення цих судів були спрямовані на усунення і надалі діючих наслідків протиправної владної діяльності виконавчої гілки влади.

Закон про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків, повинен був і

врахував такі правові обставини і привів їх до єдиних умов відповідальності (Документи Бундестагу 9/25).

б) Паралельність та слабка прозорість старих норм про вимоги, які спірались на різноманітні передумови і були між собою недостатньо узгоджені, вважалась незадовільним становищем, тим більше, що реалізація цих вимог ще й відносилась до різних судових юрисдикцій. Все це призвело до появи міркувань щодо необхідності проведення відповідної реформи (див. Luhmann, *Öffentlich-rechtliche Entscheidung rechtspolitisch betrachtet*, 1965)⁸. Але при цьому питання щодо наявності у Федерації змістовної законодавчої компетенції для повного оновлення цієї матерії вже на ранній стадії було поставлено під сумнів і отримало врешті решт негативну відповідь (Luhmann, S. 216 див. попередні дужки).

Вирішальний поштовх для намагань щодо проведення змістовної реформи права про відповідальність держави за заподіяну шкоду походить від 1968 року – 47-го Німецького з'їзду юристів. Він дійшов висновку, що вимога на усунення негативних наслідків, тобто існуюча вимога на відшкодування наслідків та вимога на відшкодування у зв'язку із схожим із втручанням у власність втручанням, належать до „більшої спільності із публічно-правовою відповідальністю держави за заподіяну шкоду” (Засідання 47 НЗЮ, Том II, стор. 144 та наступні). З'їзд юристів одноголосно запропонував створити підстави для прийняття федерального законодавчого регулювання про відповідальність держави за заподіяну шкоду, а якщо це неможливо, то навіть через прийняття змін до Основного закону.

в) Федеральний уряд у 1970 році поклав на незалежну комісію завдання щодо підготовки нового змістовного законодавчого врегулювання права про відповідальність держави за заподіяну шкоду. Комісія представила у 1972 році свій звіт разом із проектами Закону про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків, та Закону про внесення змін до Основного закону. Замість гарантованого до цього часу в статтях 14 та 34 ОЗ права на звернення до судів *загальної* юрисдикції у зв'язку з вимогами про відшкодування та вимогою про компенсацію в проекті передбачалось „право на звернення до суду” в загальному плані. Стаття 34 ОЗ повинна була гарантувати відповідальність публічної влади за заподіяне нею „неправо”. ...

Відповідно із сьогоднішніми правовими уявленнями, питання відповідальності держави за заподіяну шкоду, її відповідальності за наслідки невідповідного обов'язкам здійснення публічної влади, відноситься до публічного права, яке треба відокремлювати від приватного права. Закон про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її поса-

⁸Луманн, Публічно-правове відшкодування з політично-правової точки зору, 1965 р.

довими особами під час виконання службових обов'язків, сам відносить себе до публічного права, адже в § 17 він здійснює „Відокремлення відповідальності від приватного права”. ...

Відповідальність держави за владне протиправне нанесення шкоди її громадянам належала в XIX-му столітті та на початку цього століття до найбільш дискусійних науково-правових та політико-правових питань. В ті часи, коли держава – як „казна” – також і за тодішніми уявленнями про приватно-правові відносини могла мати приватно-правові відносини з її громадянами, тобто як кожний приватний суб'єкт могла відповідати і проти неї можна було висувати позови. Держава ж сама по собі, тобто як правитель, що владно діє, довгий час розглядалась як неправоздатна і таким чином принципово не підлягала відповідальності. В якості суб'єкта відповідальності розглядався тільки діючий відповідним чином сам державний чиновник, відносини якого в свою чергу із правителем землі спочатку тлумачились як приватно-правові відносини на основі отриманого від неї мандату (див. Zoepfl, Grundsdtze des gemeinen deutschen Staatsrechts, Zweiter Teil, 5. Auflage, 1863, § 520, S. 802)⁹. Чиновник, який діє всупереч його обов'язкам, перевищував відповідно із тодішніми уявленнями його повноваження і тому не міг зобов'язувати державу нести відповідальність. Особі, яка зазнала шкоди, завжди вказували в таких випадках на те, що вона повинна притягнути чиновника до відповідальності як приватну особу відповідно із деліктними принципами. Така модель відповідальності продовжувала існувати і надалі, аж поки в минулому столітті вже не з'явилися уявлення про публічно-правові відносини чиновника з державою (Richter, Der Ausschluß der Staatshaftung nach Art. 34 GG, Diss, Mьnchen 1968, S. 6; Kohl, Die Lehre der Unrechtsundfhigkeit des Staates, 1977, S. 78 f.)¹⁰.

Пов'язане з такими уявленнями звільнення держави від власної відповідальності за протиправну шкоду з боку її владно діючих слуг принципово критикувалось вже в першій половині минулого століття (Zachariд, ZStW, 19 Bd, 1863, S. 582 ff.). Декілька з'їздів юристів займались цією темою і вимагали, щоб держава відповідала за її чиновників. ... Але в загальному плані їх вимоги не були реалізовані: приватно-правова відповідальність чиновників досить змістовно опанувала в минулому столітті відповідну галузь (зокрема, Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, 1879)¹¹.

⁹Цьопфль, Принципи загального німецького державного права, Друга частина, 5-те видання, 1863, § 520, стор. 802.

¹⁰Ріхтер, Виключення відповідальності держави відповідно до статті 34 ОЗ, Дисс, Мюнхен, 1968, стор. 6; Коль, Вчення неієздатності держави на неправо, 1977, стор. 78 та наступні.

¹¹Лоєнінг, Відповідальність держави у зв'язку з протиправними діями її чиновників, 1879.

¹²Гірке, Теорія товариства і німецька судова практика, 1887, стор. 794 та наступні.

Законодавцю, який приймав Цивільний кодекс, досить глибокі дискусії стосовно відповідальності держави в якості носія влади були відомі. Йому були відомі також і наукові погляди, прихильники яких наприкінці століття висловлювались за цивільно-правову відповідальність держави також і у владній сфері (зокрема, Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, S. 794 ff.)¹². Політично-правова вимога на запровадження загальної відповідальності держави також і у владній сфері досить активно обговорювалась і під час самого законодавчого процесу. Але імперський законодавець все ж свідомо обмежився тим, що запровадив відповідальність органів публічно-правових корпорацій в приватно-правовій сфері (§§ 89, 31 ЦК) і поряд з цим унормував особисту відповідальність чиновника (§ 839 ЦК), яка не тільки формально була введена в деліктне право, а з самого початку розумілась у неминучому поєднанні із вже застарілими уявленнями як матеріальний приватно-правовий зв'язок чиновника і держави. В основу відмови імперського законодавця від запровадження відповідальності держави у владній сфері покладалась та позиція, що власне загальноімперське законодавче врегулювання цього предмету перевищувало б законодавчу компетенцію по врегулюванню цивільного права і уявляло б собою втручання в права держав Федерації. ...

Рішення імперського законодавця відмовитись від врегулювання наслідків протиправної владної діяльності не призвело до заспокоєння тих, хто висував вимогу з боку правової науки про запровадження єдиної для всього Рейху безпосередньої відповідальності держави. Так, наприклад, 28-й Німецький з'їзд юристів в 1906 році висловився на користь запровадження безпосередньої відповідальності держави. ...

Позиція стосовно того, що держава неминуче повинна відповідати за помилкову поведінку її владно діючих чиновників, все ширше реалізовувалась також і в державній практиці. Переважна кількість окремих земель запроваджувала для своїх земельних чиновників відповідне регулювання. Воно переважно передбачало, що спрямована відповідно до § 839 ЦК вимога проти чиновника переходить на державу. ...

Закон про відповідальність Рейху за його чиновників від 22 травня 1910 року (RGBl. S. 798) встановив в § 1 абз. 1, що визначена відповідно з § 839 абз. 1 ЦК відповідальність замість імперського чиновника стосується імперії. Таке визначення, яке розглядало державу в якості „боржника”, стояло поза межами „цивільного права”. ...

Дійсно, Цивільний кодекс врегулював (§ 839 ЦК) тільки особисту відповідальність чиновника. Запровадження Цивільним кодексом

відповідальності держави у владній сфері діяльності не могло бути реалізованим на той час, поряд з іншими причинами, також виходячи із фінансових і адміністративно-технічних підстав. Не зважаючи на це, ще до 1919 року відповідальність держави за владне „неправо” принципово визнавалась в науці і судовій практиці в якості деліктного права, яке вважалось частиною цивільного права. З цього виходила і державна практика. Поряд з іншими нормами, це, наприклад, доводить запровадження в § 12 Імперського Положення про поземельні книги регулювання від 24 травня 1897 року, яке передбачало відповідальність держави за порушення службових обов'язків за дії її чиновників в службах поземельної книги, із посиленням на цивільно-правову компетенцію. Прийняті ще до 1919 року закони Імперії і земель про відповідальність держави, які перевели відповідальність чиновника, зазначеного в Цивільному кодексі, на державу, були структуровані з цивільно-правової точки зору і сприймалися такими, що належать до цивільного права. Відповідне регулювання земель навіть знаходилося в законах про введення в дію Цивільного кодексу. Конструкція прийняття державною відповідальності на себе, як це було реалізовано в державній практиці, також походить з цивільно-правового коріння. ...

Подання урядів земель є також обгрунтованим. Закон про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків, не відповідає Основному закону. Він містить регулювання, для якого у важливих його частинах у Федерації відсутня законодавча компетенція. Вже тільки це веде до нікчемності Закону.

Відповідно із статтею 70 абз. 1 ОЗ землі мають право на законотворчість, якщо Основний закон не передає таку законодавчу компетенцію Федерації. ...

Для врегулювання наново в Законі про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків, наслідків протиправної діяльності публічної влади, яка завдає шкоди, Федерація не може спиратись на таку компетенцію, бо вона відсутня.

* Резолютивну частину рішення оприлюднено 30 вересня 2003 р. у "Законодавчому віснику" № 170, поз. 1660.

¹³Податкова ординація – польський закон про податки (прим. перекладача).

РІШЕННЯ
від 23 вересня 2003 р.
Номер справи К 20/02*

Іменем Республіки Польща

Конституційний Суд Республіки Польща

після розгляду, за участю автора конституційного подання, Сейму і Генерального Прокурора, на засіданні 23 вересня 2003 р.:

1) конституційного подання Уповноваженого з прав людини щодо визнання такими, що не відповідають п. 1 ст. 77 Конституції Республіки Польща:

- § 1 ст. 160 Закону «Адміністративно-процесуальний кодекс» від 14 червня 1960 р. у частині, в якій вимога про відшкодування шкоди за незаконну дію органу публічної влади обмежується до позитивної втрати (реальної шкоди),

- § 1 ст. 260 Закону «Податкова ординація»¹³ від 29 серпня 1997 р. у частині, в якій вимога про відшкодування шкоди за незаконну дію органу публічної влади обмежується до позитивної втрати (реальної шкоди),

2) правового запиту Першого відділу цивільних справ Апеляційного суду в Жешуві щодо того, чи § 1 ст. 160 Закону «Адміністративно-процесуальний кодекс» від 14 червня 1960 р., що обмежує вимогу щодо відшкодування суб'єкта, якому заподіяно шкоду внаслідок порушення § 1 ст. 156 цього кодексу або внаслідок визнання недійсності такого рішення, до реально зазаної шкоди (позитивної втрати), відповідає п. 1 ст. 77 Конституції Республіки Польща,

в и р і ш и в:

1. § 1 ст. 160 Закону «Адміністративно-процесуальний кодекс» від 14 червня 1960 р. (Законодавчий вісник від 2000 р., № 98, поз. 1071 зі змінами) та § 1 ст. 260 Закону «Податкова ординація» від 29 серпня 1997 р. (Законодавчий вісник № 137, поз. 926 зі змінами) у частині, що обмежує відшкодування за незаконну дію органу публічної влади до позитивної втрати, не відповідають п. 1 ст. 77 Конституції Республіки Польща.

2. Перший пункт застосовується по відношенню до шкоди, що виникла починаючи з 17 жовтня 1997 р., тобто починаючи з моменту набуття чинності Конституцією Республіки Польща.

ОБҐРУНТУВАННЯ:

I

1. Уповноважений з прав людини вніс подання щодо визнання такими, що не відповідають п. 1 ст. 77 Конституції РП, положень § 1 ст. 160 Закону «Адміністративно-процесуальний кодекс» від 14 червня 1960 р. та § 1 ст. 260 Закону «Податкова ординація» від 29 серпня 1997 р. (далі у тексті – Податкова ординація) у частині, в якій вони обмежують можливість вимагати відшкодування у повному обсязі за незаконну дію органу публічної влади, передбачаючи відшкодування тільки за реальну шкоду.

2. Після обговорення засад відповідальності за шкоду, заподіяну органами публічної адміністрації внаслідок незаконних дій, Уповноважений з прав людини підкреслив, що чинні у цій сфері положення АПК не містять повного унормування і відсилають (у § 2 ст. 160 АПК) до застосування положень Цивільного кодексу про відшкодування. Це відсилання не стосується, однак, меж відповідальності органу публічної влади за шкоду, оскільки ці межі по відношенню до органу публічної адміністрації визначає § 1 ст. 160 АПК, передбачаючи, що вимога щодо відшкодування є належною за зазану реальну шкоду. Це означає відступ від принципу, встановленого в § 1 ст. 361 Цивільного кодексу, згідно з яким відшкодування охоплює як позитивну втрату (реальну шкоду) (*damnum emergens*), так і втрачену вигоду (*lucrum cessans*).

Омбудсмен вказав, що прийнята в § 1 ст. 160 АПК концепція обсягу відповідальності за шкоду, заподіяну внаслідок протиправних дій органів публічної влади, не є єдиною для всього АПК. Зокрема, з § 1 ст. 153 АПК випливає, що сторона, яка зазнала шкоди внаслідок ухвалення рішення з порушенням положення § 1 ст. 145 АПК або внаслідок скасування такого рішення в результаті поновлення провадження, має право вимагати відшкодування в обсязі та на засадах, встановлених Цивільним кодексом. Таким чином, воно охоплює – відповідно до § 2 ст. 361 Цивільного кодексу – не тільки компенсацію за зазану шкоду, але також за втрачену вигоду. На думку Уповноваженого з прав людини, якщо процесуальні вади адміністративного акта, усунення яких здійснюється на підставі положень про поновлення провадження, відкривають можливість добитися відшкодування у повному обсязі, то тим більше не має обґрунтування правова конструкція, що запроваджує у цій сфері обмеження у випадках, коли вади адміністративного акта мають матеріально-правовий характер.

Уповноважений з прав людини порівняв зміст § 1 ст. 160 АПК з п. 1

ст. 77 Конституції, відповідно до якого кожен має право на відшкодування шкоди, заподіяної йому протиправною дією органу публічної влади. Конституційна норма не пояснює детальніше поняття «шкоди». Слушним здається погляд, згідно з яким шкода у конституційному трактуванні означає не тільки майнову шкоду, але також нематеріальну шкоду. На думку омбудсмена, конституційне поняття «шкоди» охоплює, безперечно, як втрату, що випливає з § 2 ст. 361 Цивільного кодексу, якої зазнав потерпілий (*damnum emergens*), так і вигоду, яку він міг би одержати, якби шкоди не було йому завдано (*lucrum cessans*).

Посилаючись на позицію доктрини та на попередню судову практику Конституційного суду, Уповноважений з прав людини на закінчення ствердив, що § 1 ст. 160 АПК в частині, в якій вимога про відшкодування за незаконну дію органу публічної влади обмежується до позитивної втрати, не відповідає п. 1 ст. 77 Конституції.

3. На думку Уповноваженого з прав людини, параграф перший ст. 260 Податкової ординації, який передбачає, що стороні, яка зазнала шкоди внаслідок ухвалення рішення, скасованого пізніше в результаті поновлення провадження або визнання недійсності, або внаслідок того, що рішення не можна скасувати або визнати його недійсність з причин, зазначених у § 2 ст. 245 або в § 2 ст. 247 Податкової ординації, прямо пов'язаний із конструкцією відповідальності за заподіяну органами публічної адміністрації шкоду, застосованою в § 1 ст. 160 АПК. Елементом цієї конструкції є обмеження відповідальності за шкоду до відповідальності за позитивну втрату. На думку Уповноваженого з прав людини, у підході, відображеному в § 1 ст. 260 Податкової ординації, законодавець йде значно далі в обмеженні цієї відповідальності. Якщо в рамках загального адміністративного провадження у справах, що стосуються шкоди, заподіяної внаслідок скасування рішення в результаті поновлення провадження (ст. 153 АПК), існує можливість добиватися відшкодування не тільки за зазану позитивну (реальну) шкоду, але також за втрачену вигоду, то в податковому провадженні в такій ситуації передбачається вимога про відшкодування виключно за зазану реальну шкоду.

За оцінкою Уповноваженого, претензії, висунуті по відношенню до § 1 ст. 160 АПК, слід також застосувати до § 1 ст. 260 Податкової ординації в частині, в якій це положення обмежує вимогу про відшкодування за незаконну дію органу публічної влади до позитивної шкоди.

4. Генеральний Прокурор у письмовому висновку від 17 вересня

¹⁴Воевода – голова воєводства, найбільшої одиниці адміністративного поділу та місцевого самоврядування Польщі (прим. перекладача).

2002 р. відзначив, що § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації у частині, в якій ці положення обмежують вимогу про відшкодування за протиправну дію органу публічної влади до позитивної втрати, не відповідають п. 1 ст. 77 Конституції. Обґрунтування висновку Генерального Прокурора збігається з аргументацією Уповноваженого з прав людини, представленою у конституційному поданні.

5. У постанові від 24 квітня 2003 р. Перший відділ цивільних справ Апеляційного суду в Жешуві вніс на розгляд правовий запит щодо того, чи відповідає пункту першому статті 77 Конституції параграф перший статті 160 АПК, який обмежує вимогу про відшкодування, належне суб'єкту, що зазнав збитків внаслідок ухвалення рішення з порушенням § 1 ст. 156 цього Кодексу або внаслідок визнання недійсності такого рішення, до зазваної реальної шкоди.

Правовий запит підготовлено за наступних фактичних обставин: внаслідок апеляції позивачів в Апеляційному суді в Жешуві ведеться справа проти відповідача Державної казни в особі Підкарпатського воєводи¹⁴ щодо виплати відшкодування у зв'язку з позбавленням позивачів права на вільне розпорядження нерухомістю, у тому числі її оренди на вільноринкових умовах, внаслідок примусового вилучення майна для суспільних потреб на підставі рішення № ZGT-8244/5/82 від 3.6.1982 р., ухваленого міським головою міста Мелец. Суму необхідного відшкодування позивачі підраховали, виходячи з чинної ставки оплати за оренду земельної ділянки для комерційних цілей. Поза суперечкою залишається обставина, що в ході проведеного адміністративного провадження остаточним рішенням Жешувського воєводи № 3.0-29/98 від 23.2.1998 р. рішення щодо примусового вилучення визнано недійсним, а Підкарпатський воєвода відмовив позивачам у задоволенні їх вимог про відшкодування, якого вони добивались на підставі § 4 ст. 160 АПК.

Позов, поданий згідно з процедурою § 4 ст. 160 цього кодексу до Окружного суду в Жешуві, був відхилений з огляду на прийняття представленою відповідачем аргументу, згідно з яким позивачі не довели, що вони зазнали позитивної (реальної) шкоди в розумінні § 1 ст. 160 АПК в ситуації, коли вони добиваються відшкодування за втрату, втрачену у зв'язку з відсутністю можливості одержування орендної плати.

На думку Апеляційного суду – автора правового запиту, ст. 77 Кон-

¹⁴Взірець конституційного контролю – положення Конституції, з яким на предмет відповідності порівнюється положення нормативно-правового акта, що є предметом конституційного контролю (прим. перекладача).

ституції не містить обмеження права на відшкодування шкоди, заподіяної незаконною дією органу публічної влади, отже, ця стаття формулює засаду повного відшкодування. Як у доктрині, так і в судовій практиці вважається, що суб'єкт, який зазнав шкоди, має право вимагати відшкодування як за позитивну втрату (*damnum emergens*), так і за втрачену вигоду, якої він міг би сподіватись, якби шкоди не було завдано (*lucrum cessans*).

Обмеження захисту суб'єктів, потерпілих від дій органів публічної влади, до відшкодування за зазану позитивну шкоду, що міститься в § 1 ст. 160 АПК, як виявляється, не відповідає зазначеному вище положенню Конституції.

У випадку застосування § 1 ст. 160 АПК як правової підстави рішення відсутні були б передумови для визнання вимог позивачів слушними, натомість у разі визнання невідповідності Конституції цього положення у частині, зазначеній вище, застосовувалася б виражена в ній засада покриття шкоди.

6. Розпорядженням Голови Конституційного суду від 9 травня 2003 р. правовий запит Апеляційного суду в Жешуві був об'єднаний в одне провадження з конституційним поданням Уповноваженого з прав людини під спільним номером К. 20/02 з огляду на те, що в обох справах оскаржено і охоплено правовим запитом одне й те ж положення законодавства, а також вказано один і той же взірець конституційного контролю¹⁵.

7. Генеральний Прокурор у висновку від 22 травня 2003 р. щодо правового запиту Апеляційного суду підтвердив свою позицію та аргументацію, виражені в документі від 17 вересня 2002 р., що положення § 1 ст. 160 АПК у частині, в якій вимога про відшкодування за протиправну дію публічної влади обмежується до позитивної втрати, не відповідає п. 1 ст. 77 Конституції.

8. Маршал Сейму¹⁶ у письмовому висновку від 9 вересня 2003 р. щодо конституційного подання Уповноваженого з прав людини і правового запиту Апеляційного суду в Жешуві звернувся з проханням визнати, що:

– положення § 1 ст. 160 Закону «Адміністративно-процесуальний кодекс» від 14 червня 1960 р. у частині, в якій вимога про відшкодування за незаконну дію органу публічної влади обмежується до позитивної втрати, не відповідає п. 1 ст. 77 Конституції Республіки Польща,

¹⁵Маршал Сейму – голова однієї з палат польського парламенту (прим. перекладача).

– положення § 1 ст. 260 Закону «Податкова ординація» від 29 серпня 1997 р. у частині, в якій вимога про відшкодування за незаконну дію органу публічної влади обмежується до позитивної втрати, не відповідає п. 1 ст. 77 Конституції Республіки Польща.

В обґрунтуванні Маршал Сейму представив аргументи, ідентичні аргументам, викладеним Уповноваженим з прав людини і Апеляційним судом в Жешуві.

II

На засіданні 23 вересня 2003 р. автор конституційного подання та учасники провадження зайняли позицію, ідентичну тій, що була представлена у поданні і раніше поданих письмових документах, наводячи також у незміненому вигляді аргументи на підтримку цієї позиції. Після питань Конституційного Суду представник Генерального Прокурора додатково висловив думку про потребу і користь формулювання в рішеннях Конституційного Суду пояснень щодо часових рамок дії рішень Суду, оскільки це може позитивно вплинути на уніфікацію правозастосовчої практики.

III

Конституційний Суд врахував таке:

1. Конституційна проблема

1.1. Обидва оскаржені положення (§ 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації) виражають засаду відшкодування шкоди, заподіяної, відповідно, «внаслідок ухвалення рішення з порушенням положення § 1 ст. 156 [АПК] або визнання недійсності такого рішення» і «внаслідок ухвалення рішення, скасованого пізніше в результаті поновлення провадження або [визнання] недійсності цього рішення», і обмежують у цих випадках компенсацію до «позитивної (реальної)» шкоди. Цей останній, не дуже вдалий термін (що навіює думку про існування і покриття також «нереальної шкоди»), згідно з загальноприйнятою точкою зору, вважається синонімом майнової втрати, яка не охоплює *lucrum cessans*, тобто втраченого прибутку. Таким чином, конституційне подання ставить під сумнів засаду відмови від повного відшкодування і обмеження обов'язку компенсації шкоди до *damnum emergens* в оскаржених положеннях.

1.2. Предметом подання і правового запиту, які лежать в основі цієї справи, є сумніви щодо часткової неконституційності оскаржених положень. Ці сумніви не стосуються інших питань, врегульованих у вищевказаних положеннях, – ані самої засади відповідальності за заподіяну шкоду у таких випадках, ані гіпотез, що визначають джерело шкоди, ані, врешті решт, врегульованої автономно в АПК і Податковій ординації процедури захисту права на відшкодування у цих випадках, а тільки законодавчого обмеження обов'язку компенсації завданої шкоди. Отже, головний сумнів конституційного подання і запиту зосереджений навколо питання обмеження відшкодування до «позитивної втрати» (*damnum emergens*). Таким чином, конституційне подання вважає сумнівною з конституційної точки зору диспозицію норм, гіпотезу яких виражають ситуації, вказані в § 1 ст. 160 АПК і ст. 260 Податкової ординації.

1.3. Гіпотези норм, тобто ситуації, що призводять до заподіяння шкоди, яка підлягає відшкодуванню згідно з даною процедурою, сформульовано в двох оскаржених положеннях по-різному. Ці відмінності стосуються способу визначення джерела шкоди. В АПК це: (1) ухвалення рішення з порушенням § 1 ст. 156 АПК, тобто такого, що характеризується визнаною недійсністю (так звана абсолютна недійсність), а також (2) визнання недійсності такого рішення. А ось у Податковій ординації йдеться про шкоду, заподіяну тільки внаслідок скасування недійсного рішення. Отже, серед двох можливостей, передбачених в § 1 ст. 160 АПК, в ординації повторено тільки гіпотезу (2). Однак, § 1 ст. 260 Податкової ординації також містить (аналогічно до ст. 160 АПК) «дві фактичні обставини», оскільки пов'язує обмеження відшкодування, зокрема, з подією, яка відсутня в гіпотезі § 1 ст. 160 АПК. Гіпотези з § 1 ст. 260 Податкової ординації кажуть про шкоду, викликану «скасуванням рішення внаслідок поновлення провадження», що не передбачено в § 1 ст. 160 АПК. Що стосується самої засади, АПК передбачає, однак, покриття шкоди, заподіяної рішенням, що підлягає поновленню, і заподіяної внаслідок поновлення такого рішення (що є предметом врегулювання ст. 260 Податкової ординації), але робить це в § 1 ст. 153 АПК. Натомість останнє положення, на відміну від статті 160 АПК, яка сама нормує обсяг шкоди, що підлягає компенсації, у питанні відшкодування відсилає до загальних засад Цивільного кодексу. Отже, якщо у випадку Податкової ординації сумніви пов'язані з обмеженням відшкодування до *damnum emergens* і стосуються як наслідків поновлення провадження, так і недійсності рішення, то у випадку АПК конституційний сумнів стосується тільки останньої ситуації.

1.4. Обидва оскаржені положення були предметом критики правничої літератури з огляду на велику кількість сумнівів стосовно їх інтерпретації, що мали конструкційний, системний і прагматичний характер. Це стосувалось особливо зв'язку між врегулюванням відповідальності в АПК і ЦК, а також незрозумілого диференціювання обсягу компенсації шкоди у випадках, унормованих у ст. 153 та у ст. 160 АПК (Пор. А. Agopszowicz. *Podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej w kodeksie postępowania administracyjnego* (Підстави відповідальності за шкоду в адміністративно-процесуальному кодексі) // *Palestra*. – 1986 – Вип. 4; J. Kremis. *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za decyzje administracyjne według kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania administracyjnego* (Відповідальність Державної казни за адміністративні рішення у світлі цивільного кодексу та адміністративно-процесуального кодексу). – Wrocław, 1986; А. Szpunar. *Znaczenie art. 160 k.p.a. jako podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej* (Значення ст. 160 АПК як підстави відповідальності за шкоду) // *PiP*. – 1990 – Вип. 9; Т. Brzezicki. *Roszczeniem Naczelnego Sędzi Administracyjnego: Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia, materiały Konferencji naukowej katedr prawa i postępowania administracyjnego* (Позовні вимоги щодо відшкодування шкоди у зв'язку з переглядом адміністративних рішень Вищим адміністративним судом: Адміністрація та адміністративне право на порозі третього тисячоліття: Матеріали Наукової конференції кафедр права і адміністративного провадження). – Łódź, 2000, а також інші джерела, згадані у цих роботах). Підхід, виражений у § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації, безперечно, також характеризується аксіологічною анахронічністю на фоні сучасних тенденцій у сфері відповідальності за шкоду, завдану публічною владою, які з огляду на ризик порушення обов'язку „правильного адміністрування” прагнуть до повної компенсації за такого типу шкоду (пор., наприклад, *Principles of Administrative Law Concerning the Relations Between Administrative Authorities and Private Persons*. – Strasbourg: Council of Europe, Directorate of Legal Affairs, 1996, – відносно тенденцій у сфері компенсації шкоди, заподіяної адміністрацією; *Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej* (Хартія основних прав Європейського Союзу), де у п. 3 ст. 41 йдеться про відшкодування «всілякої шкоди», заподіяної внаслідок дій органів ЄС. Не дивлячись на те, що Хартія діє тільки як збірка засад ненормативного характеру, вона є відображенням сучасних тенденцій у сфері оцінки відповідальності публічної влади. Пор. також J. Schwarze. *EU-Kommentar*. – Baden-Baden: Nomos Verlag. – С. 2298-2299). Критицизм щодо підходів,

систематики та обсягу питань, врегульованих у відповідних положеннях АПК і Податкової ординації, навіть якщо повністю з ним погодитись, не може, однак, бути прямим доказом невідповідності Конституції цих положень. Цей критицизм стосується різних закидів щодо всього комплексу врегулювання правового режиму відшкодування, унормованого в АПК і Податковій ординації, натомість предметом розгляду у даній справі є тільки питання обмеження відшкодування.

1.5. Існує пропозиція Кодифікаційної комісії цивільного права (проект змін у ЦК) щодо скасування ст. 160 АПК (і ст. 153 АПК) шляхом внесення змін до ЦК. Це проект (версія від 9.6.2003 р.) «Закону про зміну Закону «Цивільний кодекс» та деяких інших законів». Згідно з його змістом, шкода, на яку досі розповсюджувався правовий режим ст. 160 АПК, буде регулюватись в рамках § 2 ст. 417¹ ЦК (нове положення). Воно має наступний зміст: «якщо шкоди завдано внаслідок ухвалення остаточного рішення, можна вимагати її відшкодування після визнання у відповідному провадженні їх невідповідності закону». Якби запланована у проекті зміна була здійснена, це вплинуло б на охоплення відшкодування правовим режимом ЦК, тобто акта, що не передбачає обмеження відшкодування до «позитивної втрати». Зрештою, запланована зміна йде значно далі, ніж конституційне подання, яке є підставою даної справи, оскільки вона ліквідує не тільки обмеження обсягу компенсації, але також відокремлення гіпотез, з якими АПК пов'язує обов'язок відшкодування, а також окремість процедури захисту права на відшкодування, що в даний момент регулюється в § 3-5 ст. 160 АПК. Слід підкреслити, що причиною появи проекту змін не були (а якщо були – то не тільки) конституційні сумніви, але скоріше вже згаданий вище загальний критицизм щодо підходу АПК до даного питання і переконання про його анахронічність із систематичних, прагматичних та історично-порівняльних причин.

1.6. Існування законодавчого проекту, що передбачає поглинання модифікованими положеннями ЦК попереднього окремого режиму відповідальності за шкоду в АПК, на нинішньому етапі законодавчих робіт не означає втрати актуальності конституційної проблеми, представленої Конституційному Суду. Звичайно, внесення змін вплинуло б на обсяг розгляду справи, оскільки зникла б проблема обмеження відшкодування у випадках, що підлягають окремому правовому режиму відшкодування в АПК. Однак, по-перше, проект законодавчих змін не передбачає скасування також оскарженого § 1 ст. 260 Податкової орди-

нації. В обґрунтуванні проекту змін не пояснено причин цього обминання, що може дивувати з огляду на подібність цього положення і § 1 ст. 60 АПК, а також з огляду на масштаб шкоди, заподіяної в загальному адміністративному провадженні і в рамках податкового та митного провадження, які підлягають дії Податкової ординації. Болючішою соціальною проблемою, і кількісно, і вартісно, є шкода, викликана рішеннями, ухваленими згідно з процедурами Податкової ординації, ніж АПК. По-друге, з конституційної точки зору, проблеми, що є причиною сумнівів у випадку § 1 ст. 260 Податкової ординації і у випадку § 1 ст. 160 АПК, – ідентичні.

1.7. Таким чином, конституційне подання Уповноваженого з прав людини, що вимагає розгляду, і правовий запит Апеляційного суду в Жешуві зводяться до одного й того ж питання: чи відповідає конституційним засадам, вираженим у п. 1 ст. 77 Конституції, обмеження відшкодування до *damnum emergens* у врегульованих в АПК та Податковій ординації (і вказаних у конституційному поданні і запиті) випадках заподіяння шкоди дією публічної влади, тобто державної адміністрації, яка ухвалила рішення з найвищим рівнем дефектності, передбаченим в обох процедурах. Предметом вказаних у поданні і запиті сумнівів є часткова неконституційність, яка стосується фрагментів положень § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації, а також норм, що з них випливають.

2. Параграф перший статті 77 Конституції та засада повного відшкодування

2.1. Параграф перший статті 77 Конституції, вказаний у конституційному поданні і в запиті як взірець конституційного контролю, говорить про «право на відшкодування шкоди, заподіяної незаконною дією органу публічної влади». Визначення власне цього положення як взірця конституційного контролю означає наступне: автори подання і запиту виходять із того, що це положення Конституції передбачає засаду повного відшкодування. Таким чином, спочатку слід проаналізувати зміст вищезгаданого положення, а якщо це не принесе шуканої відповіді, треба звернутись до системного аналізу.

2.2. Параграф перший статті 77 Конституції, говорячи про відшкодування шкоди, не визначає ні її складників, ні обсягу. Навіть якщо при-

¹⁷Кодекс зобов'язань – правовий акт, що регулював польське право зобов'язань з 1934 по 1965 рік (прим. перекладача).

пустити, що тут здійснюється посилання на поточне значення цього терміну, це не розвіює сумнівів, чи і в якому обсязі шкода, про яку йдеться у цьому положенні, охоплює втрачений прибуток – а це є головною проблемою у даній справі. Поняття шкоди у повсякденному розумінні, безперечно, охоплює майнову втрату, але її обсяг (особливо якщо він перевищує зазначені збитки) та чинники, що визначають цей обсяг (наприклад, причинний зв'язок), важко знайти у цих повсякденних інтуїціях. Отже, поняття шкоди у повсякденному смислі – це поняття неуточнене, оточене смугою нечіткості. Натомість конституційне питання, що вимагає оцінки у цій справі, знаходиться у межах власне цієї смуги. Тому не можна послатися на аргумент, що раніше, наприклад, за часів кодексу зобов'язань¹⁷, поняття шкоди не унормували, бо повсякденне розуміння цього поняття є достатнім. Проблема у випадку даної справи – це не поняття шкоди як такої (тут дійсно повсякденна інтуїція була б достатньою), а поняття шкоди, яка дає право вимагати відшкодування, що вже повинно означати нормативну категорію. Межі цієї категорії повинні чітко показувати, за що слід нести відповідальність, а за що – ні. Навіть у випадку кодексу зобов'язань передбачалось визначення, яка шкода підлягає відшкодуванню (R. Longchamps de Berier. *Zobowiązania (Зобов'язання)*. – Львів, 1938. – С. 226, 281). Отже, для того, щоб оцінити конституційну проблему у контексті даної справи, слід встановити, чи Конституція взагалі, а її п. 1 ст. 77, вказаний як взірець контролю, зокрема, дають право на повне відшкодування, що охоплює як зазначену позитивну втрату, так і вигоду, яку можна було б отримати, якби шкода не була заподіяна.

2.3. Конституція в п. 2 ст. 21, регулюючи справу відшкодування за примусове вилучення майна для суспільних цілей, говорить про „справедливе відшкодування”. Це свідчить про те, що хоча кожне майнове втручання у власність у широкому розумінні цього слова (заподіяння шкоди є таким втручанням, ним також є, наприклад, примусове вилучення майна для суспільних цілей) матиме згідно з Конституцією наслідки у вигляді відшкодування, воно не завжди обов'язково вестиме до повного відшкодування. Навіть повне вилучення власності не завжди пов'язане (згідно з Конституцією) з повним покриттям шкоди, оскільки у цій сфері компенсація повинна відповідати критерію «справедливості», а це не означає, що вона повинна бути «повною». Конституція передбачає диференціацію обсягу відшкодування, про що свідчить існування п. 2 ст. 21. Зрештою, це положення стосується шкоди, викликаної дією, що не порушує закону. Проте, сама ідея неповного відшкодування

для Конституції не чужа. Отже, не можна стверджувати, що сам факт відсутності повноти відшкодування як такий є неконституційним.

2.4. У цьому випадку недостатнім буде також звичайне посилання на аргумент, що засаду повного відшкодування виражає Цивільний кодекс, отже, праву на компенсацію шкоди у світлі п. 1 ст. 77 Конституції слід надати таке значення, яке передбачає § 2 ст. 361 ЦК (*damnum emergens* і *lucrum cessans*). Це було б порушенням засад інтерпретації Конституції, змісту якої не можна встановлювати шляхом посилання на зміст, обсяг і значення понять, яким дається дефініція чи визначення у звичайному законодавстві для того, щоб заповнити можливі прогалини чи вирішити сумнівні питання. З цієї причини власне така аргументація, виражена у конституційному поданні, запиті і висновку, представленому у даній справі Генеральним Прокурором, не є переконливою. Виведення змісту і значення положення, вказаного як конституційний вірєць, повинно здійснюватися у світлі понять, інституцій та механізмів самої Конституції.

2.5. Термінологія, вжита в п. 1 ст. 77 Конституції, спирається на цивілістичну термінологію, тобто на поняття, що застосовуються у цивільному праві і становлять його поняттєву базу. У цивільному праві основне значення приписується zasadі повного відшкодування. Це не може, однак, вести до висновку, що всі ситуації, на які поширюється гіпотеза конституційної норми п. 1 ст. 77, дають підставу для формування конституційного суб'єктного права на відшкодування в повному обсязі. Це впливає з наступних аргументів. По-перше, конституційні поняття мають автономний характер і не становлять механічної транспозиції нормативних конструкцій, що існують у рамках звичайного законодавства. По-друге, навіть визнаючи, що для встановлення меж конституційних понять традиційне, основне значення мають засади галузі права, в рамках якої знаходяться еквіваленти конституційних понять, слід водночас ствердити, що вони можуть визначати тільки загальні точки співвіднесення для конкретного, часто різного нормативного регулювання. Це регулювання може відрізнитися від вірцевих засад, якими керується дана галузь права, якщо при цьому немає порушень конституційних засад і цінностей. По-третє, слід підкреслити, що функції у сфері відшкодування шкоди традиційно реалізуються шляхом різноманітних механізмів відповідальності за шкоду, для якої засада повного відшкодування залишається тільки керівною засадою і, безперечно, не вичерпує усіх можливостей, що виникають із різноманітних ситуацій і фактичних обставин. По-четверте, навіть у рамках засади повного

відшкодування не можна *a priori* виключити допустимості диференційованих (також у звичайному законодавстві) механізмів «дозування» відшкодування з огляду на загальноприйняті і необхідні способи диференціювання компенсації. Вони можуть бути пов'язані з природою причинних зв'язків і урахуванням вини потерпілого, засадами справедливості, типом шкоди (майнова чи немайнова) і навіть типом інтересів, що захищаються, та реалізацією засади рівного відношення до суб'єктів, які знаходяться у подібній правовій ситуації. Таким чином, оцінка конституційності унормування відшкодування шкоди, прийнятого на рівні звичайного закону, не може зводитись до простого, механічного встановлення, чи в його рамках відбувається виконання засади повного відшкодування.

2.6. У справі SK 18/00 від 4 грудня 2001 р. (ОТК ZU № 8/2001, поз. 256) Конституційний Суд визнав неконституційність ст. 418 ЦК з огляду на невідповідність п. 1 ст. 77 Конституції (оскільки оскаржене положення, згідно з встановленим тлумаченням, вимагало передумови, пов'язаної з наявністю вини, не зазначеної в п. 1 ст. 77). Він визнав також, що ст. 417 ЦК відповідає п. 1 ст. 77 Конституції, в редакції, в якій це положення також не посилається на передумову наявності вини. Водночас, КС виразив *obiter dicta* наступну точку зору (зрештою, згадану в конституційному поданні Уповноваженого з прав людини), яка, як може здаватися, сприймає поняття шкоди, про яке говорить п. 1 ст. 77 Конституції, через зміст цього поняття, визначений у ЦК. «Вжите в Конституції поняття шкоди слід розуміти так, як це прийнято в рамках цивільного права як тієї галузі права, в якій знаходяться положення, що конкретизують механізм функціонування відповідальності за шкоду. Обсяг компенсації, особливо ті елементи шкоди, які підлягають відшкодуванню, повинні встановлюватися на підставі відповідних приписів цивільного кодексу, особливо стосовно § 2 ст. 361 треба послідовно ствердити, що тут ідеться про кожну шкоду у всіх благах людини як матеріального, так і нематеріального характеру, які захищаються законом. Отже, не можна виключити відповідальності публічної влади за порушення особистих благ громадянина, у тому числі також можливості вимагати грошову компенсацію за зазану нематеріальну шкоду...». Це твердження в літературі повсюдно прийнято як аргумент за існування у світлі п. 1 ст. 77 Конституції засади повного відшкодування, що охоплює *damnum emergens, lucrum cessans* і навіть компенсацію нематеріальної шкоди (пор., наприклад, J. Kremis. *Skutki prawne w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego* (Правові

наслідки у сфері відповідальності за шкоду у світлі рішення Конституційного Суду) // PiP. – 2002 – Вип. 6 – С. 47; P. Granecki. *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r. (Коментар до рішення Конституційного Суду від 4 грудня 2001 р.)* // Palestra. – 2002 – Вип. 11-12 – С. 225). Учасники провадження у даній справі також власне так розуміють процитовану точку зору.

3. Значення справи SK 18/00

Позиція КС у справі SK 18/00 була сформульована в ході конституційного контролю ст. 417 і 418 ЦК, що здійснювався у зв'язку з поданням конституційної скарги, тобто в рамках конкретного конституційного контролю. Рамки аналізу, проведеного Конституційним Судом, визначались межами змісту скарги і обставинами справи (пор. слухні зауваження А. Зеліньського у висновку про зміни в АПК, *Przeгляд Legislacyjny*, вип. 4 від 2002 р., с. 155). У справі SK 18/00 предметом сумнівів були гіпотези норм, що існують у рамках ст. 417 і 418 ЦК, які стосувались фрагментів положень про умову наявності вини державного службовця. У цьому випадку рішенням КС визнано неконституційність аналізованих положень, з огляду на їх невідповідність п. 1 ст. 77 Конституції, який не передбачає умови наявності вини державного службовця. Натомість предметом контролю у цьому провадженні не були наслідки ст. 417 і 418 ЦК, тобто обсяг відшкодування, належного у випадку реалізації гіпотез, виражених у цих положеннях, оскільки це питання у справі SK 18/00 не викликало сумнівів. Обсяг відшкодування (диспозиція норм, гіпотеза яких передбачена у ст. 417 і 418 ЦК) в обох випадках був однаковим, залежним від відповідних положень Цивільного кодексу. Там питання обсягу відповідальності вичерпно регулює § 2 ст. 361 ЦК. Це положення має багату традицію, воно всебічно пояснювалось у судовій практиці і літературі. Воно стосується (при відсутності особливих положень самого цивільного права) всілякої шкоди, незалежно від її джерела, що підлягає компенсації у правовому режимі Цивільного кодексу. Для норм щодо відповідальності за шкоду, у гіпотезах, виражених у ст. 418 і 417 ЦК, диспозицію (що встановлювала, яка шкода і в яких межах підлягає відшкодуванню) передбачали інші положення самого ЦК, а саме ті з них, які регулювали питання відповідальності за шкоду загалом. Таким чином, у рамках справи SK 18/00 диспозиція ст. 417 і 418 ЦК, реконструйованих із загальних положень про покриття шкоди, яка говорить про відшкодування і його розмір (і є ключовою у даній справі, де застереження щодо конституційності стосуються

диспозицій, пов'язаних із гіпотезами, передбаченими в § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації), взагалі не була предметом аналізу Конституційного Суду. Вона залишалась поза межами конституційного подання і здійснюваного контролю конституційності. Таким чином, цитоване висловлювання КС щодо обсягу відшкодування шкоди у світлі ст. 417 і 418 ЦК – це звичайна констатація стану речей, що існує на фоні справи SK 18/00, а також усіх випадків відповідальності, де йдеться про „незаконне заподіяння шкоди державним службовцем при виконанні доручених йому обов'язків”. Вони, безперечно, належать до ширшого кола ситуацій, охоплених гіпотезою п. 1 ст. 77, тобто „заподіяння шкоди незаконною дією публічної влади”. Однак для деяких випадків *sedes materiae* нормування поняття „шкоди” і „відшкодування” передбачено в Цивільному кодексі, як це слушно констатував Конституційний Суд у справі SK 18/00, і власне такий випадок КС розглядав у цій справі. З цього, однак, не випливає автоматичний висновок, що для всіх випадків, які знаходяться в польській правовій системі (у звичайному законодавстві) та передбачають відшкодування шкоди, заподіяної незаконною дією публічної влади в інших формах, ніж згадані в ст. 417 ЦК, механізм встановлення шкоди, що підлягає компенсації, неминуче повинен враховувати положення ЦК. Зрештою, цього Конституційний Суд у справі SK 18/00 не ствердив, виражаючи свою позицію тільки щодо механізму відшкодування шкоди у світлі ситуацій, врегульованих у ст. 417 і 418 ЦК. У сфері наповнення змістом поняття і обсягу шкоди цей механізм визначається положеннями Цивільного кодексу.

4. Значення п. 1 ст. 77 Конституції як конституційного взірця у даній справі

4.1. Уже в ході робіт над підготовкою Конституції обговорювались дві концепції відносно питання, врегульованого в п. 1 ст. 77. У першій йшлося про конституціоналізацію засади, що заподіяння шкоди незаконною дією публічної влади дає право на відшкодування. Передумови, обсяг, механізм компенсації шкоди, її обчислення, спосіб покриття тощо, а також типізація випадків джерела заподіяння шкоди (визначення окремих типів фактичних обставин) були б у цій ситуації віддані для врегулювання у звичайному законодавстві. При такому підході у цьому законодавстві не виключалася б можливість диференціації як передумов, так і обсягу відшкодування шкоди. Крім того, диверсифікація чи типізація випадків відповідальності за шкоду, заподіяну протиправною поведінкою публічної влади, також віддалася б звичайному законодав-

цю (пор. J. Gwiłdi. *Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego* (Бюлетень Конституційної комісії Національних зборів). – Том X. – С. 175). Друга концепція вбачала в положенні, що нині міститься в п. 1 ст. 77 Конституції, перенесення на рівень Конституції досі існуючої моделі відповідальності за шкоду, заподіяну публічною владою, так, як цю відповідальність врегульовано в ЦК (див. особливо P. Andrzejewski. *Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego* (Бюлетень Конституційної комісії Національних зборів). – Том XXIII. – С. 111, а також Том XLIII. – С. 58).

4.2. Пункт 1 ст. 77 Конституції не означає тільки підняття на конституційний рівень унормування відповідальності за шкоду, заподіяну публічною владою, передбаченого в ЦК. У цьому положенні виражається загальна думка, що незаконне заподіяння шкоди публічною владою дає право на відшкодування. Це конституційне право. Така констатація є вирішальною для нормативного значення ст. 77. Це положення, однак, саме по собі не визначає вичерпно, яка шкода має підлягати компенсації, і не дає відповіді на питання, що є вирішальним для ствердження незаконності дій, не кажучи вже про процедуру, відповідно до якої має відбуватись реалізація права на відшкодування. Отже, ці питання повинні регулюватись у звичайних законах. Таким чином, не можна пункту 1 ст. 77 Конституції надавати такого значення, яке вбачає в ньому генеральну, вичерпну і, передусім, достатню підставу для вимоги повного відшкодування за кожну подію, що викликає шкоду, за кожен тип відхилення від норми у поведінці публічної влади, бо це зробило б непотрібним подальше врегулювання цього питання у звичайному законодавстві щодо сфер, неврахованих при унормуванні ст. 77 Конституції. З цієї точки зору слушну позицію зайняв Верховний Суд у рішенні від 30 травня 2003 р. (№ III CZO 34/03, неопубліковане), і в цьому питанні погляди КС і ВС збігаються.

4.3. Цей погляд виникає, зокрема, з того, що саме поняття незаконності (протиправності) не є однаковим у рамках всієї правової системи, і не кожна неправильна дія може вважатись незаконною дією. Відхилення від норми у діях публічної влади можуть бути різного калібру: від конституційних порушень прав і свобод чи засад, що стосуються функціонування публічної влади, які виникають з Конституції, через недотримання вимог, передбачених у звичайних законах, підзаконних актах, інструкціях (при чому йдеться про недотримання вимог різного рангу, як матеріального, так і процесуального права), аж до недотриман-

ня позаправових норм, по-різному пов'язаних із правовими нормами (деонтологічних, етичних, аксіологічних, прагматичних норм). Пункт 1 ст. 77 Конституції одночасно формує конституційне суб'єктне право особи, якій незаконна дія публічної влади заподіяла шкоду. Однак уже саме поняття незаконності, яка є тут передумовою *sine qua non*, сформоване у різних положеннях. Шкоду може викликати як конституційне беззаконня *par excellence* (порушення прав і свобод людини, унормоване в Конституції), що є джерелом шкоди, так і порушення закону публічною владою (і завдання таким чином шкоди), пов'язане з іншими формами неправильності її дій.

4.4. Незаконна дія публічної влади може приймати різні форми. Однією з них є поведінка державного службовця при виконанні доручених йому обов'язків (ст. 417 ЦК). У такому випадку, так, як це слушно стверджено у справі SK 18/00, *sedes materiae* правового режиму відповідальності (в тому числі поняття незаконності) формує ЦК. Особливу форму протиправної поведінки публічної влади передбачено в § 1 ст. 160 АПК і ст. 260 Податкової ординації. Це, однак, зовсім не вичерпує всіх форм незаконних дій публічної влади. У світлі самого АПК уже обговорювалась неповнота і фрагментарність врегулювання цієї сфери (A. Zielicki, див. вище, с. 154-155).

4.5. У момент набуття чинності Конституцією „сума випадків”, що регулюють „форми” незаконного заподіяння шкоди публічною владою, складалась із різних ситуацій, врегульованих у звичайному законодавстві, при цьому роль загального правового режиму виконував режим ст. 417-418 ЦК з огляду на загальний характер формулювання гіпотези (опису події, що викликає шкоду). Крім того, у звичайному законодавстві існували розпоршені положення, що по-різному і при застосуванні різних технік унормування формулювали випадки, у яких із різною поведінкою публічної влади, по-різному нормативно визначеною, пов'язувались правові наслідки у вигляді відшкодування шкоди. Ці наслідки визначались також по-різному, особливо щодо обсягу компенсації шкоди. Однак якщо навіть дана ситуація відповідала, наприклад, гіпотезі ст. 417 ЦК, але при цьому іншими були диспозиція (обсяг відшкодування шкоди) або процедура захисту права на відшкодування шкоди (інша, ніж позов у судах загальної юрисдикції), бракувало підстав для заперечення автономності такого окремого типу правового регулювання як *lex specialis* (це, зрештою, стало причиною точки зору, що популяризувала існування збігу норм у рамках ЦК і Податкової ординації – пор. R. Kubacki. *Odszko-*

dowanie za szkodę wywołaną wadliwą decyzją podatkową (Відшкодування шкоди, викликаной помилковим податковим рішенням) // Przegląd Podatkowy. – 1999 – Вип. 1 – С. 1). Набуття чинності Конституцією змінило цю ситуацію. По-перше, актуальним стало запитання, чи сума окремих випадків, урегульованих у звичайному законодавстві, заповнює весь правовий простір, передбачений у п. 1 ст. 77 Конституції. До цього моменту прогалини у законодавстві могли критикуватись із аксіологічної або прагматичної точки зору. Поява ж статті 77 Конституції запровадила на конституційному рівні засаду, що кожна шкода, завдана незаконною поведінкою публічної влади, повинна підлягати компенсації, а потерпілий отримує у зв'язку з цим право її вимагати, яке має конституційну підставу. З огляду на звужене формулювання ст. 160 та інших приписів АПК, положень про відшкодування шкоди в Податковій ординації, а також суворих передумов застосування ст. 418 ЦК, випадки заподіяння шкоди протиправними діями публічної влади, що виходять поза рамки гіпотез цих вузько визначених випадків, не давали (до моменту набуття чинності Конституцією) права на компенсацію шкоди. З моменту появи конституційної засади ст. 77 відбувається запровадження наступної генеральної гіпотези: кожне (а не тільки, як раніше, чітко вказане у звичайному законі) завдання шкоди незаконною поведінкою публічної влади дає конституційне право на її відшкодування. При цьому попереднє нормативне відокремлення різних гіпотез, які охоплюють ці ситуації, є, з одного боку, неповним, а з другого – фрагментарним. Рішення КС 18/00 усунуло з правової системи ст. 418 ЦК, і в результаті існуюча вже раніше прагматична непослідовність системи проявилась іще виразніше.

4.6. Ні в § 1 ст. 160 АПК, ні в § 1 ст. 260 Податкової ординації при визначенні ситуацій, на які поширюється дія цих положень, не говориться про «незаконність» шкоди. Очевидно, однак, що вся шкода, про яку йдеться у цих положеннях, відповідає поняттю шкоди, що дає конституційне суб'єктне право на відшкодування, передбачене в п. 1 ст. 77 Конституції. Джерелом шкоди у цьому випадку є діяльність *par excellence* владна, пов'язана з функціями публічної влади, які виконуються у вигляді адміністративних рішень. Більше того, це рішення, які з огляду на їх помилковість, дефектність повинні бути вилучені з обороту або тому, що вони обтяжені вадами, які свідчать про абсолютну недійсність індивідуального акта, або тому, що провадження, в ході якого їх видано (це стосується тільки податкових рішень), обтяжене невинними помилками. У доктрині адміністративного права такого типу дефекти оцінюються як винятково разучі і неприпустимі (пор. наприклад, J. Zimmermann. *Polska jurysdykcja administracyjna (Польська адміністра-*

тивна юрисдикція). – Warszawa, 1996. – С. 152 і наступні; а також J. Borkowski. *Nieważność decyzji administracyjnej (Недійсність адміністративного рішення)*. – Łódź; Zielona Góra, 1997. – С. 34. Отже, немає сумнівів, що ситуації, про які йдеться в § 1 ст. 160 АПК і ст. 260 Податкової ординації, – це форма завдання шкоди публічною владою *par excellence*, і що вони мають характер незаконного заподіяння шкоди.

4.7. Слід також підкреслити, що сама Конституція у ст. 7 запроваджує засаду, що «органи публічної влади діють на підставі та в межах закону». Порушення цих меж (про що свідчить заподіяння шкоди шляхом видання акта з серйозними дефектами самого цього акта або способу його видання) означає появу неконституційного стану (пор. нижче, п. 4.8).

4.8. З точки зору історії аналізованої тут теми, на ситуації, яких стосується контроль конституційності у даній справі (§ 1 ст. 160 АПК і ст. 260 § 1 Податкової ординації), перед їх відокремленням в АПК і Податковій ординації поширювався правовий режим статей 417 і 418 ЦК, і вони спричиняли появу обов'язку повного відшкодування шкоди на засадах ЦК. Тільки у 1980 р. у зв'язку із внесенням змін до АПК і запровадженням адміністративної судової системи, ситуації, на які поширювався § 1 ст. 160 АПК, врегульовано окремо і водночас обмежено у цих випадках розмір відшкодування. У 1997 р. проведено подальший поділ унормування цієї сфери, яким відокремлено від загального адміністративного провадження (АПК) митне і податкове провадження, що спричинило появу § 1 ст. 260 Податкової ординації. Відсутність такого врегулювання означала б, що всі ситуації, на які у даній справі поширюється конституційний контроль, трактувалися б як фактичні обставини, що відповідають ст. 418 ЦК, внаслідок чого це давало б підставу вимагати повного відшкодування відповідно до засад ЦК.

4.9. Перед конституціоналізацією суб'єктного права на відшкодування у ст. 77 Конституції вищезгадані дії, реалізовані у рамках звичайного законодавства, які полягали у створенні *lex specialis* по відношенню до положень ЦК з обмеженням обсягу відшкодування шкоди, не могли ставитися під сумнів з точки зору їх законності. Законодавець, диверсифікуючи гіпотези норм, що визначають випадки, у яких відбувається завдання шкоди публічною владою (нинішня термінологія) чи державними службовцями, які діють при виконанні доручених їм обов'язків (давня термінологія), користувався своєю конституційно підтверженою свободою прийняття рішень. Та обставина, що диверсифікація гіпо-

тез була пов'язана також з обмеженням обсягу відшкодування, знаходила свою легітимізацію у поясненні, що тут ми маємо справу з *lex specialis*. Усі випадки (і в ЦК, і в АПК, а пізніше і в Податковій ординації) регулювались на рівні звичайного закону. Інша справа, чи законодавець робив це раціонально з прагматичної і аксіологічної точки зору, і чи критерії диверсифікації були зрозумілими і раціональними (наприклад, обсяг обов'язку відшкодування у ст. 153 і 160 АПК). Після запровадження на рівні Конституції засади, що існує конституційне право на покриття шкоди, заподіяної незаконною поведінкою публічної влади, ця система фактичних обставин, які передбачають компенсацію у випадку шкоди, протиправно заподіяної публічною владою, радикально змінилася. Межовою датою тут є момент набуття чинності Конституцією, тобто 17 жовтня 1997 року.

4.10. Цитована вище засада ст. 7 Конституції не створює для осіб, які їй підлягають, суб'єктного права «на публічну владу, що діє тільки згідно з законом» (це було б нереально, оскільки завжди повинен враховуватися ризик припущення помилок). Однак, поява в Конституції пункту 1 ст. 77 створила гарантію, що економічні наслідки цих ризиків чи помилок не обтяжуватимуть потерпілого. У цьому слід вбачати не тільки зміцнення захисту майнових прав (ст. 64 Конституції), але також засіб стимулювання, гарантію, що апарат публічної влади намагатиметься уникати цих небажаних з його точки зору наслідків завдання шкоди, а це тим самим спричинить реалізацію засади діяльності, яка базується на законі і в межах закону, про що йдеться в ст. 7 Конституції. Таким чином, ст. 77 Конституції є не тільки джерелом суб'єктного права для потерпілого, але водночас містить у собі інституційну гарантію для засади ст. 7 Конституції.

4.11. Такий підхід відповідає тенденціям сучасного розвитку конституціоналізму і публічного права, які спрямовані на щораз ефективніший захист людини від порушень закону, скоєних публічною владою. Це пов'язано з тим, що у наш час збільшується обсяг ризику, пов'язаного з функціонуванням публічної влади. Це спричинює також більшу складність матерії, з якою має справу публічна влада, більшу складність права (хоча б через появу права ЄС). Водночас ростуть потреби людей та їх очікування по відношенню до публічної влади стосовно економічної безпеки (наприклад, з огляду на інституцію прав людини).

4.12. Обидві ці функції п. 1 ст. 77 Конституції (суб'єктне право – гарантія по відношенню до ст. 7 Конституції) є особливо суттєвими в си-

туації, коли апарат публічної влади і культура реалізації влади діють настільки несправно, що ризик завдання шкоди (і протиправної поведінки) у Польщі дуже великий. Підвищення до рангу нормативного правила в Податковій ординації (§ 1 ст. 224 Податкової ординації; інакше ст. 108 АПК) виконання неостаточних, тобто неперевічених рішень, нестабільність законодавства, слабкість адміністративного апарату, корупція та, з іншого боку, ведення приватними особами господарської діяльності у раніше нечуваному масштабі – це причини того, що дефекти адміністративних рішень і провадження призводять до значного ризику завдання шкоди у великих розмірах, яку, в принципі, неможливо компенсувати за допомогою грошового відшкодування. Таким чином, пов'язання з 1980 р. і особливо з 1997 р. засади неповного відшкодування з дефектами адміністративних рішень і провадження, а передусім – податкового і митного провадження, означає, що збільшення ризику завдання шкоди у міру розвитку сучасної адміністрації і зусиль у сфері адаптації економіки до засад демократичної ринкової економіки в Польщі у сфері дій звичайного законодавця йшло паралельно зі зменшенням ризику виплати відшкодування, що тяжіє на адміністрації. Перед конституціоналізацією змісту ст. 77 колишнє нераціональне і розпорошене унормування не могло, однак, ставитися під сумнів з точки зору конституційної аксіології.

5. Наслідки конституціоналізації засади, що шкода, завдана незаконною дією органу публічної влади, дає право на відшкодування, у випадку норм, які мають характер *legis specialis* – § 1 ст. 160 АПК і ст. 260 Податкової ординації

5.1. Конституціоналізація засади п. 1 ст. 77 спричинила те, що система, яка складається з цієї власне засади та способу її виконання (розмір шкоди, характер незаконності, порядок захисту права на відшкодування тощо), в багатьох положеннях різних звичайних законів повинна підлягати оцінці з точки зору конституційних засад. Отже, у даний момент ситуація виглядає так, що випадки незаконної дії публічної влади спричиняють повне відшкодування, коли йдеться про гіпотези, на які раніше поширювались ст. 417 і 418 ЦК, а нині при тому ж обсязі це стосується однієї гіпотези – ст. 417 ЦК. Ці ситуації охоплені засадою п. 1 ст. 77 Конституції, але мають свою диспозицію, врегульовану в ЦК. Таким чином, у цій сфері сформувався механізм, згідно з яким на частину випадків протиправного завдання шкоди публічною владою поширюється загальна гіпотеза п. 1 ст. 77 Конституції, а ось правові наслідки цих випадків,

пов'язані з відшкодуванням, і надалі залежать від відповідних інституцій та механізмів ЦК. Існування такої системи Суд підтвердив у рішенні SK 18/00. Існування ж окремих гіпотез у сфері відшкодування шкоди в § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації, хоча вони також належать до «колекції» випадків «незаконної дії публічної влади», надалі пов'язане з механізмом неповного відшкодування, передбаченим у положеннях АПК і Податкової ординації. З точки зору історії цього питання, відокремлення даних гіпотез відбулось для того, щоб із ними пов'язати специфічні (обмежені) правові наслідки у вигляді відшкодування, які в інших випадках незаконного завдання шкоди регулюються в ЦК (повне відшкодування). У даний момент, однак, інакше, ніж перед конституціоналізацією засади п. 1 ст. 77 Конституції, за легітимізацію цього відокремлення не може вже свідчити аргумент, що у звичайному законодавстві використано в цьому випадку техніку *lex specialis*. Нею можна користуватися тільки по відношенню до актів, рівних за ієрархією. Отже, якщо запровадження до Конституції пункту 1 ст. 77 означає, з одного боку, запровадження засади відшкодування шкоди, незаконно заподіяної публічною владою, а з другого – конституціоналізацію існуючого в момент ухвалення Конституції механізму компенсації шкоди, в якому фрагмент, що стосується визначення шкоди, яка підлягає покриттю, охоплював засаду повного відшкодування (залежну від звичайного закону – Цивільного кодексу), тоді невідворотно стає необхідність оцінки на конституційному рівні і з точки зору конституційних цінностей, чи інші, існуючі в звичайному законодавстві, механізми відшкодування шкоди, завданої незаконною дією публічної влади, співіснують гармонійно, як цього вимагає Конституція.

5.2. Суб'єктне право, визначене в п. 1 ст. 77 Конституції, виникає внаслідок «незаконного заподіяння шкоди публічною владою». Форми, в яких відбувається завдання шкоди, докладніше не уточнені. Це означає, що на всі положення, які стосуються здійснення цієї влади, поширюється дія статті 77. Це відноситься також до поведінки, описаної в § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації, – їх відокремлення (у звичайному законі) не має тут принципового значення. Воно тільки полегшує з доказової і процесуальної точки зору захист права на відшкодування, оскільки доведення, що дія публічної влади була незаконною, приймає форму посилання на рішення, яке визнає недійсність або показує існування підстав для поновлення провадження. Конституційний механізм компенсації шкоди, завданої у випадках, зазначених у ст. 77, безперечно, охоплює засаду повного відшкодування для ситуацій, у

яких раніше джерело шкоди визначалось у ст. 417 і 418 ЦК. У сфері визначення обсягу відшкодування у цих випадках відбувається посилення на засаду повного відшкодування, і механізм ст. 77 Конституції тут доповнений засадою повного відшкодування, нормативно врегульованою в ЦК. При цьому не можна тут використати аргумент, що та частина шкоди, заподіяної незаконною дією публічної влади, яка проявляється у «формах», описаних у § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації, повинна й надалі підлягати механізму відшкодування, встановленому в АПК і Податковій ординації (який передбачає тільки відшкодування *damnum emergens*). Це означало б диференціацію на конституційному рівні, але через дію звичайних законів, двох різних механізмів відшкодування, пов'язаних із різними формами незаконного завдання шкоди публічною владою. Перед набуттям чинності Конституцією ці закони – у сфері обсягу відшкодування шкоди – могли вважатись *lex specialis* по відношенню до ЦК. Однак після конституціоналізації засади компенсації шкоди, заподіяної протиправною дією публічної влади, відповідно до механізму, передбаченого у ст. 417 ЦК, особливий механізм (відомий своїм способом визначення обсягу відшкодування), встановлений у § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації, не може і далі вважатись правильним з конституційної точки зору. Правило, з якого цей механізм мав би бути винятком, має тепер конституційне походження. Таким чином, засада визначається актом, вищим за ієрархією, ніж закони, що нормують правовий режим механізму відшкодування шкоди в § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації.

5.3. Суб'єктне право на відшкодування за незаконне заподіяння шкоди було б при цьому обмежене якраз випадками, які вважаються особливо разючими порушеннями. Параграф перший ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації говорять про такі помилки у рішеннях і провадженні, які мають найбільшу питому вагу у градації помилок і дефектів актів і провадження. Механізми, що ведуть до покриття всілякої шкоди, заподіяної в умовах ст. 77 Конституції, можуть бути різними внаслідок відмінностей, що виникають з різного врегулювання в законах тих фрагментів механізмів, які не охоплені унормуванням самої ст. 77 Конституції. Ці фрагменти (наприклад, визначення розмірів шкоди, що підлягає компенсації) повинні, однак, підлягати оцінці з точки зору збереження законодавцем пропорційності (п. 3 ст. 31 Конституції) і раціональності (пор. рішення КС від 27 квітня 1999 р., № Р. 7/98, ОТК ЗУ № 4/1999, поз. 72). Цій умові не відповідає збереження обмежень обсягу відшкодування, передбачених у § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації, встановлених у звичайному законодавстві. Встановлен-

ня засади повного відшкодування в аналізованих випадках не обмежує, однак, свободи законодавця щодо відмінного від засади визначення обсягу відшкодування в особливих ситуаціях, якщо це знайде обґрунтування в інших конституційних цінностях. Як було вже згадано вище, п. 1 ст. 77 використовує загальну і не до кінця визначену формулу, яка не виключає диференціації компенсаційного обов'язку. Таким чином, не можна *a priori* виключити, що в рамках майбутнього унормування, пов'язаного з відповідальністю публічної влади, не буде настільки суттєвих передумов обмеження відшкодування, що теоретично можуть вважатися обґрунтованими у світлі аксіології правової системи, яка має своє джерело в Конституції.

6. Наслідки визнання неконституційності § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації у частині, що була оскаржена в конституційному поданні

6.1. Згідно з п. 3 ст. 190 Конституції, у момент набуття чинності цим рішенням КС оскаржені положення втрачати чинність. Оскільки подання відноситься до невідповідності Конституції тільки тих фрагментів оскаржених положень, які стосуються обмеження сфери відповідальності за шкоду, рішення Конституційного Суду не спричиняє втрати чинності § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації у повному обсязі. Засаду, згідно з якою слід компенсувати шкоду в ситуаціях, вказаних у цих положеннях, збережено, так само як і особливу процедуру захисту прав на відшкодування, що виникають із цих положень. Гіпотези § 1 ст. 160 АПК і § 1 ст. 260 Податкової ординації у цій ситуації стають – аналогічно до ст. 417 ЦК – екземпліфікацією загальної засади п. 1 ст. 77 Конституції. Натомість сам обсяг покриття шкоди підлягатиме засаді повного відшкодування, тобто механізмові такому самому, як той, що пов'язаний із гіпотезою ст. 417 ЦК. У цьому контексті слушною є думка КС, виражена в справі SK 18/00, що це власне положення «цивільного права, як тієї галузі права, в якій містяться норми, що конкретизують механізм функціонування відповідальності за шкоду», регулюватимуть обсяг компенсації, а особливо елементи шкоди, що підлягають відшкодуванню, які «повинні бути встановлені на підставі відповідних приписів Цивільного кодексу, особливо § 2 ст. 361».

6.2. Конституціоналізація права на покриття шкоди, завданої протиправними діями публічної влади, відбулась у момент набуття чинності Конституцією. Тому вона повинна стосуватись тільки шкоди, яка

з'явилась після цього моменту, в ситуаціях, передбачених у гіпотезах положень, визнаних неконституційними.

6.3. У даній справі, в якій із запитом звернувся Апеляційний суд в Жешуві, рішення щодо примусового вилучення земельної ділянки датується 3 червня 1982 р., натомість рішення другої інстанції про визнання його недійсності – 23 лютого 1998 року. Визнання недійсності рішення спричиняє наслідки *ex tunc*. Це стосується також наслідків у сфері відшкодування шкоди. Однак, як було вказано вище (п. 5 обґрунтування), перед набуттям чинності Конституцією, тобто до 17 жовтня 1997 р., оскаржені положення АПК мали статус *lex specialis* по відношенню до ЦК, в якому знаходилось *sedes materiae* відповідальності за шкоду, у тому числі за шкоду, завдану публічною владою (державним службовцем при виконанні доручених йому обов'язків). Тому по відношенню до періоду перед 16 жовтня 1997 р. не можна ставити під сумнів конституційності обмеження відшкодування в АПК до *damnum emergens*. Ситуація змінилась після 17 жовтня 1997 р., і від цього моменту відсутні підстави для обчислення відшкодування з виключенням *lucrum cessans* у випадках шкоди, заподіяної внаслідок здійснення публічної влади, у тому числі в формах, вказаних у ст. 160 АПК.

6.4. Справи, в яких підставою рішення були неконституційні положення, можуть бути поновлені на засадах, передбачених в п. 4 ст. 190 Конституції, і згідно з відповідними процедурами.

7. З огляду на вищенаведене, Конституційний Суд ухвалив рішення (див. викладену вище резолютивну частину).

5/7 Серія
2002-09-27
211370
А

**СУДОВА СПРАВА
ПАНІ Н. ПРОТИ КРЕТЕЙСЬКОГО
МЕДИЧНОГО МІЖКОМУНАЛЬНОГО ЦЕНТРУ
(ФРАНЦІЯ)**

Пан Лабетуль
Пан Аладжіді, доповідач
Пан Олсон, урядовий комісар

Державна Рада, постановляючи рішення у спорі
(Секція з розгляду спорів, 5-а та 7-а підсекції об'єднані)

Стосовно доповіді 5-ї підсекції Секції з розгляду спорів

Зважаючи на остаточну скаргу та додаткове пояснення, які були надані пані Мартін Неве та зареєстровані 9 серпня 1999 року та 25 серпня 2000 року у Секретаріаті Державної Ради; пані Неве вимагає від Державної Ради: 1) скасувати рішення від 18 травня 1999 року, відповідно до якого апеляційний адміністративний суд Парижа відмовив у задоволенні її скарги щодо скасування постанови від 7 жовтня 1997 року, згідно з якою адміністративний трибунал Парижа відмовив у задоволенні її скарги про відшкодування їй збитків у розмірі 1 мільйону франків, завданих внаслідок численних хірургічних втручань з боку Кретеїського медичного міжкомунального центру; 2) зобов'язати Державу сплатити їй 20 000 франків як відшкодування понесених нею витрат, які не включені до суми судових витрат.

Зважаючи на інші документи у справі;

Зважаючи на цивільний кодекс;

Зважаючи на кодекс соціального страхування;

Зважаючи на кодекс адміністративної юстиції;

Заслухавши у відкритому слуханні: доповідь пана Аладжіді – аудитора, спостереження SCP Леон-Каен, Фабіані, Тір'є – адвоката пані Неве та пана Ле Прадо, адвоката Кретеїського медичного міжкомунального центру, висновки пана Олсона – урядового комісара;

Враховуючи, що, як випливає з матеріалів справи, яку розглядав апеляційний адміністративний суд Парижа, пані Неве вірно спирається на той аргумент, що Кретеїський медичний міжкомунальний центр вчинив помилку, вчасно не виликувавши інфекцію, яку отримала пані Неве внаслідок хірургічної операції від 16 січня 1992 року у цьому центрі; суд не врахував цей вагомий аргумент; з цього випливає, що його рішення є недостатньо вмотивованим та повинно бути скасоване;

Враховуючи, що відповідно до статті L. 821-2 Кодексу адміністративної юстиції Державна Рада, скасовуючи рішення адміністративного суду та постановляючи рішення в останній інстанції, може «вирішити справу по суті, якщо інтереси правосуддя цього вимагають»; виходячи з обставин справи, її необхідно вирішити по суті;

Враховуючи, що позивачка вимагає відшкодування з боку Кретеїського медичного міжкомунального центру тієї шкоди, якої їй було завдано інфекційними ускладненнями та ускладненням після операції щодо очищення маткових труб, яка мала місце 16 січня 1992 року;

Враховуючи, по-перше, що, як випливає з розслідування та експертного звіту, медичні показання щодо хірургічного втручання від 16 січня 1992 року стосовно пані Неве були обґрунтовані ризиком негативних наслідків, до яких могла призвести нова вагітність, та протипоказаннями або невдалим застосуванням інших контрацептивних методів; обраний хірургічний метод був обґрунтований тими ризиками, які могли бути наслідками застосування інших методів; також жодна помилка, внаслідок якої настала відповідальність медичного центру, не може бути інкримінована лікарям, які провели операцію;

Враховуючи, по-друге, що з розслідування не випливає, що медичний центр вчинив, виходячи з обставин справи, помилку щодо організації та управління службою, вчасно не госпіталізувавши пані Неве та не провівши 3 лютого 1992 року відкачування гематоми, яка виникла внаслідок першої операції;

Враховуючи, по-третє, що з розслідування випливає, що мікроби, які були причиною інфекції, яка з'явилася внаслідок операції з очищення маткових труб та викликала необхідність видалення правої труби та правого яєчника, вже були присутні в організмі пацієнтки до часу проведення першої операції; за таких умов, позивачка не може посылатися на той аргумент, що інфекція, яка завдала їй страждань, є наслідком помилки в організації та управлінні медичною службою;

Однак, враховуючи, по-четверте, що коли медична дія, вчинена навіть відповідно до правил медичної етики, може призвести до смерті або інвалідності, пацієнт має бути поінформований про це, за умов, які

дозволяють отримати його чітку згоду; якщо згода не була отримана терміново, її неможливо було отримати, пацієнт відмовився від свого права бути поінформованим, та єдина обставина, що ризик смерті або інвалідності може з'явитися лише за виняткових умов, не звільняє практикуючих лікарів від їхнього обов'язку;

Враховуючи, що якщо встановленим є той факт, що позивачка була поінформована про мету операції, то медична установа не має доказів щодо інформування позивачки про ризик післяопераційного інфекційного ускладнення, яке призвело до інвалідності; також Кретейський медичний міжкомунальний центр вчинив помилку, за яку слід нести відповідальність перед пані Неве з причини втрати можливості для неї уникнути наслідків, які наступили;

Стосовно шкоди, завданої пані Неве:

Враховуючи, що, як впливає з розслідування, сума медичних та фармацевтичних витрат внаслідок інфекційного ураження пані Неве після операції підвищена до 10 209 євро; розмір шкоди, завданої з одного боку, внаслідок дев'яти місяців тимчасової непрацездатності, що стало перешкодою для пані Неве пройти курси медсестер, а з іншого – постійної часткової реманентної у 10 % непрацездатності, яка пов'язана з проблемами проходження їжі та порушення гормонального регулювання, має бути підвищений до 38 112 євро; також розмір шкоди, завданої здоров'ю пані Неве підвищено до 48 321 євро; крім того, фізичні та психологічні страждання, які перенесла пані Неве справедливо оцінено у 7 622 євро;

Враховуючи, що відшкодування шкоди, яке впливає з втрати можливості для пані Неве уникнути негативних наслідків, має бути розділено відповідно до різноманітних причин настання шкоди; з огляду на існування, з одного боку, невід'ємного ризику під час проведення операції, а з іншого – негативних наслідків, які б настали внаслідок скасування цієї операції, такий розподіл має бути встановлений для третіх осіб; шкода, завдана пані Неве справедливо оцінена у розмірі 16 107 євро матеріальної шкоди та у розмірі 2 540 євро інших збитків;

Стосовно прав каси страхування за хворобою Сен-е-Мари:

Враховуючи, що на виконання статті L. 376-1 Кодексу соціального страхування каса страхування за хворобою може вимагати відшкодування витрат, понесених нею у розмірі суми, яка призначена для відшкодування особі, яка втратила можливість уникнути завдання шкоди її здоров'ю, частина компенсації особистого характеру виключена з позову каси; також слід зобов'язати Кретейський медичний міжкомунальний центр виплатити касі соціального страхування за хворобою Сен-е-Марн

суму, яку вона обґрунтовує понесенням витрат як каса соціального страхування пані Неве або 10 209 євро, приписуючи собі розмір шкоди, завданої здоров'ю; з іншого боку каса не має права вимагати відшкодування суми, яку вона могла б отримати, відтоді як така сума має визначений характер; нарешті, висновки каси, які спрямовані на зобов'язання Кретеїського медичного міжкомунального центру виплатити суму у 762,25 євро як шкоду, розмір якої заздалегідь встановлено, передбачену п. І статті 9 Ордонансу № 96-51 від 24 січня 1996 року, були надані вперше в апеляційній скарзі та є неприйнятними;

Стосовно прав пані Неве:

Враховуючи, що сума відшкодування, яку має виплатити пані Неве Кретеїський медичний міжкомунальний центр, має бути встановлена у розмірі 5 898 євро стосовно відшкодування шкоди, завданої здоров'ю та 2 540 євро стосовно інших завданих збитків, що разом становить 8 438 євро;

Враховуючи, як впливає з попереднього, що пані Неве вірно спирається на аргумент про помилкове рішення адміністративного трибуналу Парижа від 7 жовтня 1997 року, відповідно до якого трибунал відхилив її скаргу про відшкодування збитків, завданих хірургічним втручанням від 16 січня 1992 року;

Стосовно платежів та їхньої капіталізації:

Враховуючи, що пані Неве має право на суму у розмірі 8 438 євро, починаючи з 7 серпня 1992 року – дати її першої вимоги відшкодування з боку Кретеїського медичного міжкомунального центру; вимога капіталізації платежів у відсотки була висунута 25 серпня 2000 року та 1 лютого 2002 року; починаючи з цих дат відсотки були нараховані щонайменше за рік; як наслідок, слід задовольнити ці вимоги;

Враховуючи, що каса страхування за хворобою Сен-е-Марн має право на відсотки у розмірі 10 209 євро, починаючи з 16 червня 1994 року – дати своєї першої вимоги, яка була висунута під час розгляду справи адміністративним трибуналом Парижа;

Стосовно витрат на експертизу:

Враховуючи, що, виходячи з обставин справи, слід зобов'язати Кретеїський медичний міжкомунальний центр відшкодувати витрати, які були підвищені до 620 євро;

Стосовно висновків, які спрямовані на виконання положень статті L. 761-1 Кодексу адміністративної юстиції:

Враховуючи, що на виконання положень статті L. 761-1 Кодексу адміністративної юстиції слід зобов'язати Кретеїський медичний міжкомунальний центр виплатити пані Неве суму у 3 000 євро та касі

страхування за хворобою Сен-е-Марн суму у розмірі 450 євро;

Вирішила:

1. Рішення апеляційного адміністративного суду Парижа від 18 травня 1999 року та рішення адміністративного трибуналу Парижа від 7 жовтня 1997 року скасувати.

2. Зобов'язати Кретейський медичний міжкомунальний центр виплатити касі страхування за хворобою Сен-е-Марн суму у розмірі 10 209 євро разом із належними відсотками, починаючи з 16 червня 1994 року, та виплатити пані Неве суму у розмірі 8 438 євро разом із належними відсотками, починаючи з 7 серпня 1992 року. Нараховані на останню суму відсотки від 25 серпня 2000 року та 1 лютого 2002 року капіталізовані на цю дату, щоб з них самих були нараховані відсотки.

3. Сплата витрат на експертизу, які були встановлені адміністративним трибуналом Парижа в сумі 620 євро, покладена на Кретейський медичний міжкомунальний центр.

4. На виконання положень статті L. 761-1 Кодексу адміністративної юстиції, Кретейський медичний міжкомунальний центр зобов'язаний виплатити пані Неве 3 000 євро, а також повинен виплатити касі страхування за хворобою Сен-е-Марн 450 євро.

5. Додаток до пояснень до скарги пані Неве та каси страхування за хворобою Сен-е-Марн відхилено.

6. Це рішення буде повідомлено пані Мартін Неве, Кретейському медичному міжкомунальному центру, касі страхування за хворобою Сен-е-Марн, міністру соціального забезпечення, праці і солідарності та міністру охорони здоров'я, сім'ї та інвалідів.

Дата: 2003.12.23
Оттава, Онтаріо, вівторок, 23 грудня 2003 року

ПРИСУТНІ: МАДАМ ПРОТОНОТАРІУС МІРЕЙ ТАБІБ

МІЖ:

TMR ENERGY LIMITED, належним чином заснована юридична особа, створена згідно з законодавством Кіпру

Позивач

та – ФОНД ДЕРЖАВНОГО МАЙНА УКРАЇНИ, орган державної влади України

Відповідач

- та – АВІАЦІЙНИЙ НАУКОВО-ТЕХНІЧНИЙ КОМПЛЕКС ІМЕНІ О.П. АНТОНОВА

Сторона, що вступила до процесу

ПРИЧИНИ ПОЗОВУ

П. ТАБІБ

ВСТУП

[1] 28 червня 2003 року вантажний літак АН-124-100 («Літак») був заарештований у Гуз Бей, Ньюфаундленд, згідно до рішення про арешт та продаж, виданого цим судом.

[2] Рішення було винесене на виконання наказу, що визнав та зареєстрував до виконання рішення арбітражного суду в Стокгольмі, Швеція, винесене на користь TMR Energy Ltd. («TMR»), приватної кіпрської компанії, проти Фонду державного майна України («ФДМ»), органу державної влади України. Спір виник через угоду про спільне підприємство, яке повинне було управляти роботою нафтопереробного заводу в Україні. Літак належить Державі Україна, однак, перебуває в користуванні АНТК Антонова (АНТК) на підставі права господарювання, яке є правовою концепцією, притаманною країнам колишнього СРСР.

[3] ФДМ та АНТК подали заперечення проти арешту до шерифа Ньюфаундленду, який задовольнив його, TMR звернулася з даним клопотанням, та просить суд визначити правомірність арешту.

[4] Визначення правомірності за цим поданням ставить низку питань, з яких найбільш важливими є наступні:

1) Чи мав федеральний суд повноваження реєструвати рішення арбітражу?

2) Чи має Держава Україна імунітет від юрисдикції цього суду у відповідності до Акту про державний імунітет, R.S.C. 1985, с.16 (додаток 2)?

3) Чи може рішення про реєстрацію, прийняте проти ФДМ, буде виконане за рахунок активів України? Іншими словами, хто є боржником за рішенням?

4) Якими є згідно з законом України відповідні права України та АНТК на Літак?

5) Чи має Літак імунітет від арешту як об'єкт військової власності у відповідності до Акту про державний імунітет?

[5] Впродовж літа, TMR та АНТК підготували вражаючу кількість доказів, здебільшого в форму експертних оцінок стосовно установ та законодавства України, було здійснено переклади українських юридичних текстів та документів, проведено перехресні допитування в Парижі та Києві, багато з них за участю перекладачів, а також надано повний перелік фактів та законів: робота гідна Геркулеса. Слухання справи почалося 25 серпня 2003 року, та закінчилося через сім днів, 17 вересня 2003 року.

ФАКТИ

[6] В 1991 році, незадовго до розпаду Радянського Союзу та проголошення незалежності України, було утворене спільне підприємство державним підприємством України «Лисичанський нафтопереробний завод» (ЛНЗ), та шведською компанією, яка повинна була модернізувати та управляти роботою нафтопереробного заводу в Лисичанську. Спільне підприємство було створене під назвою Лісойл. В 1992 році, шведська компанія передала свої права по спільному підприємству TMR, а в 1993 році, TMR підписала установчий контракт («установчий контракт 1993») з ЛНЗ на фінансування модернізації заводу та повернення фінансування за рахунок прибутку від роботи заводу.

[7] В 1993 році Україна розпочала процес корпоратизації та приватизації ЛНЗ. В результаті корпоратизації, ЛНЗ припинив існування як юридична особа, та було створено нову відкриту акціонерну компанію Лисичанськнафтооргсинтез ("Лінос"). ФДМ належало 67.4% акцій Лінос, а решту було роздано різним українським власникам. Теоретично, при корпоратизації усі права та зобов'язання ЛНЗ перейшли до Ліноса, та насправді, Лінос продовжував виконання

своїх зобов'язань за установчим договором 1993 року до 1997 року, коли роботу було припинено через фінансові проблеми Ліносу. Однак, в 1999 році ФДМ оголосив, що саме він, а не Лінос, був правонаступником інтересів ЛНЗ у спільному підприємстві Лісойл. Для того, щоб формалізувати це наслідуювання, ТМР та ФДМ уклали нову Установчу угоду («установча угода 1999 року»). ФДМ, так само як і Лінос, не зміг виконати свої зобов'язання за установчою угодою 1999 року. Угода 1999 року містила положення, за яким спори повинні були розглядатись Арбітражним судом Торгової палати Стокгольму для остаточного вирішення.

[8] У відповідності до цього положення та положень про арбітраж, що містилися в Угоді 1993 року а також контракті між ТМР, ЛНЗ та Лісойлом, ТМР в 2000 році звернулася з арбітражним позовом проти Ліносу, ФДМ та Держави Україна. 22 січня 2001 року, після формування арбітражної комісії, ТМР відкликала свій позов проти Держави Україна. Після цього арбітри призначили, що арбітражний позов проти Ліносу згідно з установчою угодою 1993 року та іншими угодами повинен подаватися окремо від арбітражного позову проти ФДМ за установчою угодою 1999 року. Остаточне арбітражне рішення по спору між ТМР та ФДМ було винесене 30 травня 2002 року, за яким ФДМ повинен був виплатити ТМР суму у \$36,711,475.00, а також відсотки по цій сумі до та після винесення рішення, а також вартість судових послуг. На 31 грудня 2002 року, загальна сума боргу становила 62,260,697.99 канадських доларів.

[9] 15 січня 2003 року ТМР подала повідомлення *ex parte* на реєстрацію рішення, відповідно до Акту ООН про забезпечення іноземних арбітражних рішень, R.S.C. 1985, с.16 (Додаток 2) , а також Правилами 327 та 328 Федеральних судових правил, 1998. Відповідачем по цій заяві вказано «Фонд державного майна України, орган державної влади України». Наказом від 17 січня 2003 року (реєстраційним наказом) суд задовольнив клопотання ТМР із застереженням, що виконання рішення не повинне починатись раніше ніж за 60 днів після підписання реєстраційного наказу. Реєстраційний наказ було передано до Києва у ФДМ, «орган державної влади України», 4 березня 2003 року у відповідності до Гаазької конвенції з виконання рішень за кордоном, через Міністерство юстиції України.

[10] 11 червня 2003 року ТМР звернулася з клопотанням про видачу ордеру на арешт та продаж майна держави Україна. Однак, суд не задовольнив це клопотання, та натомість видав ордер на арешт майна «відповідача».

[11] 28 червня 2003 року, Вищий шериф Верховного суду Ньюфаундленду, згідно з інструкціями, виданими від імені TMR, наклав арешт на Літак, як на власність держави Україна, оскільки за рішенням боржником було визнано Фонд державного майна України, орган державної влади України.

[12] 11 червня 2003 року АНТК подав до Шерифа протест та повідомлення про інтереси третьої сторони у відповідності до JEА, вказуючи, що Україна не є відповідним боржником згідно реєстраційного наказу, та що Літак належав АНТК та не міг арештовуватись на погашення боргів України. Оскільки протест, поданий АНТК, містив супровідний лист від ФДМ, Шериф вирішив, що протест було подано ФДМ. Шериф, своїм рішенням від 17 липня 2003 року, визнав, що обидва протести мають закону силу у відповідності до Частини XII JEА. Це призвело до подання TMR даного позову щодо визначення правомірності арешту у відповідності до розділу 163 JEА.

[13] АНТК та ФДМ подали відповідні матеріали та з'явилися на слуханнях для заперечення клопотання TMR. До того ж, через дипломатичні канали Україна заявила про свій імунітет по цій справі (по процесах реєстрації та виконання) згідно Акту про державний імунітет; окрім того, було вказано про чітко визначений майновий інтерес АНТК, а також імунітет від виконання, оскільки Літак є військовою власністю у відповідності до підпункту 12(3) Акту про державний імунітет. При слуханні цього клопотання, адвокати України попросили та отримали від суду можливості підготувати обґрунтування імунітету держави, як вказано в параграфі 4(3)(а) Акту про державний імунітет. Україна не зайняла позиції щодо інших питань в цьому клопотанні.

ЮРИСДИКЦІЯ СУДУ

[14] АНТК та ФДМ обидва заявили про те, що цей суд не мав повноважень реєструвати та визнавати це рішення арбітражу, та відповідно, ордер на арешт та продаж майна, виданий на виконання рішення, не мав законної сили.

А. Попереднє питання: опосередковане оскарження судового рішення

[15] На реєстраційний наказ від 17 січня 2003 року не подавалося апеляційної скарги, та термін для подання скарги давно сплинув. Хоча ФДМ 8 серпня 2003 року подав клопотання про відстрочення реєстраційного наказу *ex parte*, не було подано прохання про

призначення слухання цього клопотання, та воно ніколи не призначалася.

[16] Чинність реєстраційного наказу не ставилася під сумнів безпосередньо шляхом подання апеляційної скарги чи клопотання, чи може АНТК чи ФДМ заявляти про його недійсність в контексті виконавчих процедур?

[17] Одним з давно сформованих принципів закону є те, що опосередковане оскарження судового рішення не дозволяється. Це Правило було наступним чином сформульоване Верховним Судом Канади у справі *R. v. Wilson* [1983] 2 S.C.R. 594, на сторінці:

“Вже давно стало основоположним правилом, що рішення суду, винесене судом, яким мав відповідну юрисдикцію, залишається чинним та обов’язковим до виконання якщо на нього не буде подано апеляційну скаргу чи доведено його невідповідність закону. Також стало правилом, що таке рішення не може оскаржуватись опосередковано, та опосередковане оскарження визначається як вимога під час іншого процесу, аніж той, в результаті якого було винесене рішення, про звертання, внесення змін чи відміну рішення суду чи наказу.”

[18] Основою застосування цього правила є те, що суд, який вносить рішення, повинен мати відповідну юрисдикцію.

[19] Це розрізнення було дуже чітко визначене Саскачеванським апеляційним судом у справі *Volhoffer v. Volhoffer* [1925] 3 D.L.R. 552, на сторінках 556–557:

“Що стосується цього питання, законодавство є таким, що якщо суд, який має юрисдикцію розглядати предмет позову, за наявності такої ситуації виносить рішення, що стосується цього предмету за відсутності наявності фактів, та відповідно, юрисдикції, то це рішення вважається чинним та обов’язковим до виконання до того часу, як на нього не буде подано апеляційну скаргу, та, якщо говорити в загальному, не може оскаржуватись опосередковано. Однак, в тому випадку, якщо суд не мав юрисдикції над предметом позову, то незважаючи на будь-які факти, рішення, винесене ним, є недійсним, та на нього не повинна подаватися апеляційна скарга, оскільки недійсність цього рішення буде виявлено при будь-яких діях, вжитих у відповідності до нього.”

[20] У справі *Tufts v. Thomson*, [1929] 1 D.L.R. 896, Манітобський апеляційний суд (*Dennistoun, J.A.*), вказав на сторінці 899:

“Рішення, за яким визначалася юрисдикція, було звичайним, та суддя мав повноваження прийняти його у якості доказу для процесу. Будь-яке оскарження цього рішення повинне було подаватися безпосередньо, а не опосередковано під час іншого процесу. Звичайно,

якщо проблеми юрисдикції стають настільки очевидними під час опосередкованого оскарження, що суд вимушений визнати усю справу *coram non iudice*, він повинен діяти відповідним чином, оскільки інші дії були б порушенням основоположних принципів правосуддя.“

[21] Та знову, на сторінці 900:

“Іншими словами, якщо питання порушення юрисдикції є очевидними, суд повинен визнавати це, однак, якщо суд мав юрисдикцію та діяв відповідним чином, та процеси подібного типу є звичайними, суд не буде повторно слухати справу під час опосередкованого оскарження, аби переконатися, чи відбулося перевищення повноважень.“

[22] (Дивіться також: *Grand v. Maclaren* (1894), 23 S.C.R. 310, R. v. *Komadowski* [1986] M.J. No. 182 (Man. C.A.), *Samson and Samson v. Hynes, Hynes, Doyle and Marchand* [1977] N.S.J. No. 556 (N.S.S.C.A.).

[23] Федеральний суд є судом обмеженої юрисдикції, що діє у відповідності із законом. Якщо ФДМ та АНТК праві стосовно того, що предмет спору не підлягає юрисдикції суду, тоді суд не мав права приймати клопотання про реєстрацію рішення арбітражу, та відповідно, видане рішення втрачає чинність, про що можна підняти питання під час будь-якого опосередкованого процесу.

В. Аналіз: юрисдикція суду

1. Тест:

[24] Верховний Суд Канади розробив спеціальний трьохскладовий тест для того, щоб обґрунтувати твердження про те, що федеральний суд має юрисдикцію (*ITO – International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.* [1986] 1 S.C.R. 752, (надалі “*ITO*”) на сторінці 766):

“1. Суд повинен отримати за законом юрисдикцію від Парламенту.

2. Потрібна наявність федерального закону, який є важливим для прийняття рішення по справі та який встановлює юрисдикцію суду.

3. Закон, на якому будується справа, повинен бути «Законом Канади», згідно із визначенням, наданим у реченні 101 Конституційного Акту 1867 року.“

2. Перша частина тесту: юрисдикція за законом:

[25] Сторони є *ad idem* що єдиним законом, за яким цей суд може мати юрисдикцію щодо предмету позову, є Конвенція ООН про рішення іноземного арбітражу, R.S.C. 1985, с.16 (додаток 2) (Надалі – “*Акт*”). У розділі 6 Акту, федеральному суду чітко надається юрисдикція подібна до юрисдикції вищих, окружних та місцевих судів провінцій щодо

визнання та забезпечення виконання арбітражних рішень згідно з Конвенцією ООН, яка є частиною Акту:

6. З метою визнання та забезпечення виконання арбітражних рішень згідно Конвенції, клопотання можуть подаватися до Федерального суду, а також будь-якого вищого, окружного чи місцевого суду. [26] Однак, ФДМ та АНТК вказують на те, що Акт не стосується та не може стосуватися рішення арбітражу, оскільки його предмет підпадає під категорію “майнових та цивільних прав”, а не під будь-яку сферу федеральної юрисдикції.

[27] В самому Акті не вказується тип чи предмет арбітражних рішень, яких він стосується (окрім того, що вони походять від господарських правовідносин). Однак, федеральним апеляційним судом по справі *Compania Maritima Villa Nova S.A. v. Northern Sales Co. (C.A.)* [1992] 1 F.C. 550 (надалі “Villa Nova”) розглядалося це питання під час визначення конституційної чинності Акту, та було визначено, що Акт може застосовуватися лише стосовно справ федерального характеру:

“Розділ 6, як вони вказують, повинен тлумачитись як створення федеральних правил для визнання та забезпечення виконання рішень іноземного арбітражу що підпадають під законну компетенцію федерального суду.

[...]

Я переконана цими твердженнями. На мою думку, Парламент мав повноваження на прийняття Акту у якості чинного федерального закону для визнання та забезпечення виконання в Канаді іноземних арбітражних рішень, що носять федеральний характер з конституційної точки зору. Немає сумніву, що по окремих справах виникатимуть питання стосовно того, чи це рішення арбітражу справді підпадає під відповідні положення закону.”

[28] Таким чином, якщо ФДМ та АНТК праві в тому, що рішення стосується лише майнових та цивільних правовідносин, то Акт, включаючи Розділ 6, не може застосовуватися по цій справі, та суд не мав юрисдикції на визнання рішення арбітражу, оскільки неможливо задовольнити вимоги першої частини тесту ІТО.

[29] Отже, застосування першої частини тесту ІТО вимагатиме від мене вивчення конституційної можливості застосування Акту, яка зазвичай визначається у третій частині цього тесту.

[30] Таким чином, питання полягає в тому, чи має рішення «федеральний характер з конституційної точки зору», та відповідно, чи можуть до нього застосовуватись положення Акту. Іншими словами, чи

має Парламент повноваження приймати закони стосовно справ щодо визнання та забезпечення виконання рішення арбітражного суду по справі між іноземною компанією та органом державної влади іншої країни? На мій погляд, має, оскільки прерогативою Корони є законотворчість задля «миру, порядку та доброго управління Канадою». Насправді, саме через ці повноваження за Парламентом було визнане право управляти зовнішніми справами та впроваджувати норми публічного міжнародного права у внутрішнє законодавство, включаючи закони щодо визнання та регулювання імунітету іноземних держав.

[31] Акт про державний імунітет кодифікує концепцію загального права щодо імунітету суверенних іноземних держав проти судових процедур внутрішніх судів інших країн, а також вказує умови, за яких цей імунітет втрачається.

[32] Основні принципи міжнародного права визнають, що усі держави є суверенними та рівними, та одна держава не може мати влади над іншою. Це визнання закладає основи оригінального принципу абсолютного імунітету іноземних держав від юрисдикції судів інших країн. Цей принцип було внесено у законодавство Канади як загальний правовий принцип, який пізніше еволюціонував у обмежувальну теорію імунітету. За цією теорією, підтвердженою та кодифікованою Актом про державний імунітет, суверенна держава має імунітет від юрисдикції судів іншої країни, окрім виключень, коли цей імунітет втрачається згідно положень Акту про державний імунітет.

[33] Таким чином, на реалізацію своїх конституційних прав щодо міжнародних справ та відносин із іноземними державами, Канада має юрисдикцію та скористалася своїми повноваженнями щодо створення законодавства стосовно способу та умов, за яких іноземні держави можуть переслідуватися судом Канади. Сторони не вказували, що Парламент не має конституційних повноважень впроваджувати Акт про державний імунітет або розробляти закони у сфері можливості подавати позов, або судових процесів інших держав, та застосування до них закону Канади. Насправді, прецедентне право підтримує ексклюзивну юрисдикцію Парламенту щодо визнання, відкликання чи регулювання суверенного імунітету. (Дивіться Посилання на іноземне законодавство [1943] S.C.R. 208; *St. John (City) v. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] S.C.R. 263).

[34] Також не може бути вірним й те, що повноваження Парламенту за конституцією обмежуються лише декларуванням того, чи підпадає іноземна держава під юрисдикцію суду, адже це обмежує право визнавати, встановлювати та регулювати випадки, у яких судовий позов

може подаватися проти іноземної держави. Як мені видається, суверенний імунітет не є питанням неможливості виконання внутрішніх законів, а питанням неможливості їхнього застосування.

[35] Сторони не подали ніяких тверджень із цього приводу. Однак, наступний абзац у Канадському конституційному праві Ласкіна (5 видання), Карсвел, 1986, на стор. 413-414, хоча й вказує на обмеження повноважень суду з цього приводу, також висловлює наступну позицію, яку я підтримую:

“Невизначене конституційне питання у сфері міжнародних відносин є мірою, до якої провінційне законодавство може регулювати податкову діяльність або майнові питання іноземних держав, які були відповідним чином надані Канаді в наслідок спільного визнання та встановлення дипломатичних відносин між Канадою (яка діє через федеральну владу) та урядами цих держав. Це ситуація, що не підпадає під дію Трудової Конвенції, та є сумнівним, що навіть окремо від відповідного федерального законодавства, іноземні держави повинні мати інший статус, аніж федеральний Уряд по відношенню до провінційного законодавства. Питання ставиться не лише про юрисдикцію провінційних судів над іноземною державою, хоча навіть тут зрозуміло, що лише Домініон має право за конституцією змінювати, відмінити чи розширяти загальноприйняті правила імунітету: Акт про дипломатичні та консульські привілеї та імунітет, S.C. 1976-7, с. 31. Те, наскільки повинні суди визнавати у внутрішньому законодавстві принципи міжнародного права та поважати імунітет іноземних дипломатичних представництв від місцевих судових процесів та відповідальності, або імунітет майна іншої країни від місцевої юрисдикції, не стосується саме по собі законодавчої влади, але робиться обов’язкове припущення (якщо немає «білої плями» в роботі законодавчого органу влади) що існує компетентне законодавство, яке може вирішувати ці питання; дивіться Довідку стосовно звільнення американських збройних сил від процесів у канадських кримінальних судах, [1943] S.C.R. 483. У Акті про державний імунітет та дипломатичні й консульські привілеї, федеральний парламент прийняв як закони деякі положення Віденської конвенції про дипломатичні відносини, включаючи Статтю 23, яка звільняє іноземні держави “від усіх національних, регіональних чи муніципальних обов’язків та податків стосовно будівлі посольства “ та Статтю 28, за якою звільняються “від усіх обов’язків та податків “ платежі, які здійснюються посольством на виконання своїх офіційних повноважень. Немає сумніву, що конституційна цінність, покладена у це рішення, є питанням миру, порядку та доброго управління Канадою. Відповідно, можна зробити

висновок, що податкове законодавство провінції може розроблятися таким чином, щоб не долати податковий імунітет, визнаний міжнародним правом, в будь-якому випадку через верховенство державної влади провінція не має компетенції приймати закони на порушення цього імунітету. Дивіться Довідка стосовно повноважень Оттави та Рокліф Парт на стягнення податків з іноземних представництв та резиденцій Верховних комісарів, [1943] S.C.R. 208; Jennings v. Whitby, [1943] O.W.N. 170 (Co. Ct.).“

[36] Таким чином, я приходжу до висновку про те, що Парламент має повноваження визнавати та регулювати типи справ, які можуть подаватися в Канаді проти іноземних держав та їхніх установ, включаючи справи щодо визнання та забезпечення виконання рішення арбітражного суду іншої країни, та в результаті, Акт може застосовуватися до визнання та забезпечення виконання рішення.

[37] Оскільки Акт може застосовуватись, перша частина тесту ІТО задоволена конкретним наданням повноважень, яке можна знайти в Розділі 6 Акту.

3. Друга частина тесту: інститут федерального законодавства, що підкріплює юрисдикцію:

[38] Стосовно другої частини тесту, адвокати ФДМ заявили на основі рішення апеляційного суду по справі Villa Nova, що Акт, сам по собі не відповідає цій частині тесту, та що потрібно мати інститут федерального законодавства, що може застосовуватись до оригінального спору, щодо якого виносилося арбітражне рішення. Ключовим аргументом ФДМ є обґрунтування судом того, яким чином тест ІТО може застосовуватись по справі, та заява суду про те, що «існуючі інститути федерального права що стосуються вирішення справи та юрисдикції можуть бути знайдені у морському праві Канади “ (на стор. 569). З цього ФДМ робить висновок, що суд не вважав Акт дійсним інститутом федерального права, важливим для прийняття рішення по справі. Я не можу погодитися з аргументами ФДМ.

[39] Перш за все, я хочу зазначити, що коментар суду щодо застосування тесту ІТО зроблено між іншим. Законодавчі питання, що повинні були визначатися судом щодо цієї апеляції були дуже вузько визначені як набір з чотирьох питань, перше з яких містить чітко визначене питання конституційного характеру:

“[6] Позов було подано до судової служби 19 травня 1987 року з метою забезпечення виконання рішення арбітражу. Подання по цьому питанню спричинили обговорення низки законодавчих питань, що були сформульовані наказом від 1 лютого 1989 року, а саме:

(a) [Ч]и є рішення арбітражного суду (“рішення”) посилення на яке зроблене в абзаці 5 скарги, предметом забезпечення виконання та чинності в Канаді за положеннями Конвенції (Акту) ООН про рішення іноземного арбітражу, Stat. Canada 1986, с. 21?

(b) [Ч]и може рішення бути виконане та мати чинність в Канаді, якщо перший позов, що подавався позивачем, не дозволяється за законами Англії?

(c) [Ч]и може рішення бути виконане та мати чинність в Канаді, якщо позивач не зміг задовольнити свій позов про демаредж за договором фрахту (договором) від 17 січня 1978 року за рахунок отримувача вантажу, який було доставлено до Грецьких островів?

(d) [Ч]и позбавила неспроможність позивача забезпечити виконання позову за договором фрахту за рахунок отримувача товарів, доставлених до Грецьких островів, юрисдикції арбітражу?

[...]

[8] Після того, як було подано цю апеляцію, апелянт звернувся до наступного конституційного питання відповідно до Правила 1101 Правил федеральних судів:

Чи є Конвенція ООН про рішення іноземного арбітражного суду, S.C. 1986, с. 21 ultra vires Парламенту Канади через те, що вона порушує Розділи 92(13), 92(14), 92(16) Конституційного Акту 1867 року?“

[40] На питання c) та d) було надано відповіді у двох коротких абзацах. Саме перше питання, що оформлене як питання щодо конституційної чинності Акту, є обґрунтуванням рішення суду.

[41] Таким чином, очевидно, що під сумнів було поставлено можливість застосування та конституційність Акту. Юрисдикція федерального суду не оскаржувалася безпосередньо, принаймні, не більше ніж в межах конституційності та можливості застосування усього Акту, включаючи Розділ 6.

[42] Насправді, дуже коротке обговорення судом на сторінках 568 та 569 способу застосування тесту ІТО по цій справі відбувається вже після того, як суд визначив на сторінці 563, що Акт був чинним стосовно питань федерального характеру, та на сторінці 568, що забезпечення виконання цього конкретного рішення арбітражу судом «підпадає у сферу федеральної законодавчої компетенції стосовно навігації та морських перевезень».

[43] До того ж, в твердженні суду немає нічого, що могло б обґрунтувати точку зору про те, що визначивши канадське морське право інститутом закону, що забезпечує юрисдикцію, суд мав намір

виключити з цього процесу сам Акт. Насправді, суд визначив, що створення справи про визнання та забезпечення виконання арбітражного позову стосувалося «морського права Канади» (на стор. 567). Оскільки визначення канадського морського права включає в себе поправки, внесені будь-яким Актом Парламенту (Розділ 2 Акту про федеральні суди), посилення суду на канадське морське право як на інститут федерального права важливий для справи, скоріше включає у себе Акт, а не виключає його.

[44] Потрібно також зазначити, що хоча Апеляційний суд у Villa Nova також розглядав у рішенні інші закони, що стосуються спору, це робилося в контексті обговорення того, чи мало рішення арбітражу федеральний характер в конституційному сенсі.

[45] Відповідне твердження сформульоване наступним чином:

“Таким чином, мені видається цілком правильним для суду, який повинен визначити, чи може рішення арбітражу визнаватися та забезпечуватися у відповідності до Акту, взяти до уваги його походження від угоди про фрахт судна, яка без жодного сумніву є контрактом за морським правом [...]

[...]

На мою думку, подання позову про визнання та забезпечення виконання рішення іноземного арбітражного суду що походить від порушення контракту про фрахт судна є питанням морського права, або питанням настільки тісно пов'язаним з ним, що підпадає під морське право Канади. Рішення арбітражу має непряме походження від угоди про фрахт, та насправді є рішенням про чинність та відповідну оцінку позову про оплату демереджу. Якщо б в угоді не містилося положення про вирішення конфліктів арбітражним судом, позивач міг би подати позов до суду, який, як ми побачимо, має юрисдикцію щодо вирішення суперечок подібного типу.” (на сторінці 567).

[46] Ані цей параграф, ані наведений вище параграф із сторінки 569, не може тлумачитись як вимога, щоб спір, який спричинив появу рішення арбітражу, підпадав під юрисдикцію Федерального суду для того, щоб задовольнити вимоги другої частини тесту ІГО. Звичайно, як вказано апеляційним судом, може бути корисним та потрібним для суду взяти до уваги природу суперечки, аби переконатися, що рішення арбітражу носить федеральний характер з метою конституційного застосування Акту. Дійсно, після того, як виявляється, що суперечка носить федеральний характер, та ще й підпадає під юрисдикцію Федерального Суду, з цього випливає, що й рішення арбітражу має такий самий федеральний характер. Однак, це не має зворотної дії, та

нічого у обґрунтуванні, зробленому судом у Villa Nova не веде до погляду щодо того, що якщо оригінальна суперечка не підпадає під юрисдикцію суду, суд не може мати юрисдикцію щодо забезпечення виконання позову.

[47] Справді, та як я чітко вказала у дискусії стосовно конституційного застосування Акту до цієї справи, федеральний характер рішення по цій справі диктується не предметом спору, а особою відповідача, що є представником іноземної держави. Таким чином, визначення законодавства, яким керується вирішення оригінального спору, не визначатиме федерального характеру рішення арбітражу, та не може використовуватися для визначення юрисдикції суду.

[48] Нарешті, тлумачення рішення суду як судове визначення того, що саме закон, що стосується оригінального спору є важливим по цій справі, суперечитиме твердженню суду щодо того, що «рішення іноземного арбітражу, як я вже вказав, стало причиною для подання нового позову» (на стор. 569). Окрім того, це суперечитиме економічним положенням Акту, за яким рішення арбітражу не може переглядатися за поданням про визнання та забезпечення виконання.

[49] На мою думку, та як було вказано апеляційним судом у справі Villa Nova, рішення арбітражного суду є причиною для подання нового позову, визнання та забезпечення виконання якого регулюється Актом. Окрім випадків, зазначених у Акті, оригінальна суперечка та законодавство, що регулює її, не має відношення та не може застосовуватися під час визнання та забезпечення виконання рішення арбітражу. Таким чином, Акт відповідає вимогам другої частини тесту ІТО, про що більш повно вказано у справі *Oag v. Canada* [1987] 2 F.C. 511 та *Kigowa v. Canada* [1990] 1 F.C. 804, оскільки це «деталізоване правове поле» яке надає позивачу конкретні права, та яке забезпечує реалізацію цих прав.

[50] Навіть якщо я помиляюся в тому, що Акт сам по собі задовольняє вимоги другої частини тесту ІТО, я переконана в тому, що Акт про державний імунітет, який так само стосується оригінального позову та процедури визнання рішення, також створює необхідний інститут федерального права для того, щоб надати суду відповідну юрисдикцію. У багатьох випадках апеляційним судом виносилося рішення про те, що федеральне законодавство не повинне безпосередньо мати відношення до спору, для того щоб надати суду юрисдикцію (*Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada* [1979] 2 F.C. 575, на стор. 583):

“На мою думку, достатньо того, щоб права та обов’язки сторін були визначені у якомусь матеріальному ступені у

федеральному законодавстві. Не потрібно, щоб причина позову була створена федеральним законом, достатньо, щоб вона була під його впливом.”

[51] Цей самий принцип було підтримано у справі *Prudential Assurance co. v. Canada* [1993] 2 F.C. 293 та *The Queen v. Montreal Urban Community Transit Commission* [1980] 2 F.C. 151. Наступний абзац цієї справи особливо доречний до тих умов, що склалися зараз (на стор. 153):

“По справі, що розглядається, я вважаю, що федеральне законодавство відіграє важливу роль у визначенні прав сторін, оскільки без нього скаржник не мав би можливості оскаржувати в суді дії відповідача. Я не можу погодитися з адвокатом відповідача, який заявив, якщо я правильно його зрозумів, про те, що за обставин справи федеральне законодавство має лише другорядну роль, оскільки єдине, що воно робить, це надає Короні повноваження використовувати положення, ще вже існують у законі (провінції). Дійсно, роль федерального закону може видаватися другорядною для відповідача, для якого особа його кредитора не має великого значення, однак, роль цього законодавства є важливою для Корони, оскільки без нього вона не мала б прав.”

[52] Таким самим чином, за винятком випадків, описаних у Акті про державний імунітет, Позивач по справі не мав би права подати позов проти Відповідача, в результаті чого Акт про державний імунітет є важливим для вирішення справи.

4. Третя частина тесту: “Закон Канади “:

[53] Згідно висновку, зробленого мною стосовно першої частини тесту *ІТО*, про те, що Акт та Акт про державний імунітет (оскільки останній є важливим для визначення юрисдикції суду) є конституційно чинними федеральними законами, третя та остання частина тесту *ІТО* задоволена.

ДЕРЖАВНИЙ ІМУНІТЕТ

А. Стосовно чинності наказу про визнання рішення арбітражу

[54] ФДМ від власного імені не заявляв про імунітет згідно Акту про державний імунітет. Тим не менш, АНТК та Держава Україна вказали про те, що реєстраційний наказ від 17 січня 2003 року є недійсним, оскільки ані клопотання ТМР, ані реєстраційний наказ не піднімають та не беруть до уваги питання державного імунітету.

[55] Розділи 3, 4 та 5 Акту про державний імунітет мають наступне формулювання:

3. (1) Окрім винятків, встановлених цим Актом, іноземна держава має імунітет від юрисдикції будь-якого суду Канади.

(2) По будь-якій справі суду, суд повинен брати до уваги імунітет, що надається іноземній державі пунктом (1), навіть якщо держава не вжила ніяких кроків по процесу.

4. (1) Іноземна держава втрачає імунітет від юрисдикції суду, якщо вона відмовиться від імунітету, наданому пунктом 3(1) шляхом надання відповідного звернення до суду згідно пунктів (2) або (4).

(2) По будь-якій справі, що розглядається судом, іноземна держава подає до суду погодження на його юрисдикцію

(а) подає до суду письмове погодження про юрисдикцію до або після початку слухань;

(б) ініціює процес в суді; або

(с) втручається чи вживає заходів по справах, що розглядаються судом.

(3) Пункт (2)(с) не стосується

(а) будь-якого втручання або кроків, взятих іноземною державою по справі, що розглядається судом, з метою заяви про імунітет від юрисдикції суду, або

(б) будь-яких кроків, взятих іноземною державою через необізнаність про факти, які надають їй імунітет, якщо ці факти неможливо було визначити до вживання кроку, та про імунітет було заявлено у розумний термін після виявлення цих фактів.

(4) Іноземна держава, яка ініціює справу в суді, або яка втручається чи вживає кроки по справі, що розглядається судом, окрім дій, до яких не може застосовуватись пункт (2)(с), підлягає юрисдикції суду стосовно будь-яких справ третіх сторін що виникають, або зустрічних позовів, що виникають через предмет процесу, ініційованого державою, або до якого держава втрутилася чи вжила певні кроки.

(5) Якщо по будь-якій справі, що розглядається судом, іноземна держава підпадає під його юрисдикцію згідно пункту (2) або (4), це вважається підпорядкуванням держави юрисдикції цього одного чи більше судів, які можуть розглядати ці справу пізніше у апеляційному провадженні, або на реалізацію наглядової юрисдикції.

5. Іноземна держава не має імунітету від юрисдикції суду по будь-якій справі, пов'язаній із комерційною діяльністю іноземної держави.

[56] АНТК та Україна займають позицію, що згідно з пунктом 3(2), жоден суд не має юрисдикції над іноземною державою, за винятком наявності умов, що створюють винятки, вказані у Акті про державний

імунітет, та про них буде заявлено, доведено, та визначено можливість їхнього застосування судом.

[57] Хоча я погоджуюсь з тим, що пункт 3(2) покладає на суд обов'язок розглядати та застосовувати *proprio motu* Акту про державний імунітет, я не можу погодитися з міркуваннями про те, що неспроможність суду або сторін вирішити це питання, підпадає під юрисдикцію суду *rationae materiae* та може стати причиною ануляції його рішення. Таке припущення ігнорує той факт, що деякі підстави, на яких може ґрунтуватися відсутність імунітету, можуть статися лише після того, як процес буде ініційовано (напр., пункти 4(2)(а) або (с), за якими держава може відмовитись від імунітету за угодою, або шляхом втручання в процес). Якщо б суд не мав юрисдикції до того часу, коли буде визначено та визнано виняток, вказаний у Акті про державний імунітет, здатність іноземної держави відмовитись від імунітету після початку процесу була б нікчемною, бо за відсутності іншого попередньо існуючого винятку, не можна було б відкрити процес, у якому могла б узяти участь іноземна держава. Таким чином, за принципом видається, що суд, якому не вистачає юрисдикції *rationae materiae* не може бути позбавлений цієї юрисдикції за згодою сторін.

[58] На мою думку, суд має юрисдикцію над предметом справи, насправді, він мав відповідну юрисдикцію для того, щоб визначити наявність або відсутність винятків, вказаних у Акті про державний імунітет. Чи звільнився суд від обтяження здійснення цього визначення, та чи він помилився при цьому визначенні, це питання, що не впливають на дійсність наказу *prima facie*. Це підтверджує принципи, встановлені в справі *Volhoffer v. Volhoffer*, вказані вище стосовно опосередкованого оскарження рішення:

“якщо суд, що має юрисдикцію над предметом спору, за умови наявності конкретних обставин, виносить наказ стосовно предмету спору за відсутності наявності цих обставин, та таким чином, без юрисдикції, таке рішення вважається чинним та обов'язковим для виконання до того, як його не буде скасовано в апеляційному провадженні, та, загалом, не може оскаржуватись опосередковано.”

[59] Реєстраційний наказ підпадає під тип наказів, описаний в цьому абзаці; АНТК та Україна, таким чином, здійснюють опосередковане оскарження реєстраційного наказу, що не дозволяється.

[60] В будь-якому випадку, той факт, що питання державного імунітету не здійснювалося у письмових клопотаннях TMR, та безпосередньо не вказується у реєстраційному наказі, не впливає на те, розглядав суд справу, чи ні. Суд мав у своєму розпорядженні більше ніж

достатньо доказів того, що ФДМ не міг користуватися державним імунітетом. Реєстраційний наказ було видано після того, як суд запросив усні клопотання від TMR на додаток до письмових. Я також зазначаю, що хоча спочатку це не було вказано в проекті наказу, поданого разом із клопотанням про реєстрацію, той наказ, що було видано, містить положення про те, що реєстраційний наказ міг бути виконаний лише через 60 днів з дати його винесення. Такий додаток до проекту має всі ознаки додатку, спрямованого на підтримку духу та наміру розділу 10 Акту про державний імунітет, який надає іноземній державі 60 днів для оскарження рішення.

В. Правовий імунітет України

[61] Україна заявила про імунітет від юрисдикції цього суду, як стосовно реєстраційного наказу – наскільки він зобов'язує її до чогось, та стосовно клопотання TMR щодо забезпечення виконання рішення за рахунок арешту майна. Що належить Україні.

[62] Аналізуючи це питання, важливо чітко розуміти підстави, на яких TMR заявляє про те, що реєстраційний наказ може виконуватись проти України. TMR не намагається додати Україну у якості другого відповідача (та боржника) за реєстраційним наказом. Процедура забезпечення виконання рішення, яку я розглядаю, не має природи представлення TMR того, що Україна як держава є гарантом або поручителем боргів ФДМ, або має обов'язок перед ФДМ щодо надання коштів для сплати боргу за рішенням арбітражу. Такі процеси, як ті, що вказані вище, привели б до розгляду України як третьої сторони, чітко відокремленої від ФДМ, чия відповідальність (до TMR чи до ФДМ) походить опосередковано від відповідальності ФДМ.

[63] Натомість, TMR пропонує суду прийняти рішення щодо того, що назвавши ФДМ у якості відповідача, він насправді також назвав відповідачем й Україну як державу, що Україна та ФДМ не є окремими та чітко визначеними особами, а однією й тією ж самою особою, або іншими словами, якщо б ФДМ був розою, то Україна як держава мала б той самий аромат, хоч і іншу назву. Окрім того, хоча я не впевнена у тому, що результат чимось відрізняється, TMR вказує, що ФДМ є лише ширмою, покликаною приховати діяльність України як держави та захистити її від відповідальності, що надасть можливість суду відкинути цю корпоративну завісу та підтвердити правомірність арешту майна України

[64] Я починаю з припущення про те, що як я вказала вище, є більш ніж достатньо доказів того, що рішення арбітражу стосується

комерційної діяльності ФДМ, таким чином, ФДМ втрачає право на імунітет (Розділ 5 Акту про державний імунітет, див. *supra* [55]). Насправді, Установча угода від 1999 року, яка містила положення про арбітраж та була подана у якості додатка до клопотання, чітко визначає свою ціль як організацію комерційної діяльності нафтопереробного заводу. Рішення арбітражу, також подане як додаток до клопотання, містить наступне конкретне визначення права ФДМ на заяву про суверенний імунітет, та це визначення є обов'язковим для ФДМ (на сторінці 29 клопотання):

“Судді арбітражу вважають, що Установча угода 1999 року є чисто комерційною угодою, яка могла б бути укладена між приватними особами без елементів суверенітету. Якщо така угода укладається державною установою, немає жодних підстав, щоб на цю особу не поширювалися ті самі обов'язки за контрактом, включаючи й звернення до арбітражного суду можливих суперечок за контрактом.

Заперечення щодо того, що судді арбітражу не мають юрисдикції щодо вирішення питання про імунітет ФДМ відкидаються.”

[65] Насправді, у розвиток міркувань арбітражу, лише той факт, що державна установа підписала угоду про арбітраж, який повинен проводитися в країні, яка є підписантом Конвенції ООН про визнання та забезпечення виконання рішень іноземного арбітражу 1958 року, без резервування за собою права на юрисдикційний імунітет, стосовно визнання рішення суду, говорить про те, що вона знала та прийняла той факт, що будь-як рішення арбітражу може бути визнане та виконане за наказом суду, й таким чином, відмовилася від імунітету від виконання рішення суду. Адвокати України погодилися на слуханні, що якщо б Україна сама була підписантом Установчої угоди 1999 року із положенням про арбітраж, вона б таким чином відмовилася від державного імунітету у наступних судових справах.

[66] Якщо настільки очевидно, що ФДМ не має імунітету від юрисдикції та процедур цього суду, то чи не настільки ж чітко очевидним те, що Україна як держава також не має цього імунітету, якщо вони з ФДМ є однією та тією ж особою? Чи не є відмова ФДМ від імунітету відмовою України, якщо я визначу, що насправді, коли б ФДМ не діяв чи вважав, що діє, насправді це були дії України як держави? *Poser la question, c'est y répondre.*

[67] Успішність клопотання TMR, оскільки воно стосується особи боржника по справі, залежить лише від визначення того, чи назвавши ФДМ відповідачем по справі, TMR також назвала відповідачем Україну, як ту саму особу, та я вважаю, що відповідь на це питання автоматично

надасть висновок щодо того, що Україна як держава не має імунітету від юрисдикції цього суду. Якщо ж відповідь буде іншою, то це призведе до висновку про те, що арешт в ніякому випадку не був законним, оскільки не стосувався майна ФДМ, та питання імунітету України стане неважливим.

[68] Таким чином, я переходжу до третього питання, яке потрібно визначити: особи боржника по справі.

1. Незаконність арешту: ОСОБА БОРЖНИКА ЗА РІШЕННЯМ

А. Попередні питання

[69] Не дивно, що АНТК та ФДМ відповіли на клопотання ТМР про визначення правомірності арешту попередніми заявами, що вже занадто пізно після того, як було винесено рішення та реєстраційний наказ на ім'я ФДМ, щоб намагатись якимось чином «змінити» рішення або реєстраційний наказ, з метою заміни боржника по справі на Державу Україна.

[70] Ці аргументи було подано у дещо хаотичній формі, без чіткого визначення того, які правові принципи задіяні в цьому випадку, та яким чином вони стосуються процедур, що призвели до арешту. Загалом, аргументи стосувалися концепції *res judicata*, процесуального відводу та недійсності процедур. Оскільки фактичні та правові доводи АНТК та ФДМ згруповано навколо різних кроків процесу, який привів від арбітражного інституту до виконання Реєстраційного наказу, я спробувала структурувати аргументи так, як я їх розумію стосовно кожного процедурного кроку, починаючи від останньої події, та потім рухаючись назад в часі. Після цього я розгляну питання того, чи має цей суд повноваження визначати особу боржника за рішенням на етапі виконання рішення.

[71] Арешт був здійснений шерифом у відповідності до ордеру про арешт та продаж, виданого цим судом за формою, встановленою Правилем 424 Федеральних судових правих 1998 року, в якому містився припис про арешт та продаж майна „Відповідача”. Відповідач, як було вказано у ордері, це «ФОНД ДЕРЖАВНОГО МАЙНА УКРАЇНИ, орган державної влади УКРАЇНИ». Шериф також діяв на основі інструкцій від адвокатів ТМР, включаючи експертне свідчення під присягою професора Анатолія Довгерта, де було вказано, що Літак належить Україні. Також адвокатами ТМР було надано усні інструкції шерифу щодо того, що борги ФДМ були боргами України як держави.

Шериф зрозумів, що майно, яке арештовувалося, було майном України, оскільки ордер на арешт від 27 червня 2003 року визначав Літак як “майно держави Україна”. У тому самому ордері боржником вказаний “Фонд державного майна України, орган державної влади України”. АНТК вказує, що у своїх діях шериф дійшов до зміни імені боржника у ордері, та таким чином, його дії були незаконними. З цього АНТК робить висновок про те, що арешт був здійснений незаконно, та повинен бути відмінений й не може бути визнаним законним за поданим клопотанням.

[72] Єдиними авторитетами, процитованими АНТК на підтримку цієї позиції, є дві справи, за якими шериф ніс відповідальність за помилковий арешт майна особи, яка не була боржником за рішенням суду (*Overn v. Strand*, [1931] S.C.R. 720 та *Kundi v. Active Bailiff Service Ltd.*, [1996] B.C.J. No. 2036), а також справ, по яких арешти майна було відмінено через те, що майно належало особі, що чітко відрізняється від боржника по справі, та її особиста відповідальність за борги боржника за рішенням не була встановлена рішенням суду (*Di-Donne-Gagnon v. Di-Donne J.E.* 2000-1093 (Quй С.А.), *Hamilton v. British Columbia (Worker's Compensation Board)* (1992) 65 B.C.L.R. (2d) 96 (B.C.S.A.)). Звернення до цих прецедентів не допомагають АНТК. По жодній з цих справ не заявлялося про те, що номінальний власник майна був тією самою особою, як і боржник по справі. Рішення про те, що шериф діяв невідповідним чином чи незаконно, це не те саме, як визнання арешту недійсним та таким, що не може бути визнаним дійсним за клопотанням про визнання його дійсним. Та по тих справах, де було визнано, що не було встановлено особисту відповідальність третьої особи, майно якої було заарештоване, було очевидно, що третя особа мала чітко відокремлене існування від боржника, та, у разі покладення на неї відповідальності, це може відбуватися лише від її імені – а не як альтер его боржника по справі.

[73] Таким чином, я не можу знайти жодних законних підстав щодо того, що арешт майна, що буцімто належить уповноваженій особі, за умов, як відрізняються від чітко вказаних у ордері на арешт та продаж майна, може бути визнаний недійсним. В гіршому випадку, якщо арешт здійснено без достатніх підстав, які б підтверджували те, що майно є власністю боржника за рішенням, кредитор по справі, або судовий виконавець чи шериф, понесуть відповідальність за збитки; однак, на мою думку, це не робить арешт недійсним, та кредитор по справі не втрачає права на отримання в суді рішення про чинність арешту.

[74] Перегляд механізму арешту та продажу, встановленого Актом про виконання рішень суду (*JEА*), підтверджує мою точку зору. Без

цитування in extenso різних положень *JEA*, очевидно, що стосовно арешту та продажу, ним встановлено систему, що базується на принципі контролю за поданням клопотань кредитором, з мінімальним рівнем залучення суду, та на діях шерифа у рамках законних повноважень, однак, на основі інструкцій, отриманих від кредитора (п. 71 *JEA*). Таким чином, від шерифа не вимагається здійснення жодних дій, аж доки він не отримає конкретні інструкції від кредитора стосовно статусу боргу по справі, природи та розташування майна, яке потрібно арештувати, та надання інших документів та інформації, що вимагається шерифом (п. 72 *JEA*). На основі наданої інформації, підпункт 73(2) *JEA* наступним чином визначає обсяг обов'язків та повноважень шерифа:

73(2) Шериф може арештувати особисте майно, щодо якого є обґрунтовані причини вважати, що боржник має у ньому інтерес, однак, не має право арештовувати майно, яке не підлягає арешту.

[75] “майно, що не підлягає арешту “ має наступне визначення (пункт 2(1)(s) *JEA*):

“не підлягає” означає “не може підпадати під процедуру забезпечення виконання;”

а в свою чергу, майно, що не може підпадати під процедуру забезпечення виконання, має наступне визначення (пункт 3(5)(b) *JEA*):

3(5)(b) “окрім вимог цього Акту чи інших правових актів, усе майно боржника може використовуватися на забезпечення виконання рішення суду за цим Актом;”

[76] Таким чином, Акт надає шерифу повноваження арештовувати майно, щодо якого є розумні підстави вважати, що воно може використовуватись на забезпечення виконання рішення суду, а ця інформація в першу чергу отримується від кредитора. Заборона арешту тільки може застосовуватися, за моїм тлумаченням підпункту 73(2), коли статус майна, як такого, що не підлягає арешту, є очевидним.

[77] Якщо боржник, третя особа чи сторона, яка заявляє про інтерес у майні, що арештовується, має заперечення щодо арешту, згідно Частини XII *JEA* можна подати заперечення або заявити про права на майно просто надавши відповідне повідомлення шерифу. Щодо причин, які дозволяється використовувати для заперечення чи позову, єдиною причиною залишення позову без розгляду та його відхилення може бути його «необґрунтований характер, або подання з єдиною метою затягування процедури» (параграфи 159(2)(c) та 162(2)(a)). Таким чином, доки позов чи заперечення не є необґрунтованими та не мають на меті лише затягування процедури забезпечення виконання рішення, кредитор має першочергове право

звернення справи до суду для винесення рішення (параграфи 163(2)(b) та розділ 164 JEA).

[78] Коли суд отримує клопотання від кредитора (або позивача), суд повинен “вирішити питання” (s. 164(1)). Таким чином, вправа, яку виконує суд, це не судовий перегляд дій шерифа, а прийняття рішення щодо законності арешту.

[79] Я не можу визначити у формулюваннях, структурі чи намірах JEA формальної вимоги щодо чинності арешту, стосовно того, щоб назва особи, яка має буцімто інтерес у майні, повинна бути формально ідентичною до назви, вказаної у ордері на арешт та продаж, якщо шерифу іншим чином було надано інформацію про їхню тотожність.

[80] У будь-якому разі, підпункт 77(1) JEA вказує, що: “арешт залишається чинним незважаючи на помилку у процедурі, за якою він був здійснений”.

[81] Нарешті, навіть якщо я помиляюся щодо того, що арешт шерифом майна, яке буцімто належить особі, чия особа не є чітко тією самою, що вказана у ордері на арешт та продаж, є дійсним, я знаходжу, що за обставин по справі існує достатньо невизначеності між цими відповідними визначеннями, та що шериф мав підстави здійснити арешт, з огляду на додаткову інформацію, отриманому ним від адвокатів TMR. Насправді, оскільки Відповідач вказаний у ордері на арешт як “(ФДМ) орган державної влади України”, з боку шерифа було цілком природно вирішити, навіть за відсутності додаткової інформації, що ФДМ не має незалежного правового існування та справжнім боржником є держава Україна, так само як за законами Канади Королева часто вказується по відношенню до відповідного міністра, або корпорації, які часто визначаються стосовно своїх філій як (“X, філія (відділення) Y Інк.”).

2. Ордер на арешт та продаж:

[82] ФДМ та АНТК заявляють про те, що TMR вже звертався з клопотанням та отримав відмову у визнанні того, що Україна може бути названа боржником по справі на додаток до ФДМ, та що на основі *res judicata* або процесуального відводу, вона не може вимагати повторного розгляду цього питання. В будь-якому разі, АНТК вказує, що суд не мав права видати ордер на арешт та продаж майна, в якому визначення боржника по справі не співпадає з назвою у рішенні суду по справі, чи в даному випадку, реєстраційному наказі. Наводиться справа *In re Langstaff Estate*, [1923] 3 W.W.R. 626 на підтвердження цієї позиції.

[83] Оскільки я дотримуюся точки зору про те, що ордер на арешт за сенсом не відрізняється від положень реєстраційної угоди, мені не потрібно визначатися щодо цього останнього аспекту та аргументів АНТК. Тим не менше, я згадаю про те, що *In re Langstaff* стосувалася ордеру на арешт “майна чи землі”, а в рішенні було вказано “товарів та рухомого майна”; справа не стосувалася особи боржника по справі. До того ж, рішення цього суду по справі *Joy Shipping Co. v. Empresa Cubana des Fletes*, [2000] F.C.J. No. 945 та апеляційного суду по справі *Canada (Minister of National Revenue) v. Gadbois*, [2002] F.C.J. No. 836, які будуть більш повно обговорені пізніше, ставлять під сумнів правову позицію АНТК.

[84] Тепер я повертаюся до першої частини заяв ФДМ та АНТК стосовно обставин навколо видачі ордеру на арешт та продаж.

[85] Справді, TMR спочатку вимагала видачі ордеру на арешт та продаж державного майна України. Однак, як вказано у *Joy Shipping*, процес звернення та отримання ордеру є механічним адміністративним процесом, по якому не вноситься судові рішення. Таким чином, звернення про видачу ордеру не може вважатися клопотанням чи будь-яким типом звернення до суду, результат якого поклав би на TMR якісь обмеження за *res judicata* або процесуальним відводом. Я також не вважаю, що усне розпорядження суду від 11 червня 2003 року стосовно слухання щодо прохання TMR, має можливість перетворення прохання у клопотання, або відповідна ухвала суду, що авторизувала видачу ордеру на арешт майна “Відповідача”, перетворюється на судові рішення.

[86] Перш за все, згідно із справою *Drapeau v. Canada* (1996), 119 F.T.R. 146 (T.D.), розпорядження, що видаються судом для Реєстру не є судовими рішеннями, що визначають права сторін. Більше того, протокол слухання, який був записаний в результаті запиту суду про проведення «слухання» доводить, що суд мав певні застереження з приводу того, що видача ордеру у формі, про яку TMR просила, вимагатиме подання клопотання:

“La Cour se prononce sur la possibilité pour Me Desgagnés [TMR’s solicitor] de présenter une requête urgente.”

[87] Наприкінці, ніякого клопотання не було подано, та суд просто видав розпорядження Реєстру про видачу ордеру, який вимагався. Цілком очевидно, що ані суд, ані TMR не вважали, що звернення про видачу ордеру мало природу, за якою вимагається судові рішення, або що ухвала суду про видачу ордеру мала такий характер. За цих умов, принципи *res judicata* та процедурного відводу не можуть застосовуватись.

3. Реєстраційний наказ:

[88] АНТК вказує про те, що відповідним часом для вирішення питання про особу боржника по справі є етап реєстрації. В результаті, із застосуванням доктрини процесуального відводу, ТМР не має права на більш пізній стадії процедури здійснити питання, яке могло чи повинне було бути розглянуто у відповідний час на виконання принципу розумної акуратності (дивіться для прикладу *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621). Надалі, або як альтернатива, вони вказують, що оскільки вирішення цього питання повинне було відбуватися на стадії реєстрації, будь-які клопотання про вирішення цього питання повинні подаватися шляхом клопотання про перегляд реєстраційного наказу до суду, який видав цей наказ. Для того, щоб прийняти цей аргумент АНТК, мені потрібно прийняти те, що питання про особу боржника по справі можна було відповідним чином вирішити під час подання клопотання про видачу реєстраційного наказу.

[89] Єдиний прецедент, наведений сторонам з цього приводу, є справа з Англії *Norsk Hydro ASA v. The State Property Fund of Ukraine et al*, [2000] EWHC 2120 (Comm.). По цій справі, позивач отримав рішення арбітражного суду проти *inter alia* “Республіки Україна в особі Фонду державного майна”, та звернувся та отримав наказ про забезпечення виконання рішення суду в Англії проти відповідачів, вказаних окремо як Фонд державного майна України та Республіка Україна. Україна звернулася з клопотанням про скасування наказу на основі того, що суд не мав юрисдикції для видачі наказу про забезпечення виконання рішення на умовах, відмінних від тих, що були вказані в рішенні арбітражу. Вищий суд правосуддя (Queen’s Bench Div., Commercial Court) погодився.

[90] Тут потрібно відмітити, що хоча рішення Вищого суду є важливим для розуміння принципів, якими повинен керуватися суд при вирішенні цих нових питань у сфері міжнародного права, де потрібно за можливості зберігати взаємне визнання та однорідність міжнародної практики, воно не покладає на суд ніяких обов’язків. До того ж, рішення Вищого суду великою мірою продиктоване конкретним формулюванням пункту 101 *Англійського арбітражного акту, 1996 року*, яке відсутнє у нашому Акті. Тим не менш, наступний витяг з рішення суду (параграфи 17 та 18) залишається, на мою думку, важливим, оскільки може застосовуватись до ситуації, яку я розглядаю:

“Існує важливий політичний інтерес, що відображений у договірних зобов’язаннях цієї країни, щодо забезпечення ефективного та швидкого виконання таких рішень міжнародного арбітражу;

висновок, однак, полягає в тому, що завдання забезпечення виконання рішень повинне бути настільки «механічним», наскільки можливо. Окрім порогових вимог щодо забезпечення виконання рішення, та вичерпних підстав, за якими забезпечення виконання рішення Нью-Йоркської конвенції може бути відхилене (п. 102-103 Акту 1996 року), суд, що забезпечує виконання рішення не має ані права, ані обов'язку надання правової оцінки рішенню арбітражу, або тлумачення його намірів. Окрім того, суд, що забезпечує виконання, повинен переконатися в тому, що рішення арбітражу виконується із застосуванням положень внутрішнього законодавства. Саме в цьому контексті потрібно розглядати дане питання (1).

В цьому світлі, як питання принципу та інстинкту, наказ по забезпечення виконання рішення арбітражного суду повинен видаватися на основі винесеного арбітражного рішення. Без сумніву, «помилки» та зміни назви можуть мати місце; досить сказати, що не у цій справі. Тут йдеться про те, щоб забезпечити виконання рішення, винесеного проти однієї сторони, за рахунок двох окремих сторін. Подібна діяльність вимагає від суду, що забезпечує виконання рішення, вивчення матеріального обґрунтування та намірів арбітражного суду. До того ж, забезпечення виконання на основі санкцій, вимагається на умовах, що відрізняються від викладених у арбітражному рішенні. Окрім того, хоча моє рішення й не обґрунтовується цим, подібний підхід здійснює цілу низку небажаних наслідків у разі помилкового кроку, наприклад, потрібно буде брати до уваги внутрішнє законодавство Англії стосовно прийняття та забезпечення виконання рішень суду проти принципалів та агентів: дивіться для прикладу справи *Morel v Westmoreland* [1904] AC 11; *Moore v Flanagan and Wife* [1920] 1 KB 919. На мою думку, це не відповідає завданням суду, що забезпечує виконання рішення. Правильним підходом є забезпечення виконання рішення арбітражу у відповідності до його умов.”

Та далі, (в параграфі 20):

“(2) Я маю певне співчуття до спроб адвокатів НН та зокрема, пана Феллона, побороти двозначність (яка на мою думку не є результатом роботи пана Феллона), щодо визначення відповідача по справі. Однак, суд не має права вирішити цю двозначність шляхом забезпечення виконання рішення арбітражу із внесенням змін у це рішення. Ця справа підкреслює те, наскільки важливо вирішувати ці питання до моменту винесення арбітражного рішення; однак, якщо у рішенні арбітражу було збережено двозначність, тоді (у тому що стосується суду, який забезпечує виконання рішення) її треба вирішувати під час будь-якої

суперечки щодо забезпечення виконання. Однак, не можна вимагати забезпечення виконання рішення арбітражу на умовах, що відрізняються від тих, що містяться в рішенні.”

[91] Не зрозуміло в останньому абзаці, що саме суд мав на увазі, коли вказав, що питання треба “вирішувати під час будь-якої суперечки щодо забезпечення виконання», якщо наказ про забезпечення виконання не може виноситися на інших умовах, ніж вказано в рішенні арбітражу. Мені здається, що суд мав на увазі будь-які суперечки, що могли виникнути пізніше, під час процесу виконання рішення. Так чи інакше, я погоджуюсь з тим, що реєстраційний наказ (який, наскільки я розумію, носить назву “наказ про виконання” у рішенні по справі *Norsk Hydro*) розроблений таким чином, щоб включити рішення арбітражу до рішення суду так, аби забезпечити його визнання та виконання у відповідності із законодавством країни цього суду, без поставлення під сумнів чи перегляду його намірів. Також, я погоджуюсь, що отримавши клопотання про реєстрацію, яке у відповідності до конкретних положень Правил 328(1), частіше за все робиться *ex parte*, суд повинен діяти настільки “механічно”, наскільки можливо, аби забезпечити те, що рішення про визнання рішення арбітражу винесене судом якомога повніше відповідає рішенню арбітражу. За цим принципом, видається дивним проведення визначення особи боржника на цій стадії. Питання, які слід вирішувати на етапі реєстрації, повинні, на мою думку, обмежуватись пороговими вимогами щодо реєстрації та причинами, вказаними в конвенції, за якими у реєстрації може бути відмовлено.

[92] Таким чином, я вважаю, що те, що TMR не здійняла це питання в контексті свого клопотання про реєстрацію рішення арбітражу не дає походження *res judicata* або процесуальному відводу, та що TMR не повинна була звертатися з цим питанням до Протонотаріуса Монро на основі клопотання про перегляд чи виправлення реєстраційного наказу.

4. Назва судової справи:

[93] АНТК заперечує проти того, що він вважає умисною та гідною засудження стратегією TMR щодо включення у назву судової справи описових елементів про TMR як “належним чином утворена юридична особа за законодавством Кіпру “ та про ФДМ як “орган держави Україна“, а потім збереження цього елемента для ФДМ лише у ордері на арешт та продаж. Вони вважають, що це призвело до того, що шериф вирішив, що описовий елемент “орган держави Україна” був частиною формального визначення ФДМ, що створило двозначність, якою ФДМ зараз не добросовісно намагається скористатись.

[94] На мій погляд, справедливим є твердження про те, що визначення ФДМ як відповідача з описовим елементом створило двозначність, та ця двозначність скоріше за все відіграла роль у способі, яким шериф скористався своїм правом на здійснення арешту майна України. Однак, я не переконана в тому, що мав місце злий умисел з боку TMR в цьому процесі, та що шериф відмовився би здійснити арешт, якщо б ордер не містив цього формулювання. Мені не було представлено доказів на підтримку цього висновку, та я не вважаю, що таке припущення можна зробити на основі голих фактів, які я розглядаю.

[95] Правила суду не вимагають – та не містять положень – щодо того, щоб назва справи включала у себе визначення сторін як осіб, корпорацій, асоціацій чи інших організацій. Однак, така практика є поширеною в Квебеку (де правила практики провінції вимагають такий опис), та відома й у інших провінціях. Реєстр постійно отримує такі подання, та мені не відомо про жоден випадок, коли б ця практика оскаржувалась. Я не маю на меті та не зобов'язана за позовом, який я розглядаю, коментувати щодо того, чи повинна ця практика не рекомендуватися чи бути забороненою. Я просто зазначаю її існування та той факт, що клопотання, подане у Монреалі відповідає цій загальноприйнятій практиці. Я вважаю, що природним наслідком цієї практики є те, що будь-яке рішення чи ордер, видані в подальшому проти “Відповідача” будуть містити двозначності. Я використовую термін “двозначність” умовно, оскільки описовий елемент, що використовується по відношенню до позивача та відповідача часто формулюється на основі обмеженої інформації, та такий опис не вважається твердженням, на яке повинна відповідати сторона відповідача. Насправді, дуже часто, як і в цій справі, описовий елемент не використовується при поданні подальших скарг у назві. Тут і міститься небезпека, яку ми бачимо у цій справі, що не завжди є зрозумілим навіть для самих сторін, де закінчується визначення сторони, а де починається опис, як наприклад, у визначеннях “на виконання своїх повноважень як”, “також відомий як”, “що проводить господарську діяльність як “ або “філія”.

[96] АНТК робить багато висновків з того факту, що TMR у ордері, про видачу якого вона просила, зберегла описовий елемент лише для ФДМ. Я не вбачаю в цьому доказу умисності, або що це є єдиною причиною виникнення двозначності. Слова “орган державної влади України” можуть вважатися як частиною назви сторони, так і описовим елементом; адвокати TMR так само можуть заплутатися у власному

використанні цього опису; шериф також міг би заплутатися в цьому, навіть якщо опис TMR було б збережено в назві справи.

[97] Нарешті, наведена вище дискусія, що пояснює те, яким чином використання опису може вважатися частиною назви сторони, також пояснює ті суперечливі висновки до яких я прийшла під час попереднього аналізу щодо того, що хоча рішення арбітражу винесене проти ФДМ, реєстраційний наказ відповідав цьому рішення, та ордер, у якому відповідачем вказано ФДМ, орган державної влади України”, в свою чергу відповідав положенням реєстраційного наказу.

5. Визначення особи боржника по справі при виконанні:

[98] Сторони погоджуються, що рішення арбітражу не містить визначення корпоративної природи ФДМ, його відносин з Україною як державою, або тотожності між ФДМ та Україною. Також вони погоджуються, що це питання не розглядалося арбітражною колегією. Насправді, незважаючи на те, що спочатку TMR почала арбітражні процедури проти України, вони було припинені без застережень. Принципи *res judicata* таким чином, не можуть жорстко застосовуватися до цього питання. Навіть тоді, більш широкий принцип процесуального відводу міг би застосовуватися, якщо питання є таким, яке могло чи повинне було б здійснитися на стадії арбітражного розгляду. Федеральний апеляційний суд нещодавно описав процесуальний відвід наступним чином у справі *Genpharm Inc. v. Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada*, [2003] F.C.A. 467, в параграфі [20]:

“Однак, процесуальний відвід “поширюється на матеріальні факти та висновки а законом, або сполучення фактів та закону (“Питання”) які були обов’язково (навіть якщо не детально) визначені у більш ранніх процедурах” (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460 на 476–77 [додано підкреслення]). Тест полягає в тому “чи визначення щодо якого заявлено процесуальний відвід є важливим для рішення по суті справи, та одне неможливе без іншого” (*Angle* на 255, цитує *Spens v. I.R.C.*, [1970] 3 All E.R. 295 на 301 (Ch.)).”

[99] та у параграфі [24], цитуючи справу *Hoystead v. Hoystead*, [1926] A.C. 155 на 166 (H.L.):

“По-третє, той самий принцип, а саме, врегулювання прав сторін, застосовується до справи, коли твердження, важливе для прийняття рішення, яке було зроблене чи припущене Позивачем, та могло бути оскаржене Відповідачем, не було оскаржене. В цьому разі у Відповідача поширюється дія рішення суду, навіть якщо в подальшому виявляються обставини, за якими могли б оскаржувати ся певні

питання. Тут застосовується той самий принцип врегулювання прав сторін, та відбувається процесуальний відвід.”

[100] Мені видається з наведеного вище, що процесуальний відвід може виникати лише якщо питання стосується матеріального права, яке входить в конфлікт з процесуальним. Сторони не розглянули питання щодо того, чи питання визначення боржника по справі є насправді матеріальним питанням, яке могло б бути розглянуте у арбітражному процесі, чи це просто процедурне питання, яке не містить в собі рішення щодо прав сторін. На основі наступного абзацу рішення Верховного Суду по справі *Regas Ltd. v. Plotkins*, [1961] S.C.R. 566, видається, що визначення відповідача у арбітражному процесі як ФДМ чи як Україна мало процедурну природу:

“Таким чином, позиція тут полягає в тому, що відповідач мав чинне та дійсне право за законами Альберти, однак, для того, щоб отримати рішення суду у цій юрисдикції, йому потрібно було б приєднатися як сторони до особи, що мала право на борг за Актом про судочинство.

Однак, відповідач не судився по боргу у Альберті, а зробив це у Саскачевані, де борг було здійснено за доставку товарів, проданих та доставлених боржнику у цій провінції, де він мешкав. Постає питання, чи може він там судитися від власного імені, та на мій погляд, це повинно визначатися *lex fori*, оскільки питання, за умов цієї справи, носить процедурний характер, а не матеріальний. Питання стоїть не щодо чинності прав, чи здатності сторін їх мати, а стосовно відповідних сторін процесу у Саскачевані, що є процедурним питанням, яке повинне регулюватись законами Саскачевану.”

[101] Таким чином, я не вважаю, що доктрина процесуального відводу може застосовуватися до цих умов.

[102] До того ж, мені видається, що рішення арбітражу повинне розглядатися як рішення чи ухвала суду. Таким самим чином, як рішення суду не може переглядатися після того, як його було винесено (окрім механізмів апеляції чи повторного розгляду), рішення арбітражу не може повторно переглядатися після винесення, окрім за правилами, що регулюють арбітраж та його визнання. Це відповідає раніше прийнятим принципам щодо того, що під час акту визнання рішення арбітражу як рішення суду, суд повинен бути настільки «механічним», наскільки можливо, та не ставити під питання чи тлумачити на власний розсуд рішення арбітражу.

[103] Однак, оскільки є можливість без повторного перегляду рішення тлумачити його чи виносити ухвали про спосіб його виконання, це саме справедливо й для рішення арбітражу, належним чином

визнаного як наказ суду. Якщо наміром та ціллю Акту є надання рішенню арбітражу такого самого визнання, як і рішенню суду, та забезпечити його виконання у відповідності до внутрішнього законодавства країни, тоді, після визнання, повага до рішення арбітражу нічим не повинна відрізнятись від поваги до ухвали чи рішення суду.

[104] Таким чином, вважаючи рішення арбітражу визнаним за реєстраційним наказом, я вважаю, що справжня особа відповідача – боржника за рішенням – є питанням, яке не може розглядатися під час процедури забезпечення виконання рішення.

[105] Окрім справи *Norsk Hydro v. SPF*, згаданої вище, АНТК та ФДМ не змогли вказати будь-які інші прецеденти стосовно того, що неправомірним є визначення особи боржника під час процедури виконання рішення.

[106] З іншої сторони, є декілька рішень цього суду, за якими особа боржника визначалася в контексті виконавчих процедур.

[107] У справі *Canada (Minister of National Revenue) v. Gadbois*, [2002] F.C.J. No. 836 (F.C.A.) апеляційний суд надав стверджувальну відповідь на наступне питання в контексті накладання арешту на майно боржника у третьої особи (у параграфі [1] обґрунтування):

“(с) Чи має судовий відділ юрисдикцію для винесення рішення щодо встановлення ідентичності між Гілбертом Гадбуа, боржником по справі, та 2951-7539 Квебек, Інк., що належала йому?”

[108] У справі *Joy Shipping Co. v. Empresa Cubana des Fletes* (supra), суду було подано клопотання про відміну ордеру на арешт та продаж судна “*Rio Cuyaguaje*”, що належало *Pesquera Cuyagua S.A.*, компанії, не вказаній відповідачем по справі та проти якої не було винесено рішення. Було подано експертні свідчення під присягою на обґрунтування ордеру, де вказувалося, що відповідачі та власники судна були насправді уособленням Уряду Куби. У своїй відмові щодо відміни ордеру, суд вказав:

“[12] По-друге, я дотримувався думки про те, що правила давали позивачу специфічний механізм заперечення арешту судна, оскільки боржники по справі не були його власниками. На мою думку, Правило 448 регулює розгляд заперечення арешту на цій основі, та в цьому випадку застосовуються закони Ньюфаундленду, оскільки арешт було здійснено там. У цьому процесі Федеральний суд має повну юрисдикцію.

[13] По-третє, в контексті Правила 488, я не мав права на цьому етапі розглядати чинність аргументів позивача без повної інформації щодо того, чи було судно активом відповідача, на який компанія Joy могла заявити права.”

[109] У справі *Roxford Enterprises S.A. v. Cuba*, [r003] F.C.J. No. 985 (Fed. Proth.) (апеляція на призупинене рішення федерального суду), хоча конкретне питання було поставлене трошки по-іншому, суд виклав проблему та свої міркування з цього приводу наступним чином:

“[23] Cubana вказує, що за відсутності федерального закону, що забезпечує юрисдикцію, цей суд не може вирішувати питання відповідальності Cubana за борги Куби. Вона вказує також, що таке рішення вимагає вивчення складних фактично-правових відносин власності активів Cubana, та її стосунків з Кубою. Cubana вважає, що рішення такої природи не підпадають під юрисдикцію цього суду. Окрім того, вона вказує на те, що суд не повинен вирішувати такі питання у загальній процедурі на основі експертних свідчень під присягою.

[24] Подібні застереження щодо юрисдикції суду над запереченням, зробленим в контексті забезпечення виконання рішення суду, вже відкидалися в минулому. По справі *Le Bois de Construction du Nord (1971) Ltée. v. Guilbault Inc. et. al.* [1986] A.C.F. No. 434 (QL), Пратт Дж. вказав у пункті 334:

[A] суд, який має юрисдикцію на накладання арешту на майно боржника у третьої особи, повинен обов’язково мати юрисдикцію щодо прийняття рішень щодо будь-яких заперечень третіх сторін, які заявляють про те, що це майно їм належить. Подібним чином, право накладання арешту на майно боржника у третьої особи, на мою думку обов’язково включає у себе право виносити рішення про наявність боргу, який повинен бути погашений. Відповідно, я вважаю, що у разі накладання арешту на майно боржника у третьої особи, якщо особа, на вимогу якої накладається арешт на майно боржника у третьої особи, заперечує заяву особи, яка має майно боржника, суд має право виносити рішення щодо наявності боргу.

[25] Нещодавно, Федеральний апеляційний суд підтвердив, що цей суд має широку юрисдикцію у прийнятті рішень щодо питань, які виникають у забезпеченні виконання рішень суду, включаючи встановлення тотожності між корпорацією та особою: *Canada (Minister of National Revenue) v. Gadbois*, [2002] F.C.J. No. 836 (QL) (“Gadbois”). По справі Gadbois суд також дійшов висновку, що заперечення проти забезпечення виконання рішення суду можуть адекватно розглядатися на основі “документальних доказів у справі, експертних свідчень під присягою та перехресного аналізу експертних свідчень”.

[26] Cubana не вказала про те, що мала застереження щодо звернення до звичайної процедури стосовно клопотань, поданих до Федерального Суду. Окрім того, ніколи не було звернень щодо

можливості відходу від загальної схеми, що застосовується до клопотань. Відповідно, я прихожу до висновку про те, що суд має юрисдикцію для вирішення по суті цього клопотання, а саме, визначення того, чи є Cubana тотожною Кубі, або окремою юридичною особою, яка має імунітет від арешту.“

[110] Окрім підтримки, знайденої у матеріалах цих справ, я зазначаю, що *ЖЕА* та її положення містять численні правила щодо визначення особи боржника: параграф 68, що містить можливості для кредитора отримати інформацію з метою визначення чи перевірки особи боржника по справі, а також уся друга частина Положень про забезпечення виконання судових рішень, 1999 (О.С. 99-476) якою встановлюється процедура, за якою різні типи боржників по справах повинні бути вказані у реєстрі про рішення суду та інших документах про забезпечення виконання рішення, а також яким чином ці рішення можуть змінюватись чи коригуватись. На додаток до положень Частини XII стосовно вирішення судом питань, що виникають в результаті подання позовів та заперечень, Розділ 11 встановлює наступний механізм за яким будь-яка зацікавлена особа може вимагати вирішення питань чи проблем, «що виникають під час забезпечення виконання рішення». Очевидно, що береться до уваги те, що питання особи боржника може стати проблемною під час процедури виконання рішення, та *ЖЕА* містить конкретні процедури для його відповідного вирішення.

[111] Таким чином, я задоволена тим, що визначення того, хто повинен вважатися боржником за рішенням чи наказом є питанням, яке можна відповідним чином здійснити та вирішити на стадії виконання.

В. Обговорення

1. Правові принципи, що стосуються даної справи:

[112] TMR просила мене під час визначення того, чи може Україна вважатися боржником по цій справі, застосувати критерії, розроблені по справах про державний імунітет, з метою визначення того, чи є установа чи організація іноземної держави альтер его цієї держави та чи може вона вимагати імунітету згідно з Актом про державний імунітет. Тест альтер его включає в себе розгляд того, чи виконує установа функції державного управління та контролю, а також аналіз ефективності контролю держави над цією установою. Тест альтер его не приділяє значення тому, чи є ця установа окремою юридичною особою; він визначає питання у відповідності до іноземного законодавства згідно з яким утворено устанovu та вона управляється, однак, на основі законодавства країни, де розглядається позов.

[113] Слід пам'ятати, що тест на альтер его був розроблений ще до набуття чинності Актом про державний імунітет (див. *Ferranti-Packard Ltd. v. Cushman Rentals Ltd. et al* (1980), 30 O.R. (2d) 194, aff'd 31 O.R. (2d) 799, із схваленням та прийняттям тесту, переробленого Лордом Деннінгом у *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529). На той час, цивільне законодавство визнавало принцип імунітету іноземних держав, та цей імунітет поширювався на “державний департамент країни, а також будь-яку установу, яку можна вважати альтер его чи органом державної влади.” (*Trendtex Trading*, стор. 559). Таким чином, тест альтер его був засобом визначення того, чи є установа «органом влади» іноземної держави, та чи може вона користуватись державним імунітетом. Він не міг використовуватись для того, чи мала установа чітко визначений юридичний статус.

[114] Акт про державний імунітет визначає концепцію «органу державної влади» у визначенні «установи іноземної держави”:

“2. “установа іноземної держави” це будь-яка окрема юридична особа, що є органом державної влади іноземної країни.”

“іноземна країна” включає

(...)

(b) будь-який уряд іноземної держави або політичний відділ іноземної держави, включаючи будь-які міністерства та відомства іноземної держави.”

[115] Таким чином, тут відіграють роль три концепції: перш за все, концепція установи іноземної держави, яка включається у більш загальне визначення іноземної держави. Після цього, є дві характеристики, що визначають установу іноземної держави: (1) це повинен бути орган іноземної держави (та наші суди при інтерпретації цієї вимоги все ще використовують тест альтер его) та (2) це повинна бути юридична особа, відокремлена від іноземної держави. Концепція окремої юридичної особи стосується чітко визначеної корпоративної особи. Таким чином, концепція “органу іноземної держави” продовжує стосуватися аспектів функцій та контролю, що вирізняють справжні прояви державності, незалежно від правового статусу, таким чином, вводиться нова концепція окремої юридичної особи. Це розрізнення є важливим для схеми Акту про державний імунітет. Хоча іноземні держави взагалі, а також більш вузько визначені «установи іноземної держави» мають однакове право на імунітет від судових переслідувань та підлягають тим самим виключенням (розділи 3–8), спосіб

обслуговування вихідних документів відрізняється, якщо обслуговувати установу як іноземну державу, що не є установою, або обслуговувати установу іноземної держави. Окрім того, хоча іноземні держави (за виключенням установ) залишаються, окрім винятків, імунними до виконання стягнень навіть якщо вони втрачають юридичний імунітет, установи іноземної держави не мають загального імунітету від виконання рішень, якщо підпадають під відповідну юрисдикцію (підрозділи 12(1) та (2)). Різниця у ставленні до установ іноземних держав та самих іноземних держав є обґрунтованою, та вимагається за статусом установи, як корпоративної особи, відокремленої від держави. З цих причин я не вважаю, що альтер его тест може застосовуватись для визначення того, чи може з метою виконання рішення суду Україна поєднуватися з ФДМ.

[116] Це не означає, що концепція законодавства Канади щодо того, що є окремою юридичною особою, а також критерії тесту альтер его не стосуються цього визначення, особливо ті, що стосуються контролю, власності активів, а також проведення юридичних процедур. Законодавство України звичайно є важливим для визначення статусу ФДМ як окремої корпоративної установи: воно регулює спосіб його утворення, його статус за законом України, його обов'язки, повноваження, здатність володіти майном, діяти незалежно, подавати позови та відповідати за ними, а також приймати рішення та управляти власними справами. Однак, я не вважаю, що українське законодавство слід розглядати у вакуумі, без прийняття до уваги канадських правових концепцій. Питання визначення виникає в контексті виконавчих процедур, які регулюються *lex fori*, а не законом іншої держави. Ціль, задля якої визначається статус ФДМ та його відносини з державою, пов'язана більше не з тим, хто несе відповідальність за дії ФДМ, а із здатністю ФДМ виступати відповідачем, володіти та розпоряджатися майном, та підлягати процедурам цього суду. Таким чином, законодавство Канади повинне застосовуватись для вимірювання критеріїв, за якими законодавство України визнає статус установи як окремої юридичної особи, щоб переконатися, що визначення, яке використовується законодавством України, відповідало нашому виконавчому процесу.

2. Докази:

[117] Зміст та значення іноземного законодавства є фактом, та повинне бути доведене сторонами.

[118] На підтримку своєї позиції щодо питання особи боржника за рішенням, TMR подала письмові свідчення під присягою професора

Анатолія Довгерта, що містили його точку зору на проблему, а також засвідчені переклади декількох статутів, постанов та наказів, що управляють створенням, статусом, структурою, обов'язками та повноваженнями ФДМ та інших подібних органів державної влади. Окрім того, було подано письмові свідчення під присягою Азіма Хусейна, де містилася інформація про різноманітні позови, подані до судів США від імені ФДМ, заяви, розміщені на веб-сайті ФДМ, а також інші матеріали, які, на їхню думку містять припущення, що суперечать позиції ФДМ та України. Експертне свідчення під присягою Олега Батюка також містить певні коментарі та інформацію стосовно цієї справи. Зі свого боку, з питань визначення особи боржника АНТК надав експертне свідчення під присягою професора Валентина Щербини, яке містило його оцінку ситуації та засвідчені переклади законодавчих актів. Свідчення під присягою Ігоря Зуба містить певні твердження та посилається на деякі матеріали стосовно цієї справи.

[119] Я проаналізувала докази у два етапи: перш за все, законодавство, на яке посилалися експерти, при цьому роблячи висновки щодо його змісту, а потім порівняла свої попередні висновки з точною зору експертів та їхнім аналізом ситуації.

а) Законодавство

[120] Звернувшись спершу до законодавства, я зробила витяги чи перефразувала нижче ті положення, які видаються найбільш важливими: Тимчасове положення про Фонд державного майна України, Наказ Президента України про систему контролю виконавчої влади, Бюджетний кодекс України та Закон про Державний Бюджет України на 2002 рік, Наказ Президента України про процедури здійснення захисту прав та інтересів України під час судових процесів по справах, що розглядаються судовими органами влади інших держав (надалі – Процедури здійснення захисту прав та інтересів України), Цивільний Кодекс УССР (надалі – ЦК України) Стаття 24, Стаття 32, Стаття 33, Закон України про власність (надалі – Закон про власність) Стаття 39.

[121] Перед тим, як перейти до обговорення поглядів експертів на законодавство України, є декілька спостережень, які одразу ж можна зробити з цих текстів.

[122] Перш за все, використання терміну “Юридична особа” в різних текстах судячи з усього не стосується у рівній мірі усіх типів організацій, а також не надає їм однакові права, привілеї та обов'язки. Насправді, від одного тексту до іншого немає повної відповідності визначення того, якими є ознаки юридичної особи. Наприклад,

Цивільний Кодекс України визначає юридичні особи як державні підприємства, що працюють на основі самоокупності. Сторони погоджуються в тому, що ФДМ фінансується державою, а не є самоокупним. Відповідно, ФДМ не відповідає визначенню юридичної особи, наданому у Цивільному Кодексі України. Стаття 32 ЦК України визначає відповідальність юридичної особи (самоокупної) у відповідності до майна, яким вона володіє, у третьому параграфі визначається відповідальність юридичної особи, яка фінансується власником (не самоокупної) у відповідності до коштів, які вона має в розпорядженні. Надалі, стосовно державних установ, Стаття 33 ЦК України встановлює, що держава не несе відповідальності за зобов'язаннями державних установ які є юридичними особами. А що ж стосується установ, які фінансуються державою, таких як ФДМ? Якщо, оскільки вони фінансуються державою, вони не вважаються за ЦК України юридичними особами, то положення Статті 33 не стосується них, та *a contrario*, держава безпосередньо відповідає за їхні зобов'язання.

[123] Згідно із Законом про власність, установа, що фінансується державою, не може володіти майном, окрім права на користування. Це право не включає в себе право розпорядження майном, яке надано державою. Державна установа фінансується державою. Таким чином, логічно, що кошти, що знаходяться в розпорядженні цієї установи, є коштами держави, та повинні використовуватись на задоволення зобов'язань цієї установи. В цьому контексті, положення про те, що державна установа “відповідає за свої зобов'язання коштами, що знаходяться у її розпорядженні “ має сенс, однак не виключає можливості прямої відповідальності держави у сумі, що перевищує розмір цих коштів.

[124] Нарешті, хоча ФДМ, як установа, що фінансується державою, не відповідає визначенню юридичної особи, Тимчасові положення про ФДМ визначають його як юридичну особу. Більше того, не тільки ФДМ, але й його регіональні представництва вважаються юридичними особами. Цікаво, що Тимчасові положення покладають особисту відповідальність на Голову ФДМ за виконання його завдань та функцій, а також за роботу регіональних відділень та представництв. Якщо при використанні терміну «юридична особа», законодавство України має на увазі «наявність чітко визначеної юридичної особи», тоді видається, що концепції відповідальності в Україні та розподілу відповідальності, пов'язаного з окремою юридичною особою, не відповідають нашому розумінню даної концепції.

b) Експерти

[125] Експертне свідчення професора Довгерта складається з презентації відповідних юридичних текстів та їхнього застосування й наслідків. На їхній основі, професор Довгерт робить наступні висновки:

- ФДМ був створений як орган виконавчої влади України.
- Функціями ФДМ є реалізація державної політики України.
- Власність ФДМ є повністю власністю держави, та він не є комерційною структурою.

- Директори та керівництво ФДМ призначаються державою, а працівники отримують затвердження на посадах від держави.

- Діяльність ФДМ контролюється державою.

- Справжнім власником активів ФДМ є Україна, та ФДМ може розпоряджатися цими активами лише за цільовим призначенням своєї діяльності в рамках, встановлених законодавством України.

- Позови проти ФДМ є позовами проти Держави України.

[126] В своїх свідченнях професор Довгерт не аналізує ці висновки та не надає власного бачення того, чи є ФДМ насправді окремою юридичною особою. Перед ним це питання не ставилось. Це питання згадується у припущенні, зробленому у 12 параграфі його свідчення: “Хоча ФДМ і існує окремо, його майно є повністю власністю держави, та він не є комерційною організацією”. Хоча правова основа усіх інших тверджень у його свідченні є чітко визначеною, немає посилання на будь-які положення законодавства, які б формували основу для цього конкретного припущення. Аналіз та коментарі які він робить при перехресному опитуванні є більш повними та будуть обговорені пізніше, з його свідчень під час перехресного опитування випливає, що його твердження про те, що ФДМ має “окреме правове існування” не значить, що існує розмежування зобов’язань чи активів між ФДМ та державою.

[127] Свідчення професора Щербини стосовно природи ФДМ містить твердження, що ФДМ є юридичною особою згідно Статті 24 ЦК України та Статті 15 Тимчасового положення про ФДМ. Що стосується володіння майном, він суперечить пану Довгерту, вказуючи, що ФДМ має власне окреме майно, однак на праві користування. Однак, з інших поданих доказів очевидно, що право користування далеке від того, щоб бути повноцінним правом власності, оскільки не дає права продажу, розпорядження або відчуження майна іншим чином.

[128] Професор Щербина надалі висловлює думку про те, що визначення “позовів проти України” у “Процедурах здійснення захисту прав та інтересів України” застосовується лише за конкретним призначенням цього положення, та не може використовуватись для

зміні режиму відповідальності, який в іншому випадку застосовується до відносин між ФДМ та державою. Він надалі визнає рівень наглядового контролю держави над керівництвом та діяльністю ФДМ, однак, заявляє, що це не повинно бути визначальним для того, чи повинна держава нести відповідальність по зобов'язаннях ФДМ. Щодо цих останніх двох тверджень, доводи професора Щербини добре обґрунтовані. Однак, навіть якщо ці положення не вирішують проблему саму по собі, вони тим не менш є важливими для розуміння загальної схеми, сенсу та наслідків законодавства України.

[129] Нарешті, професор Щербина визнає, що зобов'язання ФДМ можуть бути виконані за рахунок коштів, які містяться на його рахунок в Державному казначействі України. Професор Щербина каже: “існує чітке правове положення про те, що кожна така установа несе відповідальність за свої зобов'язання з власних коштів, які формуються здебільшого з коштів, наданих їм з державного бюджету “. Надалі він вказує, що “лише у разі, якщо коштів державної установи, такої як ФДМ, не вистачить для погашення зобов'язання, держава може нести подальшу відповідальність за зобов'язання установи”. Професор Щербина вказує, що це не тому, що держава несе пряму відповідальність за боргами ФДМ, а тому, що держава є гарантом цього боргу. Обґрунтування, яке він надає для висновку про те, що відповідальність держави є другорядною, а не першочерговою, базується на українських процедурних вимогах щодо того, що визначений орган державної влади (особу якого не вказано), повинен залучатися до спільного захисту під час перших слухань по справі, або, якщо виявлено недостатню кількість коштів на стадії виконання вироку, під час наступної справи.

[130] Як я не намагалась, я не знайшла у документах, поданих на підтримку заяви професора Щербини будь-якого обґрунтування його висновку щодо того, що відповідальність держави по зобов'язаннях державної установи є другорядною, а не першорядною. Процедурні вимоги щодо виконання стягнення боргу є недостатнім обґрунтуванням для підтримки матеріального висновку. У будь-якому випадку, процедурні вимоги іншої держави не застосовуються до процедури виконання рішень цього суду.

[131] Варто зазначити, що обидва експерти підійшли до питання про особу боржника по справі з точки зору відповідальності України за борги ФДМ. Насправді, в законодавстві України використовуються формулювання, які співпадають з положеннями нашої правової системи при визначенні окремої юридичної особи, зокрема, при вирішенні питання про розмежування відповідальності між організацією та її

принципалами. Однак, цей підхід вимагає, щоб концепція «відповідальності» в законодавстві України співпадала з нашою, наведеною у загальному традиційному праві, а саме: зобов'язання, яке можна виміряти у грошовій формі та виконати шляхом передачі, арешту та продажу активів боржника. У країнах із загальним правом, відповідальність установи, що має окреме правове існування, є обмеженою. За винятком надзвичайних обставин, вона не може викликати відповідальність її власників, керівників чи службовців. Законодавство України відрізняється в цьому сенсі: Тимчасове положення про ФДМ вказує, що керівник ФДМ несе особисту відповідальність за функціонування не лише самого ФДМ, але й його регіональних відділень та представництв. ЦК України визначає типи відповідальності, які можуть мати різні установи стосовно типу майна, активів, або коштів, з яких можуть бути погашені ці зобов'язання. Як вказано вище, держава несе відповідальність за борги державних установ, якщо вони не мають достатньо власних коштів. Мені здається, що не можна припустити, що слово «відповідальність» в законодавству України має те саме значення, як і в нашому.

[132] Слухаючи цю справу, я переглянула погляди експертів та тексти на яких вони базуються; я боролася з різними перекладами оригінального тексту, та я зазначила роздратування адвокатів, коли один й той самий юридичний термін України по-різному перекладався англійськими юридичними термінами, що мають абсолютно інші правові концепції та визначення. На кінець, я все ще не повністю розумію українську концепцію «відповідальності», однак, я переконана, що вона матеріально відрізняється від нашого розуміння її та її наслідків. Якщо б експерти були присутні в суді, я могла б отримати можливість заповнити цей пробіл у розумінні підходу законодавства України до відповідальності, та того, яким чином це відноситися до концепцій юридичної особистості та власності як засобу забезпечення виконання рішень. Наразі ж, на мене покладається важкий обов'язок узгодження позицій експертів, частина з яких є перекладами, в яких різні перекладачі по-різному перекладали юридичні тексти, визначити, що становить концепція «юридичної особи» за законом України, а також, з метою забезпечення виконання рішення за законами Канади, чи має вона те саме значення та наслідки, які застосовуємо ми.

[133] Концепція окремої юридичної особи включає розподіл між активами та зобов'язаннями. ФДМ фінансується державою; його доходи є частиною держбюджету; він не має права на повне володіння будь-якими активами; його зобов'язання можуть задовольнятися лише з

коштів, що час від часу надаються державою. Очевидно, що не має розподілу активів між ФДМ та державою. Що стосується розмежування відповідальності, то навіть якщо в законодавстві України й існує положення про розмежування відповідальності держави та її установ, в той самий час визнається, що держава, яка насправді володіє майном цих організацій, несе відповідальність за погашення їхніх боргів у разі, якщо коштів, які вона виділяє цій установі, виявилось недостатньо. Привілеї, надані ФДМ у Тимчасовому положенні про ФДМ щодо незалежного балансу та банківських рахунків не робить ці кошти його власністю. Беручи до уваги усі докази, я вважаю, що правові та фінансові положення, за якими працює ФДМ, а також його права стосовно державного майна, є такими, що відповідають адміністративному підрозділу інституту державної влади. Адміністративний підрозділ працює за визначеним бюджетом, однак, не є при цьому окремою юридичною особою. Цей статус також більше відповідає рівню фінансового, адміністративного та функціонального контролю, який держава має над ФДМ [8] а також реальної неспроможності ФДМ незалежно контролювати судові справи, ініційовані проти нього.[9]

[134] Я дійшла висновку про те, що визначення за законом України організації як “юридичної особи” не обов’язково надає цій організації окрему юридичну особистість, та що ФДМ, для мети забезпечення виконання судового рішення проти нього в Канаді, не має статусу окремої юридичної особистості в Україні.

[135] Цей факт доводиться також різноманітними твердженнями, зробленими ФДМ в контексті судових процедур в США щодо цього самого рішення, аж до того, що ФДМ звертався по авторизацію до Уряду України щодо залучення послуг адвокатів та кожного кроку по своєму захисту у цій справі. Це також підтверджується заявами, зробленими на власному веб-сайті ФДМ, поданими у якості доказів:

“Стосовно широко поширеного у засобах масової інформації повідомлення про арешт в Канаді українського літака за поданням TMR Energy Limited проти України в особі Фонду державного майна України, Фонд державного майна надає наступну інформацію.

Було подано відповідну апеляцію на рішення арбітражного суду (Стокгольм); однак, оскільки вказане рішення набуло законної сили, TMR Energy Limited ініціювала в багатьох країнах процедур проти Фонду державного майна стосовно визнання цього рішення на території інших країн.

Таким чином, на даний момент, рішення Федерального суду Канади про визнання та забезпечення виконання на території Канади рішення

арбітражу від 30 травня 2002 року набуло чинності. В зв'язку з цим, TMR Energy Limited має право на здійснення заходів щодо арешту та конфіскації майна України, розташованого на території Канади.”

[136] Мої висновки завершуються трошки іншим формулюванням, на основі доказів, отриманих під час перехресного опитування професора Довгерта, під час якого він засвідчив, переконливо на мою думку, що під час виконання функцій з приватизації та управління активами (а ці функції виконувалися у ситуації, що призвела до появи рішення), ФДМ не має повноважень діяти іншим чином, аніж від імені держави, та не може брати на себе будь-які зобов'язання, окрім державних. На погляд професора Довгерта, Стаття 39 Закону про власність, що встановлює відповідальність державної установи коштами, що є в її розпорядженні, може застосовуватись лише до тих дій ФДМ, які покликані задовольнити його власні потреби (оренда приміщень, закупівля офісної техніки, тощо). Навіть тоді, професор Довгерт вважає, що Стаття 39 не визнає або створює незалежного юридичного існування державних установ, а продовжує традицію ще радянської практики про те, що при поданні позовів проти держави потрібно було вказувати конкретно, з якого саме рахунку Казначейського фонду повинні були сплачуватись гроші.

[137] АНТК заявив про те, що позиція TMR щодо того, що ФДМ не є окремою юридичною особою, сама себе спростовує, оскільки в цьому випадку ніякий позов чи арбітраж не можна було б ініціювати проти неіснуючої особи, та позов можна було б правомірно подати лише проти України. Ці аргументи не можна підтримати. TMR почала арбітражні процедури проти сторони, вказаної в контракті. “Процедури здійснення захисту прав та інтересів України”, що мали в Україні чинність на час арбітражу та були представлені мені як докази, встановлюють, що уряд України повинен інформуватися про всі судові справи, у яких задіяні центральні органи виконавчої влади, такі як ФДМ, та повинен погоджувати та авторизувати стратегію захисту у таких справах. Таким чином, Україна була обізнана про весь процес, та диктувала від імені ФДМ стратегію захисту, від ініціації арбітражу до слухання справи мною. Я вважаю, що будь-які посилання на ФДМ під час цих процесів, та будь-які його дії чи бездіяльність були діями чи бездіяльністю України. Таким чином, реєстраційний наказ є чинним рішенням проти України, незважаючи на те, як було названо відповідача.

ВОЛОДІННЯ ЛІТАКОМ

А. Проблеми та правові принципи, що застосовуються

[138] Я визначила, що боржником по справі є Україна. Сторони погоджуються, що АНТК – це державне підприємство (а не державна установа), і хоча воно цілком є власністю держави, воно є чітко визначеною окремою юридичною особою. Воно може володіти майном, працює на основах самостійного фінансування, має право укладати угоди про взяття на себе зобов'язань, подавати позови та відповідати по позовах на власне ім'я, організувати захист без втручання уряду України та управляти власними справами.

[139] У експертних свідченнях, поданих мені, не піддавалося сумніву те, що формальне право власності на Літак має Україна. Однак, та це також не заперечується, Літак “належить”, “утримується”, “призначений” та “знаходиться у володінні” АНТК на основі права на господарювання. Право на господарювання є концепцією, що невідома західним правовим системам. Це концепція, утворена за радянською правовою системою, у той час, коли приватна власність не дозволялася, та вона застосовується виключно до державного майна «переданого» державним підприємствам. Закон України не дозволяє, щоб майно, яким володіють приватні особи, набувалося чи розподілялося за правом господарювання.

[140] АНТК заявляє, що право на господарювання є правом власності, та що воно настільки широке, що зводить “право власності” України до звичайної юридичної формальності. ТМР не погоджується.

[141] АНТК спочатку вказував, але потім відмовився від аргументу, що формальне право власності не може арештовуватись. Можливо, за загальним правом це було колись вірно, однак наразі *ЖЕА* настільки широко визначає поняття майна, що включає в нього будь-яке цінне право чи інтерес боржника в майні, включаючи й формальне право власності.

[142] АНТК також спочатку заявляв про те, що арешт може мати законну силу лише якщо боржник за законом є власником заарештованого майна. Як ми побачимо пізніше, право господарювання включає в себе право власності на актив. Знову ж, *ЖЕА* чітко знімає це застаріле твердження у підрозділі 73(2): “Шериф може арештувати особисте майно, якщо є розумні підстави вважати, що боржник має у ньому інтерес, що підлягає стягненню”. АНТК пізніше відмовився від цієї позиції, та цілком слухано.

[143] Таким чином, оскільки боржник за рішенням (Україна) є принаймні формальним власником Літака, арешт літака був та

залишається чинним, незважаючи на те, що АНТК володів літаком на момент арешту та має права, повні чи часткові, на володіння ним.

[144] Однак, справа тут не закінчується. АНТК заявляє про свої права на літак, які, навіть якщо й не є достатніми з точки зору закону України для того, щоб відмінити арешт, тим не менш повинні бути розглянуті для того, аби визначити природу та ступінь інтересів України у Літаку, який може бути проданий на виконання рішення.

[145] Перше питання, яке на мою думку потрібно розглянути, є те, чи за законодавством України право власності України на Літак включає право його продажу, оскільки насправді, шериф має право продавати лише те майно, право продажу якого має боржник. Якщо відповідь на перше питання є стверджувальною, потрібно буде розглянути, чи включають права АНТК за правом господарювання в себе частку чи інтереси в Літаку, які повинні компенсуватися при продажу Літака.

[146] Хоча між сторонами немає заперечень щодо законодавства, яке повинен застосовуватись до цього конфлікту, аналіз цього питання проведений у “Конфлікті законів” Мак-Леода, та він є корисним гідом при проведенні цієї роботи:

Правило 86: Право власності чи майнове право у матеріальному рухомому майні набутому або у володінні згідно *lex situs* на момент передачі залишається чинним незважаючи на зміну *situs*, якщо та до того як ці права відмінюються вищим правом власності чи майновим правом, належно набутих згідно закону *situs* під час більш пізньої трансакції.

Якщо стосовно рухомого майна було здійснено лише одну трансакцію, усе зрозуміло: майнові права та права власності повинні визначатися лише за *lex situs* на момент передачі. Якщо товар переходить у інший *situs*, права, набуті чи збережені за *lex situs* на момент передачі повинні визнаватися та захищатися у наступному *situs*. Факт, що трансакція не може змінити право власності чи майнове право в новому *situs* є неважливим.

Однак, якщо стосовно того самого майна відбувається друга трансакція, ситуація стає більш суперечливою. Загальновизнаним правилом згідно *Cammell v. Sewell* [(1858), 157 E.R. 1371 (Ex. Ch.)] є те, що право власності чи майнове право на матеріальний об'єкт рухомого майна, набуте у відповідності до *lex situs* на момент передачі є чинним, та повинне визнаватися у всьому світі, незалежно від зміни *situs* якщо та до того як ці права не будуть відмінені новим правом власності чи майновим правом третьої особи на основі іншої трансакції у відповідності до *lex situs* на момент наступної трансакції.

Старе право власності замінюється новим незважаючи на те, чи було проведено передачу майна за погодження справжнього власника.

Таким чином, якщо злодій краде матеріальне рухоме майно в одній країні та продає його під час законної угоди, згідно *lex situs* на момент другого продажу, права на майно передаються новому покупцеві, та він отримує законне право власності. Покупець не повинен визначати іноземне право власності продавця, бо цей процес може уповільнити вільний товарообмін. Таким чином, якщо товар було перевезено з країни Х. до країни Y. та продано в країні Y., або заарештовано в країні Y., нове право власності, отримане за законом країни Y, переважатиме попереднє право власності.

Та на сторінках 213 та 214:

Правило 46: Суд завжди повинен застосовувати процедурні вимоги країни, де відбувається засідання, та не буде застосовувати закони *lex causae*.

Розподіл права на матеріальне та процедурне є спільним процесом для всіх систем конфлікту закону. Правило, яке вказане вище, містить два окремі правила: (1) суд повинен застосовувати лише матеріальне законодавство *lex causae*; та(2) суд завжди повинен застосовувати законодавство своєї країни по всіх процедурних питаннях.

З практичної точки зору неприйнятно мати різні процедурні закони для внутрішніх справ та для справ із залученням інших держав. “Процедура” в цьому сенсі включає в себе такі питання як інститут процедур, послуг, форм рішень та забезпечення виконання.

[...]

Характеристика положення закону, як матеріального так і процедурного, здійснюється у відповідності до визначень *lex fori*. Суд визначає природу закону та його характеристики в його контексті. Після цього приймається рішення про те, чи відповідає закон та його характеристики визначенню процедури в країні, де слухається справа. Характеристика цього закону іноземними судами, хоча й не є обов'язковою для місцевого суду, є фактором, який слід брати до уваги.

[147] Будь-яке право на Літак, що виникло в Україні, повинне визначатися згідно з законом України з метою визначення того, якими відповідно є права АНТК та України. Однак, якщо ці права розширені, обмежені, або є під впливом застосування законів України щодо неможливості арешту, виконання чи забезпечення виконання рішення, ці закони України не можуть застосовуватися, та слід звернутись до застосування законів Канади.

[148] Окрім того, хоча чинність та природа прав АНТК регламентується законами України, застосування цих прав до третіх сторін, які придбають Літак після його продажу Шерифом, повинне підпорядковуватись законам Канади.

В. Докази

[149] Професор Довгерт та пан Батюк з TMR подали експертні свідчення з цього приводу. Свідчення Володимира Н. Захватаєва було також подане стосовно значення (або його відсутності) визначення АНТК як “власника” у реєстраційному сертифікаті Літака. Оскільки статус України як власника Літака (принаймні формально) більше не ставиться під сумнів, ці докази не будуть обговорюватись.

[150] Від АНТК було подано експертні свідчення професора Щербини та пана Зуба стосовно законодавства України, а також було подано експертне свідчення доктора Дмитра Семеновича Киви, Головного конструктора АНТК. Сторони погодилися, що свідчення пана Киви повинні розглядатися судом лише стосовно фактичних питань, за виключенням усіх правових висновків, що містяться у них, оскільки доктор Кива не має відповідної кваліфікації для надання правової оцінки.

[151] Так само як я вчинила стосовно визначення особи боржника, я почала з вивчення тих положень правових текстів, які я вважаю найбільш важливими, зробила попередні спостереження, а потім порівняла ці спостереження з позиціями експертів.

1. Законодавство: Закон про власність, Стаття 37, Стаття 48, Стаття 55; Закон України про підприємства в Україні (Надалі – Закон про підприємства), Стаття 2, Стаття 10 [Перша частина цього параграфу повторює Статтю 37 Закону про власність], Стаття 13; Статут державного підприємства [АНТК]:

4.2. Держава володіє майном компанії, на яке компанія має право господарювання. (...)

4.4. Передача засобів виробництва, що належать державі та якими користується компанія, повинна затверджуватись міністерством чи іншим органом державної влади підпорядкованим Кабінету міністрів України та уповноваженим на управління державним майном.

Кошти, отримані в результаті такої передачі активів, повинні використовуватися лише з метою інвестування.

4.7. Усі збитки компанії в результаті порушення її майнових прав особами, юридичними особами та органами державної влади повинні компенсуватися у відповідності до рішення суду або арбітражу;

Закон України про встановлення мораторію на примусове відчуження майна (надалі – Мораторій).

[152] У відповідності до цих положень, Літак належить Україні. Він наданий АНТК на праві господарювання. Право господарювання стосується лише державних підприємств. Це право включає в себе право користування, володіння та розпорядження державним майном, однак, оскільки за погодженням усіх сторін, Літак є засобом виробництва, право АНТК на розпорядження Літаком не включає в себе права продажу або відчуження без відповідного дозволу держави. До того ж, кошти, отримані від продажу Літака, не можуть використовуватися з будь-якою іншою метою, окрім інвестування.

[153] Вказане вище не заперечувалося жодною стороною. Здається, подальше вивчення не потрібне. Очевидно, що якщо визначати право власності з метою забезпечення виконання рішення, та право продажу майна, то це право стосовно Літака належить Україні, а не АНТК. Однак, АНТК та його експерти заперечують те, ще Держава Україна має право продати Літак на власний розсуд, тому я повинна продовжити дослідження.

[154] Перед тим, як розглянути позиції експертів, я хочу зазначити, що законодавство, представлене сторонами в якості доказів, не містить положень стосовно: механізму, за яким держава передає майно державним підприємствам, та чи можливе відкликання цього майна; або чи може державне підприємство продавати, передавати чи відчужувати право господарювання (хоча якщо б така можливість існувала, передача була б можлива лише до інших державних підприємств, оскільки право господарювання не може використовуватись іншими типами юридичних осіб).

2. Експерти:

а) Аналіз власності на основі концепції відповідальності та забезпечення виконання

[155] Експерти АНТК сконцентрували свої думки навколо концепції відповідальності. Більш конкретно, навколо часто повторюваного правового принципу про те, що засновник чи власник юридичної особи не несе відповідальності за зобов'язаннями цієї особи, а юридична особа не несе відповідальності за зобов'язаннями її власника, вони побудували концепцію, що дозвіл на арешт та продаж майна, яким володіє АНТК на праві господарювання, для погашення боргів України, означає покладання на АНТК відповідальності за борги України. Дослідження в цій сфері були проведені паном Батюком,

експертом ТМР, який безпосередньо визначив, чи дозволяє законодавство України арешт задля погашення боргів держави державного майна, що перебуває у володінні АНТК. Пан Батюк знайшов докази того, що це можливо. АНТК дуже докладно підійшло до дискредитації заяв пана Батюка. Окрім того, АНТК підняло планку шляхом дослідження того, чи можуть за законом України кредитори арештовувати активи АНТК, якими воно володіє на праві господарювання, на погашення його власних боргів. Експерти АНТК вказують, що за винятком Мораторію 2001 року, кредитори державних підприємств можуть забезпечити виконання рішень проти державних підприємств шляхом арешту та продажу державного майна, наданого ним на праві господарювання.

[156] Я зовсім не впевнена в тому, що відповідь на ці питання може допомогти для визначення того, хто володіє Літаком по цій справі. Як я вказала, закони України стосовно арешту та забезпечення виконання рішень мають процедурну природу, та не можуть застосовуватися в цьому випадку. Я погоджуюсь, що без застосування законодавства України до забезпечення виконання рішення, потрібно мати розуміння того, чи відповідні права АНТК та України на Літак є майновими в Україні, та закони України можуть прояснити природу цих прав. Тим не менш, як я вказала вище, очевидно, що правова концепція відповідальності в Україні відрізняється від нашої. Таке недосконале розуміння концепції відповідальності за законом України та її взаємодії з існуючими методами та процедурами забезпечення виконання рішень в Україні значно обмежує корисність та надійність цього методу аналізу. Насправді, коли пан Батюк використовує коментарі трьох авторів до ЦК України з метою підтримки своєї точки зору про те, що державне майно надане державному підприємству на праві господарювання може бути заарештоване на задоволення позову проти держави, ці три автори написали довге застереження стосовно того, що потрібно розрізняти матеріальні та процедурні значення “арешту”, “відповідальності” та “задоволення за рахунок майна”. Автори завершують своє застереження вказуючи, що:

“Немає правових підстав тлумачити коментар до Статті 32 ЦК таким чином, що він надає можливість арешту державного майна без відповідного рішення суду, юрисдикція якого була визнана Україною.”

[Моє підкреслення]

[157] Таким чином, з цього коментарю можна зробити висновок, що відповідальність за законом України, майно, за рахунок якого може бути задоволений позов, а також конкретні положення рішення суду мають взаємний складний зв'язок.

[158] До того ж, оскільки це питання впливає на результат, я вважаю, що дебати експертів щодо того, чи активи держави, які були передані державним підприємствам, можуть арештовуватись та продаватись на виконання рішень суду проти держави або самого підприємства, носять чисто теоретичний характер. Вони не відображають стану законодавства України, через ту просту причину, що законодавство України не вирішує цього питання та не надає відповіді на нього. Перехід економіки України до ринкових відносин та її правової системи до системи, що визнає приватну власність та підприємництво, просто захопив її правове поле, та нові закони, прийняті на підтримку вільної ринкової економіки судячи з усього не приймалися за плановою програмою реформування законодавства. Основні закони України, що були процитовані мені, є поєднанням радянського законодавства (наприклад, ЦК України, прийнятий у 1963 році) а також законів, прийнятих у 1991 році, у які майже щороку вносяться поправки законами та президентськими наказами (наприклад, Закон про власність та Закон про підприємства). Беручи до уваги обсяг роботи щодо трансформації радянської правової системи у ринкову систему, та швидкість, з якою це було зроблено, не дивно, що результат є хаотичним, надлишковим та конфліктуючим. В цьому контексті, визнання того, що логічного вирішення правової колізії може просто не існувати, видається більшою повагою до законодавства України, аніж спроби визначення рішення на основі “логіки” наших правових інститутів у правовому полі України.

[159] Хоча Мораторій є процедурним документом, й тому, у відповідності до наших правил конфлікту законів, не може застосовуватись до спору, що розглядається цим судом, він містить, на мою думку, один з найбільш важливих факторів для визначення відповідних прав України та АНТК на літак з метою забезпечення виконання рішення суду. Мораторій містить визнання законодавцем України того, що особливий статус державного майна яким володіють державні підприємства не визнаний та захищений відповідним чином законодавством України щодо забезпечення виконання судових рішень. Мораторій зокрема вказує на захист інтересів держави в процесі примусового відчуження майна, та встановлює вимогу щодо внесення змін у правовий механізм примусового відчуження майна. Це говорить про те, що Україна вважає, що вона має першочерговий економічний інтерес у активах, що є державною власністю, який опиняється під загрозою коли ці активи стають об’єктом примусового відчуження, та що існує фундаментальний конфлікт чи невідповідність між

законодавством про власність та законами про примусове виконання судових рішень, коли вони застосовуються до цієї категорії активів.

[160] Він також містить наголос на тому, що право господарювання є продуктом радянської соціалістичної системи. Радянська концепція власності не визнавала приватної власності, особливо стосовно засобів виробництва. Таке майно надавалося у користування підприємствам та кооперативам, однак, ця передача не відбувалася на користь цього підприємства чи кооперативу, а задля відповідного використання ресурсів на благо народу. Важко уявити собі, яким чином система відповідальності, яка базується на компенсації фінансових збитків, що забезпечується примусовим продажем майна боржника, може вписатися в цю концепцію. Концептуально не може бути користі стороні, яка понесла збитки, від того, щоб забрати активи у установи, яка ефективно використовує їх, це не стало б покаранням для того, хто заподіяв шкоду та не створило б коштів для компенсації стороні, яка понесла збитки, оскільки це майно не можна було б продати. Положення Закону про власність, які покликані консолідувати та захищати володіння підприємства активом та його здатності користуватися активом як власника, мабуть, було б бажано змінити для підвищення здатності підприємства продуктивно використовувати актив; ці положення є сумісними з радянською системою володіння майном. Однак, коли ці самі положення стають віхою, якою вимірюється власність з метою забезпечення виконання рішень суду згідно правової системи на основі ринкової економіки, ця несумісність правових концепцій стає очевидною. Я не вважаю, що права господарювання чи користування були створені з урахуванням системи примусового виконання рішень суду за рахунок майна. Насправді, у ступені, в якому законодавство України можна тлумачити чи застосовувати до арешту та продажу державного майна що перебуває у володінні державних підприємств, для задоволення їхніх боргів, я вважаю, що цей результат суперечив би принципам та філософії радянського режиму володіння майном, та що Мораторій було прийнято на визнання цього факту.

[161] Нарешті, навіть взявши до уваги те, що законодавство України щодо примусового виконання судових рішень не може застосовуватись у цьому суді та використовуватись для визначення природи прав України та АНТК на Літак, я хочу зазначити, що я не була переконана доказами, поданими АНТК щодо того, що законодавство України не дозволяє примусового виконання зобов'язань України за рахунок Літака. Більшість документів на підтримку цього твердження надано у експертному свідченні пана Зуба в формі заяв наукового

характеру від різних наукових установ, листів п.п. Притики, Карабана та Ротаня, а також рішень суду. Докладно переглянувши ці докази, я вважаю, що основні заперечення проти арешту Літака та його продажу за борги держави носять процедурний характер. З матеріалу, поданого мені, видається, що для того, щоб виконати рішення суду за рахунок примусового продажу майна за законом України, необхідне відповідне рішення суду, в якому повинне бути вказано майно, за рахунок якого буде погашено борг. Таким чином, видається, що автори поклалися на висновок пана Зуба стосовно неможливості арештувати Літак в цьому випадку через відсутність рішення українського суду, яким би дозволялося задоволення позову за рахунок примусового продажу Літака. Я не знайшла у матеріалах, на які посилається в своєму експертному свідченні пан Зуб, жодного прямого твердження щодо того, що український суд не міг би винести такого рішення. Намагання пана Зуба у його свідченнях розширити повноваження відповідних установ на цю справу видаються абсолютно непереконливими.

б) Аналіз власності на основі матеріальних положень

[162] Завершивши роботу з експертними оцінками та заявами в частині стосовно відповідальності та забезпечення виконання рішень, є лише декілька додаткових елементів, які можна зібрати з їхніх свідчень та заяв з метою визначення природи прав АНТК та України на Літак.

[163] Професор Довгерт під час перехресного опитування заявив, що незважаючи на положення Закону про власність та Закону про підприємства, держава має право відбору державного майна у одного підприємства та передачі до іншого, якщо немає відповідних обмежень щодо цього у статуті підприємства. На думку професора Довгерта, положення, що стосуються прав захисту майна у разі “власності” за правом господарювання, розроблені для того, щоб ці “власники” мали у своєму розпорядженні засоби *in rem*, які зазвичай мають справжні власники. Однак, в тому що стосується відносин між державою та державними підприємствами, держава залишається власником майна, та як власник зберігає повне право розпоряджатися цим майном так само як будь-який інший власник.

[164] Професор Щербина не висловлювався стосовно того, чи може держава відібрати активи, що є державним майном, у державного підприємства. Що стосується пана Зуба, його заява базується лише на правовій експертизі Законодавчого інституту Верховної Ради України (додаток “С” до його свідчень), яка в свою чергу базується лише на положеннях Статті 13 Закону про підприємства. Стаття 13.1 стосується

безпосередньо експропріації. Я не впевнена, що експропріація є тим самим, що й відібрання майна, наданого державою, на яке держава продовжує зберігати право власності. Експропріація – слово сильне та конкретне, навіть з огляду на складнощі перекладу. Воно має значення відібрання державою приватного права власності на свою користь. Стаття 13 Закону про підприємства має загальне застосування до усіх типів підприємств та майна, включаючи приватні підприємства, які повністю володіють своїм майном, не отримуючи прав від держави. За відсутності конкретного посилання на припинення права господарювання, я б не тлумачила Статтю 13.1 настільки широко, як пропонує пан Зуб. Інша частина Статті 13 забезпечує компенсацію порушень майнових прав шляхом відшкодувань. Автор (чи автори) правової експертизи не могли бути піддані перехресному опитуванню, та їхнє коротке твердження на має подальшого пояснення чи контексту. Загалом, я знову вважаю, що погляди професора Довгерта є більш обґрунтованими.

[165] Відібрання державного майна шляхом корпоратизації обговорювалося під час перехресного опитування експертів. АНТК представило ці докази як такі, що означають, що єдиний спосіб, яким держава може припинити право АНТК на господарювання, є корпоратизація, в результаті якої АНТК стало би приватною корпорацією та його активи, що попередньо належали підприємству на праві господарювання, будуть передані йому на повному праві власності. Свідчення експертів не настільки чіткі. До того ж, факти у рішенні стосовно корпоратизації ЛНЗ суперечать цьому твердженню. Як вказують факти в рішенні та арбітражному розслідуванні, ЛНЗ (Лисичанський нафтопереробний завод) був державним підприємством, коли заснував спільне підприємство Лісойл. ЛНЗ пройшов корпоратизацію та став Ліносом, відкритою акціонерною компанією. Всупереч позиції АНТК з цього питання, ФДМ став правонаступником ЛНЗ та арбітраж підтвердив, що майнові інтереси ЛНЗ у Лісойлу перейшли під час корпоратизації не до Ліносу, а до ФДМ. Таким чином, видається, що коли проходить корпоративна реорганізація державних підприємств, повна власність на об'єкти державного майна переходить державі.

[166] Професор Щербина та пан Зуб висловили думку, що право господарювання є чимось більшим за договірне право володіння та користування, що це “реальне право власності”. Хоча цю позицію не коментував безпосередньо професор Довгерт, його позиція стосовно права держави на відібрання майна, постійного статусу держави як

власника майна та функціонування положень, що надають рівний захист прав особам, що мають активи на праві господарювання, вказує на відмінну точку зору.

[167] Нарешті, професор Щербина та пан Зуб спробували провести паралелі між правом господарювання та концепцією трестів у загальному праві, та дійшли висновку про те, що інтерес держави в Літаку носив лише формальний характер, а інтереси АНТК є інтересами справжнього власника. З експертних свідчень пана Зуба та перехресного опитування професора Щербини стає зрозумілим, що жоден з них повністю не розуміє закону про трести. Визначивши АНТК як власника-бенефіціара, вони не змогли відповісти на питання, хто за аналогією буде довірчим власником, а хто – засновником тресту. За першим поясненням професора Щербини, АНТК також є й довірчим власником та засновником тресту. Обидва експерти приписали власнику-бенефіціару право управління майном тресту. Таким чином, цей аналіз не витримує перевірки, не тільки тому, що обидва експерти мають серйозні пробіли в знанні концепцій загального права щодо трестів, але й тому, що на мою думку аналогія між двома концепціями не відповідає їхньому історичному розвитку та меті. На мою думку, цією спробою обидва експерти серйозно зашкодили своєму іміджу. Аналогія неприродна та притягнута за вуха, та виникає думка, що експерти зробили цей коментар за порадою адвокатів, не провівши при цьому достатнього самостійного розгляду чи аналізу.

[168] Кращою точкою для довідок щодо трестів було б цивільне законодавство стосовно розділення права власності, яке конкретно визначається та визнається, наприклад, Цивільним Кодексом Квебеку. Якщо існують інститути, який у відомих західних правових системах може бути порівняний із правом господарювання для розуміння його значення, то це, на мою думку, право узурфрукту. Я вважаю, що корисним буде визначення кількох основних положень ЦК Квебеку щодо узурфрукту.

[169] Спільні риси між правом господарювання та узурфруктом легко можна побачити: право користування та володіння майном, але не право відчуження (ст. 1120), можливість забезпечення прав, наданих проти власника та третіх осіб (ст. 1119 та 1125). Ставлення до цього права як до права *in rem*, як компоненту власності (ст. 1119). Розбіжності також є очевидними: за правом господарювання особа не зобов'язана зберігати майно (ст. 1120 та 1167). Здається, що немає обмеження тривалості права господарювання (ст. 1123). Умови, на яких право господарювання може бути припинене, не вказуються, та згідно з

точкою зору професора Довгерта, припинення цього права відбувається за рішенням держави (ст. 1162). Відповідні права власника та володаря права господарювання не можуть передаватись, оскільки це право, обмежене відносинами між державою та державним підприємством (державне підприємство може передавати свої права іншому державному підприємству, але немає положення, яке конкретно дозволяє це) (ст. 1125, 1135, 1136).

[170] Автори “науково-практичного коментарю до цивільного законодавства України” описують право господарювання наступним чином (Додаток J до експертного свідчення Ігоря Зуба, та сторінка 94 його перехресного опитування):

“За своєю структурою, право господарювання подібне до права власності, тобто включає у себе право володіння, використання та розпорядження майном. Беручи це до уваги, Частина 1 Статті 37 Закону України про власність встановлює, що правила, які регулюють власність, застосовуються до права господарювання, якщо інше не встановлено законодавчими актами України.

В той самий час, право господарювання не може бути повним еквівалентом права власності, оскільки частина цього права, прямо чи опосередковано пов’язана із розпорядженням державним чи комунальним майном, закріплена за органами управління цим майном. Таким чином, право господарювання завжди буде за обсягом (змістом) більш вузьким ніж право власності.”

[171] Надалі, аналіз пана Зуба вказує, що згідно із законодавством України, право власності має три складові: користування, володіння та розпорядження. За правом господарювання, перші два компоненти передаються державному підприємству, а право розпорядження розділяється між державою та державним підприємством.

[172] Термінологія та структура цього аналізу концептуально є теорією цивільного права щодо розподілу права власності, а більш конкретно, права узуфрукту. Основною відмінністю між двома концепціями є те, що за правом узуфрукту право розпорядження повністю залишається власнику, а за правом господарювання право розпорядження шляхом використання впродовж терміну придатності передається державному підприємству, а право розпорядження шляхом відчуження залишається державі.

[173] Звичайно, право господарювання не є правом узуфрукту, як ми знаємо його в Квебеку, та цивільний кодекс Квебеку не може використовуватися як джерело закону для заповнення пробілів у законодавстві України або тлумачення його норм. Однак, легкість, з

якою можна було зробити порівняння між цими двома концепціями, забезпечує порівняльні рамки, у яких можна оцінити природу відповідних прав України та АНТК, та визначити, хто є справжнім власником Літака.

[174] Було б привабливо продовжити аналіз права господарювання із застосуванням інструментів та конструкцій цивільного законодавства Квебеку, та визначити, чи це право насправді є розподілом права власності, яке може отримати статус права *in rem*, або просто особистого права, як було вчинено цим судом стосовно продажу прав на полювання та рибалку по справах *Boucher v. Canada*, [1981] F.C.J. No. 607 (підтверджено у [1984] F.C.J. No. 301) та *Boucher v. Canada*, [1990] F.C.J. No. 710. В рамках такого аналізу, я скоріш за все прийшла б до висновку, що оскільки права АНТК є ненадійними (держава може відкликати їх у будь-яку мить) та оскільки жодна із сторін не може передавати свої права третім особам, право господарювання не може бути визнане як справжнє право власності. Однак, це означало б проігнорувати цілі та наміри законодавців України, які створили та ставляться до цього права, як до типу права власності.

[175] Я вважаю, що передача Літака до АНТК Україною на праві господарювання є еквівалентом розділення права власності, та Україна й АНТК мають чинні права власності щодо Літака. Той факт, що АНТК має левову частку прав власності стосовно прямої економічної цінності, жодним чином не змінює реальності, чинності та цінності прав України.

[176] Хоча експерти АНТК намагаються представити права держави як чисто адміністративні та наглядові, я не поділяю такої точки зору. Україна може бути «формальним власником» літака, однак, це право містить в собі прав передачі права власності при корпоратизації, а також право припинення права АНТК на господарювання, передачі Літака іншому підприємству, або, наскільки я розумію, держава може й просто його відібрати. За законом України, держава залишається власником Літака. Її права так само захищені законом, як і права АНТК. АНТК має право господарювання не за законом України, а в результаті передачі йому Літака державою. Закон визнає та захищає права АНТК аж доки Літак залишається приписаним до цього підприємства. Мені не було представлено жодного положення законодавства України, яке б забороняло державі припинити цю приписку.

[177] Поки Літак наданий АНТК на праві господарювання, держава не має права наказати АНТК продати його, або втручатися в питання його використання та експлуатації АНТК; в цьому контексті, держава має повноваження лише погоджувати чи не погоджувати пропозиції

АНТК стосовно продажу Літака. Однак, якщо Літак буде продано, кошти залишаються в розпорядженні держави, оскільки прибутки можуть за законом використовуватися лише з метою інвестування, а інвестиції будуть зроблені у майно, що буде власністю держави, наданою на тому самому праві господарювання. Нарешті, держава має право припинити надання Літака АНТК, таким чином, припиняючи усі майнові права АНТК на Літак. Консолідація власності або повернення у повну власність належить державі, а не АНТК.

[178] Немає сумніву, що право власності України на Літак має значну цінність: держава має повне право власності на Літак, яке обумовлене лише правом господарювання АНТК на час існування цього права. Безперечно, Літак може бути заарештований та проданий згідно *ЖЕА* як власність України.

ЗАХИСТ ПРАВ АНТК ПІД ЧАС ПРОДАЖУ ЗА РІШЕННЯМ СУДУ

[179] В контексті міркувань щодо державного імунітету від виконання рішення суду, які будуть вказані нижче, тепер постає питання про те, чи повинен продаж Літака відбуватися з урахуванням прав АНТК, та якщо так, яким чином повинні ці права бути захищені. Це питання носить чисто процедурний характер та до нього можуть застосовуватися лише закони Ньюфаундленду, згідно підпункту 56(3) Акту про федеральні суди.

[180] Відповідні положення *ЖЕА* є наступними:

48.(1) У цьому Акті, посилання на інтерес у майні, що підлягає судовому рішенню, означає підпорядкування правам та інтересам кредитора, який зареєстрував рішення.

(2) інтерес у майні, що підлягає судовому рішенню, також підпорядковується правам та інтересам представника кредиторів, включаючи довірену особу у питаннях банкрутства, з метою забезпечення прав кредитора, який зареєстрував рішення суду.

(3) Якщо інтерес у майні підпорядкований судовому рішенню,

(a) майно підлягає процедурі забезпечення виконання рішення, таким самим чином, як майно, в якому не було б підпорядкованих інтересів; та

(b) особа, що отримує майно в результаті процедури забезпечення виконання рішення суду, отримує його вільним від підпорядкованих інтересів.

(4) Інтерес у майні, що підлягає судовому рішенню, підпорядкований розміру коштів, що перевищує розмір боргу, стягнення

якого забезпечується, на момент здійснення забезпечення виконання рішення шляхом продажу майна.

62.(1) У відповідності до Підпункту 48(3), пунктів 107 та 165, під час продажу майна в результаті процедури забезпечення виконання рішення суду,

(а) особа, що купує майно, отримує лише інтерес боржника у майні; та

(б) продаж майна не повинен негативно впливати на права та інтереси інших власників майна.

(2) Незважаючи на положення підпункту (1), покупець майна, проданого на забезпечення виконання судового рішення, отримує права та інтереси, які міг би передати боржник стосовно майна, яке продається, покупцю на час здійснення продажу цього майна.

[181] Положення пунктів 49 – 61, що визначають підпорядковані інтереси, не можуть застосовуватися до інтересів, що має АНТК. Вони стосуються: подальших інтересів, включаючи продаж, здійснений після реєстрації до виконання рішення; поліпшення, врожаї, що визрівають; оборотних документів; ринкових акцій; прав та інтересів, інших ніж інтереси у землі та особистому майні; прав накладання арешту на майно боржника; та земельних інтересів.

[182] Таким чином, не видається, що інтерес, що походить від розділення права власності, яке відбулося до реєстрації до виконання рішення суду, підпорядковується цій реєстрації. Інші винятки з пункту 62 також не можуть застосовуватися у цьому випадку (пункт 107 стосується спільної оренди землі, а пункт 165 стосується позовів на майно, зроблених поза межами встановленого часового терміну). Яким же чином можна застосувати положення пункту 62 JEА до прав АНТК стосовно продажу Літака?

[183] За правом господарювання АНТК просто не може продати Літак. Чинність та результати продажу Літака по цій справі визначатиметься у відповідності до законів Ньюфаундленду. Ньюфаундленд не визнає розділення прав власності як прав *in rem*, та не має механізмів створення цих прав або продажу цих прав. Навіть якщо можна було б створити наказ, що визнає ці права та захищає права АНТК *vis-a-vis* потенційного покупця, сам факт продажу третій стороні припинить право АНТК на господарювання, оскільки існування такого права можливе лише у відносинах між Україною та державними підприємствами України.

[184] Чи може правова неможливість збереження особливого типу власності, створеного іноземним законодавством, поставити Літак поза

межами виконавчого процесу, що проводить цей суд? Відповідь на це питання очевидна: не повинна та не може.

[185] Механізми забезпечення рішення суду за рахунок майна спрямовані на встановлення делікатного балансу між правами кредиторів за рішенням суду та правами інших осіб, що мають зацікавленість у майні боржника. Літак є активом, який має очевидну економічну цінність. Це не тільки рухоме матеріальне майно, це майно, призначенням якого є здійснення міжнародних перевезень. АНТК та Україна мають цінні майнові інтереси у цьому активі. АНТК та Україна не діють на договірній основі, АНТК є повністю власністю України. Україна не є жертвою свого законодавства, вона є його автором. Правова система України зараз визнає право приватної власності та оперує в умовах ринкової економіки. Володіння активами на праві господарювання, хоча і є пережитком минулих радянських часів, залишається чинним та законним правом власності в Україні, та немає сумніву, що Україна мала правові підстави для його збереження. Однак, коли Україна та АНТК вирішують відправити за межі країни цінне майно, права на яке обох сторін невід'ємно зв'язані за типом власності, що існує лише в цій країні, вони ризикують тим, що їхні права будуть підтримані або скасовані разом.

[186] Міжнародна тенденція, що сформувалася під впливом зростання обсягу міжнародної торгівлі, полягає у намаганнях забезпечити безпеку та чинність прав, створених за іноземними законами. Канада підтримує цей розвиток. Суд не мав би заперечень проти визнання та підтримки права на господарювання, що існує між Україною та АНТК. Однак, визнання цих прав не може мати наслідком те, щоб цінне комерційне майно, законним чином виявлене на території Канади, опинилося поза досвідом законних кредиторів за рішенням цього суду.

[187] Я визначила, що за законом України, держава має право відібрати Літак у АНТК, припинивши таким чином права АНТК за правом господарювання. Продаж Літака за рішенням суду матиме той самий ефект. Літак, таким чином, буде продано як майно Держави Україна без обтяження його будь-якими правами АНТК.

ІМУНІТЕТ ВІД ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ

А. Законодавство, що може застосовуватись

[188] Незважаючи на заяву АНТК про власність Літака, Україна заявила про імунітет Літака від виконання рішення, як військового майна, згідно підпункту 12(3) Акту про державний імунітет. Відповідні

положення пункту 12 Акту про державний імунітет мають наступне формулювання:

12. (1) Згідно підпунктів (2) та (3), майно іноземної держави, яке знаходиться в Канаді, має імунітет від забезпечення виконання рішення суду, та у разі справи in rem, від арешту, затримання, конфіскації та переходу у казну, окрім випадків, коли

(а) держава прямо чи опосередковано відмовилася від імунітету від забезпечення виконання рішення суду, арешту, затримання, конфіскації та переходу у казну, окрім випадку, коли іноземна держава відкликала свою відмову від імунітету згідно будь-яких умов, що дозволяють здійснити таку відмову;

(б) майно використовується, або має цільове призначення для господарської діяльності; або

(с) виконання стосується рішення суду про встановлення прав на майно, отримане в наслідок спадкування чи дарування нерухомого майна, розташованого в Канаді.

(3) Майно іноземної держави

(а) як використовується чи має цільове призначення для військової діяльності, та

(б) яке є військовим за природою, або перебуває під контролем військового органу влади чи оборонного відомства, має імунітет від забезпечення виконання рішення суду, та у разі справи in rem, від арешту, затримання, конфіскації та переходу у казну.

[189] Не ставиться під сумнів існування винятку з загального імунітету державного майна, встановлене пунктом 12(1)(b). АНТК використовував та мав намір використовувати Літак для господарської діяльності. Тим не менш, Україна вказує на те, що незважаючи на господарське використання Літака АНТК, він підпадає під умови підпункту 12(3) та має імунітет від виконання рішення суду як військове майно. Умови пунктів 12(3)(а) та 12(3)(b) є сукупними. Таким чином, Україна повинна довести, що Літак також використовувався або був призначений для використання з військовою метою (пункт 12(3)(а)) та що він є військовим за своєю природою або був під контролем військового органу влади на час здійснення арешту (пункт 12(3)(b)).

В. Докази

[190] Відповідні факти, отримані з доказів, наданих доктором Кивіою, є наступними:

[191] АНТК, як державне підприємство, діє у підпорядкуванні до Міністерства промислової політики. Діяльність АНТК включає в себе будівництво, оновлення та розвиток існуючих та нових літаків та авіаційного обладнання, використання та технічне обслуговування літаків, а також надання платних вантажних та пасажирських перевезень. АНТК не підпорядкований Міністерству оборони України або Збройним силам України. АНТК не зобов'язаний надавати послуги Міністерству оборони. Якщо АНТК надає такі послуги, це здійснюється на основі контракту, та в минулому АНТК звертався до суду з позовом про стягнення коштів з Міноборони з метою оплати за надані послуги. Якщо коротко, то використання Літака АНТК носить чисто комерційний характер.

[192] Літак був побудований у 1987, це літак моделі АН-124, військовий транспортний літак. До 1991 року, він належав Радянській Армії, та використовувався з військовою метою. У 1992 році, маючи бажання використовувати Літак для цивільних потреб, АНТК перетворив його за 5 мільйонів доларів США у літак АН-124-100, який має власний Сертифікат Типу, що відрізняється від Сертифікату АН-124. Літак зареєстрований у Реєстрі цивільних літаків України, а не у Реєстрі державних літаків України. Характеристики літака АН-124-100 наступним чином описані на веб-сайті АНТК (подано як доказ):

Літак призначений для перевезення на великі відстані важких та крупно габаритних вантажів та різної спеціальної техніки.

Літак має двопалубну компоновку фюзеляжу. На верхній палубі розташовані кабіна екіпажа, кабіна змінного екіпажа і салон для супроводжуваних осіб. Нижня палуба є герметичною вантажною кабіною.

Конструкція і розміри переднього і заднього вантажних люків літака, що закриваються рампами, забезпечують швидке і зручне проведення навантажувально-розвантажувальних робіт.

Бортовий комплекс транспортного устаткування дозволяє без допомоги наземних засобів виконувати завантаження і розвантаження.

Багатостійкове шасі високій прохідності, наявність два ВСУ і механізація вантаження забезпечують автономну експлуатацію літака на малообладнаних аеродромах.

Простота, надійність і безпека експлуатації літака забезпечуються резервуванням систем і їхньою комп'ютеризацією. Бортові комп'ютери об'єднані у чотири основні системи: навігація, автопілот, дистанційне управління та моніторинг.

Унікальні транспортні можливості і високі льотно-технічні характеристики літака підтвержені в комерційній експлуатації, яка відкрила новий сегмент ринку — перевезення великогабаритних і надважких вантажів.

На літаку транспортувалися: 90-тонні гідротурбіни, великогабаритні автокрани «Лібхер», американські кар'єрні самоскиди «Юклід», фюзеляж пасажирського літака Ту-204, 109-тонний локомотив, авіадвигуни фірми «Дженерал Електрик» Ge90, різне військове устаткування, протичовнові вертольоти «Лінкс», космічні апарати в капсулах і інші унікальні вантажі.

Транспортування електрогенератора фірми «Сименс» масою 135,2 т зареєстроване в книзі рекордів Гіннеса в розділі найважчого моно вантажу що будь-коли перевозиться по повітряю.

[193] Характеристики АН-124, попереднього типу Літака до оновлення, не були подані як докази. Також не подавалося доказів щодо того, якими повинні бути характеристики «військового» транспортного літака.

[194] Літак було заарештовано на військовій базі Канади у Гуз Бей, Ньюфаундленд, куди він привіз військове обладнання, завантажене на військовій базі в Італії у відповідності до комерційної угоди, укладеної з Міністерством оборони Італії. Хоча й проводилися обговорення щодо можливості повернення вантажу, ані від Міноборони Італії, ані від Міністерства національної оборони Канади не було подано жодної угоди. АН-124-100, як важкий вантажний літак, добре пристосований для перевезення військових вантажів, та регулярно використовується НАТО, та збройними силами США, Канади, Франції, Німеччини та Італії. Країни НАТО нещодавно прийняли резолюцію про використання літаків типу АН-124-100 для стратегічних вантажних перевезень в період з 2005 до 2012 року. Однак, слід зазначити, що ані Україна, ані АНТК не є сторонами по цій резолюції, резолюція не вказує АНТК або Україну постачальником цих літаків, та немає контракту щодо восьми літаків АНТК АН-124-100, або Літака, який було заарештовано.

[195] Нарешті, я повинна згадати, що Україна через дипломатичні канали звернулася до цього суду з декларацією про імунітет від юрисдикції та забезпечення виконання рішення, *inter alia*, на наступних підставах:

(a)

(i) Літак АН використовувався з військовою метою, а саме, для перевезення майна суверенної держави Італії на виконання нею своїх зобов'язань перед НАТО;

(ii) Літак АН фізично знаходився на канадській військовій баз Гуз Бей на острові Лабрадор на момент арешту; та

(iii) Літак АН знаходився під контролем військової влади Канади у Гуз Бей, Лабрадор, оскільки не міг покинути базу без їхнього погодження.

(b) Літак АН є транспортним літаком, призначеним для здійснення перевезень військового майна. На зустрічі представників Південно-Атлантичного Альянсу, проведеного 13 червня 2003 року в Брюсселі, міністри оборони 11 країн-членів НАТО, включаючи Канаду, підписали Протокол про наміри щодо забезпечення проміжного стратегічного повітряного транспорту, у якому вказується про намір укладення чартерної угоди на використання літаків АН-124 з цією метою (додається).

[196] Незважаючи на те, що заява України була передана Міністерством закордонних справ та міжнародної торгівлі Канади разом з сертифікатом, виданим у відповідності до підпункту 14(1) Акту про державний імунітет, заява України не може розглядатися як доказ в цьому суді, оскільки не підпадає під вкрай обмежене визначення того, в якому разі може прийматися як доказ сертифікат, виданий Міністерством закордонних справ:

14. (1) Сертифікат, виданий міністром закордонних справ, або від його імені уповноваженою особою, стосовно наступних питань, зокрема,

(a) чи є країна іноземною державою для застосування цього Акту,

(b) чи є окрема територія іноземної держави політичним підрозділом цієї держави, або

(c) чи особа чи особи мають статус голови уряду іноземної держави чи голови політичного підрозділу цієї держави,

Може прийматися як вичерпний доказ будь-якого питання, вказаного у сертифікаті стосовно вказаного вищу, та не вимагає засвідчення підпису міністра закордонних справ або уповноваженої ним особи. [197] Ані Канада, ані Італія не заявляли про суверенний імунітет стосовно процесу проти Літака, або з метою підтримки позиції України.

С. Аналіз

1. Використання з військовою метою або військове цільове призначення:

[198] У тому, що стосується України та АНТК, на момент арешту, Літак абсолютно очевидно не використовувався з військовою метою та не мав військового цільового призначення.

[199] Україна не використовувала Літак, та не мала конкретних чи загальних намірів щодо його використання взагалі. Вона просто авторизувала АНТК використовувати Літак з комерційною метою. Той факт, що Україна мала право відібрати Літак у АНТК, якщо вона прийме таке рішення, та використовувати його з військовою метою, не може мати статусу наміру.

[200] З перспективи АНТК, виконання угоди з Міністерством оборони Італії не було військовою діяльністю, а носило комерційний характер. Чартерна угода, подана як доказ, не вказує природу чи специфікації вантажу, а також цілі транспортування. З перспективи АНТК, Міністерство оборони Італії могло завантажити у Літак 75,000 кг апельсинів, та АНТК тут цікавив би лише факт відповідальності за ризики, пов'язані з перевезенням вантажу, що швидко псується. Насправді, єдиним доказом того, що вантаж був військовим обладнанням, є свідчення доктора Киви. Немає також доказів, які б свідчили про наміри Італії щодо цього перевезення. Оскільки не було заперечень проти заяви пана Киви про природу вантажу, я приймаю ту точку зору, що з перспективи Італії, Літак незадовго до арешту використовувався для транспортування військового обладнання.

[201] Чи достатньо цього для того, щоб задовольнити критерії параграфу 12(3)(а) Акту про державний імунітет? Чи є оцінка військової діяльності, у зв'язку з якою використовується майно або існує намір його використання, суб'єктивною, чи об'єктивною? Чи повинна це бути військова діяльність, по якій держава заявляє імунітет, або чи може держава отримувати переваги від імунітету, що надається військовому майну, коли, під час чисто комерційної трансакції, вона надає третій стороні можливість використовувати своє майно з військовою метою?

[202] Мені не було наведено жодного прецеденту, який би прямо стосувався справи. Рішення Верховного Суду Канади по справі *Re Canada Labour Code* [1992] 2 S.C.R., де розглядається питання характеристики діяльності іноземної держави для прийняття рішення про наявність винятку з юрисдикційного імунітету, встановленого Розділом 5 Акту про державний імунітет, надає важливі рекомендації щодо питань, які стосуються тлумачення та застосування Акту про державний імунітет. Справа стосувалася характеристики трудових відносин між ВМФ США та цивільними канадськими працівниками, найнятими для роботи на базі ВМФ США у Ньюфаундленді. Якщо ці відносини вважалися б комерційною діяльністю ВМФ США, тоді суди мали б юрисдикцію по спорах щодо трудових відносин. У своєму

обґрунтуванні того, що характеристика діяльності іноземної держави повинна надаватися з використанням контекстуального підходу, суддя Ла Форест процитував промову лорда Вільберфорса у справі *Congresso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244 (H.L.) (на сторінці 72):

“Висновок полягає в тому, що під час розгляду за “обмежувальною” теорією того, чи повинна іноземна держава отримати імунітет, суд повинен брати до уваги увесь контекст в якому поданий позов проти держави, та вирішити, чи ті відповідні дії, проти яких подано позов, можуть розглядатися як торгівельно-комерційна діяльність, або носити приватний правовий характер, а держава вирішила у неї втрутитись, або відповідні дії повинні розглядатися як дії поза межами цієї сфери, що підпадають у сферу суверенної діяльності держави.”

[203] Пізніше він заявив, аналізуючи конкретне питання, поставлене перед судом (на сторінці 76):

Під час визначення природи цієї діяльності, слухно буде почати з того, щоб визнати, що найм робітників на військовій базі є багатоманітними відносинами. Неможливо ізолювати один з аспектів цієї діяльності, та назвати його “суверенним” або “комерційним”. Краще піти по шляху визначення того, які аспекти цієї діяльності стосуються справи, а потім визначити вплив процесу на ці аспекти в цілому.

[204] Насамкінець, приймаючи більш широку точку зору щодо цілей іноземної держави при наймі робітників, суд вказав, на сторінках 80–81:

Розділ 5 Акту про державний імунітет вимагає, щоб цей процес стосувався діяльності, щодо якої подано позов. Для мене недостатньо того, що процес просто “зачіпає” або “випадково впливає” на найм цивільних працівників на базі. Прийняття такої мінімальної вимоги розширить виняток про “комерційну діяльність” до того, що суверенний імунітет втратить своє значення. Такий підхід еквівалентний тому підходу “одного разу торгував – завжди торговець”, який було відкинуто лордом Вільберфорсом у *Congreso*. Натомість, потрібно розглядати повний контекст діяльності в Аргентині. Таким чином, не достатньо просто ізолювати взяти трудові договори та вирішити, що сертифікаційні процеси товару повинні мати вплив на ці угоди. Потрібний більш вагомий зв’язок. Також важливим аспектом є боротьба між процесом та суверенними аспектами роботи на базі. Також важливим є обсяг процесу, про що я вказав раніше. Нарешті, на цьому етапі аналізу, знову корисно буде розглянути ціль діяльності, яка розглядається.

[205] Потрібно не забувати більш широку мету та наміри Акту про державний імунітет: він націлений на захист обмежувальної теорії

суверенного імунітету, визнаючи імунітет іноземної держави у відправленні своїх суверенних повноважень, однак не тоді, коли вони діють як приватні сторони по комерційних угодах. Поширення імунітету на забезпечення виконання рішень шляхом арешту майна іноземної держави ґрунтується на тій самій логіці. Подвійний критерій щодо імунітету військового майна красномовно підтверджує цей намір: військове майно звільняється від арешту не на основі своєї природи або того факту, що воно перебуває під управлінням військової влади, але на основі того контексту, в якому це майно перебуває на території Канади. Воно повинне використовуватися, або мати цільове призначення для військової діяльності. Потрібно визначити ціль його перебування в Канаді, та на мою думку буде порушенням намірів та цілей Акту про державний імунітет поширення імунітету на майно іноземної держави якщо його використання іноземною державою та цільове призначення носить чисто комерційний характер.

[206] Висновок, до якого я дійшла, не заперечує позиції АНТК та України стосовно того, що виняток про військове використання, встановлений у параграфі 12(3)(а), має перевагу над винятком про комерційне використання, встановленим в параграфі 12(1)(b). Хоча я не приймаю рішення з цього питання (бо мені це непотрібно), я можу уявити ситуацію, коли майно може використовуватися для господарської діяльності та водночас мати військове цільове призначення, та навпаки, і в цьому випадку імунітет переважатиме над винятком. Однак, я бачу, що для того, щоб визначити, чи використовується майно іноземної держави з військовою метою або чи має військове цільове призначення, потрібно, щоб військова діяльність була такою, в якій бере або має намір взяти участь в межах своїх суверенних прав держава, що заявляє про імунітет. Недостатньо, щоб майно використовувалося у відповідності до чисто комерційних домовленостей з метою здійснення військової діяльності третьої сторони, для якої держава, що заявляє про імунітет, не має жодного відношення.

[207] В цьому випадку, зв'язок з військовою діяльністю носить цілком випадковий характер. Він не мав нічого спільного з волею, намірами та цілями України як суверенної держави, він не стосувався України як акт *jure imperii*. Будь-який зв'язок між Україною та військовою діяльністю таким чином знімається тричі: Україна з комерційною метою надала АНТК, державному підприємству що здійснює комерційну діяльність, право на комерційне використання Літака. АНТК за комерційним контрактом надав Італії можливість

користуватися Літаком для перевезення військових вантажів. Саме транспортування не проводилося в рамках військової операції або навчання. Це була просто можливість для італійських військових отримати своє обладнання в якомусь конкретному місці, та з метою, яка чітко не вказана.

[208] В будь-якому разі, варто відмітити, що на час здійснення арешту військовий вантаж вже був знятий з літака, та чартерна угода з Міністерством оборони Італії була завершена. Хоча обговорювалася можливість подальших домовленостей, не було чітко виписаних домовленостей, та не було доведено, що зі сторони України, АНТК або іншої особи чи держави про намір “використовувати Літак для військової діяльності”: підійшов би будь-який вантаж. Сама по собі можливість використання майна у військових цілях не дорівнює наміру такого використання, вказаного у параграфі 12(3)(а). Французька версія “*destinés a ktre utilisйs*” має сенс наміру у його найсильнішому вияві: повністю сформований та конкретний намір. На мою думку, для того, щоб відповідати критеріям параграфу 12(3)(а), потрібно бути встановлено, що майно, якщо воно зараз не використовується з військовою метою, заброньоване під використання за цим призначенням. За доказами, які я бачу, я знаходжу, що Літак не використовувався та не було наміру його використання з військовою метою на момент арешту.

2. Під контролем військового органу влади чи оборонного відомства:

[209] Україна в своїй дипломатичній декларації заявляє про те, що Літак знаходився під контролем канадських військових органів влади в Гуз Бей, оскільки потребував дозволу канадських військових для того, щоб злетіти. Перш за все, цю заяву не було доведено доказами. Однак, і це більш важливо, “контроль” у значенні, в якому він використовується в параграфі 12(3)(b) Акту про державний імунітет, вимагає ефективного контролю над майном, а не ситуаційного чи пунктуального контролю над способом використання майна. Використані терміни французькою мовою “*placé sous la responsabilité d’une autorité militaire*” мають значення ступеню контролю над операційним користуванням та управлінням майном. Жодної уяви не вистачить на те, щоб заявити, що контроль аеропортом над зльотом літаків, їхньою посадкою чи маршрутом, є контролем над самим Літаком.

[210] Я вважаю, що на момент арешту Літак був під контролем (*placé sous la responsabilité de*) АНТК, та нікого іншого.

3. Військовий за природою:

[211] Літак є важким вантажним літаком. Це є його основною характеристикою та призначенням. Хоча він безумовно може використовуватись та особливо добре пристосований для перевезення військових вантажів, він так само добре підходить для перевезення промислових чи комерційних вантажів.

[212] Можливо, що він був збудований як військовий транспортний літак, однак, його було серйозно переобладнано з того моменту, тому зараз він відповідає абсолютно новому типу сертифікату. В будь-якому разі, я так чи інакше не зовсім розумію, яким чином “військовий транспортний літак” за природою відрізняється від іншого транспортного літака.

[213] Україна та АНТК звернули мою увагу на справу, що розглядалася в США *All American Trading Corp. v. Cuartel General Fuerza Aera Guardia Nacional de Nicaragua*, 818 F. Supp. 1552; 1993 U.S. Dist. (U.S. Dist. Court, 2nd Dist. of Florida). В цій справі потрібно було надати характеристику, *inter alia*, літака Cessna, що використовувався для перевезення військовослужбовців. Літак не був пофарбований у камуфляжні кольори, він мав цивільне оздоблення салону; це не був бойовий літак. Докази обмежуються заявою про те, що цей літак мав значення для оборонного відомства Нікарагуа, оскільки використовувався для транспортування військових через розміри території країни та відсутність доріг.

[214] Відповідне положення Акту США про імунітет іноземних суверенних держав (ПСД), 28 U.S.C.S. говорить:

1611(b) Незважаючи на положення параграфу 1610 цього розділу, майно іноземної держави має імунітет від арешту на виконання рішення суду, якщо:

(2) Майно використовується, або призначене для використання з військовою метою, та

(А) має військову природу, або

(В) перебуває під контролем військового органу влади чи оборонного відомства.

[215] Суд прийняв наступне рішення:

“(…) докази доводять, що літаки використовуються для перевезення високопоставлених військовослужбовців, що є важливим для військових операцій. Той факт, що літаки були обладнані з метою підвищення комфорту, не робить їх невійськовими. В цьому разі, літак президента, а також інші комфортабельні літаки, що використовуються для перевезення військових посадових осіб, не вважалися б майном, що

використовується для військових потреб та має військову природу.”

[216] Я не знаходжу у цьому абзаці або у будь-якому іншому місці тексту рішення обговорення того, з чого визначався “військовий характер” майна, визначений за відповідними положеннями ПСД. Видається, що суд вирішив, що використання з військовою метою та виконання істотних військових потреб дорівнює військовому характеру.

[217] Однак, я підозрюю, що рішення суду Флориди було значною мірою обумовлене законодавчою історією ПСД, процитованою на сторінці 16 звіту в формі Звіту внутрішнього судового комітету, де вказано, що “майно має військову природу, якщо воно складається з обладнання в широкому сенсі, наприклад, зброї, комунікаційного обладнання або військового транспорту. Майно також задовольняє вимоги другої умови, якщо призначене для захисту іншого військового майна та важливе для військових операцій.”.

[218] У Акті про державний імунітет Парламент не висловив такого наміру, та я не можу знайти жодного обґрунтування висновку про те, що обладнання, яке у іншому випадку не можна відрізнити від звичайного цивільного чи комерційного обладнання, повинне вважатися військовим за природою лише тому, що вона також є важливим для військових операцій.

[219] На мою думку, вчинити таким чином буде невідповідною підміною вимоги про військову природу майна вимогою про військове використання чи цільове призначення.

[220] Словник *Canadian Oxford Dictionary* дає визначення слова “природа” як: “наявні від народження чи основні якості чи характер особи чи предмета “. *Black’s Law Dictionary*, 7th ed., West Group, St. Paul, Minn., 1999 дає так визначення: “Основоположна властивість, що відрізняє одну річ від іншої; суть чогось “.

[221] Я не можу знайти в доказах нічого, що б вказувало на основні характеристики Літака, які б вирізняли його як військовий, а не звичайний транспортний літак. Не було заявлено чи доведено, що він має камуфляж не фарбування, має броню, захисну зброю чи властивості, що його комунікаційне обладнання налаштоване на військове використання, або що його операційні характеристики обмежують його використання до військового, або мають можливість здійснення функцій, що потрібні для військових цілей та потреб та не мають застосування чи обмежене застосування у цивільному контексті. Саме ці характеристики та якості роблять Літак привабливим для використання як комерційний чи цивільний літак, так само як військовий транспорт.

[222] Я приходжу до висновку, що за своєю природою Літак є не більше й не менше ніж вантажним літаком. Україна не довела того, що Літак має військову природу. Відповідно, Літак не підпадає під дію будь-яких вимог підпункту 12(3) Акту про державний імунітет, та не має імунітету від процедури виконання судового рішення.

**ВІДШКОДУВАННЯ
В ПОЗАСУДОВОМУ ПОРЯДКУ ШКОДИ,
ЗАВДАНОЇ ДЕРЖАВОЮ АБО ОРГАНАМИ ВЛАДИ**

Автори:

Д.Я. Український: розділи 1, 2, 3, 5;

І.О. Лавриненко: розділи 2, 3;

С.С. Коба: розділ 4;

М.С. Демкова, кандидат юридичних наук: розділи 1, 5.

Відповідальний редактор: Д.Я. Український

Коректорська вичитка: М. Марченко

Комп'ютерна верстка: М. Мурмило

Підписано до друку 26.11.2007. Формат 60 x 84 / 16.

Папір офсетний. Друк офсетний. Ум. друк. арк. 15,11

Наклад 1000 прим. Замовлення № 317

Гарнітура SchoolBookСТТ.

Видавець ТОВ “Конус-Ю”

01011, Київ, вул. П. Мирного, 26

тел. 254-4182, 254-2931

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи

ДК №33 від 16.07.2002

Віддруковано ТОВ “Конус-Ю”