МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ УПРАВЛІННЯ ТА ПРАВА

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Збірник тез Міжнародної наукової конференції «Восьмі осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 13-14 листопада 2009 року)

ЧАСТИНА ТРЕТЯ:

Цивільне право
Сімейне право
Міжнародне приватне право
Комерційне право
Цивільний, господарський та адміністративний процес

ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ
Видавництво Хмельницького університету управління та права
2009

УДК 34
ББК 67.0
А 43

А 43 Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції «Восьмі осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 13-14 листопада 2009 року): У 4-х частинах. — Частина третя: «Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний, господарський та адміністративний процес». — Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2009. — 507 с.

ISBN 978-966-8823-28-2

У збірнику представлені кращі тези доповідей, які були оприлюднені на Міжнародній науковій конференції «Восьмі осінні юридичні читання», що відбулась у Хмельницькому університеті управління та права 13-14 листопада 2009 року.

Розміщені у збірнику тези доповідей стосуються таких напрямків: «Цивільне право», «Сімейне право», «Міжнародне приватне право», «Комерційне право», «Цивільний, господарський та адміністративний процес».

Збірник розрахований на наукових та науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів і наукових установ, студентів, аспірантів та докторантів юридичного напрямку, практичних працівників і широкий читацький загал.

Адреса організаційного комітету:
29013, м. Хмельницький, вул. Театральна, буд. 8
тел./факс: (0382) 71-80-80
Ел. пошта: nauka@univer.km.ua
www.univer.km.ua

Організаційний комітет Міжнародної наукової конференції «Восьмі осінні юридичні читання» не завжди поділяє думку учасників конференції.

В збірнику максимально точно збережена орфографія, пунктуація та стилістика, які були запропоновані учасниками конференції.

Повну відповідальність за достовірність та якість поданого матеріалу несуть учасники конференції, їх наукові керівники, рецензенти та структурні підрозділи вищих навчальних закладів і наукових установ, які рекомендували ці матеріали до друку.

ISBN 978-966-8823-28-2

© Колектив авторів, 2009
© Хмельницький університет управління та права, 2009

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

СІМЕЙНЕ ПРАВО

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО

CIVIL LAW

FAMILY LAW

INTERNATIONAL PRIVATE LAW

COMMERCIAL LAW

Абраменков Михаил Сергеевич
кандидат юридических наук, доцент кафедры права
филиала Ульяновского государственного университета в г. Димитровграде,
Российская Федерация

ПРОБЛЕМА ЮРИДИЧЕСКОЙ КВАЛИФИКАЦИИ В НАСЛЕДСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЯХ МЕЖДУНАРОДНОГО ХАРАКТЕРА

С учетом того, что международные наследственные отношения традиционно регламентируются с помощью коллизионно-правового метода, его реализация связана с решением проблем, изначально сопутствующих процессу выработки и применения коллизионных норм: отыскания применимого права, действия коллизионных норм и пр. В рамках этого явления одной из ключевых проблем выступает проблема юридической квалификации.

Если отношения по наследованию выходят за пределы одной правовой системы, то регулирование соответствующих их сторон в связи с указанными выше моментами должно осуществляться в рамках того правопорядка, который выступает в качестве «решающего» - статута наследования (lex successionis). Lex successionis как правопорядок, призванный регулировать наследование, юридически связанное с несколькими национальными правовыми системами, по существу, детерминируется природой этих отношений и определяется по большей части на основе коллизионных норм.

Для того, чтобы правильно применить данные нормы, соответствующий компетентный орган должен установить прежде всего, что имеющееся общественное отношение, по поводу которого возник вопрос о применимом праве, представляет собой, во-первых, именно наследственное отношение, а, во-вторых, такое общественное отношение, которое по своей природе является международным – связанным с несколькими национальными правовыми системами. Иными словами, он должен удостовериться в том, что необходимо прибегнуть к международному частному праву, а не внутреннему гражданскому праву данного государства, и соотнести имеющиеся фактические обстоятельства с формулой объема коллизионной нормы – осуществить первичную юридическую квалификацию фактического состава [1, с. 247] для того, чтобы уяснить, что ему надлежит отыскивать именно наследственный статут, а не таковой, регламентирующий, скажем, имущественные права и обязанности супругов.

При осуществлении первичной юридической квалификации обращают на себя внимание несколько важных обстоятельств. Во-первых, объем коллизионной нормы состоит из понятий, достаточно широких и абстрактных по своей сущности, чтобы охватить как можно более широкий круг юридических проблем, входящих в соответствующую область общественных отношений.

Во-вторых, понятия, входящие в коллизионную норму, являются по своему генезису юридическими – они могут существовать и наполняться определенным содержанием только в рамках конкретной правовой системы, конкретного правопорядка. Как отмечал в свое время А.Н. Макаров, «каждое понятие каждой юридической нормы подлежит вскрытию на основании определенной правовой системы, а не на основании отвлеченной, оторванной от положительного права «природы вещей» [2, с. 59].

Из указанного следует, что нельзя говорить, например, о «наследовании вообще» - признание общественного отношения отношением по наследованию означает его осмысление в рамках определенных правовых представлений. Кроме того, многие юридические понятия, присутствующие в праве различных стран, формулируются сходным образом или даже словесно совпадают, но это отнюдь не означает тождественности их содержания.

Следовательно, для того, чтобы соотнести анализируемый фактический состав с определенной коллизионной нормой – осуществить первичную юридическую квалификацию, компетентный орган должен осуществить толкование понятий, входящих в ее объем. Осуществление этой последней задачи осложняется тем фактором, что непременным условием обращения к соответствующей коллизионной норме является фактическое проявление юридической связи общественного отношения (посредством гражданства, домицилия или обычного местонахождения субъектов, местонахождения имущества и пр.) с несколькими национальными правопорядками. Эта связь обусловливает постановку следующей проблемы: какой из правопорядков, связанных с данным отношением, должен служить источником для юридической оценки той фактической ситуации, которая рассматривается компетентным органом, и для толкования общих понятий, зафиксированных в объеме коллизионной нормы – статутом квалификации? На этот вопрос доктрина и практика МЧП не дают однозначного ответа, предлагая несколько различных подходов, традиционно именуемых «теориями квалификации».

Исторически первой была теория квалификации по закону суда, рассматривавшая понятия, заключенные в коллизионной норме, с точки зрения собственного права (de lege fori), разработанная немецким правоведом Францем Каном (1891) и французским исследователем Этвенном Бартеном (1897). Данная концепция исходит из того, что толкование понятий, входящих в объем коллизионной нормы, должно осуществляться в соответствии с правом того государства, чье компетентное учреждение рассматривает спор. Основным доводом в пользу данной концепции выдвигается тезис о «национальной природе» коллизионных норм – ведь они, как и нормы внутригосударственного материального частного права, являются творением одного законодателя. Следовательно, юридические понятия, фиксируемые в коллизионных нормах и таковых материальных, тождественны по своему содержанию.

Таким образом, если следовать указанной концепции, то при осуществлении первичной квалификации суд или иной компетентный орган для целей отыскания наследственного статута должен пользоваться теми подходами к определению сущности отношений по наследованию, которые закреплены в его собственном гражданском праве.

Вторая теория квалификации исходит из того, что при анализе фактического состава и толковании понятий, входящих в объем коллизионной нормы, правоприменитель должен руководствоваться тем правопорядком, который является статутом данного отношения, т.е. решать вопрос de lege causae. Один из основоположников данной теории – французский автор Ф. Деспанье, возражая своему соотечественнику Бартену, писал, что квалификация юридического отношения производится не по lex fori, а по тому закону, который вообще признан регулирующим данный казус. В дальнейшем сходную позицию обосновывал немецкий автор М. Вольф, указывая, что международное частное право каждого государства в случае сомнения передает квалификацию статуту основного отношения, lex causae. Значит, квалифицировать общественное отношение в качестве такового наследственного должен тот правопорядок, который выступает в качестве статута наследования. Подобный тезис порождает ни что иное, как порочный круг: невозможно осуществить квалификацию в соответствии с тем статутом, для отыскания которого квалификация применяется. А.Н. Макаров высказывался по данному вопросу следующим образом: «с точки зрения теоретической не может быть сомнения относительно того, что каждая квалификация должна быть почерпнута в том правопорядке, с которым квалифицируемое правоотношение органически связано. Но в праве коллизионном — под вопросом сам этот правопорядок: очевидно, что квалифицировать правоотношение по неизвестному правопорядку невозможно и что, следовательно, такая квалификация отпадает. Остается, как это и предлагается в научной литературе, квалифицировать правоотношения по lex fori, т. е. базируясь на отечественном законодательстве судьи»[2, с. 60].

Как видно из изложенного, обе представленные концепции фактически исходят из того принципа, что «выбор закона зависит от выбора закона»: сначала компетентный орган

должен на основе того или иного правопорядка осуществить анализ фактической ситуации и толкование понятий в объеме коллизионной нормы, а затем, когда необходимая коллизионная норма найдена, он должен с помощью ее привязки определить ту национальную правовую систему, которая будет служить статутом соответствующего отношения.

Третья теория, именуемая «автономной квалификацией», была предложена немецким исследователем Эрнстом Рабелем [3, с. 47-60]. Он указывал, что «фактический состав, который является истинной предпосылкой (the true premise) любой коллизионной нормы, должен быть отослан к иностранному праву так же, как к отечественному материальному. Следовательно, если правовые понятия используются для описания фактического состава, то они должны поддаваться толкованию при отсылке к иностранному [правовому] институту, даже тому, который неизвестен legi fori» [3, с. 50]. Таким образом, понятия, используемые в коллизионной норме, никоим образом не могут быть тождественны одноименным понятиям, которыми оперирует материальное право соответствующего государства. Для их толкования необходимо пользоваться подходами и принципами, вырабатываемыми на основе сравнительного правоведения в сфере частного права. Иными словами, в данном случае отпадает самая необходимость выбора статута квалификации – коллизионная норма толкуется автономно, а затем на ее основе устанавливается lex causae.

Оценивая данную концепцию, М. Вольф отмечает, что «если даже было возможно изобрести исчерпывающую систему правовых категорий, охватывающую все существующие в мире институты и оставляющую незаполненными отделения, которые должны быть заполнены будущими институтами, — то это едва ли могло бы быть достигнуто без изменения самих законов» [4, с. 173].

Новое отечественное законодательство в сфере международного частного права (МЧП), введенное в действие с 1 марта 2001 г., следуя образцам, предложенным в модельном ГК для стран СНГ, впервые за всю историю российского права легально закрепило общее правило об осуществлении первичной квалификации по закону суда: «при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом, если иное не предусмотрено законом» (п. 1 ст. 1187 ГК) [5].

Можно с достаточной уверенностью утверждать, что проблема квалификации в отечественном МЧП практически не разрабатывалась. В подобной ситуации может встретить незначительные возражения констатация того факта, что, даже несмотря на наличие легальных правил осуществления первичной квалификации, отечественные правоприменительные органы – суды, нотариусы, органы ЗАГС – будут сталкиваться с большими сложностями при применении коллизионных норм, особенно в тех областях международных частных отношений, где коллизионный метод регулирования является главным, а зачастую и единственным средством юридической регламентации (как уже отмечено выше, отношения по наследованию как раз и относятся к одной из таких областей).

В соответствии с п. 1 ст. 1187 ГК, при анализе фактической ситуации и толковании коллизионной нормы для целей определения lex successionis отечественный правоприменитель обязан будет исходить из тех представлений о сущности наследования, которые имеют место в отечественном материальном гражданском праве. Именно такой вывод следует из буквального толкования указанных правовых предписаний. Иными словами, он должен будет прежде всего сопоставлять жизненные обстоятельства с положениями ст. 1110 ГК, раскрывающей сущностные признаки наследования как разновидности универсального правопреемства. В этом случае к международным наследственным отношениям никогда не смогло бы примениться английское наследственное право, так как оно не знает такой характеристики перехода имущества по наследству. А это в свою очередь означает, что отечественные коллизионные нормы о наследовании, закрепленные в п. 1 ст. 1224 ГК, будут в состоянии отослать только к тем правопорядкам, в

которых наследование понимается так же, как и в праве РФ. Представляется, что ошибочность такого допущения не нуждается в дополнительной аргументации.

В итоге, понятие наследования в ст. 1110 ГК не может трактоваться как абсолютно тождественное одноименному понятию, закрепленному в его ст. 1224. Возникает вопрос: как же следует понимать норму, закрепленную в ст. 1187 ГК?

Если обратиться к практике иностранных государств, то становятся очевидными два обстоятельства. Во-первых, в целом ряде стран законодатель отказывается нормативно закреплять правила о квалификации, понимая всю сложность и неоднозначность данной проблемы. В тех же случаях, когда принципы осуществления первичной квалификации отражены в национальном законодательстве, они отдают предпочтение закону суда. Например, в венгерском Указе 1979 г. № 13 о международном частном праве установлено, что «если с точки зрения установления подлежащего применению права возникает спор по поводу правовой квалификации рассматриваемых в этом споре фактов или отношений, он решается с точки зрения толкования норм и понятий венгерского права» (ч. 1 § 3). Аналогичные положения содержатся в Гражданском кодексе Квебека 1991 г. (ст. 3078).

Во-вторых, в зарубежной доктрине возможность квалификации по закону суда рассматривается с несколько иных позиций. В частности, немецкая школа МЧП, выдвигая квалификацию de lege fori в качестве господствующей, анализирует ее с точки зрения «универсалистского подхода». Например, Л. Раапе считал, что понятия, зафиксированные в коллизионной норме, должны толковаться «в широком аспекте, учитывая существование в мире различных правовых систем» [6, с.117]. А. Юнкер, характеризуя методику квалификации по закону суда в функционально-телеологическом ключе, отмечает, что она, помимо прочего, призвана решать следующую проблему: институт иностранного права, неизвестный отечественному материальному праву, должен быть сопоставлен с целями отечественных же коллизионных норм и подчинен той или иной из них. Следовательно, как отмечается в решениях Верховного Суда Германии, «обязанность судьи состоит в том, чтобы уяснить смысл и цель предписаний иностранного права, оценить их значение с точки зрения этого права и сравнить их с институтами немецкого правопорядка. На построенном таким образом фундаменте (Auf der so gewonnenen Grundlage) предписания иностранного права должны быть подведены под немецкие коллизионные нормы» [7, с. 142-143].

Сходным образом подходит к вопросу юридической квалификации и современная английская доктрина. В частности, Дж. Чешир и П. Норт, говоря об особенностях первичной квалификации отмечают: «Без сомнения, квалификация основания иска практически осуществляется на основе lex fori; иначе говоря, английский судья, применяя принципы английского права, производит свой собственный анализ находящегося на его рассмотрении вопроса и, определив его юридическую природу в соответствии с этими принципами, относит его к той или иной юридической категории. Однако…судье не следует жестко ограничивать себя понятиями и категориями английского внутреннего права… понятиям международного частного права…должно придаваться широкое значение, охватывающее аналогичные типы правоотношений в иностранном праве» [8, с. 35].

На основании изложенного представляется возможным заключить, что современная зарубежная доктрина и практика МЧП, не отходя формально от принципа квалификации по закону суда, по существу наполнили этот принцип совершенно иным содержанием, нежели то, каковое он имел во времена Кана и Бартена. Фактически, законом суда в данном случае выступают не гражданско-правовые, а именно международно-частноправовые категории, которые выявляются на основе анализа функций и целей предписаний как собственного, так и иностранного частного права.

Очевидно, что и отечественные правовые нормы, касающиеся правил осуществления первичной квалификации в аспекте соотнесения объема коллизионной нормы, определяющей наследственный статут, с фактическими обстоятельствами, представленными правоприменителю, должны пониматься как основанные на широких правовых концепциях и представлениях, выведенных, однако, из цели и функций материальных норм о

наследовании. Так, если в силу правил, закрепленных в ст. 1224 ГК, статутом наследования будет английское право, которое, как указано выше, не знает универсального правопреемства, то российский нотариус или суд все равно распределит имущество между наследниками. Ведь коллизионные нормы, регламентирующие порядок отыскания права, компетентного регулировать отношения по наследованию международного характера, в конечном счете имеют целью определить те национальные правовые нормы, которые направлены на распределение имущества, оставшегося после смерти его обладателя. В этом смысле назначение и отечественных, и иностранных норм о наследовании совпадает. При этом следует всемерно подчеркнуть, что речь не идет об отказе компетентного органа от тех представлений о наследовании, которые имеют место в его собственном гражданском праве (последние, как указано выше имеют определяющее значение для конструирования соответствующих коллизионных норм).

Представляется, что принцип осуществления первичной квалификации de lege fori следует понимать следующим образом.

Во-первых, имеющийся фактический состав анализируется, а понятия, заключенные в объеме коллизионной нормы, толкуются с точки зрения отечественного права в аспекте целей и назначения отечественных правовых институтов.

Во-вторых, в случае, если правоприменитель сталкивается с правовым явлением, неизвестным закону суда, то он должен также выяснить цель и назначение этого явления.

В заключение представляется целесообразным отметить, что доктрина и практика МЧП свидетельствуют о невозможности выработки единого универсального подхода для решения проблемы первичной квалификации.

Использованные источники:

1. *Лунц Л.А. Курс международного частного права в трех томах. - М.: Спарк, 2002.*
2. *Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. – М.: 1924.*
3. *Rabel E. The Conflict of Laws. A Comparative Study. Vol. 1. Chicago, 1945.*
4. *Вольф М. Международное частное право. – М.: 1948.*
5. *Собрание законодательства РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.*
6. *Раапе Л. Международное частное право. – М.: 1960.*
7. *Iunker A. Internationales Privatrecht. – Munchen: 1998.*
8. *Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. – М.: Прогресс, 1982.*

Авсієвич Алла Валеріївна
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДЕЯКІ ПОЛОЖЕННЯ ФОРМ ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Актуальність теми дослідження. Умовою розбудови в Україні правової держави є перехід держави до етапу завершення судово-правової реформи, завданнями якої є створення виваженого нового законодавства, становлення та функціонування сильної і незалежної судової влади, удосконалення існуючих форм судочинства. На сучасному етапі першочерговими є реформування правової системи, а також інституалізація судової влади та судових процедур.

Конституція України 1996 р. стала основою реформування правової системи, зокрема судової влади. У статті 129 Конституції визначено засади здійснення правосуддя в Україні, головними з яких є: законність, рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальність сторін, гласність судового процесу, обов'язковість рішень суду та ін. Стаття 3 Конституції містить положення, що права і свободи людини та їх гарантії

визначають зміст і спрямованість діяльності держави [1]. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Таким чином, у суб'єкта є широкий вибір форм захисту його цивільних прав. Проте наявність декількох форм захисту права ставить перед законодавцем проблему розмежування їх використання. А отже, перед суб'єктом права виникає питання про ефективність та доцільність використання тієї чи іншої форми захисту. Для здійснення повного теоретико-правового аналізу вказаної теми, слід визначити основні форми здійснення захисту цивільних прав та виділити основні особливості, які впливають за визначення самого терміну «форма захисту».

Спробуємо проаналізувати аспекти дослідження вказаних термінів провідними вченими-цивілістами. Проте на початку варто зупинитись на аналізі поняття «правовий захист» як наданої Конституцією України можливості та права кожного захищати свої права і свободи, права і свободи інших людей від посягань, у тому числі посягань від представників влади або посадових осіб.

В умовах побудови правової держави однією з гарантій прав і свобод учасників цивільних відносин є правовий захист. Суть правового захисту в правовій літературі трактується неоднозначно.

Зокрема, на думку Г. М. Стоякіна правовий захист включає в себе три моменти:

- видання норм, які встановлюють права та обов'язки, визначають порядок здійснення їх, захисту та застосування санкцій;

- діяльність суб'єктів із здійснення і захисту своїх суб'єктивних прав;

- попереджувальна діяльність держави і громадських організацій, а також діяльність з реалізації правових санкцій [4].

М.С. Малеїн вважає, що, правовий захист — це система юридичних норм, які спрямовані на запобігання правопорушенню та ліквідацію його наслідків [3].

Для досягнення правового захисту необхідна певна процедура. Тому особливе значення має результат цієї діяльності, який виражений в акті відповідного державного органу.

Правовий захист нерозривно пов'язаний з правовою охороною. Проте, на нашу думку, це різні категорії. Різниця цих понять визначена в законі. Так у ст. 5 ЦК України йдеться про охорону цивільних прав, а у ст. 6 – про захист та способи захисту цивільних прав. Як і будь-яке суб'єктивне право, право на захист включає як засоби матеріально-правового характеру, так і засоби процесуально-правового характеру, що взаємодіють. З точки зору матеріально-правового змісту право на захист надає уповноваженій особі три групи можливостей: самозахист майнових прав та інтересів; застосування до порушника цивільних правових засобів оперативної дії; звернення до компетентного державного чи громадського органу за захистом свого права з вимогою застосувати до правопорушника засобів державно-примусового характеру.

Самозахист цивільних прав – це здійснення управомоченою особою не заборонених законом дій фактичного порядку, спрямованих на охорону його особистих або майнових інтересів. Він завжди здійснюється після вчинення правопорушення.

Засоби фактичного характеру, спрямовані на охорону прав громадян та організацій, можуть бути як передбачені законом, так і випливати зі звичайно прийнятих у суспільстві заходів такого роду. Проте тут слід застосовувати загальне правило: застосування засобів самозахисту допускається, якщо це не суперечить закону і відповідає звичайно прийнятим правилам.

Під засобами оперативної дії розуміються такі, юридичні засоби правоохоронного порядку, які застосовуються до порушника цивільних прав та обов'язків безпосередньо управомоченою особою без звернення за захистом права до відповідних уповноважених органів. Зазначені засоби застосовуються лише у випадках, зазначених у законі.

Можливість звернутися до компетентного державного чи іншого органу за захистом своїх прав – належне управомоченій особі право на захист. Саме цей вид реалізації управомоченою особою права на захист є одним із основних.

Суб'єктивне право на захист включає і засоби процесуально-правового порядку. Це певна процедура (порядок) звернення за захистом порушеного права, безпосередньо визначена законом. Сюди входить перш за все право на звернення за судовим захистом, і носієм цього права є кожний з учасників цивільних правовідносин чи будь-яка інша заінтересована особа.

Право на звернення за судовим захистом включає не тільки подання до суду позовної заяви (чи скарги), а й можливість подання до суду зустрічного позову чи заперечення проти нього брати участь у розгляді справи, користуватися процесуальними правами, вимагати винесення рішення та право вимагати примусового виконання судового рішення. Кожен з цих елементів існує за наявності певних передумов, у певних часових межах і реалізується у певній специфічній формі.

Отже, матеріальні та процесуальні норми, які регулюють способи, форми та порядок захисту, мають єдину мету — забезпечити повний, всебічний, швидкий захист суб'єктивного права і становлять єдиний комплексний інститут правового захисту.

Використані джерела:

1. *Конституція України: прийнята 28.06.1996 р., зі змінами та доповненнями, внесеними Законом України від 08.12.2004 р.*
2. *Цивільний кодекс України: прийнятий 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 40-44. - Ст.356*
3. *Малеин Н.С. Гражданский закон и охрана прав личности в СССР. М., 1981.*
4. *Стоякин Г.Я. Меры защиты в советском гражданском праве: Дисс.: канд. юрид. наук. Свердловск, 1973.*

Авдєєва Марія Костянтинівна
студентка 3-го курсу, юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО ВИЗНАЧЕННЯ І ЗМІСТУ ПОНЯТТЯ ЦІННОГО ПАПЕРА

Актуальність даної теми не можна переоцінити, оскільки цінні папери є основою процвітання людини, суспільства і держави.

Поняття цінного папера є одним із суперечливих в юридичній літературі. У радянські та пострадянські часи законодавче визначення цінного папера містилося в Основах цивільного законодавства СРСР 1991 р., Положенні про випуск та обіг цінних паперів і фондову біржу в РСФСР, затвердженому постановою Уряду РСФСР від 28 грудня 1991 р. №78, Положенні про цінні папери від 19 червня 1990р. № 590, законі від 22 квітня 1996р. № 39-ФЗ «Про ринок цінних паперів».

У правовій доктрині існують різні визначення цінного папера. Зокрема це питання досліджували такі відомі науковці як Г. Ф. Шершеневич, М. М. Агарков, М. Ю. Алексєєв, Я. М. Міркін, В. А. Лапач, Н. О. Нерсєсов, В. А. Бєлов, В. Л. Яроцький та ін. Але не зважаючи на велику кількість поглядів, одностайності в них немає.

Необхідно з'ясувати зміст сучасного нормативного визначення цінного папера. Ч.1 ст. 94 Цивільного кодексу України (далі - ЦК) визначає цінний папір, як документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право і визначає взаємовідносини між особою, яка його розмістила (видала), і власником та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами його розміщення, а також можливість передачі прав, що випливають з цього документа, іншим особам. Таке ж визначення міститься і в ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок».

Відповідно до ч.2 п. 1 ст. 163 Господарського кодексу України (далі - ГК) цінним папером є документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право і визначає відносини між суб'єктом господарювання, який його випустив (видав), і власником та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами його випуску, а також можливість передачі прав, що випливають з цього документа, іншим особам.

Щодо легальних визначень цінного папера, які містяться у ч. 1 ст. 194 ЦК України та в ч. 1 ст. 163 ГК України, вони майже тотожні за однієї лише відмінності щодо суб'єкта який може випускати (видавати) цінний папір, яка зумовлена розмежуванням сфер правового регулювання обох кодексів. ГК визначає цінний папір як особливий вид майна суб'єктів господарювання, ЦК- як одним з об'єктів цивільних прав і прирівнює їх до речей, майна. Таким чином, визначення цінного папера як майнового права було б неповним. Адже цінний папір, як об'єкт права, є і закріплена законом сукупність майнових прав, що ним засвідчуються, і рухоме майно одночасно. В цьому науковці бачать «подвійну» правову природу цінного папера.

В сучасній юридичній літературі (зокрема у роботах Д. В. Ломакіна, Л. Р. Юлдашбаєвої) неодноразово наголошувалось на тому, що права, які посвідчують цінні папери, не обмежуються лише майновими (наприклад, немайнові права для акцій, право на участь в управлінні емітентом), а грошове право належить до майнових, тому не потребує окремого виділення, як це зроблено у законодавстві. В. А. Бєлов також вказує, що характеристика права, посвідченого цінним папером, тільки як майнового є недостатньою.[1, с. 52] На думку Юлдашбаєвої, цінний папір може посвідчувати або майнове, або майнове і пов'язане з ним немайнове право, він не може посвідчувати лише немайнове, оскільки цінний папір покликаний брати участь у майновому обороті і володіє такою якістю, як оборотоздатність.[2, с. 24]

Я поділяю погляди С. В. Милославського в тому, що доречніше було б сформулювати дану ознаку цінного папера так: посвідчує майнове або інше спеціальне передбачене законом право.[3, с. 22]

Викликає дискусії серед науковців і те, чи є взагалі цінний папір документом. Це обумовлено появою нової «електронної» форми цінних паперів, завдяки розвитку засобів електронно-обчислювальної техніки і телекомунікаційних систем електрозв'язку. Але завдяки сучасному визначенню документа (Закони України «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронний цифровий підпис») розуміння цінного папера як документа є цілком доречним, незважаючи на форму, у якій він існує.

Отже, цінні папери – інститут достатньо складний та динамічний, без нього не можливо уявити цивільне законодавство будь-якої сучасної розвинутої держави, тому він постійно потребує вдосконалення. І починати необхідно безпосередньо із законодавчого визначення цінного папера.

Виходячи із зазначеного, ч.1 ст.194 ЦК, ч.1 ст. 163 ГК та ч.1 ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» слід викласти у такій єдиній редакції: цінний папір - документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує майнове або інше спеціально передбачене законом право і визначає взаємовідносини між особою або іншим суб'єктом господарювання, який його випустив (видав), і власником та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами його випуску, а також можливість передачі прав, що випливають з цього документа, іншим особам.

Використані джерела:

1. *Белов В. А. Ценные бумаги в российском гражданском праве: Учебное пособие по специальному курсу. Изд.–е 2-е, перераб. и доп. В 2-х т. Т. І. – М.: «Центр ЮрИнфоР», 2007.*
2. *Юлдашбаєва Л. Р. Правовое регулирование оборота эмиссионных ценных бумаг (акции, облигации). М., 1999. С. 24.*
3. *Милославський С. В. Щодо питання про визначення поняття «цінні папери « // Підприємство, господарство і право. – 2002. – № 12. – С. 22.*

Антошкіна Валерія Костянтинівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного та державного права
Бердянського університету менеджменту і бізнесу,
Бердянськ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА СУДОВИХ ІНТЕРПРЕТАЦІЙНИХ АКТІВ

На сучасному етапі розвитку вітчизняного цивільного права актуальним стає дослідження проблем тлумачення, що обумовлюється проведенням широкомасштабних змін законодавства, формуванням цілком нових концепцій і підходів до регулювання тих чи інших відносин. Необхідність тлумачення викликана наступними об'єктивними причинами: 1) загальні і абстракті норми мають реалізовуватися в конкретних діях визначених осіб, тому виникає потреба розкрити і деталізувати їх зміст, виражений в загальній волі, наблизивши його до конкретних дій суб'єктів та ситуацій; 2) норми права мають певну мовно-логічну зовнішню форму, особливості якої можуть потребувати тлумачення; 3) певна юридична форма норм, застосування спеціальних термінів, які не мають аналогів у звичайній мові; 4) системність норм права, які існують не ізольовано, а отже мають застосовуватися і розумітися через призму їх єдності і взаємозв'язків. [1, с. 17].

Відповідно до різних критеріїв виділяють декілька видів тлумачення. За суб'єктом тлумачення воно може бути офіційним та неофіційним. Офіційне в свою чергу поділяється на легальне, що виходить від органів, які установили певну норму, або іншого органу держави, уповноваженого законодавством давати роз'яснення щодо тих чи інших питань, є загальнообов'язковим, та судове – міститься в рішенні, іншому акті, що виноситься за результатами розгляду конкретної справи і є юридично обов'язковим тільки для осіб, що приймали участь у справі в межах рішення суду [5, с.20].

Особливе місце у цивільному судочинстві належить тлумаченню правових норм, що містяться у відповідних актах Верховного суду України, оскільки вони видаються на основі аналізу та узагальнення судової практики з метою єдиного тлумачення та застосування законів, характеризуються високим професійним рівнем, слугують орієнтиром для судової практики, у порівнянні з іншими видами тлумачення дозволяють оперативно реагувати на проблеми, невизначеності, які виникають при вирішенні різних ситуацій [3, с. 118].

В юридичній літературі по теперішній час точаться дискусії щодо правової природи таких актів. При цьому висловлюються протилежні позиції – від визнання вказаних актів джерелами права до заперечення їх нормативного характеру і обов'язкової сили для судів нижчого рівня [4, с. 2; 6, с. 487].

Аналізуючи положення чинного законодавства не можемо визнавати діяльність вищих судових інстанцій нормотворчістю, а акти тлумачення – джерелами права, оскільки, даним органам не надані правотворчі функції, пленуми вищих судових інстанцій надають роз'яснення на підставі оцінки практики застосування законів судами, а не на підставі самих законів, не мають на меті встановлення, відміну, зміну правових норм, їх основною метою є не створення нових норм, а забезпечення єдиних підходів до тлумачення, застосування законів [7, с. 298].

Щодо обов'язковості роз'яснень для судів, то і це питання не таке однозначне. Якщо ми звернемося до Закону України «Про судоустрій України» від 07.02.2002 № 3018-III (далі – Закон), то ч. 4 ст. 18 даного Закону визначає, що єдність системи судів загальної юрисдикції досягається в тому числі забезпеченням Верховним Судом України однакового застосування законів судами загальної юрисдикції, у п.1 ч. 2 ст. 47 Закону визначено повноваження Верховного суду України надавати судам роз'яснення з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики, в свою чергу, в ч. 2 ст. 55 Закону визначено, що Пленум верховного Суду України дає роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства, у разі необхідності визнає не чинними відповідні роз'яснення вищих спеціалізованих судів. Отже, декларується

необхідність єдності в застосуванні норм права з однієї сторони через надання роз'яснень, з іншої - не вказується прямо на обов'язковість роз'яснень для судів. Це певним чином пояснюється положенням ч. 1 ст. 14. Закону відповідно до якого судді при здійсненні правосуддя незалежні від будь-якого впливу, нікому не підзвітні і підкоряються лише закону, а ми з'ясували, що досліджувані акти не мають сили закону. В даному випадку, роз'яснення, що відповідно до закону надаються вищими судовими інстанціями, мають слугувати орієнтирами для судій при вирішенні конкретної справи в тому, як тлумачити та застосовувати відповідні норми законів. В той же час неправильне застосування судами норм матеріального або процесуального права може призвести до скасування рішення суду, його зміни або ухвалення нового рішення. Якщо ми будемо визнавати роз'яснення вищих судових органів такими, на які не потрібно звертати увагу, то ми тим самим будемо заперечувати їх функціональну доцільність як засобу забезпечення єдиного розуміння законів [2, с. 121]. Орієнтуюча роль таких інтерпретаційних актів і необхідність звертати на них увагу судам при вирішенні справ є незаперечною, але не можна забувати і про те, що вони не є джерелами права, не мають містити нормативної новизни, вони не мають підміняти закон, і при вирішенні конкретної справи суд має за основу брати і посилатися на сам закон, а такі акти використовувати як засіб розуміння законів.

Підсумовуючи вищезазначене можемо виокремити такі характерні ознаки судових інтерпретаційних актів: 1) акти тлумачення судових органів мають відповідну визначену форму, як і інші акти судових органів, що видаються ними в процесі правозастосовної діяльності; 2) в даних актах на підставі аналізу і узагальнення судової практики містяться правила про те, як розуміти та застосовувати норми права; 3) інтерпретаційні акти мають слугувати орієнтиром для судів при прийнятті рішення, оскільки їх ігнорування може призвести до відміни прийнятого рішення, але в той же час таке тлумачення може не братися до уваги у випадку наведення судом аргументації щодо невідповідності такого тлумачення самому закону; 4) інтерпретаційні акти не є частиною норми права, мають допоміжний характер, застосовуються у зв'язку з реалізацією норми, що підлягає тлумаченню, і можуть використовуватися в якості аргументу того чи іншого її розуміння.

Використані джерела:

1. *Власов Ю.Л. Проблеми тлумачення норм права: Монографія. – К.: Ін-т держави іправа ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 180с.*
2. *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2007. – 933с.*
3. *Каращук К. Деякі аспекти тлумачення норм права //Вісник національної академії прокуратури України. – 2008. - №4. – С.118-123.*
4. *Селіванов, А. О. Право тлумачити закони та юридичні наслідки застосування офіційної інтерпритації // Вісник Верховного Суду України. - 2006. - № 7 . – С. 2-6.*
5. *Смирнов А.В., Манукян А.Г. Толкование норм права: учебно-практ. Пособие. – М.: Проспект, 2008. – 144с.*
6. *Теория государства и права: Курс лекций/ Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. -2-е изд., перераб и доп. М.: Юристъ, 2001. – 776с.*
7. *Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – 381с.*

Амангельды Айжан Амангельдыкызы
кандидат юридических наук,
докторант НИИ частного права Казахского гуманитарно-юридического университета,
ассоциированный профессор кафедры частно-правовых дисциплин
Каспийского общественного университета,
Алматы, Республика Казахстан

АНАЛОГИЯ ЗАКОНА КАК СПОСОБ РЕГУЛИРОВАНИЯ ПАТЕНТНО-ЛИЦЕНЗИОННЫХ ОТНОШЕНИЙ

Являясь объектом гражданских прав, исключительное право может быть предметом сделок между участниками гражданского оборота. Эти сделки по существу представляют собой акты свободного волеизъявления сторон, связанные с передачей имущества во временное пользование (например, в случае заключения договора патентной лицензии) или с полным отчуждением имущества в пользу другого лица (например, в случае передачи исключительного права). Отсюда договор патентной лицензии можно определить как договор, по которому одна сторона обязуется предоставить другой стороне имущество (исключительное право) за плату во временное пользование. Такое определение позволяет рассматривать патентно-лицензионные отношения как отношения сходные с арендными, а договор в целом аналогичным договору аренды, по которому арендодатель обязуется предоставить арендатору имущество за плату во временное владение и пользование или временное пользование. Однако, действующее законодательство совершенно строгим образом определяет объекты, которые могут быть переданы в аренду, исключая при этом любые права. Так, по договору аренда могут быть переданы только земельные участки и другие обособленные природные объекты, предприятия и другие имущественные комплексы, здания, сооружения, оборудование, транспортные средства и другие вещи, которые не теряют своих натуральных свойств в процессе их использования. Ряд авторов полагает, что Гражданским кодексом РК не предусмотрена аренда прав (в том числе имущественных), в связи с чем к патентно-лицензионным отношениям нельзя применять положения о договоре аренды. На это следует заметить, что среди объектов, которые могут быть переданы по договору аренды Гражданским кодексом назван такой объект как «предприятия и другие имущественные комплексы». При этом согласно ст. 119 ГК РК «предприятием как объектом прав признается имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности... В состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания), и другие исключительные права, если иное не предусмотрено законом или договором». Таким образом, утверждая, что предприятие как имущественный комплекс может быть предметом договора аренды, тем самым мы допускаем, что входящие в состав имущества предприятия исключительные права также могут предоставляться по договору аренды. Однако, несмотря на столь явное сходство, договор патентной лицензии не следует считать разновидностью договора аренды, но можно назвать арендные отношения сходными с патентно-лицензионными, поскольку договору патентной лицензии все таки присущи признаки, характерные для договора аренды, несмотря на их отдельные незначительные отличия. Такого же мнения придерживается ряд российских ученых, например, А.Д. Корчагин, который говорит о том, что по характеру договорно-правовых и экономических норм лицензионные соглашения ставятся в один ряд с арендными [1]. Развивая эту мысль Г. Штумпф подчеркивает, что особенности лицензионного договора не исключают его схожести с договором аренды, поскольку договор аренды с точки зрения законодательных предписаний наиболее близок к

лицензионному договору. На этом основании он полагает, что к договору патентной лицензии необходимо применять положения о договоре аренды по аналогии законодательных положений, что в целом дает при рассмотрении те же результаты, если считать договор патентной лицензии договором особого рода и применять к нему общие принципы права [2, С. 36]. Ввиду наличия пробелов в законодательном регулировании патентно-лицензионных отношений в РК такая точка зрения может иметь огромное практическое значение, а именно существенно расширить круг норм, подлежащих применению при регулировании конкретных патентно-лицензионных отношений. Тем более, что действующее законодательство прямо предписывает, что в случаях, когда гражданско-правовые отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона) (п. 1 ст. 5 ГК РК). При этом под гражданско-правовыми отношениями следует понимать отношения по поводу правового положения участников гражданского оборота, оснований возникновения и порядка осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирования договорных и иных обязательств, а также других имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. На этом основании помимо специальных (Патентного закона РК) и общих (общие положения о сделках (статьи 147-162 ГК РК, общие положения об обязательствах (статьи 268-377 ГК РК), общие положения о договоре (статьи 378-405 ГК РК)) норм, прямо регулирующих патентно-лицензионные договорные отношения, при отсутствии законодательного регулирования, к конкретным патентно-лицензионным отношениям целесообразно применять положения о договоре аренды на основании аналогии закона.

Использованные источники:

1. *Корчагин А.Д. Как защитить интеллектуальную собственность в России. – М.: ИНФРА-М, 1995.*
2. *Штумпф Г. Лицензионный договор. М.: ПРОГРЕСС, 1988.*

Ампілогов Данило
студент 4-го курсу юридичного факультету
Кіровоградського юридичного інституту ХНУВС,
Кіровоград, Україна

ІМ'Я ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ ТА ЙОГО РОЛЬ У ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

В сучасному світі важко представити людину без імені. Але ще два сторіччя тому не всі люди які проживали на території сучасної України мали ім'я в сучасному розумінні цієї досить цікавої ознаки фізичної особи. Навіть більше, ім'я та прізвища мали лише жителі міст та дворяни, що виїжджали за кордон. Лише після 1919 року було введено паспорти за якими можливо було ідентифікувати особу, але були певні територіальні обмеження щодо сільського населення. Сьогодні ми вже можемо в повному обсязі користуватися ім'ям як індивідуальною ознакою фізичної особи.

Під поняттям «ім'я» у цивільних відносинах розуміють всім відоме ПІБ (Прізвище, власне ім'я, по батькові). Саме за допомогою ім'я у вигляді ПІБ можна вважити людину суб'єктом цивільних відносин, за допомогою ПІБ фізична особа ідентифікується у сучасних відносинах. Ім'я виступає індивідуальною ознакою за якою фізична особа набуває свої права

та обов'язки. Характерно, що саме ім'я отримало своє спеціальне позитивне регулювання у Новому Цивільному Кодексі України. Через ім'я фізичної особи досягається персоніфікація правовідносин.

Ім'я фізичної особи має соціальне, психологічне і правове значення. Спочатку необхідно звернутися до визначень даних нам в міжнародному законодавстві та в актах національного законодавства:

Стаття 3 Декларація прав дитини встановлює, що кожна дитина з моменту її народження має право на ім'я.

Стаття 28 ЦК України. Ім'я фізичної особи, яка є громадянином України, складається з прізвища, власного імені та по батькові, якщо інше не випливає з закону або звичаю національної меншини, до якої вона належить.

Згідно ч. 3 ст. 28 ЦК України ім'я фізичної особи надається відповідно до закону. Батьки дитини зобов'язані зареєструвати новонародженого і дати йому ім'я.

Ст. 146 СК України деталізує кожну складову імені людини, а п. 2.22— Правил про реєстрацію актів громадянського стану в Україні, що затверджені наказом МЮ України від 18 жовтня 2000р. № 52/2. Він передбачає:

Ім'я дитини визначається за згодою її батьків;

Дитині може бути дано не більше двох імен одночасно під час реєстрації, якщо інше не випиває із звичаю національної меншини, до якої належить мати чи батько, про що в графі «Для позначок» робиться відповідний запис, який засвідчується підписами батьків;

У разі відсутності при реєстрації народження згоди батьків спір вирішується органом опіки й піклування або судом.

Окрему увагу необхідно приділити ч. 2 ст. 28 ЦК України відповідно до якої необхідно фізична особа може використовувати псевдонім (вигадане ім'я) або діяти без зазначеного імені. Це стосується авторського та суміжних прав. Достатньо часто застосовується в «богемній тусовці» Шоубізнесових колах (Потап, Ассоль тощо).

Необхідно сказати, що ім'я, як немайнове право особи, може відігравати значну роль в житті як самого його володільця так і в суспільстві в цілому. Ім'я особи як професіонала може характеризувати її та передаватися із вуст в уста, тим самим поширюючи про людину славу чи ганьбу, тому законодавець поставив під охорону чесне ім'я особи (ст. 294-296 ЦК України).

Також необхідно пам'ятати, що ім'я професіонала, який вчинив сумнівну дію, може поламати йому кар'єру або навіть життя.

Важливе значення відіграє підпис фізичної особи, який являється офіційним проявом її імені в цивільному обороті. Це виявляється у посвідченні документів, зокрема, актах нотаріальних дій.

Як правило ім'я особи надається людині один раз і на все життя. Але бувають випадки коли фізична особа може застосовувати інше ім'я або до нього додаються спеціальні визначення, які характеризують соціальний статус особи або її кваліфікаційний рівень. Зокрема, в країнах Заходу дуже часто можна зустріти такі додатки (Доктор Сміт, Суддя Джонсон, Сенатор Обама, Сер Алекс Фергюссон тощо), вони надаються особі на все життя, це формується традицією або звичаєм . В Україні ж такі спеціальні звання надаються особі також, але окремим визначеним Законом категоріям людей. (Суддя, Президент, професор тощо).

Досить цікавою є думка видатного науковця Лялікової А.А, стосовно вдосконалення законодавства, що регулює порядок зміни ім'я та заборони давати аморальні ім'я дитини, чи змінювати своє вже в зрілому віці на аморальне.

Необхідно додати, що правовідносини і цивільні правовідносини, зокрема, перебувають у постійному динамічному русі, вони неодмінно потребують врегулювання та вдосконалення. Але не бажано, щоб дане регулювання перетворилося на систему тотального контролю суб'єктів держави чи навіть корпорації, адже особиста свобода та індивідуальність особи є головної цінністю та невід'ємною частиною прогресу. Конституція захищає ці немайнові

права осіб, а ім'я фізичної особи є індивідуальною та персоніфікованою ознакою, а не тавром.

Використані джерела:

1. *Цивільний Кодексу України;*
2. *Сімейний Кодекс України;*
3. *ЗУ «Про Реєстрацію актів громадянського стану»;*
4. *ЗУ «Про державну реєстрацію фізичних осіб»;*
5. *Антонюк О.І. Фізичні особи як суб'єкти цівільного права: Навчально-методичний посібник. – Донецк: Норд-Прес, 2005. – 124с. ;*
6. *Братусь С.Н. Субъекти гражданского права. – М. 1950.*
7. *Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном правею – Рига, 1976;*
8. *Цивільне право України: Курс лекцій: У 6-ти томах. Т.1./ за ред. Р.Б. Шишки та В.А. Кройтора. Харків: Еспада, 2008. – 680с.*
9. *Покровский И.А. Основные проблемы граждански права — М.: Статус, 1998— 353с.*

Андрияшко Марина Васильевна
аспирант факультета права и администрации
университета Марии Кюри-Склодовской,
Республика Польша

ОРГАНЫ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИЕ ЗАЩИТУ СЕМЕЙНЫХ ПРАВ

Согласно ст.3 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС) [1] семья, являясь естественной и основной ячейкой общества, находится под защитой государства.

Анализ содержания ст.6 КоБС позволяет сделать вывод о том, что к органам, в компетенцию которых входит защита прав, вытекающих из брачных и семейных отношений, относятся: 1) суд; 2) органы опеки и попечительства; 3) государственные органы, регистрирующие акты гражданского состояния. Кроме того, допускается самозащита прав, вытекающих из брачных и семейных отношений.

Суд, например, защищает права субъектов семейных правоотношений при рассмотрении дел о расторжении брака; признании брака недействительным; лишении родительских прав; усыновлении ребенка; отмене усыновления. На основании решения суда производится взыскание алиментов. Судебная защита прав, вытекающих из брачных и семейных отношений, является основной формой защиты. К судебным органам, защищающим права, вытекающие из брачных и семейных отношений, относятся общие суды Республики Беларусь.

Дела о лишении родительских прав рассматриваются с обязательным участием представителя органа опеки и попечительства в целях защиты прав и законных интересов субъектов семейных правоотношений. Кроме того, с участием органов опеки и попечительства осуществляется защита прав и законных интересов детей-сирот, детей, оставшихся без попечения родителей; разрешаются споры родителей о воспитании детей.

Регистрация актов гражданского состояния отделами записи актов гражданского состояния устанавливается как в целях защиты личных и имущественных прав граждан, так и в государственных и общественных интересах.

Анализ содержания ст.6 КоБС [1] позволяет сделать вывод о том, что перечень органов и лиц, в компетенцию которых входит защита прав субъектов семейных правоотношений, не является исчерпывающим, так как законодательством о браке и семье функции по защите семьи и прав ее членов возложены также на: 1) прокурора; 2) комиссии по делам несовершеннолетних; 3) администрации детских интернатных учреждений, государственные специализированные учреждения для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной

помощи и реабилитации, государственные учреждения, обеспечивающие получение профессионально-технического, среднего специального и высшего образования; 4) законных представителей (родителей, лиц их заменяющих).

Так, действия прокурора по защите семейных прав могут выражаться в предъявлении в суд ряда требований: о лишении родительских прав; о защите родительских прав в случае удержания ребенка лицом, не имеющим на то законных оснований. Кроме того, прокурор обязан участвовать в делах о лишении, восстановлении и ограничении родительских прав, об усыновлении ребенка и об отмене усыновления ребенка независимо от того, по чьей инициативе возбуждено дело судом.

Комиссии по делам несовершеннолетних наделены широким кругом полномочий по защите прав и законных интересов детей, находящихся в социально опасном положении. Согласно п.п.11, 13 Постановления Совета Министров Республики Беларусь «Об утверждении положения о порядке образования и деятельности комиссий по делам несовершеннолетних» от 10 декабря 2003 г. № 1599 [2] Комиссия по делам несовершеннолетних в целом осуществляет меры по координации деятельности органов, учреждений и иных организаций, осуществляющих профилактику безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних. Кроме того, в соответствии с п.1 Декрета Президента Республики Беларусь «О дополнительных мерах по государственной защите детей в неблагополучных семьях» от 24 ноября 2006 г. № 18 [3] комиссия по делам несовершеннолетних принимает решение об отобрании ребенка у родителей при наличии установленных законодательством оснований, об установлении ребенку статуса детей, оставшихся без попечения родителей, о помещении ребенка на государственное обеспечение.

Согласно ст.118 КоБС администрация детского интернатного учреждения, государственного специализированного учреждения для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной помощи и реабилитации, государственного учреждения, обеспечивающего получение профессионально-технического, среднего специального, высшего образования, обязаны принимать все необходимые меры по устройству ребенка на воспитание в семью. В соответствии со ст. 66 КоБС семья является естественной средой ребенка, а воспитание детей в семье охраняется и поощряется государством.

В соответствии с п.7 ст.1 Гражданского процессуального кодекса законными представителями являются родители, усыновители, опекуны, попечители истца, или ответчика, или третьего лица и иные лица, которым это право предоставлено законом, а также учреждения и организации, на попечении которых находится истец или ответчик, третье лицо. В силу предписаний ст.25, 27 Гражданского кодекса Республики Беларусь и др. в качестве законных представителей несовершеннолетних выступают их родители, усыновители, опекуны (попечители).

Таким образом, в действующем КоБС отсутствует норма, содержащая указание на полный перечень органов, в компетенцию которых входит защита семьи. В этой связи предлагаем изменить название и содержание ст. 6 КоБС и представить их в следующей формулировке: «Статья 6. Органы и лица, уполномоченные осуществлять защиту прав, вытекающих из брачных и семейных отношений. Защита прав, вытекающих из брачных и семейных отношений, осуществляется судом, органами опеки и попечительства, государственными органами, регистрирующими акты гражданского состояния, прокурором, законными представителями, комиссией по делам несовершеннолетних, а также администрациями детских интернатных учреждений, государственными специализированными учреждениями для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной помощи и реабилитации, государственными учреждениями, обеспечивающими получение профессионально-технического, среднего специального и высшего образования».

Использованные источники:

1. *Кодекс Республики Беларусь о браке и семье : Закон Респ. Беларусь, 9 июля 1999 г., № 278-З ; в ред. Закона Респ. Беларусь от 15 июля 2009 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2009. – № 173. – 2/1595.*
2. *Об утверждении положения о порядке образования и деятельности комиссий по делам несовершеннолетних : постановление Совета Министров Респ. Беларусь, 10 дек. 2003 г., № 1599. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2003. – № 142. – 5/13515.*
3. *О дополнительных мерах по государственной защите детей в неблагополучных семьях: Декрет Президента Респ. Беларусь, 24 нояб. 2006 г., № 18 // Нац. реестр правовых актов Реп. Беларусь. – 2006. – № 198. – 1/8110.*

Андрусів Уляна Богданівна
старший викладач Львівського державного університету внутрішніх справ,
Львів, Україна

ПРАВО ТЕЛЕРАДІОМОВНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ НА ПУБЛІЧНЕ СПОВІЩЕННЯ СВОЇХ ПРОГРАМ ТА ПЕРЕДАЧ: ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

Майнові права організацій мовлення є таким правовим інструментарієм, який дозволяє вилучати із створених ними передач та програм ті корисні властивості, які з них можна вилучити будь-яким способом, не забороненим законом. Можна без перебільшення стверджувати, що саме майнові права є основною рушійною силою розвитку діяльності організацій мовлення.

Зважаючи на це, вважаємо, що для забезпечення активізації інтелектуальної та творчої діяльності організацій мовлення необхідно, перш за все, забезпечити належний і ефективний рівень охорони майнових прав зазначеного суб'єкту.

Перелік майнових прав організацій мовлення закріплений як у національних нормативних актах, так і у міжнародних документах, які ратифіковані Верховною Радою України. Чільне місце серед них займає право організації телерадіомовлення дозволяти чи забороняти іншим особам публічно сповіщати свої програми шляхом трансляції і ретрансляції.

При дослідженні вказаного виключного права, доцільно проаналізувати поняття публічного сповіщення, шляхи застосування якого, відповідно до його визначення, характеризують зміст його застосування.

Так, стаття 1 Закон України «Про авторське право і суміжні права» окреслює дефініцію «публічного сповіщення (сповіщення для загального відома)», під якою слід розуміти передачу за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав в ефір за допомогою радіохвиль (а також лазерних променів, гама променів тощо), у тому числі з використанням супутників, чи передача на віддаль за допомогою проводів або будь-якого виду наземного чи підземного кабелю творів, виконань, будь-яких звуків і (або) зображень, їх записів у фонограмах і відеограмах, програм організацій мовлення тощо, коли зазначена передача може бути сприйнята необмеженою кількістю осіб у різних місцях, віддаленість яких від місця передачі є такою, що без зазначеної передачі зображення чи звуки не можуть бути сприйняті.

Вказана норма також містить поняття «публічного показу», під яким мається на увазі «будь-яка демонстрація оригіналу або примірника твору, виконань, передач організацій мовлення безпосередньо або на екрані за допомогою плівки, слайда, телевізійного кадру, тощо і далі – в даному визначенні робиться застереження, що вищевказані дії означають показ за винятком передач в ефір чи по проводах, оскільки цю діяльність законодавство відносить до публічного сповіщення» [1, ст.1].

Трансляцією (телерадіотрансляцією), у свою чергу, визнається початкова передача, яка здійснюється наземними передавачами, за допомогою кабельного телебачення або супутниками будь-якого типу в кодованому або відкритому вигляді телевізійних чи радіопрограм, що приймаються населенням.

Поняття, визначені законодавством України де в чому ускладнюють визначення сфери охорони прав телерадіоорганізацій, намагаючись розмежувати близькі явища, з однієї сторони – обмежуючи їх способами використання, з іншої – надаючи їм тотожні правомочності.

Так можна припустити, що публічне сповіщення охоплює більше коло своєї дії, ніж публічний показ, але останній, у свою чергу, обмежений законодавством у способі використання, адже відомо, що передача по проводах і в ефір значно розширює аудиторію телеглядачів чи слухачів у порівнянні зі способами представлення з використанням слайдів лише плівки, тощо. Також вживання термінології демонстрації при публічному показі означає наочний показ або конкретизує його. Мабуть, важко уявити не наочний показ, і дане твердження виключає, наприклад, демонстрацію звуків. В даному випадку, проводиться лише відображення зображень, хоча й обмеженим способом ніж публічне сповіщення, яке спроможне передавати як зображення так і звуки або лише зображень і звуків.

На практиці відбувається підміна понять, що призводить до неоднозначного тлумачення одного і того ж змісту певного явища, до якого застосовується різний понятійний апарат. Адже проаналізовані поняття дають достатні підстави вважати, наприклад, стосовно трансляції, що вона також здійснюється тими ж способами, що і публічне сповіщення, більш того, трансляція завжди має публічний характер.

Тому, на нашу думку, доцільнішим буде вживання у законодавстві замість терміну «публічне сповіщення» термін «трансляція», і норму ст. 41 Закону України «Про авторське право і суміжні права» слід відобразити у наступному вигляді, а саме зазначивши, що організації мовлення мають виключне право дозволяти чи забороняти використання належних їм програм, передач шляхом їх трансляції та ретрансляції. Необхідно зазначити, що дане положення знайшло своє відображення у Цивільному кодексі України: ст. 455 одним із способів використання передачі (програми) організації мовлення визначає здійснення (трансляція, ретрансляція) передачі (програми) організації мовлення.

Принагідно також нагадати, що досліджувані нами положення знаходять своє відображення і у міжнародних нормативних документах. Так, у положеннях Римської конвенції регламентовано, що організації мовлення користуються правом дозволяти або забороняти ретрансляцію своїх передач в ефір. «Під ретрансляцією розуміється одночасна передача в ефір однією організацією мовлення передач в ефір, що здійснюються іншою організацією мовлення»[2 ,ст.13]. Якщо використовувати таке визначення при тлумаченні терміну ретрансляції у національному законодавстві, можна вважати, що ретрансляція по проводах допускається. Таке положення справ, на нашу думку, не допустиме.

У загальних положеннях Європейській конвенції по транскордонному телебаченню від 5 травня 1989 року зазначається, що «ретрансляція означає прийом і одночасну передачу, незалежно від технічних засобів, що використовуються, повних і незмінених телевізійних програм або істотних частин таких програм, що транслюються телерадіоорганізаціями для прийому населенням» [3, ст.2].

Під ретрансляцією у відповідності до Закону України «Про телебачення і радіомовлення» слід розуміти прийом і одночасна передача, незалежно від використаних технічних засобів, повних і незмінних телерадіопрограм або істотних частин таких програм, які транслюються мовником [4, ст.1].

Із наведених визначень терміну «ретрансляції», ми можемо зробити висновок, що охорона надається лише у випадку прийому із ефіру і одночасної трансляції передачі, право на використання якої належить іншій телерадіоорганізації. Якщо ж трансляція цієї ж програми буде транслюватись у проміжок часу, що не співпадає з трансляцією передачі

організацією, що має таке право, виникає прогалина, що дає змогу вільно використовувати «чужу» трансляцію, яка в даному випадку законодавством може і не охоронятись.

При аналізі норм діючого законодавства України стосовно охорони прав організацій телерадіомовлення, на нашу думку, доречним буде звернення до зарубіжного досвіду регламентації окреслених питань, що, у свою чергу, дозволить зіставити положення вітчизняного законодавства та зарубіжного, а також - віднайти найбільш об'єктивне відображення досліджуваних правовідносин.

Так, Закон Німеччини «Про авторське право та суміжні права» визначає, що «транслюючe підприємство має право: а) повторно передавати свої програми; б) відтворювати свої програми на відео або фонограмі, виготовляти фотографії своїх програм, а також відтворювати свої відео або фонограми; в) публічно доводити до відома громадськості свої трансляції у місцях, відвідування яких можливо тільки за вхідну плату»[5, ст.5].

Окрім того, нам видається доцільним пригадати положення Зводу законів США, який визначає, що «здійснення трансляції передачі, що включає виконання або показ твору для прийому широким колом осіб на індивідуальних приймальних приладах того типу, який звичайно використовується у приватних будинках, якщо: а) за перегляд або прослуховування передачі не вимагається пряма плата, або б) прийнята, таким чином, передача не транслюється для широкого кола осіб» [6, ст.17].

Для вирішення проблем, пов'язаних із охороною досліджуваного права організації мовлення, пропонуємо:

- привести у відповідність понятійний апарат у нормативно-правових актах України, зважаючи при цьому на міжнародний досвід;
- унеможливити вільне використання організацією мовлення «чужої» трансляції, встановивши протягом якого періоду здійснюватиметься передача телерадіопрограм при ретрансляції;
- внести зміни до Закону України «Про авторське право і суміжні права», зокрема ст. 41 слід відобразити наступним чином: організації мовлення мають виключне право дозволяти чи забороняти використання належних їм програм, передач шляхом їх трансляції та ретрансляції.

Заповнення існуючих прогалин та подолання неточностей і неузгодженостей, зазначеним шляхом, беззаперечно сприятиме становленню належного рівня охорони організацій мовлення.

Використані джерела:

1. *Про авторське право і суміжні права. Закон України від 23 грудня 1993р., в редакції від 11 липня 2001р.// Відомості Верховної Ради України. – 2001р. – №43. – 214с.*
2. *Международная конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961г. – Рим // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сб. нормат. актов: Авторское право. – М.: Изд-во Ун-та дружбы народов,1988. – С.199 – 204.*
3. *Европейская конвенция по трансграничному телевидению от 1 травня 1993р. в ред. от 9.09.1998. // Електронний інформаційний бюлетень. Верховна Рада України. Управління комп'ютеризованих систем. – 2001р.*
4. *Про телебачення і радіомовлення. Закон України від 21 грйдня 1993р. в редакції від 12 січня 2006 // Відомості Верховної Ради України. – 2006.- N 18.- 155с.*
5. *Закон Германии об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965// Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов: Авторское право. Учебное пособие под ред. В.К.Пучинского, М.Н. Кузнецова. – М.:Изд-во УДН, 1988. – 208с.*
6. *Кодекс законов США. Раздел 17. Авторское право. §101// Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов: Авторское право. Учебное пособие под ред. В.К.Пучинского, М.Н. Кузнецова. – М.: Изд -во УДН, 1988. – 208с.*

Анікіна Галина Володимирівна
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ ОРГАНІВ ВІД ПОМЕРЛОГО ДОНОРА

Трансплантація органів від людини до людини - це одне з найвидатніших досягнень людства. Прогрес у медицині та поширення застосування трансплантації органів дозволяє сьогодні лікувати багатьох хворих, які ще до недавнього часу могли очікувати тільки на смерть, або, в кращому випадку, продовжувати своє болісне та обмежене існування. Трансплантація органів пов'язана з багатьма проблемами, які мають відношення до етики і права. Окрім питання про виправданість, або невиправданість трансплантації органів як терапефтичного експерименту, виникають і інші проблеми, зокрема, пов'язані з проблемою пересадки органів від померлого донора.

Особливі дискусії викликають серед спеціалістів і серед тих, хто цікавиться проблемами трансплантології, дві юридичні моделі вилучення органів від померлих донорів: «презумпція згоди», яку ще називають «невитребуваною згодою» і «презумпція незгоди» – «інформована», або так звана «витребувана згода».

«Презумпція згоди» полягає у тому, що збереження і використання органів померлого здійснюється у тому випадку, якщо він за життя не висловлював в явній формі заперечень проти цього, або якщо заперечень не висловили його родичі. Ці умови приймаються в якості підстави для того, щоб вважати людину і її родичів згідними на донорство органів. Презумпція згоди діє у Фінляндії, Австрії, Швеції, Іспанії, Португалії, Італії, Греції, Бельгії, Франції.

Друга модель «презумпція незгоди» - витребувана згода, значить, що до своєї смерті померлий явно заявляв про свою згоду на вилучення органу (органів), або члени його сім'ї чітко виражають згоду на такі дії, у тому випадку, коли померлий не залишив подібної заяви. Доктрина інформованої згоди передбачає певне документальне підтвердження «згоди», яка фіксується або у водійському посвідченні людини, або в спеціальному документі — картці донора, (прикладом подібного документа є «картки донора» в США) [1].

Стаття 16. ЗУ « Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині», говорить: «Кожна повнолітня дієздатна особа може заявити про згоду або про незгоду стати донором анатомічних матеріалів у разі своєї смерті. За відсутності такої заяви анатомічні матеріали у померлої повнолітньої дієздатної особи можуть бути взяті за згодою подружжя, або родичів, які проживали з нею до смерті. У померлих неповнолітніх, обмежено дієздатних, або недієздатних осіб анатомічні матеріали можуть бути взяті за згодою їх законних представників» [2]. Тобто, в Україні закріплено модель «презумпції незгоди» вилучення органів від померлого донора, в нашій державі медичні працівники без погодження з родичами загиблого не мають права використовувати його органи для трансплантації. Дана презумпція діє в США, Великобританії, Латинській Америці, Ірландії, Данії, Німеччині, Канаді.

Сьогодні прихильники кожної з правових моделей вилучення органів від померлого донора, висувають власні аргументи на користь кожної з них.

Прихильники принципу «принципу згоди» вважають його ефективнішим, і таким, який більше відповідає цілям і інтересам клінічної трансплантації. Зауважують, що переваги цієї моделі полягають у тому, що вона дозволяє отримувати максимальну кількість потенційних донорів, не вимагає наявності документів про згоду і дозволяє зменшити тяжкість втрати для родичів, оскільки виключає необхідність обговорення питання вилучення органів у момент сповіщення про смерть близької людини. Прибічники даного принципу вважають, що протилежна модель – «презумпція незгоди» має ряд суттєвих недоліків: зокрема, зауважують, що навіть у країнах де діють спеціальні дозвільні документи на взяття органів,

громадяни відмовляються мати при собі даний дозвіл, через страх, що у разі нещасного випадку, чи при серйозній травмі не отримають інтенсивного лікування. В країнах, де такі документи не діють, суттєвим недоліком є неможливість отримання в багатьох випадках інформації про згоду чи незгоду донора на вилучення органів висловлену за життя. Дуже часто лікарі опиняються в ситуації, коли родичів немає при констатації смерті хворого, їх не можливо відшукати, або їх дратують такі прохання в умовах сімейної трагедії. Як свідчить практика, пряме звернення лікарів до пацієнта, або його родичів «витребувана згода» відповідного руху не викликає і через культурно-історичні особливості багатьох країн. Важливим є і той аспект, що застосування в трансплантології принципу «інформованої згоди» передбачає великі фінансові витрати і вимагає часу на створення реєстру в масштабах країни і на практиці призводить до стримування розвитку трансплантології. І. Сілуянова, навпаки вважає застосування даного принципу неприпустимим, обґрунтовуючи свою думку тим, що дії лікаря на підставі невитребуваної згоди, не можуть бути оцінені як етичні. Без добровільної прижиттєвої згоди донора ідея «смерть повинна служити продовженню життя» є всього лише своєрідною демагогією. Продовженню життя людини повинна служити усвідомлена, а не передбачувана воля іншої людини врятувати людське життя» - вважає автор [3]. Слід зауважити, що «презумпцію згоди» потенційного донора на вилучення органів і тканин не сприймають також і представники церкви.

Повертаючись до розгляду особливостей правового регулювання трансплантації органів від померлого донора в Україні, зауважуємо, що закріплення «принципу незгоди» в нашій державі викликає серед спеціалістів ряд невдоволень і критики. Деякі науковці вважають, що «презумпція незгоди», яка діє сьогодні в Україні, гальмує подальший розвиток трансплантології, і це гальмування буде продовжуватись до тих пір, поки до законодавства не будуть внесені зміни, перш за все ті, які стосуються, насамперед, позбавлення права родичів виражати згоду на взяття трансплантата від померлого донора. Нагадаємо, що у більшості країн світу для того, щоб взяти орган у мертвої людини, згода родичів не потрібна.

На нашу думку, однією з найсуттєвіших прогалин Закону є те, що перекладаючи рішення про взяття трансплантата на плечі родичів померлого, він не врегульовує питання: хто саме з родичів повинен приймати таке важливе рішення, і як бути в ситуації, коли рідні померлої людини не можуть дійти згоди у даному питанні? Законодавець не говорить нам і про те, в якій формі усній чи письмовій повинне бути зафіксоване таке волевиявлення? Чи доцільно перекладати таке рішення на плечі родичів загиблого, у той момент, коли вони перебувають у шоковому стані? Адже, як відомо, для вдалого проведення трансплантації від померлого донора необхідно використати трансплантант з мінімальною втратою хімічного складу, тобто впродовж досить короткого проміжку часу після настання смерті.

Таким чином, обговорюючи проблему правової регламентації трансплантації органів від померлого донора, ми потрапляємо в досить складну ситуацію, де з одного боку шальки терезів знаходиться усвідомлення того, що на кону стоїть життя людини, а з іншого, принцип, який не дозволяє переступити через вшанування смерті померлого та почуття його рідних. Багато питань, пов'язаних з даною проблемою, надалі залишаються відкритими і потребують якомога швидшого юридичного вирішення.

Використані джерела:

1. *Кобяков Д. П. Правовые проблемы трансплантологии: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Природоресурсное право; Аграрное право; Экологическое право»; спец. 12.00.02 «Конституционное право; Государственное управление; Административное право ; Муниципальное право» / Д.П. Кобяков. — Москва, 2000. — 27, [1] с.*
2. *Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині: Закон України від 16 липня 1999 року // ВВРУ. — 1999. — № 41. — Ст. 337.*
3. *Силуянова И. В. Этика врачевания [Електронний ресурс] : монография / И.В. Силуянова. — Москва. Изд-во МП Троицко-Сергеевой Лавры. 2001. — Режим доступу до монограф.: http://www.agnuz.info/library/ books/siluyanova_etika_vrachevaniya/*

Артемьев Николай Геннадьевич
студент 5-го курса, юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

О ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ ВВЕДЕНИЯ ИНСТИТУТА АКЦИОНЕРНЫХ СОГЛАШЕНИЙ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

В зарубежных странах для обеспечения стабильности и юридической надежности бизнеса в рамках акционерного общества (далее - АО) его участники нередко используют дополнительный (по отношению к нормативным правовым актам и уставу) механизм правового регулирования – акционерные соглашения (далее - АС).

Однозначного понимания, так же как и устоявшегося термина «акционерное соглашение», в доктрине нет. В литературе используются различные категории: акционерное соглашение, соглашение акционеров, договор между участниками, договор об осуществлении прав участников. Очевидно лишь то, что такое соглашение представляет собой разновидность гражданско-правового договора [2; с. 23].

АС можно определить как договор между участниками (акционерами) общества по поводу порядка их действий и обязательств в процессе управления обществом, включая обязанности по голосованию при принятии решений органами управления общества, порядок урегулирования возникающих конфликтов, порядок и условия выхода участников соглашения из состава участников (акционеров) и иные вопросы [1; с. 6].

На сегодняшний день белорусское законодательство не только не дает легального определения «акционерное соглашение», но даже и не упоминает о возможности заключения таких соглашений.

Для сравнения, наши ближайшие соседи – Россия и Украина – совсем недавно в своих системах права узаконили АС. И, если новый Закон Украины «Об акционерных обществах» [6] в статье 29, лишь говорит о том, что акционеры, если это предусмотрено уставом, вправе заключить между собой соглашение, то Законом Российской Федерации «Об акционерных обществах» устанавливается достаточно детальная регламентация акционерных соглашений.

Так, согласно ст. 32.1 Закона Российской Федерации «Об акционерных обществах» акционерное соглашение – договор об осуществлении прав, удостоверенных акциями и (или) об особенностях осуществления прав на акции. Акционерным соглашением может быть предусмотрена обязанность его сторон: голосовать определенным образом на общем собрании акционеров; согласовывать вариант голосования с другими акционерами; приобретать или продавать акции по заранее определенной цене и (или) при наступлении определенных обстоятельств; воздерживаться от отчуждения акций до наступления определенных обстоятельств; осуществлять согласовано иные действия, связанные с управлением обществом, с его деятельностью, реорганизацией и ликвидацией [5]. Как видим, данной статьей устанавливается примерный круг вопросов, которые могут быть предметом акционерного соглашения с учетом, безусловно, императивных норм законодательства и положений устава общества.

Обосновывая допустимость АС в праве Республики Беларусь, полагаем, что в первую очередь необходимо руководствоваться принципом свободы договора (ст. 391 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК)), который предполагает свободу заключения договоров, не предусмотренных законодательством. Единственное ограничение указанной свободы сводится к тому, что такой договор не должен противоречить обязательным требованиям, установленным законодательством (п.1 ст. 392 ГК). Такие обязательные требования применительно к вопросам, которые не могут стать предметом акционерных соглашений содержатся в ГК и Законе Республике Беларусь «О хозяйственных обществах»«, действующем в редакции от 10 января 2006 г. (далее – Закон о ХО) [4].

Важной практической задачей является анализ норм Закона о ХО с целью выявления вопросов, которые могут быть предметом акционерного соглашения и соответственно тех вопросов, которые предметом акционерного соглашения быть не могут.

Следует подчеркнуть, что Закон о ХО достаточно императивно регулирует порядок создания, деятельности, реорганизации и ликвидации акционерных обществ, права и обязанности акционеров, компетенцию органов акционерных обществ. Данное обстоятельство означает, что у акционеров остаются незначительные возможности варьировать те или иные условия в АС.

Среди вопросов, которые не могут быть урегулированы в АС, в частности, являются: 1) порядок образования органов акционерного общества, избрания их членов (ч. 1 ст. 33 Закона о ХО); 2) иной способ голосования по сравнению с кумулятивным при выборе членов совета директоров (наблюдательного совета) в АО с числом акционеров более 1000 (ч. 3 ст. 84); 3) определение кворума для общего собрания акционеров (ст. 43); 4) отказ от преимущественного права приобретения акций акционера в закрытом акционерном обществе (ст. 73); 5) изменение сроков уведомления о проведении годового общего собрания; 6) порядок принятия решений общим собранием акционеров по отдельным вопросам квалифицированным большинством, например, при совершении крупной сделки общества (ст. 58) и многие другие вопросы.

Среди условий, которые могут быть урегулированы в АС это, прежде всего, те, которые либо вообще не урегулированы в законодательстве и, при этом, не противоречат законодательству и уставу конкретного общества, либо условия, вытекающие из диспозитивных норма Закона о ХО.

Значимым является вывод, согласно которому условия АС являются обязательными только для его сторон. Это подтверждает и российский законодатель в Законе «Об акционерных обществах».

Таким образом, стороны соглашений должны осознавать тот факт, что, заключая АС, необходимо следить за четким соблюдением соответствия положений подписываемого АС действующему законодательству Республики Беларусь и уставу конкретного общества.

На основе вышеизложенного, с учетом опыта других государств, считаем целесообразным закрепление института АС и в законодательстве Республики Беларусь. Внесение соответствующих дополнений в Закон о ХО должно быть взаимосвязано с либерализацией некоторых положений данного Закона, предоставляющей акционерам большую свободу выбора, в том числе направленную на возможность заключения АС.

Использованные источники:

1. *Молотников, А.Е. Соглашение акционеров / А.Е. Молотников //Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. – 2006. – № 9.*
2. *Радченко, Т. Механизмы корпоративного управления: место акционерных соглашений/ Т. Радченко, А. Шаститко // Вопросы экономики – 2008. – № 10.*
3. *Федотов, И. Соглашения акционеров в отечественной юридической практике / И. Федотов // Корпоративный юрист. – 2007. – № 5.*
4. *О хозяйственных обществах: Закон Республики Беларусь, 9 декабря 1992 г. № 2020-XII // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2006. – № 18. – 2/1197; 2008. – № 172. – 2/1469.*
5. *Об акционерных обществах: Федеральный закон Российской Федерации, 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/popular/stockcomp/. – Дата доступа: 08.10.2009 г.*
6. *Об акционерных обществах: Закон Украины, 17 сентября 2008 г. № 514-VI // [Электронный ресурс].– Режим доступа: http://www.base.spinform.ru/show_doc.fwx?Regnom=24993/ - Дата доступа: 07.10.2009 г.*

Бааджи Наталія Пилипівна
асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Одеської національної юридичної академії,
Одеса, Україна

ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ ЯК ОДНА ІЗ ФОРМ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ УМОВ АВТОРСЬКОГО ДОГОВОРУ

Особливої актуальності останнім часом у науковій літературі набуває питання посилення відповідальності за порушення авторських прав, що обумовлено також внесенням змін у чинне законодавство більшості країн та посиленням санкцій за правопорушення в сфері авторських відносин.

Питання посилення санкцій за порушення авторських прав, як у договірних відносинах, так і у позадоговірних були предметом чисельних наукових розробок.

Метою даного дослідження є визначення напрямків вдосконалення чинного законодавства про відшкодування шкоди автору, завданою порушенням зобов'язань.

Відповідно до загальних положень ЦК України, а саме статті 21 передбачається, що особа, якій завдано збитків внаслідок порушення її цивільного права, має право на їх відшкодування. Розмір збитків, завданих порушенням зобов'язання, доказується кредитором (ч.2-4 статті 623 ЦК України), якщо інше не передбачено законом, іншими нормативно-правовими актами або договором. Під час визначення збитків беруться до уваги ринкові ціни, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора, у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога не була задоволена добровільно, - у день вчинення позову. Суд може задовольнити вимогу щодо відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення. Під час визначення неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються вжиті кредитором заходи для їх одержання і здійснені з цією метою приготування.

Особливістю відповідальності за порушення авторських прав є можливість автора відповідно до ч. 1 ст. 51 Закону обирати способи захисту своїх авторських прав між поданням позову про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або поданням позову про стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права, чи позовом про виплату компенсацій.

Відповідно до роз'яснень, що наводяться в оглядовому листі вищого господарського суду України від 22.01.2007 р. N 01-8/25 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти авторського права і суміжних прав» у випадку подання уповноваженою особою позову про виплату компенсації згідно п. г ч. 2 ст. 52 Закону суд має право постановити рішення чи ухвалу про виплату компенсації у розмірі від 10 до 50000 мінімальних заробітних плат, замість відшкодування збитків або стягнення доходу. Розмір компенсації, що визначається судом при порушенні авторського права і (або) суміжних прав замість відшкодування збитків або стягнення доходу, не обов'язково має точно відповідати розмірові шкоди, що була завдана, проте має співвідноситися з нею певним чином, оскільки особливою функцією цивільно-правової відповідальності є відшкодування майнових витрат, завданих правопорушенням.

Як зазначено в абз. 2 п. 33 Рекомендацій Президії ВГСУ від 10.06.2004 р. № 04-5/1107 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з захистом прав інтелектуальної власності» при вирішенні таких справ компенсація підлягає виплаті у разі доведення факту порушення майнових прав суб'єкта авторського права, а не розміру заподіяних збитків. Таким чином, для задоволення вимоги про виплату компенсації достатньо наявності доказів вчинення особою дій, які визнаються порушенням авторського права.

Збитки можуть бути завдані не лише автору, але й іншій стороні у випадку порушення автором його обов'язків по договору. Для застосування до автора такого заходу

відповідальності, як відшкодування збитків, має бути доведений факт їх завдання і обґрунтування їх розміру. Доведення цих обставин покладається на користувача. Збитки користувача можуть виражатися у понесених ним витратах, наприклад, пов'язаних з підготовкою твору до опублікування, у втраті або пошкодженні його майна, наприклад, зникненні переданих авторові матеріалів, і нарешті, у не отриманих прибутках, на які розраховував користувач, якщо б автор не порушив своїх обов'язків. Однак збитки мають бути відшкодовані у повному обсязі тільки тоді, коли предметом авторського договору є вже готовий твір. Якщо автор не надав замовлений твір у відповідності з умовами договору замовлення, на нього може бути покладений обов'язок лише по відшкодуванню реальних збитків, втрачена ж замовником вигода у даному випадку відшкодуванню не підлягає.

Умовою покладення на автора обов'язку по відшкодуванню збитків є наявність причинного зв'язку між порушеними автором умовами договору і наслідками, що сталися. Обґрунтування даного зв'язку також є обов'язком користувача.

Таким чином, можна зробити висновок, що про подальше вдосконалення норм цивільного законодавства щодо способів захисту сторін авторського договору, хоча деякі їх аспекти все ще потребують доопрацювання.

Баньковская Алла Александровна
младший научный сотрудник
Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

ОСОБЕННОСТИ РЕГИСТРАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ НЕКОТОРЫХ СТРАН СНГ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

В мировой практике процедура регистрации юридического лица является основным звеном проводимых реформ, вследствие чего подлежит постоянному совершенствованию с целью упрощения названной процедуры. Для совершенствования существующего в Республике Беларусь механизма государственной регистрации юридических лиц необычайно важно учитывать в этих вопросах опыт зарубежных стран.

В странах Содружества Независимых Государств (далее – СНГ), в которых институт государственной регистрации, так же как и подход в исследовании самого юридического лица, очень схож и раскрыт в юридической науке достаточно широко, восприятие процедуры государственной регистрации неодинаково. Анализ законодательства некоторых государств-участниц (Республика Беларусь, Украина, Российская Федерация, Республика Таджикистан, Республика Узбекистан, Молдова, Кыргызская Республика, Республика Казахстан, Азербайджанская Республика) по вопросу государственной регистрации позволяет выделить ряд особенностей и различий в процедуре государственной регистрации юридических лиц.

Прежде всего, следует остановиться на перечне органов, осуществляющих государственную регистрацию. Так, по законодательству Украины, Российской Федерации, Республики Таджикистан, Молдовы, Республики Казахстан и Кыргызской Республики вопросы, связанные с государственной регистрацией юридических лиц, находятся в ведении одного специально уполномоченного органа. В Республики Узбекистан государственную регистрацию осуществляют сразу три государственных органа, полномочия которых различаются в зависимости от вида создаваемых организаций. Законодатель Республики Беларусь закрепил наибольшее число государственных органов – шесть, и такой подход представляется нам правильным с учётом специфики отдельных видов создаваемых юридических лиц.

Различия существуют и в самой процедуре государственной регистрации. Только в ряде государств на учредителей (участников) создаваемой организации возлагается обязанность согласовывать с регистрирующим органом наименование будущей организации (Республика Беларусь, Республика Узбекистан, Кыргызская Республика). В законодательстве остальных государств такой этап как согласование наименования юридического лица в процедуре регистрации отсутствует. Прогрессивным, на наш взгляд, является подход украинского и белорусского законодателей, закрепивших право учредителя (учредителей) зарезервировать наименование юридического лица на определенный срок.

Перечень документов, предоставляемых для государственной регистрации юридического лица, в рассматриваемых государствах существенно различается. Так, например, по законодательству Азербайджанской Республики и Республики Таджикистан в регистрирующий орган необходимо предоставить документ, подтверждающий юридический адрес структуры, желающей получить статус юридического лица. По законодательству Республики Узбекистан предоставляются оригинал справки об отсутствии тождественных или сходных до степени смешения фирменных наименований, а также эскизы печати и штампа. В законах Республики Беларусь и Республики Таджикистан закреплена возможность подачи в регистрирующий орган копии платежного документа, подтверждающего уплату государственной пошлины за проведение регистрации. Таким образом, у заявителя (заявителей) после подачи документов на регистрацию остается оригинал документа, который подтверждает произведенные расходы по уплате государственной пошлины за государственную регистрацию. В законодательстве Кыргызской Республики и Республики Казахстан закреплен открытый перечень документов, предоставляемых для государственной регистрации.

Интересной представляется позиция законодателя Республики Узбекистан, закрепившего возможность подачи документов для государственной регистрации не только в явочном порядке, но и посредством почтовой связи.

Особенностью законодательства Республики Таджикистан является закрепление обязанности учредителя (учредителей) обратиться в регистрирующий орган для государственной регистрации юридического лица в течение одного месяца с момента принятия учредительных документов.

С 1 февраля 2009 года в Республике Беларусь действует заявительный принцип государственной регистрации, который предусматривает, что любые регистрационные действия будут совершаться на основании уведомления соответствующего регистрирующего органа. Регистрация осуществляется по заявлению учредителей, и заявитель несет полную ответственность за достоверность сведений, содержащихся в предоставленных для государственной регистрации документах.

Наибольшее количество законодательных различий касается вопроса определения срока государственной регистрации. Так, максимальный срок регистрации законодательно закреплен в Республики Узбекистан и установлен в пределах от семи рабочих дней до одного месяца. Минимальный срок предусмотрен по законодательству Республики Беларусь: в день подачи всех необходимых документов в регистрирующий орган.

Анализ законодательства по вопросу государственной регистрации юридических лиц стран СНГ показал, что важнейшим принципом государственной регистрации в указанных государствах (кроме Молдовы и Азербайджанской Республики) выступает принцип одного окна. Указанный принцип предполагает, что:

- заявитель (заявители) обращается для проведения всей процедуры государственной регистрации юридического лица только в один уполномоченный орган – в регистрирующий орган;

- к заявлению о государственной регистрации прикладывается минимальный пакет документов, необходимых для осуществления регистрации, которые могут быть представлены только заявителем (заявителями).

В последние годы многие политики, а также ученые высказывают точку зрения о том, что необходимо рассматривать возможность создания единого правового пространства, в котором многие процедуры будут выполняться по единой, стандартной схеме. Одним из примеров такой позиции является опыт работы Европейского союза.

Проведенный анализ законодательных актов рассмотренных стран СНГ, регулирующих порядок регистрации и деятельности юридических лиц, показал, что существует необходимость в создании универсальной процедуры государственной регистрации на законодательном уровне стран СНГ, которая, в свою очередь, повлечет за собой объединение экономического потенциала указанных государств и разработку единых стандартов ведения налоговой политики, ведение единого реестра и статистики. Нам представляется, что применение единой регистрации на уровне стран СНГ не повлечет нарушение основного принципа международного права - принципа государственного суверенитета стран-участниц.

Батрин Станіслав Віталійович
аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,
Київ, Україна

ОРГАНІЗАЦІЯ, ЮРИДИЧНА ОСОБА ТА КОРПОРАЦІЯ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ У НАЦІОНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Внаслідок поспішного становлення корпоративних правовідносин в Україні, їх законодавче обгрунтування нерідко супроводжувалося протиріччами та закріпленням у нормативно – правових актах взаємовиключаючих положень. В першу чергу, слід підкреслити, що наразі відсутнім є законодавче визначення самої корпорації, що породжує різні думки щодо питання про її співвідношення з організацією та юридичною особою.

З точкового екскурсу до положень вітчизняного законодавства випливає, що юридичною особою визнається організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку (ч.1 ст. 80 Цивільного кодексу України, далі - ЦК). Юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. В той же час, товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи (ч.1 ст.84 ЦК).

На нашу думку, поняття юридичної особи є всеохоплюючим та включає в себе ряд конструктивних зв'язків між людьми. Проте тільки тоді, коли ці зв'язки набувають передбачених законом ознак, виникає потенційна можливість їх формалізації, визнання за єдністю таких зв'язків правосуб'єктності. Саме тому законодавець і передбачає ряд ознак, які повинні виокремлювати певні взаємини між людьми від численної групи інших зв'язків. У науковій літературі ці ознаки прийнято називати ознаками юридичної особи – такими внутрішньо належними їй якостями, кожна з яких є необхідною, а всі разом – достатніми для того, щоб організація могла визнаватися суб'єктом цивільного права [1, с. 117]. Серед них: організаційна єдність, майнова відособленість, самостійна відповідальність, участь у цивільному обороті від власного імені, здатність бути позивачем та відповідачем у суді [2, с. 58 - 59]. Уточнення потребує тільки той аспект, що юридична особа є не тільки суб`єктом цивільного права (де вступає у зовнішні відносини «юридична особа – треті особи»), але і так само – суб'єктом господарського права (на прикладі організаційних відносин «учасник –

юридична особа», інших відносин, які обумовлюються метою одержання прибутку зацікавленими особами).

В іншому, цілком справедливо відмічається, що поряд з організаціями, які наділені правами юридичної особи, у суспільному житті беруть участь і різні об'єднання, що не являються суб'єктами права. При цьому самі члени вирішують, чи реєструвати їх у вигляді юридичної особи чи обмежитися діяльністю у вигляді неформальної групи, «клубу за інтересами» [1, с. 121]. Хоча і дещо неточним вбачається такий ступінь спрощення, якщо зважити на діяльність різного роду філій та представництв, які водночас становлять певну організацію, але не наділяються статусом юридичної особи. Це стосується і іншого типу товариств, так званого простого товариства, яке не має статусу юридичної особи, і тому не набуває правосуб`єктності [3, с. 96]. Таким чином, між організацією та юридичною особою не доречно ставити знак «дорівнює». Юридичною особою є тільки та організація, що наділена певними ознаками.

Що ж стосується практичної можливості співставити поняття «юридична особа» та «корпорація», то з огляду на чинне законодавство, це є неможливим, адже остання у Господарському кодексі України (ГК) визначається як форма господарського об'єднання (ч.3 ст.120 ГК), що взагалі не відповідає традиційним уявленням про корпорацію, оскільки охоплює лише одну сторону цього явища, і головне – виключає іншу. Однак, можна висловити деякі міркування, побудовані на синтезі окремих норм. Так, відповідно до ч. 3 ст. 167 ГК, під корпоративними відносинами маються на увазі відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав. Останні, за своєю природою, можуть бути притаманними лише корпораціям. На думку законодавця, корпоративні права належать учасникам господарського товариства, визначеного у Законі України «Про господарські товариства». Отже, йдеться про акціонерне товариство, товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, про повне та командитне товариства (ч.1 ст.1 вказаного акту). По суті, ці організаційно – правові форми юридичної особи в Україні законодавчо визнано корпораціями. Поряд з цим, не можна оминути увагою і те, що у ГК здійснено класифікацію підприємств на унітарні та корпоративні, що дає підстави стверджувати, що тут йдеться про аналогію класифікації юридичних осіб.

Тому можна дійти висновку, що в Україні сформовано домінуючий підхід до розуміння корпорації як організаційно – правової форми підприємництва (схиляємося до думки про чіткого визначення їх видів: АТ, ТОВ і ТДВ), яка наділена ознаками юридичної особи.

Використані джерела:

1. *Гражданское право. Учебник. Часть I. Издание третье, переработанное и дополненное/Под ред. А П. Сергеева, Ю. К. Толстого.— М.:ПРОСПЕКТ, 1998.—632 с.*
2. *Гражданское право. Общая и Особенная части. Учебник. КНОРУС, 2005.— 704 с.*
3. *Ю. Дмитрієва. Визначення поняття «договору простого товариства» та його правова класифікація // Право України, 2007, №9, с. 96 – 100*

Белоушко Татьяна Викторовна
кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры гражданского права юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ТОВАРНЫЙ ЗНАК И ИНТЕРНЕТ – ПРАВОВАЯ СИТУАЦИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Товарный знак в Интернете используется в традиционных и нетрадиционных формах. К первой группе относится реклама, заказы и поставки, ко второй — гиперссылки, фреймы, метатеги и доменные имена.

Использование товарного знака в качестве рекламы достигается путем создания фирмами своих сайтов в Интернете, где размещается информация о фирме, фирменном наименовании и товарных знаках. Такие сайты именуют пассивными.

Существуют компании, использующие сайты, на которых размещают свои товарные знаки, для приема заказов на поставку товаров или предоставления услуг. Поставка же товаров или предоставление услуг осуществляются уже вне Интернета в реальном мире. Такие сайты именуют активными. Однако точного определения активных и пассивных сайтов не существует [1].

Есть фирмы, которые используют сайты с размещенным на нем своим товарным знаком не только для приема заказа, но и для поставки цифровых товаров, например, компьютерных программ, баз данных, мультимедийных произведений, на другой компьютер. Кроме того, в Интернете можно оказывать широкий спектр услуг: поиск информации, осуществление банковских операций, предоставление различного рода советов [2, с.16].

В отношении Республики Беларусь все рассмотренные выше традиционные формы можно подвести под традиционную дефиницию «использование товарного знака», данное в ст.20 Закона от 27 октября 2000 г. [3], в частности, применение данного средства индивидуализации в рекламе, даже при размещении заказов и поставках, а также размещение товарного знака на поставляемых цифровых товарах и при оказании обозначенных услуг.

Рассмотрим нетрадиционные формы использования товарных знаков в Интернете: гиперссылки, фреймы, метатеги, доменные имена. Гиперссылка представляет собой элементы текста, которые позволяют перемещаться по гипертексту. Известные дела были рассмотрены между компанией Ticketmaster и компанией Microsoft [4], между фирмой Wills Shetland Times и Джонатаном, а также между компанией CMG Worldwide и компанией American Legends [5].

Технологии фреймов позволяют разделить Web страницы на секции с тем, чтобы создать множество окон для работы с ними независимо друг от друга [2, с.14]. Одним из наиболее известных дел по данной проблематике является спор между компанией Washington Post и компанией Total News.

Метатег — это ключевое слово, встроенное в html-код сайта и используемое поисковой программой Интернета, ведущей поиск сайтов, которые содержат конкретное ключевое слово. Дело в связи с применением метатегов – между компанией Brookfields Communication и компанией West Coast Entertainment [2, с.36].

Наиболее проблематичным является использование товарных знаков в качестве наименований доменов. Такое стремление связано с желанием фирм создать или поддержать у потребителя ассоциативную связь между своей деятельностью и содержанием своих сайтов [6].

Между владельцами товарных знаков и владельцами доменных имен могут возникнуть два основных вида конфликтов: киберзахват и сосуществование прав.

Киберзахват — регистрация доменных имен, аналогичных товарным знакам, права на которые принадлежат другим лицам. Регистрация чужого товарного знака в качестве

доменного имени может не обладать признаками нарушения права на товарный знак, если регистрация доменного имени не связана с товарами и услугами, для которых зарегистрировано обозначение, поскольку исключительное право владельца товарного знака действует только в отношении товаров, указанных в свидетельстве.

Практика зарубежных стран свидетельствует о положительном опыте признания нарушением права на товарный знак регистрации данного обозначения в качестве доменного имени при отсутствии связи последнего с товарами и услугами, если имеет место коммерческое использование доменного имени. В отношении Республики Беларусь предлагается, что действенным может оказаться применение норм о недобросовестной конкуренции [7].

Сосуществование прав подразумевает наличие нескольких правомерных владельцев идентичных товарных знаков, желающих зарегистрировать доменное имя на свое имя. Данная ситуация может иметь место даже в пределах одного государства, поскольку исключительное право на товарный знак не имеет абсолютного характера, распространяя свое действие только в отношении товаров, указанных в свидетельстве на данное обозначение. Сосуществование прав может возникнуть, когда идентичные товарные знаки будут зарегистрированы для однородных товаров в различных государствах. Однако из всех компаний, владеющих такими обозначениями, только одна может зарегистрировать доменное имя, включающее этот товарный знак, поскольку Интернет — всемирная компьютерная сеть.

Разрешение конфликтов, возникающих в связи с использованием товарных знаков в Интернете, должно осуществляться в Республике Беларусь в соответствии с Законом от 27 октября 2000 г. [3] с квалификацией нарушения прав владельца товарного знака по п.3 ст.3 данного закона.

Использованные источники:

1. *Интернет: как разрешить проблемы? // Интеллектуальная собственность в Беларуси. — 2001. — № 3 (12). — С.53-56.*
2. *Кирий Л.Л., Орлова В.В. Товарные знаки в Интернете. Обзор материалов, связанной с охраной товарных знаков при их использовании в сети Интернет. — М.: ИНИЦ Роспатента, 2001. — 56 с.*
3. *О товарных знаках и знаках обслуживания: Закон Респ. Беларусь, 5 февраля 1993 г., в редакции 27 октября 2000 г. // Ведомости Национ. Собрания Респ. Беларусь. — 2000. —№ 33. — Ст.468.*
4. *Sally M.Abel, Marlyn Tiki Dare. Trademark issues in cyberspace // Undestanding basic trademark law. Co-Chairs Lynn S.Fruchter, Anne Hiaring, Robert M.Hewburg. — New York: Practising Law Institute, 1997. — P.383-418.*
5. *Kimberly W. Alcantara. Trademarks in cyberspace // Undestanding basic trademark law. Co-Chairs Lynn S.Fruchter, Anne Hiaring, Robert M.Hewburg. — New York: Practising Law Institute, 1997. — P.431-444.*
6. *Паркер Т. TCP/IP. Освой самостоятельно. — М.: Издательство БИНОМ, 1997. — 448 с.*
7. *Матвеев Д.И. Использование товарного знака в доменном имени // Консультант Плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО »ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2006.*

Берестова Ірина Еріївна
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач наукового сектору проблем цивільного права, відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права та підприємництва АПрН України,
Київ, Україна

ЩОДО СПОСОБІВ САМОЗАХИСТУ У ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ

Реалії сучасної економіки, яка відчуває коливання всесвітньої економічної кризи, нерідко призводять до того, що сторони вступаючи у цивільно-правові відносини підприємницького характеру, потребують більш вагомих гарантій виконання зобов'язань з боку контрагентів, ніж лише взаємна довіра. Так, в умовах фінансової кризи вибухнула основна проблема, з якою зіткнулося більшість підприємців – це відсутність грошових коштів і як наслідок неможливість належного виконання взятих на них зобов'язань. Багато компаній використовували для залучення обігових коштів банківські кредити, але в зв'язку з кризою, банки максимально згорнули програми кредитування. Наслідком цього у 2009 році активізувався спад промислового виробництва в Україні, мільйони людей працюють за скороченим робочим тижнем, змушені йти у неоплачувані відпустки, з дня на день очікують на звільнення чи навіть на закриття підприємств. Звичайно, що подальшими шляхами такого господарювання є, з одного боку, – низька наповненість бюджету, згортання соціальних програм, зниження життєвого рівня, особливо працівників бюджетної сфери, масове безробіття; а з іншого – невиконання власних договірних, в тому числі й довгострокових, зобов'язань такими підприємствами, і, як наслідок, виникнення чималої кількості позовів, що призводить до завантаженості судів. Отже, з огляду на викладене, на сьогодні гостро постало питання щодо можливості застосування інших, альтернативних судовому способів захисту майнових прав учасників договірних відносин, зокрема застосуванню способів самозахисту.

Слід зазначити, що Конституція та Цивільний кодекс України передбачають право особи на самозахист за допомогою будь-яких дій незалежно від їх характеру – головне, щоб ці дії не суперечили закону та моральним засадам суспільства. Необхідна оборона у ст.1169 ЦК прямо віднесена до самозахисту. Порушення прав суб'єкта підприємницької діяльності у договірних відносинах полягає у невиконанні (невчиненні) або неналежному виконанні боржником обов'язку за договором щодо вчинення певної дії або утримання від неї.

Із передбачених у ст.16 ЦК способів захисту самозахист може здійснюватися лише такими засобами, як: 1) припинення дії, яка порушує право (необхідна оборона, дії у стані крайньої необхідності, стягнення банком грошових коштів з рахунку клієнта, які він не сплатив за кредитним договором із цим банком); 2) відновлення становища, яке існувало до порушення (спростування неправдивих відомостей власними силами, проведення наймачем капітального ремонту у разі відмови наймодавця від його проведення); 3) зміна правовідносин (у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково відмовитися від зобов'язання, внаслідок чого умови зобов'язання змінюються (ст. 615 ЦК України)); 4) припинення правовідносин (одностороння відмова від договору); 5) відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди (право продати та відшкодувати свої затрати і збитки із суми виторгу за річ, яка притримується або перебуває у заставі ломбарду чи передана на комісію, проте у порушення умов договору не була забрана комітентом).

Інші ж способи (визнання права, визнання правочину недійсним, визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади АРК або місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, відшкодування моральної шкоди) передбачають необхідність винесення рішення певним юрисдикційним органом. Віднесення певного заходу до самозахисту має практичне значення, оскільки законодавство встановлює чіткі критерії правомірності, яким повинні відповідати заходи самозахисту та у разі недотримання яких такі дії є протиправними. Отже, знання належності заходу до

самозахисту дозволяє визначитися з тим, чи слід співвідносити свої дії з встановленими для самозахисту критеріями правомірності.

В цілому способи самозахисту можна умовно поділити на чотири групи.

До першої групи способів самозахисту можна віднести право кредитора право самостійно стягувати з боржника належні йому платежі. За радянських часів статути деяких банків (наприклад, Зовнішньоторговельного банку) передбачали право звертати стягнення на усі суми і цінності позичальника, які перебувають у банку, для погашення боргу.

До другої групи відноситься відмова у задоволенні до отримання зустрічного задоволення. Така відмова дозволяє кредитору уникнути збитків, які можуть настати у разі виконання зобов'язання, незважаючи на відсутність зустрічного задоволення. Зокрема, бельгійські юристи визначають цю правомочність як форму «самоуправління у правосудді» [1, с.138] .

Третю групу заходів самозахисту у зобов'язальних відносинах становлять дії кредитора, спрямовані на виконання невиконаного зобов'язання за рахунок боржника. Виконання необхідних дій внаслідок невиконання контрагентом зобов'язань із зарахуванням понесених затрат у рахунок плати за договором професор В.І.Синайський відносив до самодопомоги[2, с.185]. До четвертої групи заходів самозахисту у договірних відносинах входять заходи, пов'язані з відмовою вчинити певні дії в інтересах недобросовісної сторони. Так, ЦК України містить значний перелік випадків, коли особа може односторонньо відмовитися чи змінити договір: покупець має право відмовитися від договору купівлі-продажу через відмову продавця передати проданий товар (ч.1 ст.665), порушення вимог щодо якості товару (ч.2 с.678), ненадання документів чи приналежності товару (ч.2 ст.666), передання некомплектного товару (п.2 ч.2 ст.684), ненадання можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар у місці його продажу (ч.3 ст.700), виявлення протягом гарантійного або інших обов'язкових для сторін строків недоліків, не застережених продавцем, або фальсифікації товару (п.4 ч.1 ст.708). Продавець може відмовитися від договору, якщо покупець відмовився прийняти та оплатити товар (ч.4 ст.692, п.2 ст.695).

Наймач має право на відмову від договору, якщо наймодавець не передав майно (п.2 ч.1 ст.766). Це право виникає у наймодавця, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом 3-х місяців поспіль (ч.1 с.782). Підрядник має право відмовитися від договору, якщо замовник, попри своєчасне попередження з боку підрядника, у відповідний строк не замінить недоброякісний чи непридатний матеріал, вказівки про спосіб виконання робіт або не усуне інші обставини, що загрожують якості або придатності результату робіт (ч.1 ст.848), у разі неможливості використання матеріалів (деталей, конструкцій) чи устаткування, наданого замовником, без погіршення якості виконуваних робіт (ч.3 ст.879).

Використані джерела:

1. *Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С.138*
2. *Синайский В.И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 2002. – С.185*

Бесарабчик Влада Олександрівна
молодший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України,
Київ, Україна

ПРАВО НА СПРЯМОВАНУ ВІДМОВУ ВІД СПАДЩИНИ

Одним з дискусійних питань юридичної та нотаріальної практики, зокрема, є питання щодо можливості здіснення особою відмови від належних їй прав та визнання в якості правового наслідку такої відмови – припинення суб'єктивного права.

Змістом права, яке виникає у спадкоємця на момент відкриття спадщини, охоплюється не тільки можливість її прийняти, а й можливість відмовитися від неї.

На жаль, у науковій літературі відсутні ґрунтовні дослідження з окресленої тематики. Актуальними залишаються питання виявлення та характеристики кола осіб, на користь яких може та, навпаки, не може здійснюватися спрямована відмова від спадщини, включаючи спадкоємців за правом представлення та в порядку спадкової трансмісії.

Відмова від спадщини як одне з гарантованих спадкоємцеві суб'єктивних прав закріплене у ст. 1237 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Якщо спадкоємець не вчинив жодних з дій, передбачених цією статтею, вважається, що він відмовився від спадщини. Право на відмову від прийняття спадщини закріплене практично за усіма особами, яким чинне спадкове законодавство дозволяє бути спадкоємцями. Спадкоємець за заповітом або за законом може відмовитися від спадщини шляхом подання про це заяви до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини.

Розрізняють два види відмови від спадщини: спрямовану (кваліфіковану) та безумовну. Спрямована відмова від спадщини істотним чином відрізняється від простої відмови, здійснюваної без вказівки осіб, на користь яких спадкоємець відмовляється від спадщини. Безумовна відмова від спадщини призводить до виключення спадкоємця, що відмовився, з правонаступників і спричиняє або приріст спадкових часток, або виникнення права на спадкування в інших осіб за законом або за заповітом. Спрямована відмова означає розпорядження правом на спадкування шляхом передачі його іншій особі або особам. У цьому випадку право на спадкування безповоротно припиняється у спадкоємця, що відмовився, але виникає за волею останнього в інших спадкоємців. Спадкоємці ж, на користь яких була вчинена відмова від спадщини, мають право здійснити будь-яку з вищенаведених правомочностей, що утворює зміст права на спадкування.

Згідно зі ст. 1274 ЦК України спрямована відмова від спадщини означає право спадкоємця відмовитися від спадщини із зазначенням однієї або декількох осіб, на користь яких він відмовляється від спадщини, включаючи право вказати, які частки їм належать. Так, п. 1 ст. 1274 ЦК України передбачає можливість спадкоємця за заповітом відмовитися від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця за заповітом, а п. 2 тієї ж статті передбачає можливість спадкоємця за законом відмовитися від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця за законом незалежно від черги [1]. Положення ст. ст. 1273, 1275 ЦК України стосуються принципів, термінів та наслідків спрямованої відмови від спадщини.

Очевидно, що за допомогою спрямованої відмови змінюється коло закликаних до спадкування осіб та розподіл участі у спадщині, а також порядок спадкування за законом або за заповітом. Особливістю дії спрямованої відмови є можливість передання права на спадкування іншим особам, як закликаним до спадкування, так і не закликаним до спадкування, але тим, що входять до числа спадкоємців за заповітом або за законом (із деякими винятками).

Цивільний кодекс України закріпив правило про те, що спрямована відмова на користь спадкоємців за законом не пов'язана з черговістю закликання до спадкування. Це означає, що вибір спадкоємця на користь іншого спадкоємця за законом не залежить від того, яка черга закликається до спадкування по відношенню до спадщини, від якої він відмовляється. Такий спадкоємець має право відмовитися від прийняття спадщини на користь спадкоємців

другої, третьої або будь-якої наступної черги незважаючи на те, що є спадкоємці першої черги за законом.

Крім того, за загальним правилом, установленим ст. 1275 ЦК України, якщо від спадщини відмовився один зі спадкоємців за заповітом, частка від спадщини, яку він має право прийняти, переходить до інших спадкоємців за заповітом і розподіляється між ними порівну; якщо ж від спадщини відмовився один зі спадкоємців за законом тієї черги, що має право на спадкування, частка від спадщини, яку він мав право прийняти, переходить до інших спадкоємців за законом тієї ж черги і розподіляється між ними порівну.

Слід звернути увагу на те, що спадкоємець, на користь якого була здійснена відмова від спадщини, – так званий відказоодержувач – також має право відмовитися від спадщини.

Не допускається спрямована відмова від обов'язкової частки у спадщині, що пояснюється двома обставинами: по-перше, суто функціональним призначенням обов'язкової частки, яка покликана забезпечити неповнолітнім, малолітнім або непрацездатним спадкоємцям більш-менш належні умови існування; по-друге, тим, що дотримання встановлених законом правил про обов'язкову частку у спадщині обмежує одну з таких основоположних засад спадкового права, як принцип свободи заповіту. [2]

Цікавим є питання, чи можлива спрямована відмова на користь спадкоємців, що спадкують за правом представлення (ст. 1266 ЦК України) та в порядку спадкової трансмісії. У відповідності з цим відмова від прийняття спадщини на користь онуків, правнуків, прабаби, прадіда, племінників, двоюрідних братів та сестер спадкодавця можлива лише за умови, що на час відкриття спадщини не буде в живих відповідного спадкоємця, якого зазначені у ст. 1266 ЦК України особи «заміщають» за правом представлення. Що стосується відмови від спадщини на користь осіб, які закликані до спадкування в порядку спадкової трансмісії, їх покликання до спадщини, дійсно, є необхідною умовою здійснення відмови на їх користь, оскільки вони (трансмісари) «вийшли» з іншого кола спадкоємців, зумовленого відкриттям спадщини після трансмітента, а не після спадкодавця. Їх включенням до кола спадкоємців відносно майна спадкодавця вони зобов'язані закликанням до спадщини, що відкрилася у зв'язку зі смертю спадкоємця (трансмітента).

Отже, виходячи з вище викладеного, можна зробити наступні висновки:

спрямована відмова від спадщини спадкоємців за законом надає право на спадкування спадкоємцям інших черг;

право на спрямовану відмову від спадщини залежить від учасників спадкових правовідносин, які закликаються до спадщини в залежності від підстави спадкування (за законом чи за заповітом) та від учасників, на користь яких може розповсюджуватися спрямована відмова від спадщини (підпризначені спадкоємці, спадкоємці за правом представлення) або не може (спадкоємці, які мають право на обов'язкову частку).

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. 2. – 1088 с.*
2. *Фурса Є. І. Приращення спадкових часток // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації профспілок України. – 2001. - № 1. – С. 85-87.*
3. *Гордон М. В. Наследование по закону и по завещанию / Гордон М. В. – М., 1967. – С. 74.*

Биканова Аліна В'ячеславівна
студентка 3 курсу, економіко-правового факультету
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ МАЙНА СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ

На сучасному етапі розвитку економічних відносин в Україні, що характеризується становленням приватновласницьких відносин як наслідку проведеної денаціоналізації, найбільшої ваги набувають питання визначення правового режиму майна суб'єктів господарювання. Незважаючи на існування сьогодні досить міцного правового підґрунтя у вигляді норм Господарського і Цивільного кодексів України, низки законів та підзаконних актів, необхідність подальшого теоретичного дослідженння правового режиму майна окремих суб'єктів господарювання не викликає сумнівів.

Майно – основа сучасного цивільного обігу. Зокрема, кожний суб'єкт господарювання повинен мати матеріальну основу для ведення господарської діяльності.

У науковій літературі існують різні підходи до поняття правового режиму майна суб'єктів господарювання. Так, на думку одних авторів, правовий режим майна господарських органів можна визначити як встановлений в правових нормах порядок формування майна і наділення ним госпорганів, а також порядок управління ним цими госпорганами та іншими ланками економіки [1]. Аналогічної точки зору дотримувався і С.З.Міхайлін. Він зазначав, що поняття правового режиму майна включає порядок формування різних видів майна і наділення ними госпорганів [2].

Гайворонський В.М. визначав правовий режим майна суб'єктів господарювання як встановлений правовими засобами порядок і умови придбання (привласнення) майна, здійснення суб'єктами права повноважень володіння, користування та розпорядження ним, реалізацію функцій управління майном, а також правову охорону його [3]. Слід зазначити, що у цьому визначенні нез'ясованим залишається зміст понять «правові засоби», «правова охорона», а також не зазначений суб'єкт, який виконує функції з управління майном (чи це сам суб'єкт господарювання, чи власник майна або уповноважений ним орган).

Вдалим видається визначення Г. В. Пронської, на думку якої поняття правового режиму майна підприємства охоплює встановлені правовими нормами структуру цього майна, порядок його набуття, використання і вибуття, а також звернення на нього стягнень кредиторів [4].

Пацурківський Ю. П. доповнює це визначення таким елементом, як обсяг прав та обов'язків суб'єктів господарювання з приводу володіння, користування і розпорядження майном [5]. Натомість, якщо додати до визначення, запропонованого Г.В. Пронською, такий елемент, як межі розпорядження майном з боку третіх осіб, таке розуміння правового режиму майна дозволяє з'ясувати: 1) структуру (складові частини, види) майна, закріпленого за суб'єктом господарювання, що, в свою чергу, створює можливість визначити особливості правового режиму окремих видів зазначеного майна; 2) порядок (джерела, способи, процедуру) формування майнової бази та майновий стан (шляхом відображення його засобами бухгалтерського обліку) суб'єкта господарювання; 3) порядок використання (експлуатації) різних видів майна в процесі здійснення господарської діяльності (в тому числі, його амортизації, застосування норм і нормативів тощо); 4) порядок вибуття майна з майнової сфери суб'єкта господарювання (відповідно до умов укладених договорів, у тому числі у вигляді санкцій за порушення договірних зобов'язань; шляхом використання у своїй господарській діяльності; у вигляді сплати податків і інших обов'язкових платежів; шляхом вилучення майна за рішенням уповноважених органів, у тому числі у вигляді санкцій за порушення правил здійснення господарської діяльності тощо).

Отже, даючи визначення поняттю правовий режим майна суб'єктів господарювання, слід погодитись з Шелухіним М.Л., який під правовим режимом майна суб'єктів господарювання розуміє встановлені правовими засобами порядок і умови придбання (привласнення) майна, здійснення суб'єктом господарювання повноважень з володіння, користування і розпорядження ним, функцій управління майном, а також його правової охорони [6].

З урахуванням викладеного уявляється хибним формулювання норми ч.1 ст. 134 ГК України, виходячи з якої право власності, право господарського відання та право оперативного управління є формами правового режиму майна.

Натомість в основу правового режиму майна, як стосовно окремих видів суб'єктів господарювання, так і окремих видів майна могла б бути покладена наведена вище сукупність елементів правового режиму. Тут доречно зазначити, що в чинному законодавстві України (передусім, у ГК України) норми щодо правового режиму майна суб'єктів господарювання сформульовані й розміщені, як правило, безсистемно, за змішаним принципом: одна частина з цих норм встановлює правовий режим власності (об'єктів власності) безвідносно до виду суб'єктів господарювання (прикладом цього є положення ст. 141 ГК України та низки нормативно-правових актів, що визначають особливості правового режиму державного майна у сфері господарювання), друга — правовий режим майна окремих суб'єктів (наприклад, статті 66, 75, 77, 87, 100, 123 ГК України, а також нормативно-правові акти, що визначають правове становище окремих суб'єктів господарювання), третя — правовий режим окремих видів майна (статті 163—165, 387, 391—395 ГК України, а також нормйтивно-правові акти, що визначають особливості правового режиму окремих видів майна). Зрозуміло, що така розпорошеність правових норм потребує як певної їх уніфікації у межах ГК України, так і узгодженості положень окремих спеціальних законів та інших нормативно-правових актів з положеннями ГК України і навпаки.

Використані джерела:

1. *Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В.В.Лаптева. – М.: Юрид.лит., 1983. – С.89.*
2. *Михайлин С.З. Правовой режим централизованных фондов и резервов денежных средств министерства. Автореферат дисс…к.ю.н. – Харьков, 1970. – С. 9.*
3. *Господарське право України: Підручник / За ред. В.М.Гайворонського, В.П.Жушмана. – Харків: Право, 2005. – С.91; Господарський кодекс України: Науково-практичний коментар / О.І.Харитонова, Є.О.Харитонов, В.М.Коссак та ін.; За ред. О.І.Харитонової. – Харків: Одіссей, 2006. – С.166.*
4. *Советское хозяйственное право: Учебник / Под общ. ред. И.Г.Побирченко. – К.: Вища школа, 1985. – С.83.*
5. *Пацурківський Ю.П. Правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності: Автореф. дис. …канд.юрид. наук – 12.00.03. – К., 2001. – 19 с.*
6. *Шелухін М.Л. Господарське право: Навчальний посібник у схемах і таблицях / За заг.ред Шелухіна М.Л. – К.: Центр навчальної літератури, 2006. – 616 с.*

Боднар Марія Ярославівна
студентка 5-го курсу, юридичного факультету,
Чорноморського державного університету ім. Петра Могили,
Миколаїв, Україна

ПРАВА І ОБОВ'ЯЗКИ ПАТРОНАТНОГО ВИХОВАТЕЛЯ

Право дитини на життя та виховання у сім'ї є одним з фундаментальних прав. Причини, через які діти залишаються без батьківського піклування, різні, але наслідок один – дитина позбувається конституційного права на сімейне виховання. Принцип пріоритету сімейного виховання для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування знаходить свій вияв

у прагненні держави забезпечити кожній такій дитині сімейне або максимально наближене до сімейного виховання, оскільки саме у сім'ї дитина одержує турботу дорослих і те тепло, що необхідне їй для нормального розвитку.

На сьогодні є багато сімей, які незалежно мають вони власних дітей чи ні, хотіли б взяти на виховання дитину яка позбавлена батьківської турботи. Хоч держава теж зацікавлена у влаштуванні дитини, яка залишилася без батьківського піклування, в сім'ю. Проте, дуже часто ці сім'ї не мають економічних і фінансових можливостей утримувати таку дитину, навіть коли вони бажають спілкуватися з нею. З огляду на це, здійснюється активний пошук моделей відносин, які б, з одного боку, брали все позитивне з сімейної форми влаштування дитини, а з іншого, мали б необхідну державну підтримку. До таких форм належить патронат над дітьми. Означені труднощі, пов'язані з прийняттям дитини сторонньою сім'єю, зумовлюють актуальність обраної теми.

На позиціях законодавчого уточнення умов патронатного виховання стоять такі науковці, як В. С. Гопанчук, І. В. Жилінкова, Л.М. Зілковська, С.М. Лепех, З.В.Ромовська, С.В. Сеник, С.Я. Фурса, Ю.С. Червоний та ін. Проте на сьогодні відсутній ґрунтовний правовий аналіз обсягу прав і обов'язків патронатного вихователя, а зміст глави 20 Сімейного кодексу України (далі – СК України) потребує деталізації та законодавчого доповнення.

Очевидно, основним обов'язком патронатного вихователя є виховання дитини. Хоча про це окремо не зазначено у ст. 255 СК України, проте такий висновок можна зробити виходячи із самої назви сторони за договором про патронат та зі змісту ст. 252 СК України, яка визначає, що за договором про патронат орган опіки та піклування передає дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) до досягнення дитиною повноліття, за плату [1].

Згідно п. 1 ч. 1 ст. 255 СК України, патронатний вихователь зобов'язаний забезпечити дитину житлом [1], виділивши їй у користування частину свого помешкання. Це питання вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням віку дитини, стану її здоров'я, уподобань та знань [2, с. 667].

Проте, на думку З.В. Ромовської, прийняття у свою сім'ю може проявитися і у тому, що вихователь житиме у помешканні дитини, позбавленої батьківського піклування. Тому обов'язок забезпечити дитину житлом для такої ситуації буде нечинним [3, с.368].

На патронатного вихователя також покладено обов'язок щодо забезпечення дитини одягом та харчуванням, що необхідні з урахуванням віку дитини, пори року (сезону), на яку придбається певний одяг, дитина повинна отримувати повноцінний раціон продуктів, а у разі потреби – додаткове харчування та певні продукти тощо.

Дитина повинна бути забезпечена усім необхідним для навчального процесу (п.2 ч.1 ст.255 СК України) [1] – посібниками, учнівським одягом, робочим місцем тощо. Щодо фізичного розвитку, то дитина, за необхідністю, повинна мати можливість займатися у спортзалі, користуватися басейном тощо, духовний розвиток дитини залежить від можливості читати певну літературу, відвідувати кіно, театри, музеї тощо [2, с. 667].

Патронатний вихователь, як і опікун чи піклувальник, не зобов'язаний утримувати дитину за рахунок своїх власних коштів. Він зобов'язаний забезпечити дитину всім необхідним за рахунок її майна чи інших, спеціально виділених для цієї мети коштів (аліменти, пенсія у зв'язку з втратою годувальника інші соціальні виплати) [3, с.368-369].

У п. 3 ч. 1 ст. 255 СК України йдеться про те, що патронатний вихователь має захищати дитину, її права та інтереси як опікун або піклувальник без спеціальних на те повноважень [1]. З цього положення С.Я. Фурса та Ю. С. Червоний роблять висновок про те, що законодавець прирівняв патронатного вихователя до опікуна та піклувальника, тим самим визначивши його як законного представника дитини, яка не досягла 14 років, у сфері цивільних процесуальних та цивільних матеріальних правовідносин, з обмеженнями які встановлені для опікунів та піклувальників Цивільним законодавством [2, с. 667; 4, с.383].

Л. М. Зілковська вважає, що хоча СК України покладає на патронатного вихователя обов'язок захищати дитину, її права та інтереси як опікун або піклувальник без спеціальних

на те повноважень, проте не містить норми, що патронатному вихователю надається статус опікуна або піклувальника і не встановлює тих заборон, зокрема у сфері здійснення правочинів, які встановлені для опікуна та піклувальника [5, с. 128].

Ю. В. Євко вважає, що ст. 255 СК України закріплює лише особисті немайнові обов'язки патронатного вихователя, і робить висновок, що захист майнових прав дитини, позбавленої батьківського піклування, яку передано під патронат, здійснює орган опіки і піклування який уклав відповідний договір [6, с.56].

З. В. Ромовська, незважаючи на назву ст. 255 СК України та на її зміст, визначає п.3 цієї статті як право процесуального представництва інтересів дитини переданої під патронат, що може бути реалізоване виключно з ініціативи патронатного вихователя [3, с.369].

Таке розмаїття думок є не випадковим, оскільки формулювання ст. 255 СК України не дає можливості однозначно визначити обсяг прав і обов'язків патронатного вихователя. На сьогодні ні в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [7], ні у Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України) [8] не згадується термін «патронатний вихователь», тому це положення зумовлює необхідність конкретизації повноважень вихователя саме у договорі. Тобто, у договорі про патронат, патронатний вихователь може взяти на себе обов'язок процесуального представництва дитини, тоді на нього повинні будуть поширюватися усі положення Цивільного кодексу України (ділі – ЦК України) [9], СК України, ЦПК України, Закону України «Про нотаріат» [10], які стосуються опікунів та піклувальників, щодо захисту інтересів дитини, взятої на виховання, та їх реалізація у нотаріальному та судовому процесах. Що ж стосується представництва інтересів дитини у цивільних матеріальних правовідносинах, то такий обов'язок може покладатись на патронатного вихователя за бажанням самого вихователя і за згодою органу опіки і піклування, якщо це не суперечитиме інтересам дитини. Проте такий обсяг прав і обов'язків не може бути більшим ніж встановлений законодавством для опікунів та піклувальників.

Відповідно, представництвом тієї частини інтересів дитини, що не передані за договором про патронат вихователю буде займатись відповідний орган опіки і піклування. Якщо ж згідно договору на патронатного вихователя покладається лише обов'язок по вихованню та забезпеченню належних умов дитині, то представництвом її інтересів в цілому буде займатись орган опіки і піклування.

У ст. 255 СК України [1] закріплено лише обов'язки патронатного вихователя, але обов'язки повинні кореспондувати правам. Так у ст. 254 СК України закріплено право патронатного вихователя на плату за виховання дитини. На думку З.В. Ромовської, плата за виконання патронатним вихователем своїх обов'язків за договором має бути, як правило, щомісячною, а отже за своєю природою повинна бути аналогічною заробітній платі [3, с.368] . Звідси можна зробити висновок про те, що на відносини з оплати дій патронатного вихователя за виконання ним своїх обов'язків повинне поширюватись положення ч. 4 ст. 43 Конституції України [11], де визначено право кожного на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом. Тобто, винагорода, яку одержуватиме патронатний вихователь за свою роботу, не повинна бути меншою певного рівня, який вважається мінімальним. Такою мінімальною заробітною платою є законодавчо встановлений розмір заробітної плати за просту, некваліфіковану працю, нижче якої не може проводитись оплата за виконану роботу (ст. 3. Закону України «Про оплату праці»).

Мінімальна заробітна плата є державною соціальною гарантією. Проте конкретний розмір плати все ж таки варто визначати у договорі з урахуванням віку, стану здоров'я дитини та інших обставин, які мають істотне значення.

Ще одне право патронатного вихователя закріплено у ч. 1 ст. 256 СК України, а саме - право вихователя на односторонню відмову від договору. Причому для такої відмови СК України не вимагає зазначення наявних для цього причин. З. В. Ромовська вважає, що небажання вихователя здійснювати свої функції є достатньою підставою для припинення договору [3, с.368]. Проте, на думку С.Я. Фурси, такими підставами муть бути: зміна матеріального стану патронатного вихователя, погіршення стану його здоров'я або членів

його сім'ї, виїзду за кордон на постійне місце проживання, відсутність контакту між вихователем та дитиною, проте він може і не зазначати їх [2, с. 669].

С.Я. Фурса вважає, що на патронатного вихователя повинні поширюватися також права, передбачені ст. 249 СК [2, с. 667], а саме: п. 2 ч.1 ст. 249 – право самостійно визначати способи виховання дитини з урахуванням думки дитини та рекомендацій органу опіки і піклування; ч. 2 – право вимагати повернення дитини від будь-якої особи, яка тримає її у себе не на підставі закону або рішення суду. Вважаємо, що закріплення таких прав за патронатним вихователем сприятиме належному виконанню ним своїх обов'язків, та забезпечуватиме належний розвиток дитини.

Виходячи з вищенаведеного, вважаємо, що в СК необхідно внести зміни, пов'язані з визначенням обсягу прав і обов'язків патронатного вихователя, а саме викласти ст. 255 «Обов'язки патронатного вихователя» в наступній редакції:

Ст. 255 Права та обов'язки патронатного вихователя

Патронатний вихователь зобов'язаний:

забезпечити дитину житлом, крім випадків, коли у договорі про патронат буде прямо вказано, що в інтересах дитини патронатний вихователь мешкатиме з нею, у житлі, що належить дитині на праві власності, якщо таке житло відповідає необхідним вимогам;

забезпечити дитину одягом, харчуванням, тощо;

Патронатний вихователь може за власним бажанням та за згодою органу опіки і піклування, якщо це не суперечитиме інтересам дитини, взяти на себе обов'язок здійснювати представництво інтересів дитини у цивільних матеріальних та цивільних процесуальних правовідносинах. Обсяг прав та обов'язків патронатного вихователя як представника неповнолітньої дитини, визначається у договорі про патронат, але не перевищує обсягу прав та обов'язків, що встановлюються законодавством для опікунів та піклувальників.

Представництво інтересів дитини, у тій частині повноважень, що не були передані патронатному вихователю, здійснює відповідний орган опіки і піклування.

Якщо за договором на патронатного вихователя покладається лише обов'язок по вихованню та забезпеченню належних умов дитині, то представництвом її інтересів в цілому буде займатись відповідний орган опіки і піклування.

Патронатний вихователь має право:

1) самостійно визначати способи виховання дитини з урахуванням думки дитини та рекомендацій органу опіки і піклування;

2) вимагати повернення дитини від будь-якої особи, яка тримає її у себе не на підставі закону або рішення суду.

Закріплення даної норми дозволить чіткіше врегулювати обсяг прав та обов'язків патронатного вихователя на законодавчому рівні, та допоможе зменшити кількість зловживань як з боку самого вихователя так і органу опіки та піклування.

Законодавство про захист прав та інтересів дитини повинно і надалі розвиватись та адаптуватись до соціальних реалій. Забезпечення прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, є найважливішою соціальною проблемою. Безумовною є перспективність розвитку патронату, як форми влаштування дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування, за умови чіткого законодавчого визначення його головних завдань у законі.

Використані джерела:

1. *Сімейний кодекс України. Закон України від 10 січня 2002 року № 2947-III, набрав чинності з 1 січня 2004 // Відомості Верховної Ради. – 2002. - № 21-22. - Ст.135. www.rada.gov.ua*
2. *Фурса С.Я Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. - К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – 1248 с.*
3. *Ромовська З.В. Сімейний кодекс України зі змінами та доповненнями: Науково-практичний коментар. Видання третє, перероблене і доповнене. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2009. - 432 с.*

4. *Червоний Ю.С. Семейний кодекс: Научно-практический коментарій. – К.: Всеукраинская асоцыацыя издателей «Правова єдність», 2008. – 456 с.*
5. *Л. М. Зілковська. Правове регулювання влаштування дітей-сиріт і дітей позбавлених батьківського піклування // Університетські наукові записки. – 2007. - №4 (24). - С.125-129. - www.univer.km.ua*
6. *Ю.В. Євко. Патронат як вид влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування // Вісник Харківського національно університету ім. В.Н. Каразіна. - Серія: Право. Випуск №1 (3). – 2008. – С. 50-56.*
7. *Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Наказ Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 року № 20/5 // Офіційний вісник України. – 2004. - № 10. - Ст. 315. www.rada.gov.ua*
8. *Цивільний процесуальний кодекс України. Закон України від 18 березня 2004 року № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2004. - № 40-41, 42. - Ст.492. www.rada.gov.ua*
9. *Цивільний кодекс України. Закон України від 16 грудня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України . – 2003. - №№ 40-44. - Ст.356. www.rada.gov.ua*
10. *Про нотаріат. Закон України від 2 вересня 1993 № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України . – 1993. - № 39. - Ст.383. www.rada.gov.ua*
11. *Конституції України. Закон України від 28 червня 1996 № 254 к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. - 1996. - № 30. - Ст. 141. www.rada.gov.ua*
12. *Про оплату праці. Закон України від 24 березня 1995 № 108/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. - № 17. - Ст.121. www.rada.gov.ua*
13. *В. Головченко. Правові засади виховання та захисту прав дитини// Право України. – 2008. - №5.*
14. *Лепех С.М. Договір патронату за Сімейним кодексом України 2002 року// Вісник Львівського національного університету. – 2004. - № 40 www.franko.lviv.ua*
15. *Баранова Л.М., Борисова В.І. Сімейне право: Підручник для вузів. – К.: Юрінком Інтер, 2006. - 264 с.*

Булеца Сібілла Богданівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права Ужгородського національного університету,
Ужгород, Україна

ПРАВО НА ІНФОРМАЦІЮ ТА ВІДМОВА ВІД НЕЇ

Закон України «Про інформацію» закріпив право громадян на інформацію, зокрема ст. 5 цього закону визначає основні принципи інформаційних відносин: - гарантованість права на інформацію; - відкритість, доступність інформації та свобода її обміну; - об'єктивність, вірогідність інформації; - повнота і точність інформації; - законність одержання, використання, поширення та зберігання інформації. Ці принципи закладені як в Цивільному кодексі України (далі - ЦК) так і в Основах законодавства про охорону здоров'я (далі - Основи). Стаття 285 ЦК України передбачає право на інформацію про стан свого здоров'я. Звідси можемо стверджувати, що в людини виникає добровільне та правомірне право на отримання інформації та ознайомлення з відповідними медичними документами та відмова від інформації. Деколи пацієнта не цікавить результат діагностування чи майбутній результат лікування, бо він довіряє медичним знанням лікарів. Однак, це може зашкодити лікареві тому, що відмова від інформації може призвести до виникнення судового позову. Відмова від інформації може призвести до непорозумінь між лікарем та пацієнтом оскільки через деякий час, якщо процес лікування не дасть позитивних результатів, то пацієнт може стверджувати що йому не було відомо, що процес лікування такий тривалий, болісний і не призводить до покращення і буде вимагати компенсації моральної шкоди в суді, стверджуючи, що він чекав кращих результатів від лікування. Тому вважаємо, що право на відмову необхідно заборонити, оскільки це така інформація, яка повинна бути доведена до

пацієнта в будь-якому випадку, крім випадків, коли лікар буде вважати, що ця інформація може завдати шкоди пацієнту або процесу його одужання. Крім випадків, коли пацієнт в письмовому порядку передасть право на отримання інформації представнику, при умові, що цей документ буде доведено до лікуючого лікаря. Відповідно до «Декларації про політику в галузі забезпечення прав пацієнта в Європі» (1994), інформація повинна надаватися пацієнту з урахуванням рівня його розвитку і з мінімальним вживанням незнайомої для нього спеціальної термінології. Бо виникає неоднозначна ситуація: Якщо лікар не надає достовірну інформацію про стан здоров'я пацієнта, то останній має право звернутися в суд, а якщо пацієнт відмовляється від цієї інформації не фіксуючи ніде цю відмову, це так само підстава для звернення в суд. Таким чином, відмова від інформації повинна бути закріплена письмово.

Зауважимо, що право на інформацію споживача не обмежується лише питаннями якості послуги, що надається. Істотне значення і вплив на компетентність споживача мають і інші види інформації, відповідальність за ненадання якої виконавцем також передбачена законом. Зобов'язанню по наданню медичних послуг властива така ознака, як професіоналізм однієї сторони - медичної установи і, як правило, некомпетентність другої сторони - пацієнта. У зв'язку з цим вибір пацієнтом способу надання медичної послуги залежить від характеру виконання медичною установою його інформаційного обов'язку. Визначаючи вимоги до змісту такою, що надається пацієнтові інформації щодо істоти медичної послуги, неминуче повинна враховуватися обов'язковість повідомлення відомостей, необхідних для забезпечення безпеки життя і здоров'я пацієнта і попередження можливих для особи пацієнта ризиків.

Таким чином, договір повинен включати достовірну і повну інформацію про конкретну послугу в доступній формі викладу. Обов'язок довести таку інформацію до одержувача лежить на виконавцеві послуги. Найчастіше цей обов'язок виконує лікар, що лікує, черговий лікар, завідувач відділенням, хоча стаття 39 Основ законодавства України про охорону здоров'я покладає цей обов'язок на лікаря, що лікує. Суб'єктом відносин при здійсненні медичної діяльності є медична організація будь-якої форми власності або індивідуальний підприємець.

Необхідна кількість інформації про медичну послугу, що надається, обов'язкова, щоб пацієнт розумів, на які дії дає згоду, які методи лікування існують, їх переваги та недоліки, який результат можна чекати від запропонованих методів лікування.

Загальні вимоги до інформування пацієнта як споживача послуг зводяться до наступного:

інформація повинна бути необхідною, достовірною і повною;

інформація повинна бути своєчасна

інформація повинна доводитися:

а) способами, прийнятими в окремих галузях (сферах) обслуговування;

б) у доступній і наочній формі;

інформація повинна надаватися мовою, яку розуміє пацієнт;

необхідно конкретно зазначити порядок прийняття ліків;

інформація про можливі ризики та наслідки лікування

Виділяють такі моделі спілкування лікаря з пацієнтом: 1) інформаційна (лікар, повністю автономний пацієнт); 2) інтерпретаційна (переконуючий лікар); 3) дорадча (довіра і взаємна згода); 4) патерналістська (лікар-опікун). Залежно від освіти таку модель для спілкування можна обрати, наприклад для малоосвічених більше підходить - інтерпретаційна модель, для освічених – дорадча. Патерналістична модель порушує права пацієнта і більше використовувалася при соціалізмі. На даний час не використовується, за винятком ситуацій, які завдають загрозу життю хворого (екстренна операція) [1, с.37].

Основи передбачають право на достовірну та повну інформацію про стан свого здоров'я і здоров'я населення, включаючи існуючі і можливі фактори ризику та їх ступінь. Поняття необхідної інформації в Основах немає. Мається на увазі, що необхідна - тобто достатня для ухвалення пацієнтом компетентного рішення, інформація, що надається пацієнтові з боку

професійного орієнтованого учасника даних відносин (лікаря) повинна бути цілком достатня для ухвалення пацієнтом адекватного рішення про лікування або відмову від нього. Для вирішення питання про «достатність» наданої інформації у деяких країнах в судовій практиці застосовують стандарти професійної поведінки, в яких визначено, які відомості зазвичай надають лікарі пацієнтам для отримання згоди на подібні процедури (так званий патерналістський підхід): критерій середнього розумного лікаря. Проте все більше розповсюдження в світі отримує інший критерій: яку інформацію бажала б отримати середня розумна людина (а не лікар) на місці пацієнта. Так, законодавство деяких країн допускає притягання до відповідальності лікаря за недбалість при наданні пацієнтові інформації. Обумовлено це особливостями самого процесу інформування пацієнта в порівнянні з процесом діагностики або лікування, оскільки доведення інформації до відома пацієнта не вимагає такої професійної майстерності, як діагностика і лікування і зовсім необов'язково бути медиком, щоб визначити, чи були дотримані при інформуванні пацієнта норми професійної обачності. Суддям в подібних випадках просто пропонується поставити себе на місце пацієнта і вирішити, чи достатньо було середній розумній людині тієї інформації, яку надав пацієнтові лікар, щоб ухвалити рішення про згоду на медичне втручання. Е.Г. Афанасьєва наводить такий приклад з судової практики. Позивальниця в результаті отриманої в дитинстві травми повністю осліпла на праве око, лівим же бачила цілком нормально, не відчуваючи своєї неповноцінності. Хірург-офтальмолог запропонував провести операцію на сліпому оці для поліпшення його зовнішнього вигляду з урахуванням вірогідності часткового відновлення і зору. Погоджуючись на операцію, пацієнтка наполегливо уточнювала у фахівця, чи не небезпечно дане втручання для її ока, що бачить, чи не зв'язано оперативне втручання з якими-небудь ускладненнями; під час проведення операції вона просила навіть прикрити ліве око пов'язкою для більшої надійності. Проте в результаті проведеної операції до правого ока зір не повернувся, а здорове ліве око із-за розвитку симпатичної офтальмії осліпло. Суд задовольнив позов пацієнтки, вказавши, що професійний обов'язок лікаря полягає в попередженні пацієнта про істотні ризики, пов'язані з пропонованим лікуванням [2, с.145].

За об'ємом і характеру інформацію, що надається пацієнту, умовно можна розділити на 4 групи:

інформація про виконавця послуги (стаж роботи, кваліфікація тощо);

інформація про саму послугу (порядок проведення лікування);

інформація для пацієнта (яким чином поводитися в період природних факторів: магнітні бурі, вологість клімата, перепади барометричного тиску);

інформація про ймовірний результат отриманої послуги;

інформація про організаційно-правову форму організації, в яку він звернувся за допомогою до того, як він зробить остаточний вибір: вступати чи ні в договірні відносини і у разі неналежного виконання умов договору - знати, на що він має право розраховувати;

інформація про номер ліцензії, термін її дії і орган, що видав цю ліцензію.

У Основах грамотно формулюється обов'язок виконавця «своєчасно надати пацієнтові інформацію про стан здоров'я» (ст. 6). На практиці відстежити своєчасність надання такій інформації досить складно. У разі неналежного виконання медичною установою його інформаційного обов'язку, відповідальність за шкоду, заподіяну життю або здоров'ю пацієнта, навіть якщо він виник в результаті виконання медичною установою вказівок пацієнта, повинна нести медична установа. Крім того, подібне порушення прав пацієнта є підставою для пред'явлення вимоги про компенсацію і моральної шкоди (за наявності фізичних або етичних страждань) незалежно від спричинення шкоди його життю або здоров'ю, якщо пацієнт не був своєчасно попереджений про це в зрозумілій для нього формі.

Використані джерела:

1. *Денисов И., Мовшович Б. Психологический статус пациента [Текст] / И.Денисов, Б. Мовшович // Врач.- №12.-2001.- С.37-38*

2. *Афанасьева, Е.Г. Право на информированное согласие как основа юридического статуса пациента [Текст] / Е.Г. Афанасьева // Современное медицинское право. Сборник научных трудов. - М. - 2003. - С. 145*

Ватрас Володимир Антонович
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права та процессу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

РІШЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ПО СПРАВІ ПРО ОФІЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ ТЕРМІНА «ЧЛЕН СІМ'Ї» ЯК ДЖЕРЕЛО СІМЕЙНОГО ПРАВА

У чинному законодавстві відсутня дефініція «члена сім'ї», хоча законодавець неодноразово про нього згадує. Нажаль законодавець досить таки поверхнево віднісся до її законодавчого закріплення і застосовуючи цю категорію у цілій низці законодавчих актів не розкриває змісту поняття «член сім'ї». Попри це Конститкційний Суд України спробував це питання вирішити і варто констатувати що досить таки вдало. Спробуємо провести огляд законодавства з цього приводу та дати правову характеритику Рішення Конституційного Суду України від 3 червня 1999 р. №5-рп/99 (справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») як джерела сімейного права.

Поняття «член сім'ї» згадується у нормах Основного Закону України. Так, у ст. 63 Конституції України міститься положення, відповідно до якого особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів [1]. У переважній більшості своїх норм застосовує це поняття СК України: «Сімейний кодекс України визначає засади шлюбу, особисті немайнові та майнові права і обов'язки подружжя, підстави виникнення, зміст особистих немайнових і майнових прав і обов'язків батьків і дітей, усиновлювачів та усиновлених, інших членів сім'ї та родичів (ч. 1 ст. 1 СК України)»; «Сімейних кодекс України регулює сімейні особисті немайнові та (або) майнові відносини між іншими членами сім'ї, визначеними у ньому» (ч. 3 ст. 2 СК України); «Права члена сім'ї має одинока особа»; «Регулювання сімейних відносин має здійснюватись з максимально можливим урахуванням інтересів дитини, непрацездатних членів сім'ї» (ч. 8 ст. 7 СК України) [2] тощо. Застосовує поняття «члени сім'ї» і житлове законодавство: «До членів сім'ї наймача належать дружина наймача, їх діти і батьки. Членами сім'ї наймача може бути визнано й інших осіб, якщо вони постійно проживають разом з наймачем і ведуть з ним спільне господарство» (ч. 2 ст. 64 Житлового кодексу УРСР від 30 червня 1983 р. №5464-X); «Якщо особи, зазначені в частині другій цієї статті, перестали бути членами сім'ї наймача, але продовжують проживати в займаному жилому приміщенні, вони мають такі ж права і обов'язки, як наймач і члени його сім'ї» (ч. 3 ст. 64 ЖК УРСР) [3]. Категорія «члени сім'ї» віднаходить своє місце в Цивільному кодексі України: «Фізична особа, особисті немайнові права якої порушено внаслідок поширення про неї та (або) членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на відповідь, а також на спростування цієї інформації» (ст. 277 ЦК України); «Фізична особа має право на підтримання зв'язків з членами своєї сім'ї та родичами незалежно від того, де вона перебуває» (ч. 3 ст. 291 ЦК України) тощо. Окрім перерахованих кодифікованих нормативно-правових актів, поняття «члени сім'ї» застосовується ще в цілій низці законодавчих актів: Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» від 28 грудня 1994 р. № 334/94-ВР, Закон України «Про пенсійне забезпечення» від 5 листопада 1991 р. №1788-XII , Закон України «Про пенсійне забезпечення військовослужбовців та осіб начальницького і рядового складу органів

внутрішніх справ» від 9 квітня 1992 р. №2262-XII, Закон України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» від 22 жовтня 1993 р. №3551-XII, Закон України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» від 20 грудня 1991 р. №2011-XII, Закон України «Про пожежну безпеку» від 17 грудня 1993 р. №3745-XII, Закон України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. №565-XII тощо. Окрім перерахованих, категорія «член сім'ї» застосовується ще в цілій низці нормативно-правових актів, яких на сьогодні можна назвати понад шістдесят.

Отже, поняття «член сім'ї» використовується не лише у сімейному законодавстві, а й властиве іншим галузям права: цивільному, житловому, праву соціального забезпечення, кримінальному процесу тощо. Варто зауважити, що аналіз вище перерахованих нормативно-правових актів свідчить про те, що кожна галузь права, яка застосовує цю категорію, вкладає у неї свій зміст, що зумовлюється як специфікою предмета і методу, так і тими цілями, які ставляться законодавцем у тому чи іншому випадку: позначення осіб, які пов'язані кровноспорідненими зв'язками чи іншими зв'язками, які включають їх до кола регулювання сімейного права; позначення осіб, які поряд із наймачем вправі претендувати на житлову площу [4, с. 142-145], позначення осіб, які вправі претендувати на спадщину за законом [5, с. 388-389]; позначення осіб, які мають право на пільги та соціальний захист у зв'язку із перебуванням у статусі членів сім'ї [6, с. 39-43]; позначення кола осіб, які вправі не давати покази щодо себе та членів своєї сім'ї [7, с. 135] тощо. Наприклад, відповідно до статті 1.20.4. Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» членами сім'ї фізичної особи є «її дружина або чоловік, діти як фізичної особи, так і її дружини або чоловіка (у тому числі усиновлені), батьки, баба або дід як фізичної особи, так і її дружини або чоловіка, брати чи сестри як фізичної особи, так і її дружини або чоловіка, онуки як фізичної особи, так і її дружини або чоловіка, інші утриманці такої фізичної особи або її опікуни, визнані такими згідно із законом». Така ситуація створює певні труднощі в правозастосовній практиці, оскільки одна й та ж сама особа одночасно вважається членом сім'ї відповідно до норм однієї галузі права і може не бути членом сім'ї згідно з нормами іншої. У кожному конкретному випадку правозастосовнику доводиться з'ясовувати, про які саме відносини йдеться, і вже потім вирішувати, належить певна особа до членів сім'ї чи ні.

Тому, на наш погляд, незважаючи на певну неузгодженість у чинному законодавстві України, категорія «члени сім'ї» носить міжгалузевий характер і повноцінно застосовується та може застосовуватись у сімейному, цивільному, житловому, кримінально-процесуальному законодавстві, законодавстві про соціальне забезпечення тощо.

Спроби практики дати відповідь на це питання обмежуються Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України, Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України, Міністерства фінансів України щодо офіційного тлумачення положень пункту 6 статті 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», частин четвертої і п'ятої статті 22 Закону України «Про міліцію» та частини шостої статті 22 Закону України «Про пожежну безпеку» (справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») від 3 червня 1999 р. №5-рп/99. Справа № 1-8/99 (надалі - справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї» [8]. Незважаючи на той факт, що вказане рішення КСУ спрямоване на роз'яснення положень законодавчих актів у сфері соціального забезпечення військовослужбовців, працівників міліції та особового складу державної пожежної охорони, у ньому зроблено комплексний аналіз законодавства про членів сім'ї. Правовий аналіз органу конституційної юрисдикції України полягає у дослідженні норм Основного закону України, житлового, сімейного та соціального права та формулювання на їх основі істотних ознак «члена сім'ї»: 1) наявність кровних (родинних) зв'язків чи шлюбних відносин, у тому числі й фактичних шлюбних відносин; 2) постійне сумісне проживання на одній житловій площі; 3) ведення спільного господарства. Крім цього, суд спробував визначити повний перелік «членів сім'ї», до яких відніс: дружину (чоловіка), їх дітей та батьків. Також за умови спільного проживання та ведення спільного господарства до членів сім'ї можуть

належати й інші особи: близькі родичі (рідні брати, сестри, онуки, дід, баба; інші родичі та особи, які не перебувають у безпосередніх родинних стосунках (неповнорідні брати, сестри, зять, невістка, вітчим, мачуха, опікуни, піклувальники, пасинки, пачерки та інші).

Якщо оцінювати у повному обсязі Рішення КСУ, то варто зауважити, що основної мети, яка ставилась ним досягнуто не було. Мається на увазі дача єдиної міжгалузевої дефініції категорії «члени сім'ї». Суд обмежився лише виокремленням основних, на його думку, ознак членів сім'ї та перерахування відповідного кола осіб. Крім цього, коло перерахунку не завершене, що може призвести до неоднозначного тлумачення поняття «та інші». Це свідчить про те, що спроба вирішення проблеми міжгалузевої єдиної дефініції не вдалася. З сімейно-правової точки зору не враховано усиновлених дітей, одинокої особи, яка має права члена сім'ї, відносини патронату тощо. Тому запропоновані рішенням КСУ критерії не в повному обсязі задовільняють вимоги науки сімейного права. В цілому, акт конституційного правосуддя має велике значення, оскільки у ньому вперше впорядковано накопичений роками хаос законодавчого матеріалу. КСУ довів парламенту свою спроможність виконувати той обсяг роботи, який би мав зробити законодавець в силу п. 6 ч. 1 ст. 92 Конституції України, відповідно до якого виключно законами визначаються засади регулювання шлюбу, сім'ї, охорони материнства, дитинства та батьківства.

Використані джерела:

1. *Конституція України від 28 червня 1996 року, із змінами і доповненнями, внесеними Законом України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.*
2. *Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // ВВРУ. – 2002. – № 21-22. – Ст. 135.*
3. *Житловий кодекс УРСР від 30 червня 1983 р. №5464-X // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1983. - Ст. 573.*
4. *Сергиенко А.А. Некоторые вопросы права на жилую площадь членов семьи нанимателя (по материалам Украинской ССР) / А.А. Сергиенко // Правоведение. – 1965. – №3. – С. 142-145.*
5. *Цивільне право України: Академічний курс. [За ред. Я.М. Шевченко]. – Т. 1. – К.: Ін Юре, 2003. – 696 с.*
6. *Сташків Б. Суб'єкти правовідносин у сфері соціального забезпечення / Б. Сташків // Право України. – 2003. - №2. – С. 39-43.*
7. *Волкотруб С.Г. Імунітет і проблеми його захисту в кримінальному судочинстві: Монографія / С.Г. Волкотруб. – Харків: Консум, 2005. – 144 с.*
8. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України, Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України, Міністерства фінансів України щодо офіційного тлумачення положень пункту 6 статті 12 Закону України Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», частин четвертої і п'ятої статті 22 Закону України «Про міліцію» та частини шостої статті 22 Закону України «Про пожежну безпеку» (справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») від 3 червня 1999 р. №5-рп/99. Справа № 1-8/99 // Офіційний вісник України. – 1999. - N 24. - Ст. 1122.*

Венедіктова Ірина Валентинівна
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувачка кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В.Н.Каразіна,
Харків, Україна

ПРИВАТНИЙ ІНТЕРЕС І ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Коли мова йде про поєднання публічного обов'язку і приватного інтересу, особливо в умовах докорінних змін в суспільстві, провідну роль в становленні системи господарства, з урахуванням інертності громадянського суспільства та його інституцій, відіграє держава. Проблематика регулювання надання послуг пов'язана із зміною орієнтирів в державі: розуміння того, що держава існує для людини, а не навпаки, а отже держава має слугувати, тобто надавати певні обов'язкові послуги, перетворюючись в «сервісну державу» – постачальника публічних послуг. Послуги перестають бути суто цивілістичним інститутом. З приходом держави на ринок послуг публічні послуги можна розподілити за метою надання і за методом впливу на громадян. В першому випадку виділяється управління, що встановлює і підтримує правопорядок (обмеження користування власністю, заборони на певні види діяльності), та управління, що забезпечує достатній соціальний рівень проживання в суспільстві (доступність медичного обслуговування, дошкільне виховання дітей, безоплатна середня освіта). В другому випадку мова іде про не про цільову спрямованість послуги (управління), а спосіб впливу в процесі управління. Виділяються зобов'язуючий вплив (громадяни несуть певні обов'язки і обтяження) і позитивний вплив (громадянин набуває від держави блага, соціальну допомогу, пільги).

Інститут послуг – комплексний міжгалузевий правовий інститут, для якого характерне поєднання публічно-правових та приватно-правових методів. Ступінь його розвитку відображає якість державного управління, є певним лакмусом у визначенні політики в державі. В саме поняття «послуга» покладається здійснення дій уповноваженим суб'єктом для задоволення потреб і прав інших осіб, або все те, що приносить користь іншій особі [1, с. 25]. Для розуміння цієї категорії необхідно вичленити два пов'язаних елемента – мету, на яку послуга спрямована, та засоби досягнення цієї мети. Послугам, як таким, притаманні наступні загальні риси: 1) надаються, як правило, при безпосередньому прямому контактному спілкуванню; 2) мають нематеріальний характер; 3) невід'ємні від суб'єктів надання послуги; 4) неможливість її накопичення та перерозподілу; 5) нерозривність дій по її виконанню та споживанню, що здійснюється одно моментно в одному акті; 6) через складний зміст характеризується непостійності якості; 7) має тривалий характер; 8) має чіткого адресата.

Публічні послуги пов'язуються із здійсненням державного управління та забезпеченням гарантованих умов життя. В основі публічної послуги лежить публічний інтерес, під яким розуміється визначений державою та забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого служить умовою та гарантією її існування та розвитку [2, с. 55]. Публічні інтереси мають бути відображені в принципах державної політики, закріпленні на законодавчому рівні, в державних програмних документах. Загальний інтерес є не що інше, ніж сукупність приватних інтересів – ці категорії є такими, що переходять одна в одну. Інтерес дозволяє класифікувати публічні послуги за наступними групами: а) публічні послуги, які надаються хоча і на вимогу приватного інтересу, проте мають соціальне призначення – розглядаються суспільством позитивно і гарантовані кожному (доступність медичної допомоги); б) публічні послуги, потреба в яких викликана поєднанням приватного і публічного інтересу, який фіксується через обов'язки громадянина вчиняти певні дії для власного блага (вакцинація); в) публічні послуги, пов'язані з суто публічним інтересом або

державними функціями, що спрямовані на задоволення приватного інтересу (ліцензування медичної практики, інформаційні послуги) [3, с. 12].

Особливість публічних послуг полягає в їх високій соціальній значимості, зацікавленості в них більшості членів суспільства. Крім цього, неважливо чи вигідні такі послуги суб'єктам їх надання, вони все одно повинні надаватись і бути однаковими незалежно від місця її надання за якістю, строком, доступністю. Якщо не має підприємницького інтересу надавати певні послуги, державний або муніципальний орган зобов'язаний взяти на себе виконання такої послуги або простимулювати виникнення такого інтересу. Якщо в основі соціальної послуги лежить конституційне право громадян, реалізація якого має забезпечуватися державою, то на рівні з іншими суб'єктами держава повинна приймати участь в задоволенні таких послуг без самоусунення.

Аналіз наукових поглядів і існуючих концепцій дозволяє визначити публічну послугу як суспільно значиму діяльність a priori чітко врегламентовану законодавством, для якої характерним є добровільний інтерес споживача послуги та індивідуальний характер її надання будь-якій особі, яка має на це право, або звертається за реалізацією своїх прав, свобод і законних інтересів, на рівних підставах безоплатно або в межах цін, визначених державою.

Публічні послуги не треба ототожнювати із соціальними. Соціальні послуги надаються громадянам, і лише громадянам, а не юридичним особам. Порядок їх надання чітко регламентований законодавством, перелік є вичерпним, характерна адресова суб'єктна спрямованість, вони надаються лише в межах цільової державної програми, їх фінансування здійснюється за рахунок бюджетних коштів державними або муніципальними органами. Отже, для соціальних послуг характерними є по-перше, суб'єкти, що надають і споживають ці послуги; по-друге, процедура надання і фінансування послуги; по-третє, імперативний метод регулювання виникаючих правовідносин. Обсяг послуги, що надається визначається не сторонами, а нормативними приписами держави. За ненадання соціальної послуги державні органи несуть відповідальність. Відповідальність має відноситись і до неналежного надання такої послуги, проте в умовах відсутності стандартизації послуг, чіткого прописання процедури отримання послуги і механізму притягнення до відповідальності, це залишається декларативним. Для публічних послуг обов'язковим є публічний характер, висока суспільна значимість, відповідальність і встановлення гарантій їх надання, проте здійснюватися вони можуть як в публічно-правовій формі, так і в приватно-правовій. Соціальні послуги можна назвати видовими по відношенню к великому роду публічних послуг.

Дуже важливий момент в попередньому розмежуванні – це вичленення державних послуг. Як правило, надання державних послуг визнається державною функцією, а отже надається: а) за рахунок державного бюджету; б) з використанням майна, що заходиться у власності держави; в) працівниками, які отримують від держави заробітну платню. Державні послуги мають спільний зміст із соціальними послугами, проте в них незмінний суб'єкт, що може послугу надавати – держава в особі її органів та установ. Проте може мати сенс положення, що державні органи виступають лише організаторами надання державних послуг (але все залежатиме від політики держави і ступеня розвинутості ринкової економіки). Для виконання функцій з надання державних послуг, держава набуває риси, притаманні учасникам цивільного обороту, або від імені держави діють державні установи, а не органи виконавчої влади, і ці відносини підпадають під режим приватноправового регулювання. Це зрозуміло – держава як суб'єкт господарювання не ефективна і не може конкурувати з приватним ринком. Проте важко переоцінити роль держави в наданні тих послуг, які не знайшли свого виконавця на ринку послуг або в силу їх прибуткової непривабливості, або в силу занадто великих капіталовкладень, або з інших причин, але дуже важливих для функціонування суспільства і забезпечення приватних інтересів, що призводять до інтересу публічного.

Виноградова Олена Юріївна
студентка 4-го курсу, факультету № 4
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

КРЕДИТОДАВЕЦЬ ЯК СТОРОНА КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ

На разі питання кредитування є досить болючим в нашій країні. На мій погляд, поряд зі світовими тенденціями з цього приводу, дуже велике значення відіграють досить суперечливі погляди юристів-теоретиків щодо правової природи кредитних правовідносин і кредитних договорів, а також не досить чітка регламентація цього питання в національному законодавстві.

Дослідження питання кредитного договору є досить актуальним в наш час. Воно розглядалось у працях таких науковців, як: Безклубий І.А., Вітрянський В., Єфимова Л.Г., Костюченко О.А., Лепех С., Шемчушенко Г.Ю. та багатьох інших. Проте, не дивлячись на досить зачну кількість праць, на разі існує досить багато прогалин, як в теорії, так і в законодавстві щодо кредитного договору.

Не виникає сумніву існування проблеми визначення того, хто може виступати в якості позичальника за кредитним договором, оскільки чинний ЦК України у ст. 1054 містить досить поверхневе окреслення таких суб'єктів – «банки і інші фінансові установи», а спеціальне законодавство визначає, що надавати фінансові кредити за рахунок залучених коштів має право на підставі відповідної ліцензії лише кредитна установа [2], а, отже не будь-яка фінансова установа може бути кредитодавцем. Проте, разом з тим жоден спеціальний закон, який регулює діяльність різних фінансових установ, прямо не вказує на можливість виступати в якості кредитодавця за кредитним договором ту чи іншу фінансову установу. Безсумнівно, що термін «фінансова установа» значно ширший за термін «кредитна установа», а отже, не всі фінансові установи можуть бути кредитними, а лише ті, які відповідно до закону мають право за рахунок залучених коштів надавати фінансові кредити на власний ризик. Безперечно, до кредитних установ належать банки. Проте, законодавство не містить приблизного чи вичерпного переліку інших, небанківських кредитних установ. Тому, визначаючи чи може бути та чи інша фінансова установа кредитодавцем, слід виходити з положень спеціальних законів, які регулюють діяльність тієї чи іншої фінансової установи.

На думку С. Лепех, така дефініція кредитної установи вимагає доповнень щодо уточнення правової природи залучених коштів. Ці кошти можна поділити на такі, що залучаються на засадах поворотності такої ж суми (як правило, ще й з винагородою), і такі, що залучаються на інших засадах. Термін «залучення» має більш економічну. ніж правову природу і може позначати різні правові відносини; у визначенні поняття кредитної установи варто підкреслити специфіку її основної діяльності – розпорядження не статутним капіталом юридичної особи, не коштами, які були залучені від фізичних чи юридичних осіб для її створення, а коштами, якими ця юридична особа володіє на договірних засадах, і під такими засадами в цьому визначенні слід розуміти, на думку С. Лепех, лише засади поворотності такої ж суми грошей на вимогу того, від кого вони залучені. Розмежування правових засад залученні коштів юридичними особами і є критерієм для виокремлення специфічних ознак кредитних установ серед інших юридичних осіб [3, с. 283].

Відповідно до ст. 21 Закону України «Про кредитні спілки», кредитна спілка відповідно до свого статуту: надає кредити своїм членам на умовах їх платності, строковості та забезпеченості в готівковій та безготівковій формі. Отримувати кредити від імені членів кредитної спілки можуть також фермерські господарства та приватні підприємства, які знаходяться у їх власності [4]. Отже, бачимо, що кредитна спілка є кредитною установою і кредитування своїх членів є однією з головних її функцій.

Ломбард - фінансова установа, виключним видом діяльності якої є надання на власний ризик фінансових кредитів фізичним особам за рахунок власних або залучених коштів, під заставу майна на визначений строк і під процент та надання супутніх послуг ломбарду, а фінансовий кредит ломбарду - надання ломбардом коштів у позику, забезпечених заставою, на визначений строк та під процент [5]. Відповідно до цього, фінансовий кредит ломбарду оформлюється не кредитним договором, а договором позики. Натомість, згідно з Проектом Закону «Про ломбарди і ломбардну діяльність» від 03.12.2008 №3433 (прийнято в першому читанні (19.05.2009); суб'єкт законодавчої ініціативи Кабінет Міністрів України), ломбард буде надавати фінансові кредити на підставі договорів фінансового кредиту і застави, фінансовий кредит та застава можуть бути оформлені у письмовій формі у вигляді змішаного договору. З огляду на це, я вважаю, що ломбард доцільно відносити до кредитних установ, а отже можна зробити висновок, що ломбард може виступати на стороні кредитодавця у кредитному договорі.

Чинне законодавство, як загальні закони (зокрема, ЦК України, ГК України), так і спеціальний закон [6], не передбачає можливої діяльності лізингових компаній, окрім їх основної діяльності – лізингової. Згідно із Декретом Кабінету Міністрів України «Про довірчі товариства» [7], довірче товариство не є кредитною установою і не може бути кредитодавцем за кредитним договором.

Відповідно до ч. 10 і ч. 11 ст. 2 Закону України «Про страхування», страховики, які здійснюють страхування життя, можуть надавати кредити страхувальникам, які уклали договори страхування життя [8]. Відповідно до ч. ч. 21 – 23 ст. 31 цього ж Закону, кошти резервів із страхування життя можуть використовуватися для довгострокового кредитування житлового будівництва, у тому числі індивідуальних забудовників, у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. Страховикам забороняється здійснення інших видів кредитної діяльності [8]. Проте, в даному випадку, на мою думку, слід погодитись із твердженням С Лепех, яка зазначає, що не дивлячись на такі надані повноваження, страхові компанії, не можна вважати кредитними установами, вони можуть виступати в певних випадках як кредитодавець за кредитним договором. обтяжені чіткими межами свободи своєї діяльності в кредитній сфері. Основним аргументом на користь цього є той факт, що страхові компанії не кредитують залучених коштів, правова природа страхових внесків інша, це лише плата за надані послуги за договором. Страхові компанії не залучають цих грошей, вони лише отримують плату за свої послуги [3, с. 284].

Установи накопичувального пенсійного забезпечення, відповідно до ст. 73 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [9] і згідно із ст. 48 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» [10], не можуть функціонувати на кредитному ринку в якості кредитодавців.

В п. 7 ч. 2 ст. 30 Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» окремо наголошується на забороні надавати позики та кредити за рахунок активів ІСІ компанією з управляння активами ІСІ [11].

Таким чином можна зробити висновок, що кредитодавцем, за кредитним договором можуть виступати: банки, кредитні спілки, ломбарди, а також страхові компанії у разі, якщо позичальником є страхувальник, який уклав договір страхування життя. Відповідно, кредитодавцями у кредитному договорі не можуть виступати: лізингові компанії, довірчі товариства, пенсійні фонди та інвестиційні фонди.

Використані джерела:

1. *Закон України «Про банки та банківську діяльність» від 7.12.2000 року №2121-ІІІ// Відомості Верховної Ради (ВВР), 2001, № 5 - 6, ст. 30 із змінами, станом на 1.10.09р.*
2. *Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 року №2664-ІІІ// ВВР, 2002, № 1, ст. 1 із змінами, станом на 1.10.09р.;*
3. *Лепех С. Кредитодавець як сторона кредитного договору // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали IX регіональної науково-практичної конференції.*

13-14 лютого 2003 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2003. – с. 283.
4. *Закон України «Про кредитні спілки» від 20 грудня 2001 року № 2908-III// ВВР, 2002, № 15, ст.101 із змінами, станом на 1.10.09р*
5. *«Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами», затверджено Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України 26.04.2005 № 3981, із змінами, станом на 1.10.09р.;*
6. *Закон України «Про фінансовий лізинг» від 16 грудня 1997 року № 723/97- ВР// ВВР, 1998, № 16, ст.68 із змінами, станом на 1.10.09р.;*
7. *Декрет Кабінету Міністрів України «Про довірчі товариства» від 17 березня 1993 року № 23-93// ВВР, 1993, № 19, ст.207, станом на 1.10.09р.;*
8. *Закон України «Про страхування» від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР// ВВР, 1996, № 18, ст. 78 із змінами, станом на 1.10.09р.*
9. *Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 р. №1058-I// ВВР, 2003, №№49-51, ст.376 із змінами, станом на 1.05.09р.;*
10. *Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 9 липня 2003 року № 1057-IV// ВВР, 2003, №№ 47-48, ст.372 із змінами, станом на 1.05.09р.*
11. *Закон України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15 березня 2001 року № 2299-III// ВВР, 2001, № 21, ст.103, із змінами, станом на 1.05.09р.*

Вінічук Євгенія Олександрівна
студентка 5 курсу, юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

СПІВВІДНОШЕННЯ ЛІЦЕНЗУВАННЯ ТА ПАТЕНТУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Умови здійснення господарської діяльності в державі трансформуються залежно від встановлених і закріплених в нормативно-правових актах необхідних процедур таких як ліцензування та патентування. Актуальним є питання співвідношення застосування кожного з цих засобів здійснення господарської діяльності. Тому важливо насамперед на теоретичному рівні визначитися з необхідністю, достатністю і межами застосування кожного із засобів. Також потрібно визначити, чи дійсно кожен із перелічених засобів виконує свою окрему визначену роль і не дублює іншого.

Питання про відмежування ліцензування від інших, суміжних з ним понять, які містяться в законодавстві про господарську діяльність, мають як науковий, так і практичний інтерес. До понять, що схожі за своєю правовою природою з ліцензуванням, належать патентування, сертифікація і патентне ліцензування. [6] Відповідно до ч. 2 ст. 12 Господарського кодексу України зазначені засоби регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання належать до основних. [1]

Патентування і ліцензування, є своєрідним обмеженням для господарюючих суб'єктів щодо здійснення підприємницької діяльності. Переліки видів діяльності, що підлягають патентуванню та ліцензуванню, встановлюються в законодавчому порядку. Не допускається визначення таких видів діяльності в інших нормативно-правових актах, а також рішеннями органів державної виконавчої влади та місцевого самоврядування.

Види господарської діяльності, що підлягають патентуванню, а також порядок, умови та суб'єкти патентування визначаються лише Законом України «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності» від 23 березня 1996 р. Господарська діяльність, що підлягає ліцензуванню, визначається не тільки Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р., а й спеціальними законами, що регулюють

відносини ліцензування в сфері банківської діяльності, діяльності з надання фінансових послуг, зовнішньоекономічної діяльності, використання каналів мовлення, у сфері електроенергетики та використання ядерної енергії, у сфері освіти, у сфері інтелектуальної власності, виробництва і торгівлі спиртом етиловим, коньячним і плодовим, алкогольними напоями та тютюновими виробами. Крім законів, з кожного виду діяльності видаються Ліцензійні умови, що встановлюють кваліфікаційні, організаційні, технологічні та інші вимоги для провадження певного виду господарської діяльності.

Патентування та ліцензування взагалі мають схожу правову природу. Відповідно до ст. 1 Закону «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», ліцензія — це документ державного зразка, який засвідчує право ліцензіата на провадження зазначеного в ньому виду господарської діяльності протягом визначеного строку за умови виконання ліцензійних умов. [3]Однак, якщо ліцензія є дозволом на здійснення певного виду діяльності, що видається відповідним уповноваженим органом, то торговий патент є державним свідоцтвом, яке посвідчує право суб'єкта підприємницької діяльності на особливий порядок оподаткування і видається відповідним податковим органом за місцезнаходженням суб'єкта підприємницької діяльності. [2]

Згідно законодавства торговельна діяльність за готівкові кошти, а також з використанням інших форм розрахунків та кредитних карток на території України, діяльність з обміну готівкових валютних цінностей, а також діяльність з надання послуг у сфері грального бізнесу та побутових послуг потребує отримання торгового патенту. Але крім отримання патенту на право заняття організацією грального бізнесу(слід зазначити, що Закон України «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15.05.2009р., містить норму про заборону всього грального бізнесу в Україні до ухвалення нового закону, що передбачатиме можливість виведення грального бізнесу в окремі зони) і надання побутових послуг, ці самі види діяльності підлягають ліцензуванню, тобто суб'єкти підприємництва, які здійснюють таку діяльність, повинні отримати на неї ще й ліцензію. Однак отримання останньої не є умовою придбання патенту на ті види діяльності, що патентуються.

Якщо для провадження певних видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, необхідно дотримуватися ліцензійних умов, які передбачають дотримання кваліфікаційних, організаційних та технологічних вимог такої діяльності, то для тих видів підприємницької діяльності, щодо яких здійснюється патентування, необхідною умовою є провадження торговельної діяльності, діяльності з обміну готівкових валютних коштів, з надання побутових послуг, з надання послуг у сфері грального бізнесу.

Необхідність придбання патенту поширюється не лише на суб'єктів підприємницької діяльності — фізичних і юридичних осіб, а також на їх відокремлені підрозділи(філії, відділення, представництва тощо), у той час, як необхідність отримання ліцензії поширюється на всіх суб'єктів господарювання, в тому числі суб'єктів підприємницької діяльності, що її здійснюють, але не охоплює їх внутрішні підрозділи.

Підставою для видачі торгового патенту є заявка, оформлена відповідно до вимог Підставою для видачі ліцензії є заява, в якій зазначаються дані, що містяться в Законі «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», однак для окремих видів господарської діяльності додаються документи, вичерпний перелік яких встановлюється Кабінетом Міністрів України за поданням спеціально уповноваженого органу з питань ліцензування. Заявка про видачу патенту розглядається протягом трьох днів з дня її надходження. Закон не містить підстав відмови у видачі торгового патенту, що дозволяє говорити про заявний характер патентування. Заява про видачу ліцензії розглядається компетентними органами протягом десяти днів. У видачі ліцензії може бути відмовлено як через відсутність всіх необхідних документів так і у разі неможливості здійснення заявником даного виду діяльності відповідно до ліцензійних умов. Це дозволяє говорити про дозвільний порядок ліцензування .

Торговий патент видається суб'єктам підприємницької діяльності державними податковими органами. Термін дії торгового патенту на здійснення торговельної діяльності

становить дванадцять календарних місяців, короткотермінового — від одного до п'ятнадцяти днів; на здійснення діяльності з надання побутових послуг — дванадцять місяців; на здійснення операцій з торгівлі валютними цінностями — тридцять шість календарних місяців; на здійснення послуг у сфері грального бізнесу — шістдесят календарних місяців. Ліцензії видаються багатьма центральними органами державної виконавчої влади та місцевими органами виконавчої влади.[4] Ліцензії видаються на доволі тривалі терміни від трьох до двадцяти років, залежно від виду господарської діяльності.[5]

Отже, механізм контролю за дотриманням публічних інтересів при здійсненні господарської діяльності включає в себе, зокрема, ліцензування та патентування. Кожний з цих засобів має своє призначення, сферу і порядок застосування. Однак часто відбувається дублювання зазначених засобів, що засвідчує необхідність подальшого відпрацювання в законодавстві порядку здійснення контролю за дотриманням відповідних публічних інтересів. Узгодженість та взаємодія прямих методів державного регулювання — ліцензування та патентування — має наслідком вдосконалення процесу легітимації господарської діяльності.

Використані джерела:

1. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Голос України. — 2003.*
2. *Про патентування деяких видів підприємницької діяльності: Закон України від 23 березня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 20. — Ст. 82.*
3. *Про ліцензування певних видів господарської діяльності: Закон України від 1 червня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 36. — Ст. 229.*
4. *Про затвердження переліку органів ліцензування: постанова Кабінету Міністрів України від 14 листопада 2000 р. № 1698 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 46. — Ст. 218.*
5. *Про термін дії ліцензії на провадження певних видів господарської діяльності, розміри і порядок зарахування плати за її видачу: постанова Кабінету Міністрів України від 29 листопада 2000 р. № 1755 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 48. — Ст. 36.*
6. *Шпомер А. Ліцензування як засіб державного регулювання господарської діяльності // Право України. – 2004. - №2*

Віраг Едуард Олександрович
студент магістратури, юридичного факультету,
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОВІ ЗАСОБИ ПРОТИДІЇ НЕЗАКОННОМУ ПІДВИЩЕННЮ ПРОЦЕНТНИХ СТАВОК ПО КРЕДИТНИМ ДОГОВОРАМ

Сучасний розвиток підприємництва в значній мірі залежить від ефективної діяльності банківської системи України і важливим аспектом у цьому відношенні є кредитний ринок, що забезпечує реальну можливість отримати необхідні ресурси і здатність фінансових установ їх надати.

Ситуація, що зараз склалася у процесі укладання та виконання кредитних договорів свідчить про те, що учасники відносин недостатньо приділяють увагу таким питанням: як укладення договорів з юридичними особами, представники яких не мають належних повноважень, недодержання встановленої законом форми договору, подання позовів філіями банку, які не мають належних повноважень представляти банк в господарському процесі, а особливо болюче питання в умовах світової економічної кризи - включення до умов кредитного договору права кредитора змінювати відсоткову ставку в односторонньому порядку. Це говорить про явний перекіс в бік економічної сторони договорів, з одночасним нехтуванням юридичної сторони справи. Ґрунтовність цього висновку підтверджується

«Результатами узагальнення судової практики вирішення спорів, пов'язаних з укладанням і виконанням кредитних договорів», зробленої Вищим арбітражним судом України. Таким чином, виникає потреба вироблення ефективних юридичних рекомендацій, що допоможуть правильно зорієнтуватися підприємцям та фізичним особам при виникненні непорозумінь при укладанні і реалізації договорів, що опосередковують кредитні відносини.

Відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність» [2] відносини банку з клієнтом регулюються законодавством України, нормативно-правовими актами Національного банку України та угодами (договорами) між клієнтом та банком. Враховуючи те, що кредитні правовідносини виникають на основі двосторонніх договорів, що містять взаємні права і обов'язки сторін і поєднують правову і економічну природу, надто важливими є умови дійсності цих угод.

Багато кредитних договорів мають положення про можливість одностороннього підвищення банками відсоткової ставки. Такі дії економічно обґрунтовані, оскільки зрозуміло, що протягом 25-30 років дії кредитного договору можуть настати різні обставини, які можуть обґрунтувати зміну умов договору. І загалом можна погодитися, що банки мають право захистити себе від можливої гіперінфляції, різких коливань курсів валют, облікової ставки НБУ й інших подій, які впливають на вартість кредитних ресурсів. Разом із тим, можливість використовувати такі односторонні заходи має бути жорстко обмежена й міцно пов'язана з об'єктивними факторами, інакше банки могли б одразу після укладення договору піднімати ставки для свого збагачення.

Давайте проаналізуємо, чи є теперішня фінансова криза такою об'єктивною обставиною, яка дає підстави банкам піднімати ставки за кредитами. Внаслідок кризи в банків виникла проблема ліквідності, тобто недостатність обігових коштів. При цьому вартість грошей зростає, оскільки зростає необхідність в грошах – наслідком є підвищення пропонованих депозитних ставок, оскільки банки готові платити більше, щоб залучити гроші. Вартість наданого кредиту зросла, але ж і вартість поточних платежів також зросла. Збільшення ставок за гривневими кредитами ще можна обґрунтувати знеціненням національної валюти – таким чином банки компенсують різницю в курсах. Але це не може жодним чином стосуватися доларових кредитів. Як говорилося вище, основною (якщо не єдиною) причиною збільшення ставок є проблеми банків, які не можуть розрахуватися із своїми боргами.

Так, листом від 28.10.2008 р. № 18-311/3496-14715 НБУ звернув увагу банків на випадки, за яких можливе внесення змін до діючих кредитних договорів в частині вартості кредиту. Зокрема, зміна процентної ставки за кредитом (у тому числі зміна облікової ставки Національним банком України) має бути адекватною тим подіям, які мали безпосередній вплив на вартість кредитних ресурсів банку.

Відповідно до п. 2.2 постанови Правління НБУ від 11.10.2008 р. № 319 банки повинні враховувати, що внесення до кредитного договору змін щодо вартості кредиту, що не відповідає змінам облікової ставки НБУ, кваліфікуватиметься як порушення вимог ст. 49 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [2].

Слід зазначити, що остання зміна облікової ставки НБУ здійснена 30.04.2008 р. При цьому, банки продовжують посилатися на цю обставину під час зміни, в тому числі, відсотків за споживчими кредитами, наданими після підвищення НБУ вищезазначеної облікової ставки.

Однак законодавство передбачає можливість для осіб, які взяли кредит, захистити себе. Зазвичай банки, пропонуючи кредит, надають свій проект кредитного договору й не погоджуються на внесення до нього змін. Такий підхід є законним і в багатьох випадках виправданим: створення особливих умов для кожного клієнта (особливо, якщо банк здійснює масове кредитування) тягне за собою зайві витрати, ускладнює процес надання кредиту. Якщо договір із банком був укладений на таких умовах (тобто клієнт не мав можливості внести до нього хоча б якісь суттєві зміни), такий договір є договором приєднання, а щодо цих договорів встановлені спеціальні умови зміни й розірвання. Сторона, яка приєдналася

(тобто клієнт), може вимагати зміни або розірвання договору приєднання в судовому порядку, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, або якщо договір містить інші умови, явно обтяжливі для неї (ст. 634 ЦК) [1].

За наявності згаданих вище підстав клієнт може звернутися до банку з письмовою вимогою про зміну кредитного договору (а саме – вилучення пункту про можливість зміни договору однією зі сторін), посилаючись на ст. 651 ЦК [1], відповідно до якої договір може бути змінено за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у випадках, встановлених законом. Якщо банк надав свою офіційну відмову, то можна подавати позов про зміну договору до суду. Для задоволення такого позову позивач має довести, що 1) він позбавляється прав, які звичайно мав, і/або договір містить явно обтяжливі для нього умови; і 2) він не прийняв би цих умов за наявності у нього можливості брати участь у визначенні умов договору.

Сторона, що приєдналася до договору, який закріплює за іншою стороною право на внесення односторонніх змін до договору, позбавляється права на надання згоди на внесення змін до договору, що є загальним порядком внесення змін до договору (ч. 1 ст. 651 ЦК)[1] – тобто клієнт позбавляється прав, які звичайно має сторона цивільних відносин. Що ж до «явно обтяжливих» умов, то такою умовою можна вважати необмежену або економічно необґрунтовану можливість підняття банком кредитної ставки. Доведення того, що клієнт банку не прийняв би умов про порядок зміни відсотка за наявності можливості брати участь у визначенні умов договору, не здається проблемою: односторонній порядок зміни відсотка за кредитом є економічно невигідним і може поставити позичальника у скрутне фінансове становище.

Варто знати, що згідно з пунктом 3.5 Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування й сукупну вартість кредиту, затверджених Постановою НБУ від 10 травня 2007 р. № 168, [3] банки мають право змінювати процентну ставку за кредитом лише у випадку настання події, не залежної від волі сторін договору, яка має безпосередній вплив на вартість кредитних ресурсів банку. Банки не мають права змінювати процентну ставку за кредитом у зв’язку з волевиявленням однієї із сторін (зміни кредитної політики банку). Отже, якщо банк змінив відсоткову ставку з причин, які не мають безпосереднього впливу на вартість його кредитних ресурсів, такі зміни є незаконними й мають бути анульованими. Тому банк зобов’язаний вказати підстави підвищення відсотка й обґрунтувати розмір підвищення.

Зважаючи на вищевикладене, варто відмітити, що банки своїми діями порушують права і законні інтереси своїх клієнтів, але цьому можна і необхідно протидіяти. Починати потрібно з детального аналізу кредитного договору і чинного законодавства.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. (із зм. і доп.) ВВРУ.- 2003. - № 40-44, ст.356.*
2. *Закон України «Про банки і банківську діяльність»від 10.05.2007 р. // ВВРУ. - 2001. - № 5-6. - ст.30*
3. *Постанова НБУ про затвердження Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування й сукупну вартість кредиту від 10.07.2007 р. // Офіційний вісник України. — 2007. — № 6.*

Воєводін Богдан Володимирович
асистент кафедри цивільного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ РЕКЛАМИ ЯК ОФЕРТИ

При аналізі відносин з реклами особливе значення має визначення її місця у договірних правовідносинах. Відповідно до п.2 ст.638 ЦК України договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною. Оферта є стадією укладання договору. Таким чином, це означає, що вихідною, значимою з правової позиції дією є направлення однією стороною пропозиції (оферти) іншій стороні укласти договір. Визначення та розмежування співвідношення понять реклама та оферта являється одним з важливих цивільно-правових аспектів відносин у рекламі.

У науковій літературі існують дві точки зору щодо визначення реклами як стадії укладання договору. Одні вчені визначають рекламу як пропозицію укласти договір (оферту), інші схиляються до розгляду реклами як запрошення до пропозиції укласти договір (наприклад, Е.Страунінг наголошує на необхідності розрізнення оферти, публічної оферти та реклами, що виступає пропозицією робити оферти).

Залежно від застосованих засобів інформування, реклама може бути звернена до широкого загалу або до конкретної особи. Як правило, продавець вчиняє такі дії без наміру викликати правові наслідки, що випливають з оферти.

Звернемось до ознак оферти, що закріплені в ст.641: офертою визнається пропозиція укласти договір, яка містить істотні умови договору і виражає намір особи, що її зробила, вважати себе зв'язаною договором в разі її прийняття. Як наслідок, оферта зобов'язує оферента укласти договір на визначених умовах. Якщо хоча б одна з ознак оферти у пропозиції відсутня, то пропозиція може розглядатися лише як виклик на оферту (запрошення робити оферту).

Згідно з ЦК України, рекламою є запрошення робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано у рекламі. Отже, за загальним правилом, реклама не є пропозицією, а лише запрошенням робити пропозицію про укладення договору (ч.2 ст.641 ЦК). Тобто, реклама не зобов'язує продавати товари за умовами, визначеними у ній. Відповідно до зазначеного вище рекламу можна розглядати як цивільний переддоговірний інститут, що є попередньою стадією перед запрошенням до укладення, як правило, публічного договору. Але у чинній редакції п.2 ст.641 ЦК України є суперечності, оскільки визначення «реклама та інші пропозиції» як таке має на увазі те, що реклама вже є пропозицією (офертою). Друга ж частина п.2 ст.641 зазначає, що пропозиція (реклама) є запрошенням робити пропозиції. Тобто виникає логічна неузгодженість. З іншого боку спостерігаються суперечності у регулюванні, звертаючись до іншого положення ЦК України (ст.699), де зазначається, що пропозиція товару в рекламі, зверненій до невизначеного кола осіб, вже сама по собі є публічною пропозицією укласти договір, якщо вона містить усі істотні умови договору.

На мою думку, визнання реклами як оферти означає, що при прийнятті пропозиції, яка міститься в рекламі, рекламодавець стає стороною договору, за котрим повинен виконати зобов'язання, вказані у пропозиції, а це породжує неузгодженості між намірами сторін та проблеми у вирішенні спорів між ними. Необхідно зазначити, що публічна оферта має ряд спільних з рекламою ознак, але розмежувати рекламу і публічну оферту все ж можна за такими ознаками: публічна оферта завжди є конкретною (містить всі істотні умови майбутнього договору), що робить можливим негайний акцепт; навпаки, більшість реклами або не містить істотних умов договору або містить лише деякі з них, а отже, негайний акцепт неможливий. Для публічної оферти характерна наявність речі (послуги) – предмету договору в натурі; реклама, пропонуючи предмет, вказує лише на місце, де його можна придбати. Таким чином, якщо для публічної оферти місце її вчинення і місце акцепту співпадають, то

для реклами часто характерна наявність просторового, а отже і часового проміжку між остаточним рішенням про акцепт та самим акцептом (за винятком торгівлі через Інтернет).

Щодо судових прецедентів стосовно розгляду реклами як запрошення до пропозиції (вступу в переговори) чи пропозиції слід вказати на рішення Апеляційного суду Німеччини про те, що реклама товарів для цілей аукціону через платформу у мережі Інтернет, призначеної для проведення аукціонів, є чимось більшим, аніж пропозиція вступити у переговори, та повинна розглядатися як договірна оферта. Оферта не є відкритим зобов'язанням прийняти необмежене число оферт, оскільки вона обмежується прийняттям пропозиції, яка залишається в силі, з найбільш високою ціною у кінці строку проведення аукціону. Електронні процедури аукціону надають достатні засоби для визначення ціни і, таким чином, присутні всі істотні елементи оферти, що пов'язує, для укладення договору купівлі-продажу. Але подібні винятки лише підтверджують правило.

Усе зазначене вище свідчить на користь загального визначення реклами як запрошення до пропозиції. Запрошення перетворюється на оферту (публічну оферту), якщо у ній є воля особи, яка робить пропозицію, укласти договір на вказаних у пропозиціях умовах з будь-ким, хто забажає. Підсумовуючи, можемо визначити співвідношення між публічною офертою, офертою звичайною та рекламою. Враховуючи те, що публічну оферту від звичайної відрізняє лише спрямованість на невизначене коло осіб, що одночасно споріднює її з рекламою, і, з іншого боку, від реклами відмежовує (умовно) лише повна чи часткова відсутність істотних умов договору, можна зробити висновок про синтетичність правової конструкції публічної оферти як проміжної ланки між звичайною офертою та рекламою; саму рекламу – виклик на оферту можна вважати елементом публічної оферти. Винятки з загального правила складають:

реклама у сфері роздрібної торгівлі;

реклама про проведення конкурсів, лотерей, розіграшів призів відповідно до п.3 ст.8 Закону України «Про рекламу» повинна містити інформацію про умови, місце та строки їх проведення (істотні умови);

реклама у формі поштової (кур'єрської) розсилки, які відносяться до безпосередньо оферти.

Використані джерела:

1. *Закон України «Про рекламу» 1996р.// Відомості Верховної Ради України, 1996, N 39, ст. 181. - В ред. Закону N 1121-IV від 11.07.2003// Відомості Верховної Ради України, 2004, N 8, ст.62, ., із зм. і доп.*
2. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003р.//Офіційний Вісник України, 2003, N 11, ст. 461.*
3. *Гражданское право Учебник для юридических вузов и факультетов. /Под ред. Ю.К.Толстого. А.П.Сергеева. Ч. 1 – М.: Проспект, 1996. – 624 с.*
4. *Йоффе О.С. Обязательственое право. М.: Юридическая литература, 1975. – 685 с.*
5. *Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. - М.:Госюриздат, 1950. – 92с.*
6. *Правила продажу товарів на замовлення та вдома у покупців, затв. Наказом МЗЕторгу від 29.03.1999 № 199// Офіційний Вісник України. – 1999. – №16 від 07.05.99.*

Воловик Владислав Валерійович
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права та правового забезпечення туризму
Київського університету туризму, економіки і права,
Київ, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ САДІВНИЦЬКИХ ТОВАРИСТВ

Створення садівницьких товариств для ведення колективного садівництва було достатньо поширеним як в радянські часи, так залишається популярним і сьогодні. Уже в незалежній Україні створені і створюється велика кількість садівницьких товариств, членами яких є значна кількість громадян України.

Слід відзначити, що незважаючи на велике поширення садівницьких товариств в сучасних цивільних правовідносинах, законодавством незалежної України існування таких суб'єктів цивільних правовідносин можна сказати просто ігнорується. Через це на практиці постає багато питань, які пов'язані зі створенням та діяльністю садівницьких товариств в сучасних умовах.

І найперше питання, яке виникає, – це питання щодо норм законодавства, які повинні застосовуватись для врегулювання відносин, пов'язаних зі створенням та діяльністю садівницьких товариств.

Радянським законодавством садівницькі товариства визнавались складовою частиною кооперації. В статті 52. Закону СРСР від 26 травня 1988 року «Про кооперацію в СРСР» зазначалось, що садівницькі і садово-городні товариства є складовою частиною системи кооперації. Вони створюють умови для відпочинку трудящих, зміцнення їх здоров'я, залучення до праці молоді, допомагають членам кооперативу у виробництві продукції для їх особистого споживання, а також для продажу. При цьому ст. 3 цього Закону встановлювалось, що споживчі кооперативи задовольняють потреби своїх членів та інших громадян у торговельному і побутовому обслуговуванні, а також членів кооперативів у житлі, дачах і садових ділянках, гаражах і стоянках для автомобілів, у соціально-культурних та інших послугах.

Таким чином, радянським законодавством садівницькі товариства відносились до споживчих кооперативів.

Названий Закон застосовувався на території України згідно з постановою Верховної Ради України від 12 вересня 1991 року «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР», якою встановлювалось, що до прийняття відповідних актів законодавства України на території республіки застосовуються акти законодавства Союзу РСР з питань, які не врегульовані законодавством України, за умови, що вони не суперечать Конституції і законам України.

Однак з прийняттям Законів України «Про споживчу кооперацію» та «Про кооперацію», якими були врегульовані відносини в сфері кооперації, застосування норм Закону СРСР «Про кооперацію в СРСР» викликає певні сумніви.

Вирішуючи це питання, перш за все слід відзначити, що вказані закони України не лише не вказують безпосередньо про віднесення садівницьких товариств до організаційно-правової форми кооперативів, а взагалі не згадують про цих юридичних осіб. Єдиним законодавчим актом, в якому прямо вказується на існування садівницьких товариств, є Земельний кодекс України, в ст. 35 якого встановлюється правовий статус земель загального користування садівницького товариства та особливості реалізації членами садівницького товариства свого права на приватизацію земельних ділянок, які знаходяться в їх користуванні.

Враховуючи той факт, що законодавством України не врегульовані відносини щодо створення та діяльності садівницьких товариств, в науковій літературі вже висловлювалась

думка щодо можливості застосування до таких відносин норм Закону СРСР «Про кооперацію в СРСР». [1, с.126] До речі, такий підхід підтверджується судовою практикою. Однак з огляду на зміни, які відбуваються у суспільних відносинах щодо діяльності садівницьких товариств, пов'язані насамперед із процесами приватизації земельних ділянок, якими користуються члени цих товариств, можливість застосування норм цього Закону до відносин в сучасних садівницьких товариствах викликає великі сумніви.

Нагадаємо, що відповідно до Закону СРСР «Про кооперацію в СРСР» головною метою споживчих товариств (стосовно зокрема садівницьких товариств) було задоволення потреб в садових ділянках (ст. 3 Закону). Крім того, щодо садівницьких товариств спеціально встановлювалась мета створення умов для відпочинку трудящих, зміцнення їх здоров'я, залучення до праці молоді, допомоги членам кооперативу у виробництві продукції для їх особистого споживання, а також для продажу (ст. 52 Закону). Норми закону СРСР спрямовані на врегулювання відносин між членами кооперативу, які користуються земельними ділянками, фактично належними кооперативу.

На сьогодні, враховуючи масові процеси приватизації садових ділянок членами садівницьких товариств, мета діяльності садівницьких товариств суттєво змінюється. Їх члени фактично користуються земельними ділянками, належними їм на праві власності. В таких умовах головною метою діяльності садівницьких товариств стає не забезпечення потреб громадян в садових ділянках, а сприяння членам товариства в ефективному використанні їх майна, а саме садових ділянок та садових будинків, які розташовані на цих ділянках, в тому числі й за рахунок організації утримання в належному стані майна товариства (земель загального користування, розташованих на них будівель та споруд, інших об'єктів загального користування).

Як бачимо, Закон СРСР «Про кооперацію в СРСР» покликаний врегулювати принципово інші відносини, ніж ті, що сьогодні виникають в процесі діяльності садівницьких товариств. Враховуючи це, на нашу думку, застосування норм цього Закону до врегулювання відносин в садівницьких товариствах в сучасних умовах, видається не зовсім коректним. Вважаємо, що норми цього Закону можна застосовувати лише за умови, якщо вони відповідають загальним засадам створення та існування юридичних осіб, встановленим чинним Цивільним кодексом України.

Враховуючи наведене можна констатувати, що в Україні сьогодні існує нагальна потреба у прийнятті спеціального закону, який би врегулював відносини, пов'язані зі створенням та діяльністю садівницьких товариств.

Використані джерела:

1. *Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: Монографія. – К.: Інститут держави і права ім. Корецького НАН України, 2004. – 328 с.*

Воркун Оксана Ігорівна
студентка 4-го курсу юридичного відділення Коледжу
Галицького інституту імені В'ячеслава Чорновола,
Тернопіль, Україна

РЕЖИМ ОКРЕМОГО ПРОЖИВАННЯ ПОДРУЖЖЯ ЯК ІНСТИТУТ СІМЕЙНОГО ПРАВА

Сім'я як соціальне утворення виступала найважливішим елементом розвитку в усіх цивілізаціях. Ідеологія пріоритету сім'ї, її неминуща цінність для людини і суспільства закріплена у багатьох нормативних актах. Одне з основних положень цих документів - зміцнення і захист інституту сім'ї з боку суспільства, розробка національної сімейної політики.

Держава зацікавлена у збереженні й зміцненні сім'ї, що відображено у ст. 51 ч. 3 Конституції України, яка встановлює, що захист сім'ї є конституційним обов'язком держави [1].

У Сімейному Кодексі України серед інших новел правового регулювання шлюбних відносин передбачена можливість застосування такого механізму збереження сім'ї та шлюбу, як встановлення режиму окремого проживання подружжя, що ґрунтується на ідеї збереження подружньої спільності, надання допомоги подружжю, яке переживає кризу, на спробі помирити подружжя, відновити шлюбні стосунки.

Метою даної статті є з'ясування суті та особливостей інституту окремого проживання подружжя в контексті сімейного законодавства України.

Відповідно до ст. 119 СК України за заявою подружжя або позовом одного з них суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання у разі неможливості чи небажання дружини і (або) чоловіка проживати спільно [2].

Суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання, якщо виявить розлад подружніх відносин у духовній, фінансовій і фізичній площинах або хоча б в одній з них. Зарубіжна судова практика застосовує інститут сепарації за наявності таких обставин, як хвороба одного з подружжя, відмова одного з подружжя від співжиття, алкоголізм, наркоманія дружини або чоловіка, велика різниця між ними у віці та зумовлені цим розбіжності у поглядах, належність одного з подружжя до різних сект чи субкультур, інших приводів, що призвели до розладу відносин між подружжям. Оцінюючи можливість задоволення прохання подружжя чи одного з них, суд повинен встановити, чи не зашкодить таке рішення істотним інтересам спільних дітей цих осіб.

Суд також повинен встановити фактичні взаємини сторін і переконатись у доцільності встановлення для подружжя режиму окремого проживання ще й для того, щоб сепарація не стала формальним засобом вирішення спірних майнових питань. Наприклад, у тому разі, якщо один із подружжя з метою одержання значних доходів і набуття у власність цінного майна для уникнення режиму спільності звертається до суду з позовом про встановлення режиму окремого проживання на певний час чи безстрокове і це є єдиним обґрунтуванням звернення, суд повинен відмовити у задоволенні позову. У позовній заяві про встановлення режиму окремого проживання позивач може також поєднати вимоги щодо визначення місця проживання дітей, спільного житла чи виселення зі свого житла другого з подружжя, який вселився у це житло у зв'язку з укладенням шлюбу, надання утримання йому чи спільним дітям подружжя.

У ст. 119 СК України передбачена можливість встановлення судом сепарації не тільки за позовом одного з подружжя, а й за заявою подружжя, яке досягло спільної згоди. Варто погодитися з Лепех С.М., що за наявності у подружжя спільних дітей у СК України потрібно закріпити вимоги до змісту такої заяви [3, с.129] Для визначення вимог можна застосувати аналогію закону. Зокрема, за аналогією зі ст. 109 СК України сторони мали б подавати до суду договір про те, з ким із них будуть проживати діти, яку участь у їх вихованні братиме той з батьків, хто проживатиме окремо, або викладати шляхи спільного вирішення цього питання у заяві. Крім того, за наявності спільного житла у заяві мали б бути викладені міркування щодо порядку користування ним або того, хто з подружжя залишиться проживати в ньому. Інакше треба вважати, що між сторонами існує спір і вони не дійшли остаточної згоди щодо встановлення режиму окремого проживання. На зазначені питання суд обов'язково має дати відповідь у рішенні. Водночас за відсутності спільних дітей і наявності згоди подружжя на сепарацію підстави встановлення режиму окремого проживання не мають важливого значення.

Відповідно до українського законодавства стан сепарації не вимагає державної реєстрації. Однак для уникнення непорозумінь на практиці внесення відповідних доповнень до Правил реєстрації актів цивільного стану видається доцільним.

Щодо правових наслідків встановлення режиму окремого проживання, то треба зазначити, що згідно з ст. 120 СК України права та обов'язки подружжя не припиняються.

Сепарація не є різновидом припинення шлюбу. Норми про неї включені до глави 11 «Припинення шлюбу» лише за спорідненістю з інститутом його розірвання. Сепарація не звільняє від збереження подружньої вірності, її встановлення не дає права на укладення іншого шлюбу. Тому виникає питання: чи можна проживання одного з подружжя з іншою особою у цей період розглядати як конкубінат, тобто фактичні шлюбні відносини, адже особа може бути членом лише однієї сім'ї? [4].

Відповідно до ст. 3 СК України сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства. Оскільки законодавець закріпив принцип моногамії в шлюбних відносинах, перебування одного з сепарованого подружжя в конкубінаті з іншою особою суперечить моральним засадам суспільства. Тому такі відносини не можуть вважатися сімейними. Згідно зі ст. 3 СК України подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік з поважних причин не проживають спільно. А сепарація є досить поважною причиною.

Відповідно до ст. 119 СК України режим окремого проживання припиняється у разі поновлення сімейних відносин або за рішенням суду на підставі заяви одного з подружжя. Проблема з застосуванням цього положення діставатиме вияв на практиці, наприклад, при реєстрації народження дитини, зачатої і народженої після поновлення сімейних відносин. Адже орган реєстрації актів цивільного стану, керуючись рішенням суду про сепарацію, цілком обґрунтовано вимагатиме від батька заяви про визнання батьківства. Якщо батько — чоловік дружини відмовиться від такого визнання, то для матері залишиться лише шлях судового визнання батьківства. Тому припинити режим окремого проживання можна лише за рішенням органу, який його встановив [3 с 130].

Звичайно, виникатимуть дискусії щодо доцільності запровадження зазначених норм у національне законодавство. Але все ж таки цей інститут є необхідним. І якщо між подружжям склалися напружені стосунки, то їх окреме тимчасове проживання надасть можливість проаналізувати свою поведінку в сім'ї, задуматися над окремими моментами їх сімейного життя та дійти висновку про можливість подальшого спільного проживання, чи, можливо, ставити питання про розірвання шлюбу.

Використані джерела:

2. *Конституція України // (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 30, ст. 141)*
3. *Сімейний Кодекс України // (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, N 21-22, ст.135)*
4. *Лепех С. М. Інститут сепарації: проблеми застосування // Право України. - №3-2003. С.128-130.*
5. *Н.А. Аблятіпова «Сепарація як крок до розірвання шлюбу» // www.nbuv.gov.ua.*

Гаврилов Евгений Владимирович
преподаватель Юридического института
Красноярского государственного аграрного университета,
Красноярск, Российская Федерация

ДИФФАМАЦИЯ И СМИ

Диффамационное право – это комплексный правовой институт, сочетающий нормы конституционного, гражданского, уголовного права, представляющий собой систему правовых норм, регулирующих материальный и процессуальный аспект защиты чести, достоинства, деловой репутации (и аналогичных им нематериальных благ) физических лиц и организаций от распространения не соответствующих действительности порочащих сведений (диффамация).

По сути, диффамационное право – это правовой институт защиты от диффамации. Что такое диффамация?

По мнению С.В. Потапенко, диффамация – это общепринятый в большинстве стран мира юридический термин, под которым понимается правонарушение в виде распространения (произнесение слов или публикация) не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию потерпевшего [1, с. 5].

В Российской Федерации понятие диффамации тождественно понятию распространения не соответствующих действительности порочащих сведений, содержащемуся в статье 152 Гражданского кодекса Российской Федерации [2].

Указанная статья Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) является основой диффамационного права в России, определяющей общие условия и способы защиты от диффамации.

В контексте ст. 152 ГК РФ мы определяем диффамацию как гражданско-правовой деликт (правонарушение), связанный с распространением не соответствующих действительности порочащих сведений (утверждений о фактах), умаляющих честь и достоинство граждан или деловую репутацию граждан и юридических лиц [3, с. 43-45].

Как правило, диффамацию связывают со злоупотреблением средствами массовой информации (например, периодические издания, телеканалы) и их представителями (журналисты, корреспонденты и т.п.) - СМИ - конституционного права распространять информацию. Диффамация, к примеру, может присутствовать в «заказных» статьях, оскорбительных выражениях тележурналистов, на предвыборных политических дебатах, освещаемых в прямом эфире, при «чёрном» PR-е и т.п.

Статистические данные говорят о том, что большинство судебных дел, в которых СМИ числятся в качестве ответчиков, связано с обвинением их в диффамации. Так, например, в Арбитражном суде Красноярского края в более 66 % случаев именно СМИ являются ответчиками по делам о защите деловой репутации (от диффамации).

Как правило, представители СМИ постоянно жалуются общественности по поводу того, что диффамационные судебные дела направлены на ущемление прав СМИ, ведут к цензуре. Имея опыт в сфере диффамационного права, могу сказать, что указанные обвинения беспочвенны. Российская правовая система предусматривает массу возможностей, позволяющих СМИ избежать гражданско-правовой ответственности за распространение ими казалось бы диффамационных (порочащих) сведений. Этими возможностями необходимо пользоваться представителям СМИ.

Так, диффамации (в правоприменительном контексте) не будет, ответственность СМИ не наступит, если: 1) СМИ докажет соответствие распространённых сведений действительности (правдивость информации), даже если такие сведения были порочащими, умаляющими честь, достоинство или деловую репутацию; 2) Распространённые сведения представляют собой мнения, предположения, суждения (их нельзя проверить на предмет действительности), а не утверждения о фактах; 3) Истец не докажет порочащий характер сведений, или СМИ докажет обратное; 4) В распространённой информации не содержится конкретного упоминания об истце (или имеется трудность в его идентификации); 5) Более того, российское законодательство содержит ряд оснований освобождения СМИ от ответственности за факт диффамации, например в соответствии, со статьёй 57 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации».

Журналисты, корреспонденты, подготавливая информационный материал, изначально должны предполагать, что кто-то может его расценить как диффамационный. Поэтому, в самом материале необходимо использовать определённые приёмы, чтобы СМИ не было признано судом правонарушителем.

Предлагаем включать в текст распространяемой информации такие обороты как «я думаю», «нам кажется», «скорее всего», «по видимому» и т.п. Как правило, эти словосочетания автоматически выводят сведения из разряда утверждений о фактах в разряд мнений (соответственно, диффамации не будет).

Желательно использовать гиперболы, эпитеты, метафоры, риторические вопросы.

В критическом материале, или журналистском расследовании, не следует напрямую упоминать конкретное лицо (гражданина или организацию), а если такое упоминание имеет место быть – оно должно быть только наряду с упоминанием о других лицах.

Диффамации не будет, если суд сочтёт распространённую информацию попыткой журналиста разобраться в общественной проблеме, а не возможностью опорочить конкретную личность (в идеале, чтоб сам журналист в своём материале высказал эту мысль напрямую).

В соответствии с практикой Европейского Суда по правам человека, политиков и других «публичных» фигур (например, актёров, певцов, спортсменов) можно критиковать сколько угодно (ответственности за диффамацию не будет), но главное, чтоб критика касалась их общественной, профессиональной деятельности, а не затрагивала их личную жизнь. Если этот баланс не будет соблюден – ответственность за диффамацию будет.

Таким образом, СМИ обладают рядом возможностей, позволяющих им «обходить» диффамацию. Главное, чтоб представители СМИ смогли эффективно воспользоваться этими возможностями в нужный момент.

Использованные источники:

1. *Потапенко С.В. Диффамационное право: гражданско-правовой аспект. - Абакан: Издательство Хакасского государственного университета им. Н.Ф. Катанова, 2007.*
2. *п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.02.2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // СПС «Консультант-Плюс».*
3. *Гаврилов Е.В. Гражданско-правовая диффамация: понятие и сущность // Материалы докладов XVI Международной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов-2009» (секция «Юриспруденция. Гражданское право») / отв. ред. И.А. Алешковский, П.Н. Костылев, А.И. Андреев. - М.: МАКС Пресс, 2009. - [Адрес ресурса в сети Интернет: http://www.lomonosov-msu.ru/2009/].*

Гелецька Ірина Олександрівна
кандидат юридичних наук,
декан юридичного факультету Галицького інституту імені В'ячеслава Чорновола,
Тернопіль, Україна

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРЕДСТАВНИЦТВА НЕДІЄЗДАТНИХ ОСІБ

Визнання особи недієздатною тягне за собою таке правове явище як призначення опікуна, тобто особи, яка стане законним представником недієздатного.

Переважно цивільні права та обов'язки недієздатного базуються на правочинах, що дозволяє говорити про недієздатного як суб'єкта правочинів. Вчинення правочинів опікуном не відсторонює самого недієздатного з кола його суб'єктів: вони вчиняються від його імені та в його інтересах.

Волевиявлення недієздатних осіб, які перебувають під опікою не має юридичного значення, але у зв'язку з тим, що ці особи є правоздатними і мають значний обсяг прав і обов'язків, то опікуни для наступного підтвердження законності своїх дій зобов'язані добросовісно, справедливо і розумно здійснювати права і виконувати обов'язки підопічних [1, с. 5].

Опікун недієздатного не може висловлювати волю особи, яку він представляє, так як останній не володіє волею взагалі, якій можна було надати правового значення. Тому «немає підстав у даному випадку удаватися до фікції, і казати, що опікун виражає ту волю, яку виразив би недієздатний, якби такою волею володів» [2, с. 184].

Однак, якщо закон зобов'язує вчинити правочин особисто, то недієздатний не може бути його суб'єктом. У зв'язку з цим він не може бути повіреним, довірителем, заповідачем, дарувальником.

Обов'язки, які виникають з правочинів, вчинених від імені недієздатної особи її опікуном, належать самій недієздатній особі. Одночасно недієздатний - не суб'єкт відповідальності, в тому числі і договірної. Тому на нього не може бути покладено обов'язку відшкодовувати шкоду в порядку відповідальності. Протилежне ставило б недієздатного у неоднакове становище з іншими громадянами, які притягуються до відповідальності тільки за наявності вини. Обов'язок відшкодовувати шкоду при невиконанні правочину за участю підопічного на опікуна міг би бути покладений лише у тому випадку, якби у цивільному законодавстві була закріплена спеціальна норма, що визначала б умови відшкодування опікуном збитків при невиконанні договірного зобов'язання підопічного.

Питання про можливість відшкодування завданої недієздатною особою шкоди є по суті питанням про здатність цієї особи бути суб'єктом відповідальності. Недієздатні не можуть бути притягнені до відповідальності, зокрема, до відшкодування завданої ними шкоди. У цьому розумінні вони неделіктоздатні. Але ця теза в повній мірі не відображає особливостей правового становища таких громадян. Недієздатні володіють здатністю мати тільки ті права і обов'язки, які можуть вчиняти через інших осіб. Юридична відповідальність – це наслідок власних винних дій. Дії недієздатних завжди оцінюються як невинні і як такі, що не тягнуть за собою відповідальності. Тому недієздатні не тільки не здатні нести відповідальності (неделіктоздатні), але в цій частині і не правоздатні, так як не здатні мати обов'язок по відшкодуванню шкоди в порядку відповідальності, не здатні бути суб'єктами позадоговірної відповідальності [3, с. 12].

Відповідно до цивільного законодавства шкода, завдана недієздатною фізичною особою, відшкодовується опікуном або закладом, який зобов'язаний здійснювати нагляд за нею, якщо не доведе, що шкода була завдана не з його вини. Тому опікун або заклад, що зобов'язаний здійснювати нагляд за недієздатним притягуються до відповідальності лише за наявності своєї вини, яка припускається. Для притягнення опікуна до відшкодування завданої недієздатним шкоди необхідні рішення суду про визнання особи недієздатною та встановлення над нею опіки і призначення органом опіки та піклування опікуна недієздатному. Такої позиції необхідно додержуватися і судам з метою правильного встановлення суб'єкта відповідальності.

Окремі автори вважають, що відповідальність опікунів та закладів, що здійснюють нагляд за недієздатним не є способом здійснення законного представництва, так як названі суб'єкти відшкодовують таку шкоду в порядку самостійної цивільно-правової відповідальності за свої винні протиправні дії. Вина цих осіб пов'язується не з тими діями, якими безпосередньо заподіюється шкода, а з діями по здійсненню нагляду. Особи, які зобов'язані до здійснення нагляду, своїми власними діями вчиняють правопорушення – вони неналежним чином виконують свої обов'язки з виховання та нагляду за неповнолітніми та недієздатними. Однак невиконання чи неналежне виконання цих обов'язків має своїм наслідком виникнення шкоди. Тому така відповідальність врегульована нормами про зобов'язання, що виникають із заподіяння шкоди.

Відповідальність цих осіб за неналежне здійснення нагляду завжди самостійна і їх правосуб'єктність незалежна від правосуб'єктності особи, що вчинила делікт. Відповідальність по відшкодуванню шкоди, що покладається на батьків, опікунів, піклувальників та відповідні організації, не охоплюється функціями законного представництва, а виникає як санкція за неналежне виконання своїх обов'язків [4, с. 178].

Але чи можливо з цим погодитися? По-перше, необхідно зазначити, що призначення особі опікуна є однією із підстав виникнення представництва, у даному випадку законного. По-друге, відповідно до ч. 2 ст. 242 ЦК України [5] опікун є законним представником малолітньої особи та фізичної особи, визнаної недієздатною. По-третє, опікун зобов'язаний забезпечити підопічного належним доглядом (ст. 67 ЦК України). По-четверте, за свої власні

винні дії відповідають не тільки опікуни, але і батьки та усиновителі. Тому навряд чи можна погодитися з позицією, що відповідальність опікунів не являється способом здійснення законного представництва у питаннях відшкодування шкоди, заподіяної їхніми підопічними. Щодо закладів, які можуть притягуватися до відповідальності, то тут також необхідно дотримуватися подібної позиції, так як відповідно до ст. 1184 ЦК України заклад повинен здійснювати нагляд за недієздатним, тобто виконувати функції опікуна. А якщо він виконує такі функції неналежним чином, то, як наслідок, він і повинен притягуватися до відповідальності.

Таким чином, основні функції опікунів у галузі цивільного права зводяться до того, щоб всемірно охороняти та захищати права підопічних. Останнє можливо здійснювати як шляхом участі у процесі укладання різного роду правочинів, так і через притягнення опікунів до договірної чи позадоговірної відповідальності за протиправні дії підопічних.

Використані джерела:

1. *Шаповал Л.І. Представництво в цивільному праві: Автореф. дис… канд. юрид. наук. – К., 2007. – 22 с.*
2. *Пергамент А.И. Опекун как гражданско-правовой представитель несовершеннолетнего / А.И. Пергамент // Ученые записки ВНИИСЗ. – 1968. - Вып. 14. - С. 174-187.*
3. *Чефранова Е.А. Правосубъектность несовершеннолетних по советскому гражданскому праву: Автореф. дис… канд. юрид. наук. – М., 1978. – 19 с.*
4. *Веберс Р.Я. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве / Р.Я. Веберс. – Рига: Зинатне, 1976. – 231 с.*
5. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №№ 40-44. – Ст. 356.*

Гелич Алла Олександрівна
старший викладач кафедри господарського права і процесу
Інституту повітряного і космічного права та масових комунікацій
Національного авіаційного університету,
Київ, Україна

ПРАВА ТА ОБОВ'ЯЗКИ ОСОБИ, ЯКІ НЕ ВХОДЯТЬ ДО СКЛАДУ СПАДЩИНИ

Ст. 1218 ЦК України «Склад спадщини» встановлює: «До складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті». Зміст вказаної норми уточнюється в нормах щодо визначення прав та обов'язків спадкодавця, які не входять до складу спадщини, та в нормах, що встановлюють спеціальний правовий режим деяких видів прав та обов'язків, які належали спадкодавцеві.

В ст.1219 ЦК України зазначається, що до складу спадщини не входять права та обов'язки, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця та встановлюється перелік прав та обов'язків, які не входять до складу спадщини.

У відповідності із ч.3 ст.269 ЦК України особисті немайнові права фізичної особи тісно пов'язані з фізичною особою. Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав. Ч.4 ст.269 ЦК України встановлено, що особистими немайновими правами фізична особа володіє довічно. Тобто, із смертю особи особисті немайнові права мають припинятися. Цьому відповідає положення встановлене п.1.ч.1 ст.1219 ЦК України, згідно з яким особисті немайнові права не входять до складу спадщини. Спеціальні правила можуть бути встановлені законодавцем для визначення підстав правової охорони особистих немайнових прав особи після її смерті. Так, наприклад, у

відповідності із ч. 2 ст. 439 ЦК України у разі смерті автора недоторканість твору охороняється особою, уповноваженою на це автором. За відсутності такого уповноваження недоторканість твору охороняється спадкоємцями автора, а також іншими заінтересованими особами. Тобто, спадкоємці автора названі в числі осіб до яких переходить право охороняти недоторканість твору, це право має суто немайнову природу. Потрібно зазначити, що цивільне законодавство України не містить загальних правил, які б вказували на можливість захисту спадкоємцями особистих немайнових прав спадкодавця. Спеціальні правила щодо такого захисту повинні бути встановлені безпосередньо нормою закону. Це стосується як цивільних прав та інтересів особи, так і прав, які мають публічно-правовий характер. Захист інтересів членів сім'ї померлого можливий із посиланням на п.1 ст. 8 Конвенції про захист прав і основних свобод людини, яким визнається право особи на повагу до її сімейного життя.

Відповідно до п.2 ст. 1219 ЦК України не входить до складу спадщини право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян. Таке правило встановлене у відповідності до ч.1 ст.100 ЦК України, згідно з якою право участі у товаристві є особистим немайновим правом і не може окремо передаватися іншій особі. Не спадкується право членства у сільськогосподарських та споживчих кооперативах (дачних, гаражних, тощо). До спадкоємців переходить лише право на майновий пай спадкодавця [1, с.844]. Права членства у громадських, політичних, творчих, професійних спілках та організаціях, (непідприємницьких товариствах), в порядку спадкування не переходять.

В порядку спадкування не переходить право на відшкодування шкоди завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я спадкодавця. Адже це право нерозривно пов'язане із особою спадкодавця. Непрацездатні особи-утриманці, які мають самостійне право на отримання відшкодування шкоди, завданої смертю потерпілого у відповідності із ч.1 ст. 1200 ЦК України, не розглядаються в якості спадкоємців, і відшкодування, яке вони отримують не входить до складу спадщини, а набувається ними на окремих правових підставах.

Право на аліменти, пенсію, допомогу або інші виплати, встановлені законом, як вже зазначалося, розглядаються в якості прав, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця. В п. 4 ст. 1219 ЦК об'єднані права, які мають різну правову природу. У відповідності із ст.1227 ЦК України, суми заробітної плати, пенсії, стипендії, аліментів, допомог у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю, відшкодувань у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, інших соціальних виплат, які належали спадкодавцеві, але не були ним одержані за життя, передаються членам його сім'ї, а у разі їх відсутності – входять до складу спадщини.

В зобов'язальних правовідносинах можливість спадкового правонаступництва визначається у відповідності із правилами встановленими ст. 608 ЦК України «Припинення зобов'язання смертю фізичної особи» (див. п.5 ст.1219 ЦК України). Зобов'язання повинне бути пов'язаним як раз з особою кредитора, а не з його діяльністю [2,с.493]. Ст. 608 ЦК України може застосовуватись за аналогією і до інших видів правовідносин.

Таким чином, поняття «права та обов'язки нерозривно пов'язані з особою спадкодавця», розкривається в ст.1219 ЦК України засобом перелічування окремих прав та обов'язків, які не входять до складу спадщини, що дозволяє робити висновки про їх правову природу та уточнити зміст вказаного поняття.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах. Частина 2. Керівники авторського колективу та відповідальні редактори проф.. А.С. Довгерт, проф. Н.С. Кузнєцова. – К.: Юстиніан, 2005. – 1008 с.*
2. *Ярема А.Г. та інш. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. – Т.2. – К: А.С.К., Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2006. – 864 с.*

Глупак Анастасія Василівна
студентка 5-го курсу, юридичного факультету,
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ЛІЦЕНЗУВАННЯ ПОСЕРЕДНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У механізмі державного регулювання господарської діяльності ліцензування відіграє важливу роль.

Перехід України до ринкових відносин супроводжується трансформацією традиційних і появою нових засобів публічного впливу на економіку. В механізмі державного регулювання застосовується такій засіб, як ліцензування окремих видів господарської діяльності. Ліцензування є одним із засобів державного регулювання господарських відносин. Система ліцензування в Україні знаходиться в процесі становлення. Однак цей процес є складним і суперечливим, супроводжується невиправданими витратами і суперечностями, колізіями правового регулювання, що відображає проблеми і труднощі вітчизняної економіки в період трансформації.

З прийняттям Закону України від 1.06.2000р. «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» та Господарського кодексу України ліцензування перетворилося в дієвий ефективний засіб державного регулювання господарської діяльності. Формування інституту ліцензування певних видів господарської діяльності в Україні відбувалось поступово, шляхом об'єднання взаємопов'язаних правових норм у стійку групу. Стаття 4 Закону України «Про підприємництво», що регламентувала ліцензування підприємницької діяльності, стала основою для формування нового правового інституту ліцензування. Його подальший розвиток характеризувався доповненням і конкретизацією положень, насамперед і у підзаконних нормативно-правових актах, а також розширенням нормативно-правової бази ліцензування. Із прийняттям Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» можна констатувати формування в цілому інституту ліцензування господарської діяльності, завершення його становлення. Цей Закон є основним нормативно-правовим актом, який регулює ліцензування певних видів господарської діяльності. У ньому визначено види господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, а також порядок їх ліцензування; регламентовано державний контроль у галузі ліцензування; визначено відповідальність суб'єктів господарювання й органів ліцензування за порушення законодавства в галузі ліцензування.

Відповідно Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», посередницькі операції, що підлягають ліцензуванню, можна умовно поділити на три групи.

До першої належить операції прямо зазначені в Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», а саме посередницька діяльність митного брокера і митного перевізника, посередництво у працевлаштуванні за кордоном.

До другої належать операції, які підлягають ліцензуванню, що також перелічені в Законі України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». У цьому законі вони не визначенні як посередницькі, але можуть носити посередницький характер. До них можна віднести: оптову та роздрібну торгівлю ветеринарними медикаментами та препаратами; оптову та роздрібну торгівля лікарськими засобами; торгівлю піротехнічними засобами; оптову та роздрібну торгівлю пестицидами та агрохімікатами; оптову торгівлю насінням.

До третьої групи належать операції, що підлягають ліцензуванню відповідно до інших спеціальних законів. Це операції у сфері фінансових послуг, зовнішньоекономічної діяльності, освіти, електроенергетики, інтелектуальної власності, а також операцій з торгівлі спиртом, алкогольними напоями та тютюновими виробами

Посередники є тією ланкою, яка встановляє і реалізовує господарські зв'язки між виробниками та споживачами товарів, робіт, послуг. Суть посередницької діяльності полягає в тому, що один суб'єкт підприємницької діяльності (посередник) за дорученням, в інтересах і за рахунок іншого суб'єкта підприємницької діяльності (замовника) здійснює певні

юридичні або фактичні дії, вступаючи у відносини з третіми особами. Економічний інтерес посередника полягає в отриманні прибутку за надану замовникові посередницьку послугу. Як правило посередники професійно підготовлені і готові надати необхідні послуги в тих сферах діяльності, де вони спеціалізуються.

Ліцензування кожної з посередницьких операцій має свої особливості.

Отже, займаючись ліцензуванням конкретного виду посередницької діяльності, необхідно уважно вивчити всі нормативні акти, оскільки в них визначено весь комплекс вимог до здійснення зазначеної діяльності, що стосуються даного питання.

Державний контроль у сфері ліцензійної діяльності є різновидом державного контролю підприємницької діяльності, що здійснюються уповноваженими державними органами їх посадовими особами у конкретній сфері господарювання та за конкретними умовами і полягає у визначенні видів підприємницької діяльності, яка підлягає ліцензуванню, оцінці реального стану господарської діяльності суб'єкта підприємництва, що є предметом ліцензування, застосування визначеним чинним законодавством порядку ліцензування використання відповідних форм контролю та притягнення до юридичної відповідальності суб'єктів, які порушили загальнообов'язкові правила у сфері ліцензування, Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності».

Використані джерела:

1. *Господарський кодекс.*
2. *Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»*
3. *Ельвіна Берекова « Процедура ліцензування певних видів господарської діяльності» // Підприємство господарство і право, №6, 2005р., ст. 85.*

Глущенко Євгеній Михайлович
студент 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПЕРЕХІД ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЗА ДОГОВОРОМ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ З ТОРГІВ (АУКЦІОНІВ)

Договір купівлі-продажу є одним з видів договорів, що регулюють зобов'язання з передачі майна, за яким одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму .

До договору купівлі-продажу на біржах, конкурсах, аукціонах (публічних торгах), договору купівлі-продажу цінних паперів і валютних цінностей застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не встановлено законом про ці види договорів купівлі-продажу, або не випливає з їхньої суті [1; 461]. Саме це положення нас найбільше цікавить, і є об'єктом нашого дослідження, звертаючись і до зарубіжного досвіду.

Актуальність теми дослідження обумовлена зростанням кількості договірних зв'язків в економічному середовищі України та міжнародній торгівлі у зв'язку із запровадженням нових принципів цивільного права, розвитком різних договірних форм та електронної комерції, системи торгів та аукціонів, що спостерігається з початку 90-х років та зумовлено здійсненням державою широкого спектру економічних перетворень. Зазначене вимагає формулювання і застосування нових підходів до цивільно-правового регулювання інституту договору взагалі та укладення, зміни і розірвання договору, зокрема. Тому нам необхідно провести комплексний аналіз юридичної природи, доктринальних положень, чинників розвитку, особливостей правового регулювання набуття права власності внаслідок укладення договору купівлі-продажу на аукціонах, оскільки стан наукової розробленості даного

питання в Україні є досить низьким. Протягом останніх десятиліть зазначена проблема тією чи іншою мірою досліджувалась такими вченими, як: М. Брагінський, В. Вітрянський, О. Дзера, А. Довгерт, Н. Кузнєцова, , В. Коссак, В. Луць.

Існує безліч точок зору стосовно визначення поняття «аукціон», але ми вважаємо прийнятним таке визначення, що аукціон - це перехід у ході публічних торгів прав на продукцію чи на їх постачання від попереднього власника до особи, що запропонувала за це найвигідніші умови (здебільшого,- це найвища ціна за пропонований на аукціоні лот (при набутті на аукціоні прав на продукцію) чи найнижча ціна продукції, що буде монопольно постачатися (при набутті на аукціоні прав на постачання продукції) [2; 58]

Особливістю продажу на сертифікатних аукціонах полягає в тому, що для оплати за об'єкти, що пропонуються до продажу, застосовуються не грошові кошти, а приватизаційні майнові сертифікати, залишки коштів на приватизаційних депозитних рахунках, що залишились невикористаними після придбання акцій громадянами України на попередньому етапі приватизації, а також за залишки коштів житлових чеків, відкритих у формі безготівкових приватизаційних депозитних рахунків, що залишилися невикористаними після приватизації житла з використанням житлових чеків [4; 271].

Саме тут і постає проблема: коли ж саме настає момент переходу права власності, і з чим він пов'язаний.

Французький Цивільний кодекс говорить так, що як тільки між сторонами досягається згода з приводу речі і ціни, договір вважається укладеним, відповідно одночасно відбувається перехід права власності до покупця, навіть якщо річ ще не була передана, а ціна ще не сплачена [4;1583]. Тобто французька модель не проводить принципу абстрактності передачі власності, оскільки тут власність переходить внаслідок самого продажу, тобто з моменту удару молотка особою, що проводить аукціон (аукціоніст). Французька конструкція купівлі-продажу, що пов'язала перехід власності з укладенням договору, приводить до неминучого висновку про те, що договір купівлі-продажу – це договір про передачу права, а не речі. З цього випливає юридична неможливість передати покупцеві власність, якщо її немає у продавця.

У вітчизняній літературі містяться різні визначення моменту переходу права власності (в залежності від того, якими ознаками визначений предмет договору); цей критерій не може бути визнаний істотним, а різноманітне визначення моменту переходу права власності – доцільним. Відповідно до цього, право власності на річ чи майно, в одному випадку, може бути перенесено в момент укладання договору, в іншому - в момент оплати речі чи певного майна. Ми вважаємо, що віднесення переходу права власності чи до моменту укладення договору, чи до моменту її оплати (в залежності від того, який із цих моментів настав раніше) є необґрунтованим, адже, наприклад, набуття покупцем права власності з моменту оплати товару, якщо така здійснена до його передачі, потягне за собою і покладення на покупця з цього ж моменту ризику випадкової загибелі товару (правильно, щоб ризик ніс власник), і, відповідно, позбавлення покупця, у випадку загибелі речі внаслідок укладання договору, але до передачі речі, права вимагати повернення ціни, за якою була здійснена угода, хоч продавець свого зобов'язання за двостороннім договором не виконав. Покупець, що відмовився від оплати, не в праві використовувати отриманий товар, оскільки він у випадку відмови втрачає право власності. Ризик випадкової загибелі речі слід покладати на її власника, тобто продавця – до виконання ним зобов'язання по передачі, на покупця – з цього моменту, що буде стимулювати проявлення максимальної турботи і збереження приватної власності. В принципі, таку схему переходу права власності, за таких умов, містить і німецьке право, а саме передачі речі в порядку права власності, тобто право власності за договором купівлі-продажу з торгів (аукціонів) виникає з моменту фактичної передачі речі (наприклад, § 156, 383, 433, 979 Німецького цивільного Уложення 1896 р.)[5]. За німецьким правом продавець зобов'язаний передати володіння товаром і передати власність на цей товар чи майно.

Таким чином, на нашу думку, перехід права власності з моменту передачі речі (майна) є доцільним, логічним, обґрунтованим, і має вирішуватися на підставі положень ч.1, ст. 334 ЦК України, відповідно до якої право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передачі речі, якщо інше не передбачено договором або законом, зокрема, право власності на річ за договором купівлі-продажу, який підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню чи іншому оформленню під страхом недійсності виникає лише з моменту такого посвідчення чи іншого обов'язкового оформлення, або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним.

Норма, що визначає момент переходу права власності, повинна бути імперативною, оскільки немає необхідності в збереженні диспозитивного характеру правила про ризик, оскільки недоцільно покладати ризик на покупця до передачі чи на продавця після передачі проданого майна.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р// ,Офіційний вісник України. – 2003. - № 11. – ст. 461.*
2. *Кривуцький В.В. Природні монополії та необхідність державного регулювання їх функціонування/ За. ред. Ю.І. Стадницького. – Львів: ЗУКЦ, 2004. – 58 с*
3. *Боднар Т.В., Демченко Н.С. Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації // Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч. посібн. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць та інші; За ред. О.В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С.271-293.*
4. *Арисов Н.Н. Французкий гражданський кодекс, М. 1804 г., М. – 1972.*
5. *Савельєв В.А. Германское гражданское уложение, М.- 1983*
6. *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України за редакцією*
7. *Дзери О.В., Кузнєцової Н.С., Луця В.В, том ІІ, 2-ге видання К.: «Юрінком Інтер», 2006.*

Гнатів Оксана Михайлівна
асистент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ОЗНАКИ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ, ПОСВІДЧЕНИХ АКЦІЯМИ

Права, посвідчені пайовими цінними паперами, належать до корпоративних. Слід звернути увагу на те, що у законодавстві України відсутній єдиний підхід до визначення поняття корпоративних прав. Відповідно до п.1.8 ч.1 ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» в редакції від 22 травня 1997 року [1] корпоративні права – це право власності на статутний фонд (капітал) юридичної особи або його частку (пай), включаючи права на управління, отримання відповідної частки прибутку такої юридичної особи, а також активів у разі її ліквідації відповідно до чинного законодавства, незалежно від того, чи створена така юридична особа у формі господарського товариства, підприємства, заснованого на власності однієї юридичної або фізичної особи, або в інших організаційно-правових формах. Зрозумілим є те, що власником статутного капіталу (фонду) є відповідна юридична особа, у нашому випадку акціонерне товариство, оскільки, таким чином, майнова самостійність учасників правовідносин в акціонерному товаристві досягається відокремленням майна акціонерів від майна товариства з виникненням у останнього права власності на майно, внесене в оплату з акції, а у акціонерів на акції [2, с.9], тому особа не має права власності на статутний фонд товариства. Крім цього, право власності як речове право не може включати себе як складову права на управління, яке є немайновим. Схоже визначення закріплене у п.4 ч.1 ст. 1 Закону України «Про режим іноземного інвестування»: корпоративне право – це право власності на частку (пай) у

статутному фонді юридичної особи, створеної відповідно до законодавства України або законодавства інших країн. У ч.1 ст. 167 Господарського кодексу України закріплене дещо інше визначення корпоративних прав: ними визнаються права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Проте в даному випадку законодавець дає лише приблизний перелік прав, які відносяться до корпоративних. Відповідно до п.8 ч.1 ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» корпоративні права – сукупність майнових і немайнових прав акціонера – власника акцій товариства, які випливають з права власності на акції, що включають право на участь в управлінні акціонерним товариством, отримання дивідендів та активів акціонерного товариства у разі його ліквідації відповідно до закону, а також інші права та правомочності, передбачені законом чи статутними документами. Ця дефініція є найбільш прийнятною, оскільки вказує на правову природу корпоративних прав, посвідчених акцією, та їх особливості. Ознаки корпоративних прав, посвідчених акцією:

1) корпоративні права є сукупністю немайнових та майнових прав акціонера.

2) за своєю правовою природою – це цивільні права [3, с.87]. Власне, відповідно до ч.1 ст. 1 Цивільного кодексу України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Відносини між акціонерним товариством та акціонерами базуються на засадах юридичної рівності та вільного волевиявлення. Акціонер на власний розсуд вирішує використовувати чи ні належні йому права, а також чи вступати у корпоративні відносини. Будь-яке підпорядкування у відносинах акціонерного товариства та акціонера відсутнє, не зважаючи на встановлення у законодавстві України обов'язків акціонерів. Крім цього, п.5 ч.1 ст. 29 Закону України «Про акціонерні товариства» статутом товариства може бути передбачена можливість укладення договору між акціонерами, за яким на акціонерів покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі у загальних зборах, і передбачається відповідальність за його недотримання.

3) тісний взаємозв'язок між майновими та особистими немайновими корпоративними правами: неможливість виникнення лише особистих немайнових прав чи лише майнових (акціонери – власники привілейованих акцій також мають право на участь в управлінні товариством у передбачених законом випадках). Сукупність цих прав становить зміст комплексного права участі в акціонерному товаристві [4, с.74]. У зв'язку з цим, видається спірною думка В.М. Кравчука щодо можливості існування неповних (обмежених) корпоративних прав, оскільки за таких умов нівелюється законодавча заборона щодо неможливості відчуження частини корпоративних прав. Спорідненість майнових і немайнових відносин може виявлятися у поєднанні в єдиному фактичному відношенні, і як наслідок цього майнові і немайнові правомочності втілюються в єдиних правовідносинах.

4) корпоративні права, посвідчені акцією, випливають з права власності на неї: при переході права власності на акцію корпоративні права попереднього акціонера – власника акцій припиняються разом з правом власності. Акція засвідчує участь у статутному капіталі товариства, внаслідок чого у її власника виникають корпоративні права [5, с.27]. Цієї позиції дотримується Вищий господарський суд України: особа вважається акціонером та відповідно суб'єктом корпоративних прав з моменту набуття права власності на акції [6].

5) зобов'язально-правовий характер корпоративних прав: акція, як і будь-який інший цінний папір, визначає взаємовідносини особи, яка її розмістила, і власника, та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами її розміщення. Ці взаємовідносини є відносними, оскільки їх суб'єктний склад є чітко визначений цивільним законодавством. Слід наголосити на кореспондуючому характері відносин між акціонерним товариством та акціонером: праву акціонера завжди відповідає обов'язок емітента.

корпоративні відносини можуть виникати виключно між акціонером та акціонерним товариством або між акціонерами щодо питань, пов'язаних зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням акціонерного товариства;

6) залежність між типом, видом акції та комплексом корпоративних прав, посвідчених нею;

7) зміст та обсяг корпоративних прав, посвідчених акцією, визначається законодавством України та статутними документами.

Використані джерела:

1. *Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» в редакції від 22 травня 1997 року. – Відомості Верховної Ради України. – 1995. - №4. - ст. 28.*
2. *Спасибо-Фатєєва І. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин: Автореф. дис…докт. юрид. наук: 12.00.03 / Харків: Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. - 2000. – 38с.*
3. *Спасибо-Фатєєва І. Про розуміння акціонерних правовідносин. // Вісник Академії правових наук України. – 1999. - №3 (18). – с.77-87.*
4. *Щербина В.С. Господарське право: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 480с.*
5. *Спасибо-Фатєєва І., Дуденко Т. Правова природа майнових і корпоративних прав, їх оборотоздатність та деякі аспекти застави. // Юридичний радник. – квітень, 2005. - №2 (4). – с.26-30.*
6. *Рекомендації Вищого господарського суду України «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» від 28 грудня 2007 року. – Українська Інвестиційна Газета, 2008. – N8 від 25.02.2008.*

Годулян Наталья Сергеевна

студентка 4 курса Одесского национального университета им. И. И. Мечникова, Одесса, Украина

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ЗАКОНА УКРАИНЫ «ОБ АКЦИОНЕРНЫХ ОБЩЕСТВАХ»

17 сентября 2008 года был принят Закон Украины «Об акционерных обществах» (далее ЗУ «Об АО») [1], который вступил в силу 30 апреля 2009 года. Указанный закон должен стать основным нормативным актом, регулирующим вопросы деятельности и корпоративного управления в акционерных обществах. Закон, в частности, регулирует правовой статус акционерных обществ, типы АО, порядок их создания, порядок отчуждения акций, определение рыночной стоимости имущества, права и обязанности акционеров, защиту прав акционеров, порядок выплаты дивидендов, проведение собраний акционеров и другие вопросы деятельности АО. Данный закон является не просто шагом к урегулированию деятельности акционерных обществ, но и попыткой создать в Украине благоприятную среду для развития фондового рынка и инвестиционной привлекательности.

ЗУ «Об АО» предусматривает кардинально новое деление акционерных обществ на типы. Вместо привычных закрытого и открытого акционерного обществ появляются новые – Публичное акционерное общество (далее ПАО) и Частное акционерное общество (далее ЧАО).

В соответствии с законом, ПАО может осуществлять как частное (закрытое), так и публичное (открытое) размещение акций. ЧАО, в свою очередь, может осуществлять лишь частное размещение акций.

Принципиальной новеллой явилось то, что ПАО обязано пройти процедуру листинга, должно быть внесено в биржевой реестр хотя бы 1 фондовой биржи и его акции можно купить только на такой фондовой бирже. Безусловно, данная норма была введена для развития фондового рынка Украины и увеличения инвестиционной привлекательности АО,

но возникает вопрос: «все ли действующие АО в случае их преобразования смогут пройти процедуру листинга?». Листинг согласно Закону Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке» представляет собой совокупность процедур по включению ценных бумаг в реестр организатора торгов и осуществлению контроля за соответствием ценных бумаг эмитента условиям и требованиям, установленным в правилах организатора торгов. В качестве примера рассмотрим минимальные требования внесения и пребывания акций эмитента в котировочном списке фондовой биржи. В соответствии с Положением о функционировании фондовых бирж к ним, в частности, относятся следующие требования:

- стоимость чистых активов эмитента составляет не менее 50 000 000 грн.;
- годовой доход от реализации товаров, работ, услуг за последний финансовый год составил не менее 50 000 000грн.;
- у эмитента отсутствуют убытки по итогам последнего финансового года;
- рыночная капитализация эмитента составляет сумму не менее 50 000 000 грн.

И это требования к предприятию, акции которого пребывают не в первом, а во втором уровне листинга. Годовая отчетность публичного акционерного общества подлежит обязательной проверке независимым аудитором (ст. 75 ЗУ «Об АО»). Следует также отметить, что в случае с ПАО органы управления этого общества обязаны уведомить фондовую биржу, в биржевом реестре которой пребывает общество, обо всех значимых действиях или значимых решениях, например, о принятии решения о выплате дивидендов либо о проведении общего собрания акционеров (ст.35 Закона). Также в соответствии с ч. 3 ст. 78 ЗУ «Об АО» публичное общество должно иметь собственную веб-страницу, на которой должна быть опубликована информация об обществе, подлежащая обнародованию в соответствии с Законом.

Что же касается ЧАО, то, как было сказано, его акции не могут покупаться и/или продаваться на фондовой бирже, кроме продажи путем проведения на бирже аукциона. Также предусмотрено ограничение количественного состава акционеров частного акционерного общества: оно не может превышать 100 акционеров. Законом предусмотрена возможность реализации акционерами ЧАО преимущественного права на приобретение отчуждаемых акций общества, если это предусмотрено в уставе общества (ч. 2 ст. 7 ЗУ «Об АО»).

Следует заметить, что ЗУ «Об АО» поставил ряд преград перед непубличной скупкой акций рейдерами. Так, ст. 64 установила, что покупатель 10% акций и более не позднее 30 дней до даты покупки обязан предоставить АО сообщение о намерении осуществить такую покупку. Кроме того он должен сообщить об этом в ГКЦБФР, на каждую биржу, где АО прошло листинг, и опубликовать его в официальном издании. Однако это не мешает рейдерам через подставных лиц негласно скупить несколько пакетов акций по 9%.

Одним из негативных моментов является то, что отсутствует срок для предоставления ответа при заочном голосовании. А ведь при таком способе решение считается принятым, если за него проголосовали все «голосующие» акционеры, а не только желающие. Поэтому ожидание ответа может затянуться на долгие месяцы.

Одним из нововведений является то, что избрание членов наблюдательного совета ПАО осуществляется исключительно путем кумулятивного голосования. Кумулятивное голосование – это голосование во время избрания органов общества, когда общее количество голосов акционера умножается на количество членов избираемого органа акционерного общества, а акционер имеет право отдать все подсчитанные таким образом голоса за одного кандидата или распределить их между несколькими кандидатами [2, с.52]. Рецепция института кумулятивного голосования нашей правовой системой является несомненным достижением. Но на данном этапе, на наш взгляд, кумулятивное голосование в корпоративном праве Украины – это всего лишь сформулированная идея, так как новый закон не предлагает четкого механизма ее осуществления (Н-р: несоответствие бюллетеней для кумулятивного голосования).

В целом, принятие ЗУ «Об АО» - это огромный шаг вперед украинского законодательства, ведь потребность в регулировании этой сферы деятельности уже давно созрела. Однако он содержит в себе критические коллизии, без устранения которых на фондовом рынке и среди субъектов хозяйствования после 30 апреля 2011 года наступит хаос: с одной стороны, лишь немногие АО смогут пройти сложную процедуру листинга, для того чтобы преобразоваться в ПАО, а с другой – количество участников в ЧАО ограничено. Выйти из сложившейся ситуации, по нашему мнению, возможно следующими способами:

1. Увеличить длительность переходного периода;
2. Пересмотреть норму, ограничивающую число участников ЧАО;
3. Процедура листинга должна быть необязательной, но предоставляющей для АО определенные льготы и преференции со стороны государства.

Использованные источники:

1. *Відомості Верховної Ради України. - 2008.- № 50.- Ст. 384.*
2. *Уварова Е., Кабальский Р. Комментарий к Закону Украины «Об акционерных обществах».- Фактор, 2009.- 384 с.*

Головатий Петро Олексійович
асистент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПОЧАТКУ ПЕРЕБІГУ СТРОКУ ПОЗОВНОЇ ДАВНОСТІ В СПРАВАХ ПРО РОЗПОДІЛ МАЙНА ПОДРУЖЖЯ

Позовна давність у сімейному праві є запозиченим інститутом з цивільного права, адже жодною нормою чинного Сімейного Кодексу України (далі СК України) не дається визначення терміну позовної давності. З огляду на це законодавець пішов шляхом включення в чинний СК України ст.20, відповідно до якої «До вимог, що випливають із сімейних відносин, позовна давність не застосовується, крім випадків, передбачених частиною другою статті 72, частиною другою статті 129, частиною третьою статті 138, частиною третьою статті 139 цього Кодексу. У випадках, передбачених частиною першою цієї статті, позовна давність застосовується судом відповідно до Цивільного кодексу України, якщо інше не передбачено цим Кодексом»[1]. Тобто за загальними правилом позовна давність в сімейних правовідносинах не застосовується, однак законодавець відразу наводить чотири винятки з цього правила, коли все ж таки необхідно застосовувати позовну давність. Таким чином для з'ясування сутності позовної давності у сімейному праві, та правил обчислення позовної давності та вирішення інших питань (початок перебігу, зупинення, переривання і т.д.) необхідно звертатися до положень глави 19 розділу 5 ЦК України. Ст. 256 ЦК України дає таке визначення «Позовна давність - це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу»[2].

Як вбачається з буквального тлумачення вказаного законодавчого визначення, строки визначені законодавцем встановлюють межі лише на звернення з вимогою про захист свого порушеного права до суду, тобто цей строк не може бути застосований для звернення до будь-яких інших державних чи недержавних установ, оскільки жодна з державних чи недержавних установ не наділена такими повноваженнями як суд [3 с.26].

Однією з поширених груп відносин у сімейному праві, що потребує врегулювання положеннями глави 19 розділу 5 ЦК України є розподіл майна подружжя. Дане питання в СК України регулюється ст. 72, яка має цікаву особливість, а саме, що до вимог про поділ майна

подружжя, яке є об'єктом права спільної сумісної власності, позовна давність не застосовується, якщо шлюб між такими не розірвано. Тобто ч.1 вказаної статті надає можливість, що за вимогою одного з подружжя суд може здійснити розподіл майна, при цьому останні будуть залишатися подружжям і все, що буде набуте ними в подальшому (чи одним із них) в період шлюбу буде вважатись спільною сумісною власністю подружжя до тих пір поки між такими не буде встановлено режим окремого проживання, або взагалі не буде розірвано шлюб.

Так ч.2 ст. 72 СК України передбачає «До вимоги про поділ майна, заявленої після розірвання шлюбу, застосовується позовна давність у три роки. Позовна давність обчислюється від дня, коли один із співвласників дізнався або міг дізнатися про порушення свого права власності»[1]. З наведеного вбачається, що для застосування позовної давності до вимоги про розподіл майна подружжя обов'язковою є наявність двох передумов: 1) це факт розірвання шлюбу; 2) це порушення одним із колишнього подружжя прав іншого з подружжя на спільне майно. При цьому обов'язкова одночасна наявність цих двох умов, оскільки сам факт розірвання шлюбу не слід розцінювати як порушення прав на спільне майно подружжя для початку перебігу строку позовної давності тому, що колишнє подружжя після розірвання шлюбу може вільно проживати в одній квартирі (будинку), продовжувати користуватися спільно набутим майном та не порушувати прав не це майно іншого з колишнього подружжя. Адже п.2 ч.2 ст.72 СК України уточнює, що позовна давність обчислюється з дня коли один із співвласників дізнався або міг дізнатися про порушення свого права власності, тому допоки жодна із сторін колишнього подружжя не порушує прав іншого з колишнього подружжя перебіг строку позовної давності не розпочинається. Так, наприклад, якщо один із колишнього подружжя скажімо після 5-ти років з часу розірвання шлюбу відчужив автомобіль, який вони як подружжя набули в шлюбі, але в силу життєвих обставин, останні після розірвання шлюбу продовжували вільно на паритетних засадах користуватися таким автомобілем то один із подружжя відповідно до приписів п.2.ч.2 ст. 72 СК України має право на звернення до суду з вимогою про розподіл такого автомобіля, та стягнення відповідної грошової компенсації протягом трьох років від дня коли він (вона) дізнався (дізналась) або міг дізнатися про такий продаж.

Наступним проблемним питанням, є встановлення моменту порушення права 2-го з подружжя, оскільки альтернатива «дізнався або міг дізнатися» на практиці дає можливість особі яка звертається до суду з вимогою про розподіл майна зловживати своїм правом на звернення до суду варіюючи моментом отримання інформації про факт порушення її права на майно.

Важливу роль у вирішенні цього питання має правильність та однозначність визначення початку перебігу строку позовної давності. Від того, наскільки правильно буде визначено момент початку перебігу строку позовної давності, залежить і правильність вирішення спору [4 с. 104]. У ч.1 ст. 261 ЦК України встановлено «Перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу яка його порушила», якщо порівняти умови початку перебігу позовної давності наведеної ч.1 ст. 261 ЦК України та п.2.ч.2 ст. 72 СК України чітко видно, що перелік умов за яких розпочинається перебіг позовної давності в нормі Цивільного Кодексу є ширшим, а ніж в наведеній нормі Сімейного Кодексу, а саме «довідалась … про особу, яка його порушила», і це цілком логічно адже у відносинах про порушення прав на майно подружжя, після розірвання шлюбу, особою, яка може порушити права іншого є один із колишнього подружжя.

Наявність альтернативи у виборі моменту з якого суду слід рахувати початок перебігу строку позовної давності створює умови за яких на практиці важко правильно встановити момент, коли особа довідалась про порушення свого права. Адже під час розгляду справи в судовому засіданні позивач стверджує, що дізнався про порушення свого права в межах трирічного періоду, що передує часу звернення з позовом (при цьому підтверджує це документально) і одночасно сторона відповідача стверджує, що позивач міг дізнатися про

порушення свого права в більш ранній період часу, який знаходиться за межами трирічного строку, що передує моменту звернення до суду. І в такій ситуації суду слід визначатися з якого часу слід розпочинати відлік строку позовної давності – з моменту на який вказує позивач і підтверджує це певним письмовим доказом, чи все ж таки з моменту коли, як стверджує відповідач, позивач міг дізнатися про порушення свого права.

На наше переконання в даній нормі Сімейного Кодексу України словосполучення «міг дізнатися» є досить нечітким критерієм. Оскільки неможливо об'єктивно встановити чи мала особа можливість отримати інформацію про порушення свого права, до того ж жодною нормою не закріплено обов'язок особи збирати інформацію про порушення своїх прав. Тому вважаємо за доцільне що з п.2 ч.2 ст. 72 СК України слід виключити слова «… або міг дізнатися…» в результаті вказане положення ст.72 СК України буде чітко вказувати на момент з якого слід розпочинати відлік строку позовної давності, що суттєво допоможе на практиці однозначно застосовувати дане положення, а відповідно й забезпечить правильне вирішення спору.

Використані джерела:

1. *Сімейний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 1 квіт. 2007р.: (відповідає офіц. текстові). – К.: Вид. Паливода А.В., 2007. – 88с. – (Кодекси України). Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 21-22, ст. 135.*
2. *Цивільний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 7 жовт. 2009р.: (відповідає офіц. текстові). – К.: Вид. Паливода А.В., 2009. – 328с. – (Кодекси України). Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№ 40-44, ст. 356.*
3. *Сімейне право: Нотаріат Адвокатура Суд: Наук.-практ. посіб. з інформ. додатком на лазерному носії: У 2 кн. / Драгнєвіч Л.Ю., Пульнєва О.С., Фурса Є.І., Фурса С.Я., та ін.. / за заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я., 2005. – с.26.*
4. *Мироненко В.П. Сімейне право України : підручник [для студ. вищ. навч. закл.] / В.П. Мироненко, С.А. Пилипенко; [за заг. ред. В.П. Мироненко]. –К.: Правова єдність, 2008. – 477с.- с.104.*

Гончарова Аліна В'ячеславівна
аспірант Київського університету права НАН України,
викладач кафедри права Сумського державного університету,
Суми, Україна

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА СПАДКУ ТА ЗАХИСТ СПАДКОВИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ В ПРОЦЕСІ ПЕРЕХОДУ ПРАВ НА СПАДЩИНУ

З моменту відкриття спадщини і до її прийняття спадкоємцями проходить певний відрізок часу, протягом якого спадкове майно перебуває у невизначеному стані. Тому, державою передбачений «захід», який повинен забезпечити зберігання спадкового майна від псування, розкрадання, загибелі, а саме нотаріальне провадження щодо вжиття заходів до охорони спадкового майна спадкодавця. Це провадження є складовою частиною нотаріального процесу, змістом якого є процесуальне оформлення переходу права власності від спадкодавця до спадкоємців.

Перед вжиттям заходів до охорони майна потребується оцінка кількості спадкового майна в натурі, визначення окремих видів майна, яким необхідні спеціальні заходи щодо зберігання, та попередня оцінка окремих речей спадкового майна та вартості всієї спадщини в цілому. Також не має визначеності у обсязі спадкового майна, коли правовідносини щодо спадкуваня визначаються законом. Тобто реальним є випадок, коли спадкоємець буде

повідомлений нотаріусом про відкриття спадщини за заповітом, але не буде знати, де знаходиться спадкове майно, з чого воно складається тощо.

Вжиття заходів щодо охорони спадкового майна є однією із найважливіших нотаріальних дій, що гарантує захист майнових прав громадян. Ця нотаріальна дія вчиняється після її оплати у день подачі всіх необхідних документів. Заходи щодо охорони спадкового майна мають бути проведені у максимально стислі строки.

Охорона спадкового майна здійснюється в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів та кредиторів спадкодавця з метою збереження його до прийняття спадщини спадкоємцями. Охорона спадкового майна триває до закінчення строку, встановленого для прийняття спадщини.

Нотаріус за місцем відкриття спадщини, за заявою спадкоємців або з власної ініціативи, вживає заходів щодо охорони спадкового майна.

Заходи щодо охорони спадкового майна вживаються зазначеним нотаріусом або нотаріусом за місцем знаходження майна, якому нотаріус, який веде спадкову справу, надіслав доручення.

Заява про вжиття заходів щодо охорони спадкового майна після надходження відразу реєструється в Книзі обліку заяв про вжиття заходів до охорони спадкового майна та встановлення опіки над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, або над майном фізичної особи, місце перебування якої невідоме.

Перед вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна нотаріус вчиняє низку дій, які забезпечують повну охорону цього майна, а саме:

1. визначає місце відкриття спадщини, наявність спадкового майна, його склад та місцезнаходження;

2. перевіряє наявність спадкової справи за даними Спадкового реєстру. Якщо спадкова справа не заведена, нотаріус зобов'язаний зареєструвати заяву про вжиття заходів щодо охорони спадкового майна також і в Книзі обліку і реєстрації спадкових справ, завести спадкову справу і негайно зареєструвати її у Спадковому реєстрі.

Вжиття заходів щодо охорони спадкового майна здійснюється нотаріусом після отримання документів, що підтверджують факт смерті спадкодавця, час і місце відкриття спадщини, але не пізніше наступного дня з дати надходження таких документів.

На підтвердження факту смерті нотаріусу надається свідоцтво про смерть, з якого виготовляється копія та проставляється відмітка «згідно з оригіналом». Зазначена копія долучається до спадкової справи. У разі відсутності свідоцтва про смерть нотаріус робить запит до органу реєстрації актів цивільного стану для отримання копії актового запису про реєстрацію смерті та повного витягу з Державного реєстру актів цивільного стану громадян щодо актового запису про смерть.

На підтвердження місця відкриття спадщини нотаріусу подається довідка житлово-експлуатаційної організації, правління житлово-будівельного кооперативу, відповідного органу місцевого самоврядування, будинкова книга з записом про місце проживання спадкодавця тощо. Якщо надати такі документи неможливо, нотаріус робить запит до адресного довідкового бюро.

Якщо з документів чи заяви вбачається, що спадкодавцю належить нерухоме майно, яке підлягає державній реєстрації, нотаріус має отримати підтвердження з Державного реєстру правочинів чи (та) з Реєстру прав власності на нерухоме майно про належність цього майна та його державну реєстрацію на ім'я спадкодавця.

Нотаріус повинен з'ясувати, чи були вжиті попередні заходи щодо збереження спадкового майна. Якщо такі заходи були вжиті - то ким, коли і чи було приміщення опечатано, де знаходяться ключі від цього приміщення тощо.

Нотаріус, який одержав повідомлення про відкриття спадщини, зобов'язаний повідомити про це тих спадкоємців, місце проживання або роботи яких йому відомо. Нотаріус може також зробити виклик спадкоємців шляхом публічного оголошення або повідомлення у пресі.

Про проведення опису майна спадкодавця нотаріус повідомляє житлово-експлуатаційні органи, а в разі необхідності - органи внутрішніх справ та інших заінтересованих осіб (кредитора).

Якщо є підстави вважати, що спадщина може бути визнана відумерлою, нотаріус повинен повідомити відповідний орган місцевого самоврядування.

Нотаріус та заінтересована особа повинні вжити заходів для залучення до участі в проведенні опису майна свідків (не менше двох). Свідками можуть бути будь-які незаінтересовані особи з повною цивільною дієздатністю. Свідки не беруть участі в оцінюванні майна [1].

Це перші дії, які необхідно зробити для збереження цілісності майна.

Оскільки вчинення заходів до охорони спадкового майна – це обов'язок нотаріуса. Тому, на нашу думку, нотаріус або посадова особа перед вжиттям заходів мають винести постанову, в якій обгрунтувати доцільність вжиття таких заходів. В ній необхідно зазначати прізвище, ім'я, по - батькові спадкодавця, час його смерті і місце знаходження майна, що потребує захисту, дату надходження доручення або заяви (повідомлення) про вжиття заходів до охорони спадкового майна, а також основні підготовчі дії та дату і час, на який призначено проведення опису майна. Ці заходи мають вживатися не пізніше наступного дня з дня надходження доручення або заяви.

У зв'язку з цим ми дійшли висновку про те, що з вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна слід пов'язувати фактичне відкриття спадщини, оскільки питання про відкриття спадщини в нотаріальній практиці пов'язувалось лише з провадженням по видачі свідоцтва про право на спадщину.

Охоронцем спадкового майна може бути призначено одного із спадкоємців, опікунів над майном осіб, визнаних безвісно відсутніми або місце знаходження яких невідме, або інших осіб, визначених спадкоємцями. За наявності виконавця заповіту він призначається охоронцем усього спадкового майна, як заповідального, так і не заповідального. За бажанням спадкоємців охоронцем майна може бути призначено будь-яку особу [2, с. 227].

Виходячи з прав та інтересів, які мають охоронятися при вжитті заходів до охорони спадкового майна, можна вважати обов»язковим суб»єктом укладення договору про обрання душерозпорядника поряд із спадкоємцями і кредитора, права та інтереси якого розходяться з інтересами спадкоємців, але потребують охорони [3, с. 481].

Призначення охоронця спадкового майна має супроводжуватись згодою на це особи, а оформлюватись винесенням відповідної постанови за підписом нотаріуса. При цьому охоронець майна має розписуватись в отриманні майна також на описі і отримувати один примірник опису.

У нормативних актах відсутні норми, які б визначали умови зберігання майна охоронцем. Тому, на нашу думку, охоронець майна може ним користуватись, якщо за властивостями майна його використання не пов′язане з його знищенням або знеціненням. В іншому разі нотаріус повинен заборонити використання описаного майна, що має бути відображено в постанові.

Отже, в буд-який час право власності потребує охорони як з боку держави, так і з боку уповноважених її представників, які повинні вчасно вживати заходів до охорони спадкових прав спадкодавця та належних спадкоємців. Підкреслюємо, що охорона спадкового майна повинна розпочатися вчасно, так як порушення цих умов може призвести до непередбачуваних негативних наслідків.

Використані джерела:

1. *Методичні рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: - http://zakon.rada.gov.ua/cgi-in/laws/main.cgi?nreg=n0001323-09.*
2. *Заіка Ю.О. Спадкове право в Україні: Становлення та розвиток: Монографія. 2-е вид. – К.: КНТ, 2007.*

3. *Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук. – практ. посіб. / С.Я. Фурса, Є. І. Фурса, О.М. Клименко, С.Я. Рабовська, О.О. Кармаза та ін.; За аг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008.*

Горда Юрій Іванович
студент 3-го, курсу, юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

СПЕЦИФІКА ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ДОГОВОРУ ПРОКАТУ В УКРАЇНІ

1. Дослідження даної теми було обумовлене стрімким зростанням активності у сфері надання послуг та виникненням спорів в ринковий період в Україні. Важливу роль у позитивному регулюванні названих відносин відіграє договір прокату. Аналіз договору прокату через призму його юридичної природи, стає зрозуміло, що це різновид договору найму. Корінням даного виду договорів сягають ще періоду дореволюційного права.

2.Під прокатом розумівся найм рухомого майна (меблі, сукні тощо.) В наш час сфера застосування договору прокату, з одного боку, - значно звузилася головним чином, через руйнування централізованої спеціалізованої мережі ательє. В радянські часи дана мережа існувала як система державних підприємств, які забезпечувалися відповідним фінансуванням.

3.З іншого боку, договір прокату отримав особливе закріплення в ЦК України через появу різних форм власності, що значно розширило коло суб'єктів даного договору. А це, ускладнило регулювання даних відносин, адже виявилася особлива специфіка цілей цього договору, склад його учасників і коло орендованих об'єктів.

4.Щодо нормативного закріплення договору прокату, то воно здійснено у ст. 787 ЦК України – за договором прокату наймодавець, який здійснює підприємницьку діяльність з передання речей у найм, передає або зобов'язується передати рухому річ наймачеві у користування за плату на певний строк.

5.Особливу увагу слід звернути на наймодавців цього договору, якими можуть виступати підприємці (фізичні та юридичні особи). А це означає, що наймодавець повинен мати статус суб'єкта підприємницької діяльності для укладення договорів прокату.

6.Специфікою є і те, що даний вид договору є короткостроковим, а предмет прокату багаторазово використовується різними наймачами без втрати його корисних властивостей. Зі змісту даного договору випливає, що це договір приєднання. Тобто наймодавець може встановлювати типові умови договору прокату, а наймач не може запропонувати свої умови договору.

7.У стандартних формулярах зазначають дані про отримані напрокат речі, їх стан, кількість і вартість. До форми вносять дані паспорта (посвідчення) замовника (наймача), який своїм підписом підтверджує зобов'язання дотримання порядку користування, збереження отриманих речей і їх повернення у справному стані у встановлений термін. У першому примірнику форми представник господарюючого суб'єкта робить позначки про сплату за продовження терміну прокату і доплату за невчасне повернення речей.Замовлення-зобов'язання виписують при оформленні замовлення в двох примірниках, підписують наймач і уповноважена особа наймодавця. Другий примірник замовлення-зобов'язання видають наймачу.

8.При поверненні предмета прокату наймодавець робить запис у двох примірниках замовлення-зобов'язання, які підписують обидві сторони з позначкою дати повернення. Наймодавець зобов'язаний видавати предмети прокату, придатні для експлуатації. Справність предметів, що видаються, перевіряють у присутності наймача. При видачі

предметів прокату наймодавець: 1)знайомить наймача з правилами їх експлуатації або видає йому керівництво з експлуатації; 2)знайомить наймача з Порядком №46; 3)попереджає його про відшкодування збитків за псування, втрату предметів або повернення предметів з порушенням певного терміну і не в комплекті.

9.На практиці лише в одиничних випадках наймодавець дотримується вище зазначених процедурних питань. Більше того, з боку наймодавців утверджується практика витребування паспортів чи інших документів посвідчення особи, як гарантій виконання своїх обов'язків з боку наймачів, хоча очевидно, що це є нічим не обумовлено.

10.Особливої уваги потребує і те положення, що умови договору прокату, визначені наймодавцем, не можуть погіршувати становище наймача порівняно із законом. Такі договори визнаються нікчемними. Характеризуючи ч. 3 ст. 787 ЦК України, слід зазначити публічність яка розглядається через призму договору прокату, слід розуміти як надання послуги широкому колу споживачів. Тобто наймодавець не вправі відмовляти будь-кому за умови дотримання наймачем всіх вимог договору; віддавати передавати одній особі перед іншою, у тому числі при визначені розмірів плати за користування предметами прокату.

11.Беручи до уваги усі зазначені вище положення, можна визначити особливості договору прокату, а саме:

1)предметом договору може бути лише рухома річ – індивідуально-визначена, неспоживна, незнищувана в процесі її використання, адже здане у найм майно підлягає поверненню;

2)предмети даного договору повинні використовуватися для задоволення побутових невиробничих потреб (окрім визначених законом винятків);

3)даний договір завжди є оплатним;

4)імперативна заборона наймачу на укладання договору піднайму(даний принцип не може бути змінений навіть за домовленістю між сторонами договору прокату;

5)відсутність права у наймача на переважне право купівлі речі у разі її продажу наймодавцем, на відміну від загального договору найму);

6)на наймодавця покладається імперативний обов'язок з проведення капітального та поточного ремонту переданого у прокат майна.

12.Підбиваючи висновки, хотілося б зазначити, що даний вид договору охоплює з кожним роком все більше сфер суспільних взаємовідносин, бо це зумовлено розширенням та ускладненням економічних відносин. І тому об'єктивно існує необхідність звернути увагу суб'єктами даного виду відносин на специфіку правової природу договору прокату, щоб кожен учасник цих відносин мав максимально сприятливу можливість реалізації та захисту своїх прав.

Використані джерела:

1. *Кабалкин А., Санникова Л. Договор проката // Российская юстиция, №6, июнь 2000г.*
2. *Витрянский В.В. Договор аренды и его виды: прокат, фрахтование на время, аренда зданий, сооружений и предприятий, лизинг. - М., 1999.*
3. *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая. Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. – 494 с.*
4. *Зобовязальне право / За ред. О.В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер. – 1998.*
5. *Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Госюриздат, 1975. – 880 с.*
6. *Цивыльне право України : Підручник: У 2-х кн.. / За ред. О.В. Дзери та Н.С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 1, 2.*
7. *Науково- практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В.Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005.- Т. І, ІІ.*
8. *Коментар до Цивільного кодексу України / За ред. Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2004.*
9. *Цивільне право України / За ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонова, О.В. Старцева. – К.: Істина, 2009.*

Горобець Наталія Олександрівна
старший. викладач кафедри юридичних дисциплін
Сумської філії Харківського національного університету,
Суми, Україна

ЩОДО ПИТАННЯ ВТРУЧАННЯ У ПРИВАТНІСТЬ ЖИТЛОВОГО ПРОСТОРУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

1. Конституція України передбачає обмеження лише окремих правомочностей права на недоторканність житлового простору. Серед них: можливість дозволяти чи забороняти втручатися у приватність житлового простору; зберігати у таємниці обставини своєї приватності у межах житлового простору; проведення огляду та обшуку у такий спосіб як проникнення до житлового простору. В умовах воєнного та надзвичайного стану можуть бути передбачені і інші обмеження цього права, наприклад, введення комендантської години, яка обмежує особу у вільному доступі до житлового простору тощо.

2. У принципі проникнення до житлового простору особи заборонено, проте, воно дозволяється у виключних випадках встановлених законом. Проникнення до житлового простору особи можливе на чотирьох основних рівнях: фізичному, психічному, моральному та інформаційному.

3. Можна виділити декілька способів проникнення до житлового простору. Так, залежно від використання тих чи інших засобів можна виділити проникнення: 1) безпосереднє, що поділяється на: а) фізичне та б) механічне; 2) опосередковане, яке поділяється на: а) візуальне проникнення; б) проникнення із залученням третіх осіб; в) проникнення шляхом підкиданням речей; телепортація тощо. Залежно від присутності носія права чи інших сторонніх осіб, які не переслідують мету незаконного проникнення до житлового простору можна виділити: 1) таємне проникнення та 2) відкрите. Залежно від волевиявлення носія права (суб'єктивний критерій) можна виділити: 1) проникнення з дозволу особи та 2) проникнення без дозволу особи.

4. Випадки проникнення до житлового простору особи з її дозволу передбачені законом (ЗУ «Про житлово-комунальні послуги» тощо). У цьому разі не можна говорити про обмеження цього права, оскільки у такий спосіб особа здійснює суб'єктивне право допускаючи чи не допускаючи до свого житлового простору тих чи інших осіб.

Інше питання, якщо проникнення до житлового простору відбувається без дозволу особи. У цьому разі потрібно передбачити всі випадки та умови, які б дали змогу не порушувати право особи.

5. Залежно від дотримання вимог закону щодо проникнення до житлового простору можна виділити: 1) законне та 2) незаконне проникнення. Незаконним є проникнення до житлового простору коли воно відбувається без дозволу особи та з порушенням вимог закону. Так, проникнення до житлового простору з метою, наприклад, крадіжки буде вважатися порушенням, а не обмеженням досліджуваного права, оскільки здійснено всупереч закону та інтересам суспільства і особи. Незаконним також буде проникнення особи, яку запросили у гості, до кімнати, яка виходить за межі цілей проведення такого заходу (наприклад, влаштовано офіційний прийом, який проводиться на подвір'ї, а гість йде до спальні господарів тощо).

Законним проникнення до житлового простору особи буде вважатися тоді, коли це здійснюють уповноважені на те особи (представники державних органів тощо), що мають відповідний дозвіл на підставі судового рішення або у іншому передбаченому законом порядку (при невідкладних випадках), за наявності обґрунтованих підстав (рятування життя, здоров'я людей; попередження злочину тощо) у необхідних випадках у присутності передбачених законом суб'єктів (понятих тощо) та носія права, або без нього при умові, що він належно повідомлений про день та час примусового проникнення до житлового простору (обов'язковість цієї умови повинна бути передбачена законом).

6. За умови, що особа відсутня при вчиненні дій по проникненню до її житлового простору необхідно щоб були дотримані всі її права, збережені у таємниці обставини її приватності тощо. Тому кожен випадок законного проникнення до житлового простору особи повинен бути закріплений на рівні закону з передбаченням обов'язкових вимог такого проникнення.

7. Отже, проникнення до житлового простору без дозволу осіб, які там проживають (перебувають) буде вважатися законним, якщо воно здійснюється у відповідності до вимог закону виключно з метою забезпечення належного визнання та поваги прав і свобод людини та забезпечення інтересів суспільства та держави.

Грабовець Наталія Олександрівна
аспірантка Національного університету біоресурсів і природокористування України,
Київ, Україна

ДЕЯКІ АСПЕКТИ РЕЄСТРАЦІЇ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ

Законом України від 05.03.2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо документів, що посвідчують право на земельну ділянку, а також порядку поділу та об'єднання земельних ділянок» [1] (далі – Закон від 05.03.2009 р.) ст.ст. 125, 126 Земельного кодексу України [2] (далі – ЗКУ) було викладено у новій редакції: згідно зі ст. 125 ЗКУ право власності на земельну ділянку виникає з моменту державної реєстрації цього права.

Порядок реєстрації прав на земельні ділянки та інші об'єкти нерухомого майна визначається Законом України від 01.07.2004 р. «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» [3]. Закон набрав чинності, але Державний реєстр прав на нерухоме майно та їх обмежень, до якого передбачається вносити відомості про зареєстровані права, досі не створено, відповідно, відсутній механізм реалізації положень цього закону.

На сьогоднішній день державну реєстрацію прав на земельні ділянки здійснюють структурні підрозділи державного підприємства «Центр державного земельного кадастру» відповідно до Тимчасового порядку ведення державного реєстру земель, затвердженого наказом Державного комітету України по земельних ресурсах (далі – Держкомзем) від 02.07.2003 р. № 174 [4]. Однак, всупереч ст. 125 ЗКУ, даним Тимчасовим порядком передбачено процедуру реєстрації державних актів, що посвідчують права на земельні ділянки, а не самих прав.

Разом з тим, нова редакція ст. 126 ЗКУ передбачає окремий порядок посвідчення і реєстрації права власності на земельну ділянку, набуту у власність із земель приватної власності без зміни її меж і цільового призначення. Право власності в такому випадку може посвідчуватися не лише державним актом, а й: а) цивільно-правовою угодою щодо відчуження земельної ділянки; б) свідоцтвом про право на спадщину (ч. 2 ст. 126). До цих документів долучається державний акт на право власності на земельну ділянку, із відміткою про відчуження земельної ділянки, із зазначенням документа, на підставі якого відбулося відчуження. Відмітку роблять нотаріус, який посвідчує (видає) документ, та орган, який здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень (ч. 6 ст. 126).

В п. 3 розділу ІІ «Прикінцеві та перехідні положення» Закону від 05.03.2009 р. вказано, що до створення єдиної системи органів реєстрації прав на нерухоме майно та їх обмежень: відмітку про відчуження земельної ділянки на державному акті на право власності на землю (земельну ділянку), що відчужується, здійснює нотаріус та орган, який здійснює державну

реєстрацію земельних ділянок. Відповідно до п. «г» ст. 15 ЗКУ та п. 1. Положення про Державний комітет України із земельних ресурсів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 19.03.2008 р. № 224 [5], таким органом є Держкомзем.

До речі, в Законі від 05.03.2009 р. не передбачено, що даний порядок посвідчення і реєстрації права власності на земельну ділянку є тимчасовим. Проте, до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» відповідних змін внесено не було, зокрема, ним не передбачено процедури проставлення на державному акті відмітки про перехід права власності на земельну ділянку.

Отже, порядок державної реєстрації права власності на земельну ділянку, визначений в ст. 126 ЗКУ, не узгоджений з порядком реєстрації, передбаченим Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень».

До того ж, відповідно до п. 4 Порядку здійснення відмітки про перехід права власності на земельну ділянку, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 06.05.2009 р. № 439 «Про деякі питання посвідчення права власності на земельну ділянку» [6], територіальний орган Держкомзему на документі про перехід права власності на земельну ділянку своєю відміткою посвідчує факт здійснення державної реєстрації права власності у Поземельній книзі, яка згідно з ч. 2 ст. 202 ЗКУ є складовою частиною державного реєстру земель.

Однак, п.п. 4, 5 постанови Кабінету Міністрів України від 17.07.2003 р. № 1088 «Про створення єдиної системи державної реєстрації земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них у складі державного земельного кадастру» [7] передбачено, що до створення Державного реєстру прав на землю та нерухоме майно державне підприємство «Центр державного земельного кадастру» проводить реєстрацію земельних ділянок та прав на них шляхом внесення записів про реєстрацію земельних ділянок та прав на них до бази даних державного реєстру земель, а після створення Державного реєстру прав на землю та нерухоме майно державна реєстрація земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них проводиться виключно державним підприємством «Центр державного земельного кадастру» шляхом внесення записів до Державного реєстру прав на землю та нерухоме майно. Тобто про державний реєстр земель вже не згадується, отже, передбачається що він існуватиме, доки не буде сформовано Державний реєстр прав на землю та нерухоме майно (в Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» назву реєстру змінено на Державний реєстр прав на нерухоме майно та їх обмежень).

Крім того, новий порядок реєстрації права власності на земельні ділянки має ряд недоліків, зокрема, ні Законом від 05.03.2009 р., ні Порядком здійснення відмітки про перехід права власності на земельну ділянку не передбачено, протягом якого терміну набувач земельної ділянки повинен подати до органу, що здійснює державну реєстрацію права власності на земельну ділянку, документ, що посвідчує це право, для проставлення на державному акті відмітки про державну реєстрацію права. В результаті, перехід права власності на земельну ділянку може довгий час не реєструватися.

Тому вважаємо, що відносини із реєстрації права власності на земельні ділянки потребують подальшого законодавчого врегулювання.

Використані джерела:

1. Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 29. – Ст. 396.
2. Офіційний вісник України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.
3. Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.
4. Офіційний вісник України. – 2003. – № 31. – Ст. 1652.
5. Офіційний вісник України. – 2008. – № 23. – Ст. 698.
6. Офіційний вісник України. – 2009. – № 33. – Ст. 1153.
7. Офіційний вісник України. – 2003. – № 30. – Ст. 1532.

Григоренко Дар'я Вадимівна
студентка 4-го курсу, економіко – правового факультету,
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ (ВІЛЬНИХ) ЕКОНОМІЧНИХ ЗОН ЯК ЗАОХОЧУВАЛЬНОГО РЕЖИМУ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Відповідно до ч. 2 ст. 12 ГК України одним з основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання є надання інвестиційних, податкових та інших пільг [1, с. 12].

Однією з основних функцій податків і системи оподаткування вцілому є стимулююча функція. Використовуючи ті чи інші засоби реалізації стимулюючої функції оподаткування, держава впливає на виробництво й реалізацію суспільного продукту, регулює зміни в структурі економіки, темпи накопичення і споживання, створює умови для технічного оновлення виробничого потенціалу, а також забезпечує регулювання інфляційних процесів та стабілізацію фінансового стану держави.

З цього приводу в своєму монографічному дослідженні Іванов Ю. Б. зазначає, що принципово система засобів реалізації стимулюючої функції оподаткування включає в себе три групи засобів стимулювання:

I – локальні податкові пільги;

II – спеціальні режими оподаткування;

III – альтернативні системи оподаткування [2, с. 13].

Але не зовсім зрозумілим представляється класифікація спеціальних податкових режимів залежно від такої спрямованості податкового стимулювання як територія, відповідно до якої спеціальні режими оподаткування поділяються на:

спеціальні (вільні) економічні зони;

спеціальні режими інвестиційної діяльності;

технопарки [2, с. 13, 20].

Аналіз законодавства дозволяє дійти висновку, що на таких територіях, перше за все, мова йде про запровадження спеціального режиму господарювання, тобто про особливий порядок здійснення господарської діяльності в певній галузі економіки або в процесі виконання господарського договору, який відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством, і вводиться для досягнення мети, встановленої державою.

В цьому питанні хотілося б звернути увагу на позицію Зельдіної О. Р., яка запропонувала класифікацію спеціального режиму господарювання, залежно від використовуваних законодавцем правових засобів для досягнення поставленої мети за наступними видами:

I – обмежувальний спеціальний режим господарювання (це такий режим, де законодавець за допомогою встановлення обмежень у процесі здійснення господарської діяльності досягає певних цілей по охороні територій, об'єктів тощо): режими державного кордону, надзвичайного і воєнного станів, виключної (морської) економічної зони, господарське забезпечення Збройних сил України;

II – заохочувально – обмежувальний спеціальний режим господарювання (віднесені ті режими, де за допомогою сполучення певних обмежень у процесі здійснення господарської діяльності та надання пільг досягаються необхідні цілі): концесія, санітарно – захисні й інші особливо охоронні території;

III – заохочувальний спеціальний режим господарювання (включає ті підвиди спеціального режиму оподаткування, уведення яких пов'язане з необхідністю вирішення соціально – економічних проблем, залучення інвестицій на певну територію держави, у

певну галузь економіки, створення нових робочих місць за допомогою надання різного роду заохочень для суб'єктів господарювання), а саме:

території пріоритетного розвитку;

спеціальні економічні зони (СЕЗ);

єврорегіони;

зони вільної торгівлі;

окремі галузі економіки [3, с. 10, 11].

Саме ця група дає змогу відобразити практичне застосування закріпленних в ст. 12 ГК України способів державного регулювання в сфері зовнішньоекономічної діяльності.

Господарський кодекс визначає СЕЗ як частину території держави, на якій для інвесторів установлюють податкові, митні, фінансові пільги з метою залучення додаткових інвестиційних засобів для активізації виробничої, торгівельної, зовнішньоекономічної та інших видів діяльності [1, с. 228].

Важливою умовою створення СЕЗ є вибір та визначення оптимального набору пільг та стимулів.

Аналіз діючого законодавства України дозволяє дійти висновку, що у всіх регіонах України в СЕЗ (до відміни Законом України «Про державний бюджет на 2005 рік») діяли такі пільгові режими як пільговий митний режим, пільговий фінансовий режим та пільговий податковий режим.

Т. Єршова вважає, що СЕЗ – це певні райони та території держави, на яких завдяки пільговому податковому, митному і законодавчому режиму для інвесторів створюється особливо сприятлива економічна обстановка [4, с. 82].

Л. В. Балдін визначає СЕЗ як територію із пільговими валютно – фінансовими і податковими режимами, де заохочується сумісна з іноземним капіталом діяльність [5, с. 177].

Отже, СЕЗ – це певна ділянка економічного простору, в якому встановлюється преференціальний режим, який формується шляхом використання низки пільг. Тобто СЕЗ доречно розглядати саме як заохочувальний режим господарювання (який вміщує в себе встановлення певних податкових пільг), а не як окремий спеціальний режим господарювання.

Використані джерела:

1. *Господарський кодекс України : за станом на 20 берез. 2009 р. / Закони України. – Довідк. вид. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2009. – 240 с.*
2. *Іванов Ю. Б. Альтернативні системи оподаткування : [монографія] / Іванов Ю. Б. – Харків: ХДЕУ. – Торнадо, 2003. – 517 с.*
3. *Зельдіна О. Р. Теоретичні аспекти спеціального режиму господарювання : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня док. юр. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / О. Р. Зельдіна. – Донецьк: Документ Центр, 2007. – 36 с.*
4. *Ершова Т. Прямые иностранные инвестиции / Т. Ершова // Российский экономический журнал. – 1992. – № 10. – С. 79 – 86.*
5. *Балдин Н. В. Краткий внешнеэкономический словарь–справочник / Н. В. Балдин. – М. : Международные отношения, 1991. – 200 с.*

Грудинская Ирина Викторовна
студентка 5-го курса юридического факультета
Витебского государственного университета им. П.М. Машерова,
Витебск, Республика Беларусь

ПОЖИЗНЕННОЕ СОДЕРЖАНИЕ С ИЖДИВЕНИЕМ КАК САМОСТОЯТЕЛЬНАЯ ДОГОВОРНАЯ КОНСТРУКЦИЯ

Институт ренты является сравнительно новым институтом гражданского права Республики Беларусь. В связи с этим в законодательстве не находят однозначного решения многие вопросы. К числу таковых можно отнести проблему соотношения договора пожизненной ренты и договора пожизненного содержания с иждивением.

В гл.33 Гражданского кодекса Республики Беларусь от 7 декабря 1998 года (с изменениями и дополнениями) (далее – ГК Республики Беларусь) «Рента и пожизненное содержание с иждивением» выделено три разновидности рентного договора: постоянная рента, пожизненная рента и пожизненное содержание с иждивением. При анализе данных норм возникает вопрос о том, можно ли однозначно утверждать, что все три разновидности договора ренты являются самостоятельными договорами.

Никаких сомнений, на наш взгляд, не вызывает самостоятельный характер договора постоянной ренты. Намного сложнее решить вопрос о соотношении договоров пожизненной ренты и пожизненного содержания с иждивением. Поместив в гл. 33 ГК Республики Беларусь два определения (договора ренты и пожизненного содержания с иждивением) законодатель в п. 2 ст. 572 предусмотрел возможность применения к договору пожизненного содержания с иждивением правил о пожизненной ренте. Подобное положение способствует отождествлению понятий «пожизненная рента» и «пожизненное содержание с иждивением», что, на наш взгляд, недопустимо, поскольку в данном случае речь должна идти о двух самостоятельных договорных конструкциях. Данный тезис подтверждают следующие доводы:

название соответствующей главы ГК Республики Беларусь и способ ее построения указывает на самостоятельный характер рассматриваемых договоров;

анализ положений законодательства позволяет сделать вывод о том, что указанные виды ренты, совпадая в своих существенных признаках, различаются между собой по ряду частных моментов: формой предоставления содержания, его минимальным размером, сроками предоставления, субъектным составом обязательства, возможностью правопреемства и выкупа ренты и т.д.

цели, на которые направлено заключение договоров пожизненной ренты и пожизненного содержания с иждивением. Договор пожизненной ренты возник в результате трансформации договора займа как одно из легальных средств обеспечения получения дохода. В свою очередь, возникновение договора пожизненного содержания – это реакция на неблагоприятно сложившиеся социальные условия. Т.е. договору пожизненной ренты была присуща экономическая направленность, в то время как договору пожизненного содержания – в большей степени социальная.

Несколько иначе осуществляется правовое регулирование рентных правоотношений по Гражданскому кодексу Украины от 16 января 2003 г. № 435-IV (далее – ГК Украины). П.2 ст. 731 ГК Украины предусматривает лишь две разновидности договора ренты: бессрочная рента и рента, установленная на определенный срок. При этом важно отметить, что украинский законодатель при разработке положения гл. 56 ГК Украины четко указал критерии разграничения договора ренты на виды. К таким критериям относятся:

1) срок договора ренты (п.2 ст. 731 ГК Украины);

2) особенности распределения рисков случайной гибели или случайного повреждения имущества (ст.ст. 742, 743 ГК Украины);

3) особенности прекращения договоров бессрочной и срочной ренты (ст.ст. 739, 740 ГК Украины).

Избранный украинским законодателем способ регулирования института ренты способен, на наш взгляд, снять ряд проблем, стоящих перед белорусской юридической наукой, так и перед правоприменительной практикой. В частности, к таким проблемам можно отнести соотношение видов договора ренты.[3, с. 76]

Необходимо также обратить внимание и на, что в ГК Украины отдельная 57 глава содержит нормы, регулирующие договор пожизненного содержания (уход). Данный факт свидетельствует о том, что в гражданском законодательстве Украины пожизненное содержание – самостоятельная договорная конструкция.

На основании изложенного представляется возможным сделать следующие выводы:

во-первых, нормы, регулирующие договор ренты в законодательстве Украины, наиболее полно отражают сущность и правовую природу рентных отношений;

во-вторых, в условиях интеграционных процессов, происходящих в Европе последние несколько лет, существует объективная необходимость унификации гражданского законодательства Беларуси и Украины.

Использованные источники:

1. *Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З (с изменениями и дополнениями) // Консультант Плюс: Беларусь Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. Центр правовой информации Республика Беларусь. – Минск, 2009.;*
2. *Гражданский кодекс Украины от 16 января 2003 г. № 435-IV http://meget/kiev/ua/kodeks/*
3. *Халецкая Т.М. Виды договора ренты по законодательству Беларуси, России, Украины // Вестник Академии МВД Республики Беларусь. – 2007. - №1. - С. 76-78.*

Грушка Людмила Іванівна
студентка 4-го курсу , юридичного факультету
Тернопільського національного економічного університету,
Тернопіль, Україна

ДОГОВІР ФАКТОРИНГУ ЯК НОВЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ

Розвиток ринкових відносин забезпечує впровадження в бізнесову діяльність ускладнених схем з отримання прибутків. Сьогодні фінансові установи та суб'єкти підприємницької діяльності мають змогу вдаватися до складних та багаторівневих операцій, приміром до факторингових операцій.[2,34]

Однак окремі суб'єкти господарювання, що мають підстави для здійснення факторингових операцій, з огляду на певну новизну факторингу як чинника, що може сприяти підвищенню ефективності та прибутковості діяльності, відмовляються від таких операцій. Тому метою статті визначено розгляд окремих питань щодо сутності факторингу, наведення прикладів його застосування та певна порівняльна характеристика його із такими послугами банків, як кредити та овердрафти.[1,40].

В Україні постійно зростає попит на факторинг та його пропозиція. Проте значної активізації ринку факторингу не спостерігається. За оцінками спеціалістів, у загальному обсязі послуг, які надають фінансові установи України, відсоток факторингових операцій у десятки разів менший, ніж аналогічний показник на ринку фінансових послуг в економічно розинутих країнах[1,34].

Дослідженню договірної конструкції інституту факторингу присвячено праці В. Бєлова, А. Ерделевського, Л. Єфимової, А. Комарова, Л. Новоселової, М. Русакова, Л. Чеговадзе, М. Шуліка, І. Ярошевичата ін., котрі торкалися певних аспектів факторингових відносин.[4,122].

Метою цієї статті є створення цілісного уявлення про складові договору факторингу за чинним ЦК України, дослідження особливостей його застосування між постачальником товарів та послуг і фінансовою установою, а також наслідків, що випливають із цього[4,121].

Відповідно до норм ЦК України договір факторингу - це відступлення права грошової вимоги, де одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження іншої сторони (клієнта) за плату, а клієнт зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника).[3,6]

Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» відносить факторинг до однієї з операцій з фінансовими активами, що здійснюються фінансовими установами в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, — і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Законодавство також спрощено визначає факторинг як операцію з переуступки першим кредитором прав вимоги боргу третьої особи другому кредитору з попередньою або наступною компенсацією вартості такого боргу першому кредитору [1,40].

Предметом договору факторингу може бути право грошової вимоги, строк платежу за якою настав (наявна вимога), а також право вимоги, яке виникне в майбутньому (ст. 1078 ЦК). Таким чином, предметом договору факторингу можуть бути як наявна грошова вимога — вимога, строк оплати якої вже настав, але не минув строк її виконання, так і майбутня грошова вимога—строк оплати якої настане в майбутньому [5, 101 - 102]

Оскільки договір факторингу належить до оплатних договорів, то має бути визначений розмір винагороди фактора за надані клієнтові послуги. Цей розмір визначається за угодою сторін договору і залежить від грошової суми і строків фінансування клієнта, наявності чи відсутності обставин, що ставлять під сумнів своєчасну оплату боржником відступлених грошових вимог, наданих клієнтові додаткових фінансових послуг тощо [4,126].

Закон України «Про податок на додану вартість» зазначає, що факторингові операції, якщо об'єктом боргу є валютні цінності, цінні папери, у тому числі компенсаційні папери (сертифікати), інвестиційні сертифікати, житлові чеки, земельні бони та деривативи, не є об'єктами оподаткування податком на додану вартість.

У юридичній літературі поділяють факторинг на внутрішній та міжнародний за критерієм правового режиму учасників (Я.Чапічадзе) або місця проведення факторингу (Н.Внукова). Обидва автори використовують, на мій погляд, невірний критерій для поділу факторингу на внутрішній та міжнародний, оскільки як правовий режим учасників, так і місце проведення є характеристиками правочину. Тому, вважаю, що на внутрішній та міжнародний договори факторингу поділяються за правовим режимом правочину[6,79].

У разі підписання договору з правом регресу в постачальника залишається ризик по борговим вимогам, що були продані ним факторинговій компаній. З цього можна зробити висновок, що найбільш безпечним та гарантованим для постачальника шляхом є укладання угоди без права регресу.

Факторинг є відносно новою ефективною системою покращення ліквідності та зменшення ризику при організації платежів [3,6]

Юридична природа договору факторингу є досить складною. По-перше, він належить до змішаних договорів, оскільки містить елементи договорів кредитування, страхування, поруки; по-друге, є засобом забезпечення виконання зобов'язань. Дослідження правової природи цього договору, його особливостей серед договорів з надання послуг в умовах переходу України до ринкової економіки є нагальною потребою юридичної науки [4,123].

Отож, з вищесказаного можна зробити висновки, що факторинг є порівняно новим для України фінансовим інститутом, актуальність розвитку якого зумовлена станом розрахунків та наявних боргових зобов'язань в Україні. Водночас розвиток факторингу потребує створення інституційних умов (насамперед, податкового законодавства і нормативно – правової бази), що дозволяє стягувати заборгованість за договором факторингу.

На мій погляд, викладені висновки та пропозиції сприятимуть більш глибокому теоретисному вивченню питань договору факторингу, а також можуть бути базою для розвитку та вдосконалення положень українського законодавства з питань факторингу в напряму його гармонізації з міжнародно – правовим досвідом регулювання подібних відносин.

Використані джерела:

1. *Волкова Н. Щодо окремих переваг факторингу над кредитуванням // Юридична Україна. – 2006 – № 11. С. 40-45.*
2. *Ігнатенко С., Барановська Л. Особливості окремих різновидів факторингових операцій // Вісник Національного Банку України – 2007. №7. С. 34-39.*
3. *Перченко Т. Факторинг: особливості застосування: [договір факторингу] // Юридична газета – 2005 – 28 лютого. – С.6.*
4. *Пучковська І. Договір факторингу як новела цивільного законодавства України // Вісник Академії правових наук України. – 2006 - № 11 – С. 122 – 128.*
5. *Савран О. Факторинг як засіб фінансування капіталу // Юридичний журнал. – 2007 // №5. – С. 101- 102.*
6. *Тараба Н. Види договорів факторингу // Право України, 2006- № 1 . – С. 78-81.*

Грушкевич Тетяна Володимирівна
здобувач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ ВИПАДКИ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ПРАВОМІРНИМИ ДІЯМИ ВНАСЛІДОК НЕГАТИВНОГО ВПЛИВУ НА НАВКОЛИШНЄ ПРИРОДНЕ СЕРЕДОВИЩЕ

В суспільстві відбувається постійна взаємодія людей один з одним, з природними ресурсами та іншими об’єктами навколишнього природного середовища. Вона стає все більш інтенсивною, а її результати найчастіше непередбачувані. Часто трапляються випадки, коли в ході такої взаємодії життю, здоров’ю та майну громадян та інших суб’єктів цивільних правовідносин завдається шкода. Вона може бути результатом випадкового збігу обставин і злого умислу, чиєїсь необережності та непідконтрольності сил природи. Виникає необхідність дати правову характеристику правовідносин, що виникли у таких випадках та визначити суб’єкта, зобов’язаного відшкодувати завдану шкоду.

У зв’язку з низкою особливостей, які притаманні правовідносинам, де присутні об’єкти природи, досить часто для досягнення максимального соціального ефекту вимагається взаємодія різних правових засобів, в числі яких провідне місце належить зобов’язанням із завдання шкоди, тобто деліктним зобов’язанням. Підкреслюючи важливість значення вивчення правовідносин, що виникають з деліктних зобов’язань, О.С. Шевченко пише, що вивчення зобов’язань по відшкодуванню завданої шкоди має важливе як теоретичне, так і практичне значення, оскільки сприяє розвитку загального вчення про зобов’язання із застосування шкоди [1, с. 2].

За загальним правилом підставою виникнення деліктних правовідносин є наявність складу правопорушення. Однак цивільне законодавство України, зокрема ч. 4 ст. 1166 ЦК України, передбачає можливість відшкодування шкоди, завданої й правомірними діями, але лише у випадках передбачених законом. Сучасний стан наукового дослідження даного правового явища значно відстає від потреб сьогодення. Так, звернення до інституту відшкодування шкоди, завданої правомірними діями міститься в наукових працях Шевченко О.С., Ойгензихта В.А., Майданик Л.А., Шепель Т.В. та інших цивілістів. Але в них питання

правомірної шкоди висвітлюється в контексті аналізу загальних питань даних деліктних зобов'язань, а їх застосування в еколого-правовій сфері ґрунтовної розробки не отримує. Хоча у великій мірі норми з приводу відшкодування шкоди, завданої правомірними діями існують саме в сфері регулювання еколого-правових відносин, що зумовлює необхідність їх окремого аналізу та з'ясування юридичної природи наявних особливостей.

Основний постулат, що закріплений в науковій літературі полягає в тому, що відшкодування шкоди, завданої правомірними діями не слід кваліфікувати як цивільну відповідальність. Це пояснюється різницею у розмежуванні між поняттями «захист» і «відповідальність». Не вдаючись до детального аналізу різноманітних точок зору щодо цього питання, варто зауважити, що схвалення заслуговує точка зору згідно якої захист – це категорія ширша, ніж відповідальність, і співвідносяться вони як загальне і часткове. Розрізнення даних правових категорій можливе, перш за все, за підставами виникнення. Як слушно зазначає з цього приводу Белякова А.Н.: «Підстава виникнення правовідносин визначає їх динаміку, способи здійснення породжених ним прав і їх захисту у випадку порушення, порядок припинення правовідносин». [2, с. 26]

У тих випадках, коли зобов'язання із відшкодування шкоди є мірою відповідальності, в її основі лежить склад цивільного правопорушення – повний, тобто наявність шкоди, протиправної поведінки заподіювача шкоди, причинного зв'язку між ними та вини або усічений, коли закон змінює, обмежує або розширює коло підстав, необхідних для покладення відповідальності за завдану шкоду.

Якщо ж зобов'язання із відшкодування шкоди, завданої правомірними діями відноситься до захисних мір, а не заходів відповідальності, то в основі виникнення вказаного зобов'язання лежать інші умови, які складу правопорушення не утворюють. Підставами відшкодування шкоди, завданої правомірними діями в такому випадку є, по-перше, факт наявності такої шкоди та закріплена законодавством норма про можливість її завдання із детальним регулюванням процесу реалізації даних постулатів.

Наприклад, відповідно до земельного законодавства правомірна шкода відшкодовується у встановленому порядку при вилученні (викупі) земельних ділянок для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності (статті 146-147 ЗК України) або тимчасовому їх зайнятті, обмеженні прав власників землі, землекористувачів, у тому числі орендарів, у передбачених законом випадках. Кожна з цих ситуацій отримала детальну регламентацію в земельному законодавстві для унеможливлення порушення прав громадян у процесі реалізації вказаних правовідносин.

Ще однією термінологічною проблемою є застосування назви правового явища, яке досліджується. Зобов'язання в сфері так званої правомірної шкоди в одних випадках називаються зобов'язаннями із завдання шкоди, а в інших – зобов'язання по відшкодуванню шкоди. У першому випадку увага акцентується на тому, в силу яких підстав зобов'язання виникає, а в іншому – на його функціональному призначенні. Коли ставиться задача встановити підстави виникнення зобов'язання, віддають перевагу терміну «зобов'язання із завдання шкоди». Коли ж є на меті аналіз елементів зобов'язання, яке уже виникло, в тому числі коло його суб'єктів, і виявити цільове призначення зобов'язання, звичайно застосовують термін «зобов'язання по відшкодуванню шкоди». Однак в обох випадках мова йде про одне і те ж зобов'язання.

В еколого-юридичній літературі шкоду також поділяють на правомірну і неправомірну. Правомірна шкода викликана об'єктивними причинами і підлягає відшкодуванню у випадках, спеціально передбачених законом. Окрім вищенаведеного прикладу застосування даного правового інституту в земельних правовідносинах, природноресурсове та природоохоронне законодавство встановлює також інші випадки можливості завдання шкоди правомірно. Зокрема, через забруднення навколишнього природного середовища в межах встановлених лімітів та нормативів із сплатою за це відповідних коштів.

До цього виду відповідальності відноситься також зобов'язання, які бере на себе держава за шкоду, заподіяну внаслідок надзвичайних ситуацій природно-техногенного характеру, в

тому числі й за наслідки Чорнобильської катастрофи. Згідно ст. 13 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28 лютого 1991 р. держава бере на себе відповідальність за завдану шкоду громадянам та зобов'язується відшкодувати її за пошкодження здоров'я або втрату працездатності громадянами та їх дітьми, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи; втрату годувальника, якщо його смерть пов'язана з Чорнобильською катастрофою, а також матеріальні втрати, що їх зазнали громадяни та їх сім'ї у зв'язку з Чорнобильською катастрофою, відповідно до згаданого Закону та інших актів законодавства України.

Схожі соціальні гарантії містяться в Законі України «Про зону надзвичайної екологічної ситуації» від 13 липня 2000 р., де встановлено, що відшкодування шкоди особам, які постраждали від надзвичайної екологічної ситуації, та громадянам, залученим до виконання заходів з ліквідації її наслідків, здійснюється за рахунок коштів державного та місцевих бюджетів, передбачених на зазначені цілі, резервного фонду Кабінету Міністрів України, а також інших, не заборонених законом, джерел.

Природа вищенаведених зобов'язань схожа на правовідносини із відшкодування правомірної шкоди, оскільки підставою їх виникнення також не є правопорушення. Однак в даному випадку відсутні й правомірні дії з боку будь-яких із суб'єктів. Однак, держава, зважаючи на складність ситуації, яка склалася і відсутність винного суб'єкта, бере на себе обов'язок по відшкодування шкоди, завданої внаслідок надмірного забруднення навколишнього природного середовища, руйнівного впливу стихійних сил природи та інших факторів, що обмежують або виключають можливість життєдіяльності людини та провадження господарської діяльності в цих умовах.

Отже, якщо заподіювач шкоди довкіллю діє в рамках, встановлених законодавством, яке передбачає можливість правомірного завдання шкоди – він не вчиняє правопорушення, а тому в такому разі й відсутня цивільно-правова відповідальність. Не існує вона й у випадку застосування деліктних правовідносин, що виникають внаслідок виникнення надзвичайних екологічних ситуацій. А реалізація встановленого зобов'язання по відшкодуванню завданої шкоди відбувається не в порядку юридичної відповідальності, а лише в силу передбаченого законом доцільного розподілу ризику.

Використані джерела:

1. *Шевченко А.С. Возмещение вреда, причиненного правомерным поведением: автореф. дис. канд. юрид. наук. - Ленинград, 1986. - С. 2.*
2. *Белякова А.М. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда (теория и практика). – М.: Издательство Московского Университета, 1986. – 149 с.*

Гуменюк Олег Ігорович
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВО ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА ІНДИВІДУАЛЬНІСТЬ

Право фізичної особи на індивідуальність закріплене у статті 300 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) [1]. У працях українських і російських цивілістів (зокрема, В.І. Бобрика, О.В. Кохановської, Л. О. Красавчикової, М. М. Малеїної, З. В. Ромовської, Р. О. Стефанчука, С.І. Чорнооченко) дане право справедливо розглядається як особисте немайнове. Проте у правовій літературі немає єдиного розуміння змісту та місця даного права у системі особистих немайнових прав. Так, С.І. Чорнооченко вважає дане право складовою частиною права на особисте життя [15;6]. Важко погодитись з такою думкою, адже дане право має власний об'єкт – індивідуальність, а тому дане право є самостійним особистим немайновим правом. В свою чергу М. М. Малеїна вважає, що правове регулювання відносин з приводу

індивідуальності повинно охоплюватись за допомогою більш широкого права на зовнішність (вид) та голос [124;5]. Дещо іншу позицію висловлюють В.А. Бєлов та В.І. Бобрик, які розглядають окремо право на індивідуальність та право на власне зображення [3,4]. На нашу думку, правомочність на власне зображення - одне із складових правомочностей суб'єктивного права фізичної особи на індивідуальність. Адже поняття власного зображення охоплюється більш широким поняттям – індивідуальності.

Індивідуальність в загальноприйнятому розумінні означає своєрідність, несхожість на інших. В Великому тлумачному словнику сучасної української мови слово «індивідуальний» означає «властивий певній особі» [2;398]. Індивідуальність включає зовнішність, фігуру, фізичні дані, одяг, голос, який, в свою чергу, полягає в звуках, вироблюваних голосовим апаратом у формі слів, мелодії і іншій формі, тобто сукупність таких відомостей про особу, які можна отримати, не вдаючись до спеціальних досліджень.

Суб'єктивне право на індивідуальність як право в широкому сенсі складається з безлічі правових можливостей як суми тих прав і свобод, якими фактично володіють і користуються фізичні особи.

У зміст права на індивідуальність входять активні повноваження - правомочності по формуванню, володінню, використанню та зміні індивідуальності, негативні повноваження – можливість вимагати від будь-якого і кожного не порушувати даного права, а у випадку порушення вимагати його захисту.

Правомочність по формуванню індивідуальності виражається в можливості згідно своїх уподобань та інтересів, без примусу вибирати, створювати, підтримувати свою індивідуальність.

На сьогодні досить поширеними є цивільно-правові договори направлені на формування індивідуальності за допомогою третіх осіб, - салону краси (зачіска, макіяж, косметологічні процедури), медичного центру (пластичні операції), інших фахівців (наприклад, нанесення татуювань).

Правомочність формування власної індивідуальності має свої межі, що вказані в окремих правових актах. Так, для окремих категорій осіб (працівників) є обов'язковим певний одяг під час виконання службових обов'язків. Наприклад, військовослужбовці мають встановлену форму одягу, судді при здійсненні правосуддя повинні вдягатися в мантії.

З метою охорони здоров'я працівників на роботах з шкідливими умовами праці, а також на роботах, що здійснюються в особливих температурних умовах, видаються спецодяг, взуття і інші засоби індивідуального захисту, застосування яких є обов'язковим.

Окремим категоріям працівників міністерств, відомств, установ видається формений одяг. Перелік посад (професій) працівників, опис форменого одягу, правила її носіння і інше визначається в нормативних актах міжгалузевого і галузевого значення. Введення форменого одягу часто має на меті виділити співробітників певної установи серед інших громадян (покупців, споживачів, пасажирів, відвідувачів), тобто ґрунтується перш за все на інтересах установи, а не самих співробітників.

Обмеження проявів індивідуальності в повсякденному житті зустрічається доволі часто. Так, наприклад, адміністрації деяких закладів встановлюють певні вимоги до зовнішнього вигляду клієнтів, зокрема одягу, зачіски. Щоб потрапити у такий заклад необхідно пройти так званий «фейс-контроль». Як вірно відмічається в літературі, встановлення таких правил слід розцінювати з правової точки зору як реалізацію власником своїх прав, адже ні один нормативно-правовий акт не забороняє власнику діяти у такий спосіб, це не являється зловживанням правом, та не існує жодних інших підстав розцінювати «фейс-контроль» як порушення прав окремих фізичних осіб [118;4].

Повноваження по володінню індивідуальністю означає можливість фізичної особи визнаватись носієм даного особистого немайнового права. Правомочність по використанню своєї індивідуальності може виявлятися в можливості на власний розсуд обирати будь-який спосіб прояву своєї індивідуальності, якщо він не суперечать моральним засадам суспільства

та не заборонений законом. Повноваження по зміні індивідуальності означають можливість визначати та змінювати на основі власних уподобань та інтересів власну індивідуальність.

Фізична особа має право на захист у разі порушення, оспорення чи невизнання її права на індивідуальність. Наприклад, має право вимагати заборони використовувати її індивідуальність, зняти зображення (з виставки, вітрини), вилучити наклад (плакатів, листівок), вилучити кадри кіно- і телефільму, заборонити показ фільму, кліпу, тощо.

Отже, під правом на індивідуальність слід розуміти особисте немайнове право фізичної особи формувати, володіти, використовувати та змінювати власну індивідуальність, а також можливість вимагати від будь-якого і кожного не порушувати даного права, а у випадку порушення, оспорення чи невизнання - вимагати його захисту.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. №435-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. - NN 40-44.*
2. *Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004. – 1440 с.*
3. *Белов В.А. Гражданское право: Общая и Особенная части: Учебник. - М.: АО «Центр ЮрИнфорР». – 2003. – 960 с.*
4. *Бобрик В.І. Особисте життя як об'єкт цивільно-правової охорони: Монографія/ Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України. – Київ – Тернопіль: Підручники і посібники. – 2008. – 208 с.*
5. *Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. – М.: МЗ Пресс. – 2000. – 244с.*
6. *Чорнооченко С.І. Особисті немайнові права, які забезпечують соціальне існування фізичних осіб в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. / Університет внутрішніх справ МВС України. – Харків. - 2000. – 18с.*

Данилюк Олександир Васильович
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри трудового, земельного та господарського права
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОСТВОРЮЮЧІ ФАКТИЧНІ СКЛАДИ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

За загальним правилом, трудовий договір є підставою виникнення більшості трудових правовідносин. Проте в деяких випадках правові норми пов'язують виникнення трудових правовідносин не з одним юридичним актом, яким є трудовий договір, а з відповідною сукупністю юридичних фактів, приведених в певну систему. Відповідно до загальної теорії права така сукупність (система) називається фактичним складом [8, с. 380-381] і визначається як сукупність юридичних фактів, необхідних для настання певних юридичних наслідків [5, с. 54]. Існування фактичних складів обумовлено специфікою праці окремих категорій працівників, особливою складністю виконуваних ними робіт.

До проблеми фактичних складів у трудовому праві тією чи іншою мірою зверталися в своїх дослідженнях такі вчені-трудовики, як В.В. Єрьоменко, О.Д. Зайкін, П.Д. Пилипенко, Г.М. Чувакова, Л.В. Солодовник, Є.Б. Хохлов та інші. Однак на сьогодні все ще мають місце багато питань, які видаються суперечливими та потребують подальших наукових досліджень.

Метою даної роботи є дослідження особливостей фактичних складів як підстав виникнення індивідуальних трудових правовідносин, характеристика їх елементів, відмежування фактичних складів від складних юридичних фактів.

Слід зауважити, що в юридичній літературі використовувалися різні терміни для позначення сукупності юридичних фактів: «фактичний склад» (М.М. Агарков), «юридичний склад» (О.О. Красавчиков), «складний юридичний фактичний склад» (О.Д. Зайкін). Проте правильною, на наш погляд, є думка В.В. Єрьоменко з приводу того, що слово «складний» правильно вживається в сполученні з терміном «юридичний факт», оскільки дозволяє з усієї сукупності юридичних фактів виокремити складні і вказати на комплексність структури даного поняття. Що стосується фактичного складу, то слово «складний» можна і не застосовувати, оскільки термін «склад» вже сам по собі свідчить про комплексність структури цього поняття. Разом з тим вживання слів «складний» і «склад» також вказує на тривалість процесу виникнення трудових правовідносин [1, с. 80].

У теорії і на практиці фактичні склади досить часто змішують із складними юридичними фактами [4, с. 24-26], що являють собою фактичні обставини, які складаються з декількох юридично значущих сторін (ознак) [6, с. 263-264]. Наприклад, трудова дієздатність як суб'єктивний елемент – право набувати своїми діями трудових прав і обов'язків; об'єктивний елемент – вік, з якого можна поступити на роботу.

Так, головна відмінність фактичного складу від складного юридичного факту, як відзначає В.Б. Ісаков, полягає в тому, що фактичний склад – це система юридичних фактів, а складний юридичний факт – система ознак факту [3, с. 27]. Тобто фактичний склад має в своїй структурі різнорідні юридичні факти, в той час як складний юридичний факт є одиничним юридичним фактом.

Ми солідарні з думкою тих науковців, які стверджують, що використання складних юридичних фактів як підстав виникнення індивідуальних трудових правовідносин в якості окремих елементів фактичного складу дозволяє охопити певні життєві обставини збільшено [1, с. 82].

Слід зупинитися на характеристиці питання про юридичне значення окремих елементів фактичного складу та їх співвідношенні з останнім. Поняття «елемент фактичного складу» являє собою окремий юридичний факт (подію або дію) [5, с. 57]. Ми погоджуємося з думкою О.О. Красавчикова про те, що питання про співвідношення елементів фактичного складу і, власне, самого фактичного складу підпадає під дію закону співвідношення цілого і частини та тісно пов'язане з проблемою накопичення фактичного складу і правових наслідків, які настають у результаті накопичення [5, с. 57-58].

У зв'язку з цим слід зауважити, що фактичний склад, хоча й містить певну визначену кількість юридичних фактів, не є їх арифметичною сумою. Це проявляється в тому, що елементи фактичного складу лише у сукупності спричинюють виникнення правовідносин. Відсутність хоча б одного елемента перешкоджатиме цьому. Наприклад, для вступу на державну службу необхідно пройти конкурсний відбір (даний юридичний факт має складну структуру) і укласти трудовий договір. О.О. Красавчиков з цього приводу зазначав, що до тих пір, поки фактичний склад не є завершеним, його елементи залишатимуться лише фактами. Існує думка, що окремі елементи фактичного складу все ж можуть мати самостійні юридичні наслідки, але дане питання є доволі спірним [2, с. 35]. Так, П.Д. Пилипенко зазначає, що трапляються такі фактичні склади, які допускають виникнення індивідуальних трудових правовідносин за одним юридичним фактом. Але такі правовідносини існують у формі тимчасового виконання обов'язків. Він у цьому плані наводить такий приклад. Якщо кандидатуру Прем'єр-міністра відхилено парламентом або не отримано згоду на його призначення, то Президент України призначає відповідну особу виконуючим обов'язки Прем'єр-міністра України [7, с. 26]. Проте з такою позицією автора навряд чи можна погодитися, оскільки призначенню Президентом виконуючого обов'язки Прем'єр-міністра передує факт голосування в парламенті. Результати голосування (висловлення незгоди чи

відхилення відповідної кандидатури) слід також вважати потенційним юридичним фактом, на основі якого Президент призначить виконуючого обов'язки.

Обставини, які утворюють фактичний склад, не є рівнозначними. У будь-якому фактичному складі має місце основний факт. Таким є при реалізації права на працю укладення трудового договору. Однак не у всіх фактичних складах основний факт легко визначити. В цьому аспекті важливим є встановлення певних ознак, рис факту як такого або ж просто зазначення цього моменту без встановлення будь-яких ознак.

Заключним елементом фактичного складу є не просто останній факт, що настає в процесі розвитку самого складу, а той факт, який певним чином усе підсумовує [2, с. 35-37]. Це стосується тих фактичних складів, де накопичення фактів відбувається в певній послідовності (послідовне накопичення елементів складу). Проте існують і такі фактичні склади, елементи яких можуть накопичуватися без певного порядку (незалежне накопичення елементів складу). В останньому випадку заключним може стати будь-який елемент складу.

Отже, фактичні склади як підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин становлять систему юридичних фактів. Оперувати цією системою необхідно шляхом її поділу на окремі елементи, оскільки саме таким чином ми зводимо нанівець ризик включення до фактичного складу тих елементів, які не є необхідними, або, навпаки, ризик упущення необхідних елементів.

Використані джерела:

1. *Єрьоменко В.В. Підстави виникнення трудових правовідносин: Дис... к.ю.н. Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого.- Харків, 1998.- С. 80.*
2. *Иванова З.Д. Юридические факты и возникновение субъективных прав граждан // Советское государство и право.- 1980.- №2.- С. 35.*
3. *Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования.- Саратов: Изд-во Саратовского у-та, 1980.- С. 27.*
4. *Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве.- М.: Юридлит.- С. 24-26.*
5. *Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве.- М.: Госюриздат, 1958.- С. 54.*
6. *Общая теория государства и права. Т.2. Теория права / Под ред. проф. М.Н. Марченка.- М.: Изд-во Зерцало, 1998.- С. 263-264.*
7. *Пилипенко П.Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин.- К.: Т-во Знання, КОО, 2003.- С. 26.*
8. *Проблемы общей теории права и государства: Учеб. для вузов / Под общей ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца.- М.: Норма, 2004.- С. 380-381.*

Данілкович Олена Михайлівна
здобувач кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

НОТАРІАТ У МЕХАНІЗМІ ЗАХИСТУ ЗЕМЕЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН: МОЖЛИВОСТІ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

1. На сучасному історичному етапі розвитку суспільства як ніколи є актуальним питання відновлення та збереження екологічно чистого навколишнього природного середовища. Ряд статей Конституції України регулюють використання землі, як основного національного багатства, що перебуває під особливою охороною держави. Держава гарантує право власності на землю. Його набуття і реалізація здійснюється суб'єктами правовідносин виключно відповідно до закону (ст.14 Конституції). Разом з цим у Конституції передбачено, що реалізація правомочностей щодо своєї власності, в тому числі й стосовно землі, не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати

екологічну ситуацію і природні якості землі (ст.41 Конституції). Одночасно в статті 66 Основного закону закріплено, що кожен зобов'язаний не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані збитки.

2. Реалізація зазначених норм Конституції України забезпечується рядом законів та підзаконних нормативно-правових актів, направлених на раціональне використання, відновлення, збереження та охорону землі. До числа комплексних нормативно-правових актів у сфері земельних правовідносин відноситься Земельний кодекс України, закони України «Про охорону земель», «Про державний контроль за використанням та охороною земель» та «Про пестициди і агрохімікати». До числа підзаконних нормативно-правових актів, що деталізують процес реалізації названих актів належать постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про державну систему моніторингу довкілля», «Про затвердження Положення про моніторинг земель»; Положення «Про моніторинг ґрунтів на землях сільськогосподарського призначення», затверджене наказом Міністерства аграрної політики України та Указ Президента України «Про суцільну агрохімічну паспортизацію земель сільськогосподарського призначення».

3. Моніторинг земель, як система спостереження за їх станом, що спрямована на своєчасне виявлення змін, реальної оцінки та відвернення і ліквідації наслідків негативних процесів є адекватним способом збереження та відновлення властивостей землі. Об'єктом моніторингу є всі землі незалежно від форми власності на них. Особливо важливим і актуальним є моніторинг ґрунтів на землях сільськогосподарського призначення, так як саме за допомогою цього способу можна контролювати та сприяти збереженню екологічної чистоти та родючості чорноземів, що може забезпечити вирішення продовольчої проблеми не лише в України, але в значній мірі й в інших державах.

4. Екологічна паспортизація земель сільськогосподарського призначення є складовою державного моніторингу навколишнього природного середовища. Екологічний паспорт територій агросфери є основним комплексним документом, в якому зосереджена інформація про родючість ґрунтів (агрохімічні, фізико-хімічні, агрофізичні властивості, рівень їх забруднення важкими металами, радіонуклідами, залишками пестицидів та іншими токсикантами), рівень забур'яненості територій, потенційну небезпеку використання пестицидів, а також біосозологічні та ентомологічні показники і їх взаємозалежність [1, с.2]. Прийняття законодавцем спеціального закону дало б можливість якісно обґрунтовувати і здійснювати заходи, спрямовані на безпечне і раціональне використання ґрунтів. У провадженні Верховної Ради України є законопроект №2627 від 10 червня 2008 року, внесений народними депутатами України Терещуком С.М. та Литвином Ю.О. «Про державну агрохімічну паспортизацію земель сільськогосподарського призначення». У статті 15 зазначеного законопроекту визначено, що агрохімічним паспортом земельної ділянки є документ державного зразка, який містить дані щодо агрохімічної характеристики ґрунтів і стану їх забруднення токсичними речовинами та радіонуклідами. Вважаємо, що законопроект у цій частині варто було б удосконалити, поширивши видачу паспорта також на землі інших категорій, які межують із землями сільськогосподарського призначення та використання яких за цільовим призначенням завдає негативного впливу сільськогосподарським угіддям.

Так, наприклад, коли землі фермерського господарства межують із землями промисловості, практично неможливо вберегти цінні сільськогосподарські ґрунти від забруднення, якщо на сусідніх землях здійснюється агресивне виробництво. Тому, на нашу думку, є потреба проводити агрохімічну паспортизацію всіх земель України.

У цьому аспекті є актуальною думка М. Адамовича, який також наголошує на доцільності введення технічного паспорта (на прикладі складання технічного паспорту для земельних ділянок, які виставляються на земельні торги) для всіх земель в межах території України. Крім того, він пропонує створити екологічні паспорти або зведені документи, у яких детально відображалися б питання екологічного стану земельних ділянок в динаміці. Одночасно цей автор пропонує вносити до договорів про землю інформацію про її

екологічний стан, без зазначення якої договір вважався б неукладеним (ст. 638 ЦК України) [2, с.51, 53, 54].

На нашу думку введення такої істотної умови в договорах щодо розпорядження земельними ділянками значно підвищило б свідомість власників та користувачів землею, що призвело б до підвищення ступеня догляду та збереження якісних властивостей земельних ділянок.

5. Важливу роль у забезпеченні законності захисту агроекологічного стану земель України міг би відіграти нотаріат, тобто система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, з метою надання їм юридичної вірогідності (ст.1 Закону України «Про нотаріат»). Це обумовлено тим, що нотаріуси посвідчують правочини (договори, заповіти, довіреності тощо), в тому числі й стосовно розпорядження земельними ділянками. Відповідно до ст.46, 47 Закону нотаріус має право витребовувати від фізичних та юридичних осіб відомості та документи, необхідні для вчинення нотаріальної дії. Документи, що подаються нотаріусу для вчинення нотаріальної дії мають відповідати певним вимогам, визначеним у законах. До числа таких документів міг би належати також агрохімічний паспорт на землю. Перевіряючи дійсність такого паспорта нотаріус у кожному разі гарантував би стороні-набувачу її право на набуття екологічно безпечної земельної ділянки. Адже в такому разі була б реальна можливість ознайомитися з її екологічним станом на момент вчинення угоди. Крім того, якщо справжність поданого документа викликає сумнів, нотаріус вправі надіслати його до експертної установи (експерта) для проведення експертизи. Більше того у випадку виявлення під час вчинення нотаріальних дій порушення законодавства, до числа якого належать також земельне та екологічне – нотаріус негайно повідомляє про це відповідні правоохоронні органи для вжиття необхідних заходів (ст.51 Закону).

6. Отримані в процесі дослідження дані дають підстави зробити висновок, що нотаріат України при належному удосконаленні земельного та екологічного законодавства і деякої деталізації нотаріальних нормативно-правових актів міг би стати дієвою ланкою у механізмі гарантування суб'єктам земельно-правових відносин, які вчиняють нотаріально посвідчувані правочини, та іншим особам (членам їх сімей, споживачам виробленої ними сільськогосподарської продукції та ін.) безпеки життя та здоров'я, що визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст.3 Конституції).

Використані джерела:

1. *Еколого-агрохімічна паспортизація полів та земельних ділянок. Керівний нормативний документ. – К.: Аграрна наука. – 1996. – 36 с.*
2. *Земля: Договори, суд, законодавство: Науково-практичний посібник (видання третє, перероблене та доповнене) / За заг. Ред. С.Я. Фурси – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – 832 с.*

Демиденко Вікторія Петрівна

аспірант Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана, Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ДОСЯГНЕННЯ СОЦІАЛЬНОГО ЕФЕКТУ ЯК МОЖЛИВОЇ МЕТИ ІНВЕСТУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ОБ'ЄКТІВ НЕРУХОМОСТІ

Інвестиції та інвестування не є новими категоріями ні для правових, ні для економічних наук. Досить детально суть цих категорій розкривається у ряді нормативних актів. Визначенню поняття «інвестиції» та здійсненню інвестування присвячено багато наукових

праць та досліджень. Зокрема, автором були досліджені праці відомих науковців, серед яких Бланк І.А., Череп А.В., Полатай В.Ю., Кафарський В.В., Кравцов Д.В., Виноградова Г.В., Сімсон О.Е. та інш.

Проаналізувавши праці науковців, автор прийшов до висновку, що, досліджуючи поняття «інвестиції», науковці виробили загалом три основні підходи щодо мети здійснення інвестицій. Відповідно до першого підходу метою вкладень інвестиційних ресурсів вважається отримання прибутку або досягнення соціального ефекту, другий підхід передбачає лише отримання прибутку, третій – отримання соціально-економічного ефекту (тобто метою є і отримання прибутку, і досягнення соціального ефекту). Однак особливості визначення мети здійснення інвестування у будівництво об'єктів нерухомості належним чином досліджені не були.

Тому завданням даної роботи є визначення мети інвестування саме у об'єкти нерухомості. Зокрема, автор вважає за доцільне детально дослідити питання про те, чи може досягнення соціального ефекту бути самостійною метою інвестування у об'єкти нерухомості. Розгляд даного питання, на нашу думку, може значною мірою сприяти збільшенню надходжень інвестиційних ресурсів у будівництво об'єктів нерухомості.

Відповідно до визначень, що надаються стосовно поняття «інвестування» та поняття «інвестиції» як науковцями, так і на законодавчому рівні, метою інвестування визнається отримання прибутку або досягнення соціального ефекту. Вважаємо, що така мета, як досягнення соціального ефекту суперечить сутності інвестиції, особливо коли мова йде про інвестування у будівництво об'єктів нерухомості. Адже інвестиційна діяльність, направлена на будівництво об'єктів нерухомості – це в першу чергу підприємницька діяльність. Інвестиційна діяльність, як підприємницька діяльність, здійснюється з метою отримання прибутку. Аналізуючи співвідношення інвестиційної та господарської (а саме підприємницької) діяльності Сімсон О.Е. також дійшла висновку, що «інвестиційну діяльність у цілому варто визнати підприємницькою крім випадків, коли інвестор, при відсутності фактора систематичності, не є суб'єктом підприємницької діяльності, а інвестує підприємницьку діяльність іншої особи» [2, с. 10]. Звичайно, і у другому випадку, зазначеному Сімсон О.Е. мова йде не про досягнення соціального ефекту, а про те, що суб'єкт підприємництва виступає посередником між інвестором та суб'єктом, що буде безпосередньо використовувати вкладення для реалізації інвестиційного проекту.

Інвестиція, на нашу думку, може мати як позитивний, так і негативний соціальний ефект, але при цьому вона залишиться інвестицією. Зокрема, окрім можливого позитивного соціального ефекту, при будівництві автоматизованого цеху виробництва небезпечних речовин спостерігатиметься більше негативний соціальний ефект (скорочення кількості робочих місць у випадку автоматизованої діяльності цеху у порівнянні із тією, що використовує людські ресурси; небезпечність виробництва для навколишнього середовища). Важко говорити також про досягнення соціального ефекту, враховуючи те, що чіткого правового визначення соціального ефекту як мети інвестування та результату інвестиційного процесу не існує. Як правильно зазначає Кафарський В.В., »суб'єкти інвестиційної діяльності можуть сприяти досягненню соціального ефекту в разі здійснення інвестицій в об'єкти, які безпосередньо не належать до соціальної сфери, за умови, що подібні інвестиції спрямовуються на забезпечення відповідного пріоритетного завдання державної соціальної політики» [1, с. 12].

Однак все це не говорить про те, що досягнення соціального ефекту буде єдиною метою такої інвестиційної діяльності, вона, скоріше, може досягатися поряд із метою отримання прибутку. Якщо ж метою інвестування є досягнення соціального ефекту, то, на нашу думку, таке інвестування буде здійснюватися в основному державою, і вважатиметься державним інвестуванням відповідно до чинного законодавства України. Та у такому розумінні державне інвестування будівництва об'єкта нерухомості за своєю суттю нічим не відрізнятиметься від фінансування будівництва об'єкта нерухомості.

Ми вважаємо, що таку мету здійснення інвестування, як досягнення соціального ефекту, варто виключити із поняття «інвестування». Інвестування з метою досягнення соціального ефекту, на нашу думку, варто вважати фінансуванням, благодійництвом або меценатством. І таку діяльність необхідно врегульовувати окремими нормативними актами і не змішувати її з інвестуванням як етапом інвестиційної діяльності, яка, в свою чергу, є підприємницькою діяльністю або здійснюється шляхом передачі інвестицій в управління тим, хто здійснює підприємницьку діяльність.

Ми також погоджуємося, що в процесі здійснення інвестиційної діяльності поряд із іншими результатами часто забезпечується досягнення соціального ефекту, особливо якщо мова йде про інвестування у об'єкти житлової нерухомості. Однак досягнення такого ефекту не може бути первинною або самостійною метою інвестування.

Із врахуванням вищевикладеного автором запропоновано вивести за межі поняття «інвестування» вкладення майнових та немайнових цінностей з метою досягнення соціального ефекту в окрему правову категорію. На нашу думку, інвестування у будівництво об'єктів нерухомості має здійснюватися з метою отримання прибутку, хоча можливість досягнення соціального ефекту не виключається.

Використані джерела:

1. *Кафарський В.В. Інвестиційні договори в Україні: поняття, види, зміст, правове регулювання : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.03 «цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В.В. Кафарський. – К., 2006. – 18 с.*
2. *Сімсон О.Е. Правові особливості договорів інвестиційного характеру : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.03 «цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О.Е. Сімсон. – Харків, 2001. – 20 с.*

Джочка Ольга Петрівна
асистент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ІСТОТНІ УМОВИ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ ТА ГРОШОВИМИ КОШТАМИ

Договір управління цінними паперами та грошовими коштами укладається з метою більш ефективної реалізації прав з цінних паперів та одержання доходів власниками. Сторонами в договорі управління цінними паперами та грошовими коштами (дальше в тексті – договір управління) виступають установник управління (фізична чи юридична особи) та управитель – торговець цінними паперами.

Статтею 1030 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року (дальше в тексті – ЦКУ) закладено правило, за яким управління цінними паперами здійснюється в порядку, передбаченому ЦКУ щодо управління майном, а управління грошовими коштами за правилами визначеними в ЦКУ не допускається, крім випадків встановлених законом.

Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 року (дальше в тексті – Закон) визначено поняття діяльності з управління цінними паперами та грошовими коштами – діяльність, яка провадиться торговцем цінними паперами від свого імені за винагороду протягом визначеного строку на підставі договору про управління переданими йому цінними паперами та грошовими коштами, призначеними для інвестування в цінні папери, а також отриманими в процесі цього управління цінними паперами та грошовими коштами, які належать на праві власності установнику управління, в його інтересах або в інтересах визначених ним третіх осіб. З метою стимулювання такого виду діяльності

законодавець не акцентує уваги на розмежуванні управління як діяльності залежно від виду об'єкта управління, а навпаки, прирівнює грошові кошти, призначені для інвестування в цінні папери та самі цінні папери.

Виходячи зі специфіки управління як професійної діяльності на ринку цінних паперів, а також з об'єкта управління, Законом визначені вимоги щодо істотних умов договору управління, які можуть встановлюватись законом та за домовленістю сторін. Відповідно до статті 638 ЦКУ виділяють чотири групи істотних умов: умови про предмет; умови, визначені законом як істотні; умови які є необхідними для договорів даного виду; ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Предметом договору управління виступають послуги управителя як юридичного так і фактичного характеру. Опис цих послуг, за визначенням Рішення ДКЦПФР від 12.12.2006 року № 1449 (далі в тексті – Рішення), відображається у інвестиційні декларації, що є невід'ємною частино договору управління, та яка визначає напрями та способи інвестування об'єктів управління.

В інвестиційній декларації повинно бути зазначено: цілі управління (досягнення найбільш ефективного використання об'єктів управління); перелік об'єктів інвестування, придбання яких управителем у склад майна установника управління є правомірним; відомості про структуру об'єктів управління, підтримувати яку протягом строку дії договору зобов'язаний управитель(співвідношення між цінними паперами різних видів та емітентів; співвідношення між цінними паперами та грошовими коштами даного установника управління, що знаходяться в управлінні); термін, протягом якого положення інвестиційної декларації діють та обов'язкові для виконання управителем.

Об'єктом управління є цінні папери та грошові кошти, призначені для інвестування в цінні папери, а саме: цінні папери та грошові кошти, передані в управління при укладанні договору про управління, а також цінні папери та грошові кошти, набуті установником протягом строку дії договору про управління та у зв'язку з його виконанням. У Рішенні також встановлено обмеження щодо об'єктів управління, якими є виключно емісійні цінні папери, ощадні (депозитні) сертифікати незалежно від форми їх існування та грошові кошти. Об'єктами управління можуть бути цінні папери іноземних емітентів, особливості розміщення та обігу яких на території України відповідають вимогам, встановленим ДКЦПФР. Така позиція є не зовсім правильною, оскільки має своє закріплення в підзаконному нормативно-правовому акті, а не в законі до якого відсилають положення статті 17 Закону.

До умов визначених законом як істотні для договорів управління слід віднести умови про перелік майна, що передається в управління, розмір та форму плати за управління майном, що передане в управління – за визначенням статті 1035 ЦКУ, що частково повинно бути відображено у згаданій вище інвестиційній декларації.

Умовою яка є необхідною для договорів даного виду можна вважати вимогу статті 17 Закону про суму договору про управління цінними паперами з одним клієнтом - фізичною особою, яка має становити не менше суми, еквівалентної 100 мінімальним заробітним платам, а також «умову-заборону» торговцям укладати договори управління з компаніями з управління активами.

Існують і інші умови, які іменуються «істотними» та передбачені у Рішенні ДКЦПФР, проте такими вважатися не можуть, оскільки закріплені не на рівні закону, а підзаконного нормативно-правового акта.

Отже, істотні умови договору управління цінними паперами та грошовими коштами визначені як в ЦКУ так і в Законі. Інші умови можуть бути рекомендаційними для управителів та установників управління, та з приводу таких умов кожна із сторін вправі вимагати досягнення згоди при укладенні договорів даного виду.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України: за станом на 12 жовтня 2009 р. / Верховна Рада України. - Офіційний вісник України від 28.03.2003 - 2003 р., № 11, стор. 7*

2. *Закон України від 23.02.2006 № 3480-IV Про цінні папери та фондовий ринок: за станом на 12 жовтня 2009 р. / Верховна Рада України. – Офіційний вісник України від 12.04.2006 - 2006 р., № 13, стор. 61*
3. *Рішення від 12.12.2006 № 1449 Про затвердження Правил (умов) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами / Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку. – Офіційний вісник України від 05.02.2007 - 2007 р., № 6, стор. 139*

Джуринський Олег Олександрович
здобувач кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПОНЯТТЯ ТА СПОСОБИ ЗАХИСТУ ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

У законодавстві різних держав світу та на рівні практики поняття недобросовісної конкуренції традиційно трактується як конкуренцію, яка «протирічить приватним звичаям у сфері промисловості і торгівлі». Це визначення, яке можна охарактеризувати як найбільш загальне, уточнюється і конкретизується у національних законодавчих актах різних країн, з точки зору загальних засад цивільного права, таких як «добросовісність», «розумність», «звичаї ділового обороту», «добрі звичаї».

Відповідно до статті 10bls(2) Паризької конвенції актом недобросовісної конкуренції вважається «будь-який акт конкуренції, що суперечить чесним звичаям»[1]. Багато країн, які мають спеціальні закони про недобросовісну конкуренцію, прийняли подібні або схожі визначення у своїх загальних нормах, використовуючи такі терміни, як «чесна комерційна практика» (Бельгія, Люксембург), «принципи добросовісності» (Іспанія, Швейцарія), «професійна коректність» (Італія) і «добропорядність» (Німеччина, Греція, Польща). За відсутності спеціального законодавства суди визначають добросовісну конкуренцію такими формулюваннями, як «принципи чесності та добросовісності в справах» або «добропорядна поведінка на ринку» тощо.

Загальновизнано, що деякі види комерційної поведінки завжди є актами недобросовісної конкуренції. Найбільш відомими з таких актів є дії, які викликають змішування, дискредитацію і використання зазначень, що вводять в оману. Загальною рисою цих прикладів недобросовісної комерційної поведінки є спроба підприємця досягнути успіху в конкуренції не за рахунок своїх власних досягнень з точки зору якості і ціни його продуктів і послуг, а шляхом неправомірного використання діяльності іншої особи або здійснення впливу на споживацький запит неправдивими або такими, що вводять в оману, твердженнями.

Стаття 10bis(3) містить частковий перелік актів недобросовісної конкуренції, які включають три види таких актів, а саме:

дії, здатні викликати змішування;

дії, що дискредитують конкурента;

дії, які можуть ввести громадськість в оману.

Існує також цілий ряд дій, не зазначених у статті 10bis Паризької конвенції, які визнаються судами недобросовісною практикою і все частіше стають об’єктом законодавчих положень. У цьому зв’язку особливий інтерес викликає тенденція включення до законів про недобросовісну конкуренцію спеціальних положень про охорону комерційної таємниці, а також постійний розвиток положень про порівняльну рекламу. Крім того, все частіше визнається необхідність надавати конкурентам захист від «присвоєння чужих досягнень» [2, с.237].

Згідно норм національного законодавства для відновлення прав, порушених недобросовісною конкуренцією можна скористатися нормами ст.16 ЦК України, а в разі необхідності також ст.432 ЦК України «Захист прав інтелектуальної власності судом» і нормами ряду інших законів про інтелектуальну власність, основу яких складають цивільно-правові норми, і в першу чергу – норми Книги 4 ЦК України [3].

ЦК України у ч.2 ст.16 містить невичерпний перелік способів захисту цивільних прав та інтересів, який є загальним для всіх інститутів цивільного права. За допомогою вказаного переліку, можна з'ясувати способи захисту, придатні для застосування у сфері конкуренції.

Визнання правочину недійсним; припинення дії, яка порушує право; відновлення положення, що існувало до порушення; визнання незаконним рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади традиційно відносяться до заходів захисту.

Згідно з п.2 ст.16 ЦК України правочин може бути визнано недійсним. На практиці подібний спосіб захисту використовується доволі часто, ефективним його слід визнати і по справах про захист від недобросовісної конкуренції.

Припинення дії, яка порушує право (п.3 ч.2 ст.16 ЦК України) застосовується, зокрема, у разі необхідності заборонити неправомірну порівняльну рекламу. У правозастосовній практиці виникають, між тим, питання розмежування недобросовісної конкуренції і недобросовісної реклами, тим самим має місце і розмежування сфери дії законів про конкуренцію і законодавства про рекламу.

У конкурентному середовищі використовується нині і такий спосіб захисту, як припинення дії, яка створює загрозу порушення права, як це передбачено у гл.81 ЦК України в разі необхідного попередження завдання шкоди майну фізичних і юридичних осіб. При цьому загроза завдання шкоди в майбутньому може бути підставою для позову за ст.1164 ЦК про заборону діяльності, яка створює таку загрозу. Отже, можна говорити в цьому випадку про превентивну функцію норм ЦК України.

Офіційне спростування за рахунок порушника поширених ним недостовірних, неточних або неповних відомостей можливе за допомогою такого способу захисту як відновлення становища, яке існувало до порушення (п. 4 ч.2 ст.16 ЦК) і ст.26 Закону, а також за допомогою ст. 277 ЦК України, як спростування недостовірної інформації.

В п.6 ч.2 ст.432 ЦК передбачено також можливість прийняття судом рішення про опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності та змісту судового рішення щодо такого порушення.

В разі, якщо споживач вимагає зміни або розірвання договору приєднання на підставі ч.2 ст.634 ЦК, можна застосувати такий спосіб захисту як припинення, зміна правовідношення (п.6, 7 ч.2 ст.16 ЦК).

Таким чином, слід констатувати, що основним способом захисту від недобросовісної конкуренції є судовий захист. При цьому судовий порядок є переважною, але не єдиною формою захисту прав, оскільки закон допускає широкі можливості використання адміністративних способів захисту від недобросовісної конкуренції шляхом звернення до антимонопольних органів.

Використані джерела:

1. *Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р.: набула чинності для України 25 грудня 1991 р.// www.rada.kiev.ua.*
2. *Основи інтелектуальної власності. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 1999. – 578с.*
3. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р., №435 – IV// Відомості Верховної Ради (ВВР), 2003, №40 – 44, Ст.356.*

Длугош Оксана Іванівна
викладач кафедри цивільного права
Прикарпатського юридичного інституту
Львівського державного університету внутрішніх справ,
Івано-Франківськ, Україна

ВОЛЯ І ВОЛЕВИЯВЛЕННЯ У ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОМУ ДОГОВОРІ

Для побудови змістовної дефініції договору потрібно виокремити його «стержень», тобто той визначаючий термін, який не являючись синонімом досліджуваного явища, буде відображати його сутність.

Таким «стержнем» для всіх договорів являється взаємна воля двох сторін здійснити юридичні чи фактичні дії для реалізації особистих інтересів [6, с. 24].

Воля є об'єктом досліджень не лише юристів, а й психологів, що цілком зрозуміло. [4, с. 46-47].

Спроба визначити суть цивільно - правового договору через волю може бути піддана критиці через те, що воля сторін, як і мотиви, являються процесами внутрішніми, психічними, а не зовнішніми, через що випадають із сфери правового регулювання. Однак, в даному випадку мова йде не про звичайну волю, а волю юридично значущу, тобто таку, яка буде втілена у поведінку суб'єктів договору, через що і становить інтерес юрисдикційних органів. Крім того, вивчення волі сторін являється необхідним етапом для правильної кваліфікації укладеного договору [6, с. 24; 7, с. 74].

Також можна зазначити, що відсутність узгодження воль сторін при укладенні договору порушує тим самим як принципи договірного права, так і загальноправові принципи.

Взаємоузгодженість волі сторін договору аж ніяк не означає, що воля кожної зі сторін є тотожною за своїм змістом. Під збігом воль необхідно розуміти внутрішнє сприйняття кожною зі сторін прагнення до виникнення у них відповідних прав і обов'язків за наявності у них навіть протилежних інтересів в укладенні договору. Однак у процесі узгодження умов договору і досягнення сторонами консенсусу такий антагонізм інтересів набуває ознак внутрішньої вольової статики і не реалізується надалі в динаміці волевиявлення [4, с. 48].

Цікавим видається питання волі саме юридичної особи як учасника договірних відносин [5, с. 44].

Аналізуючи процес утворення волі юридичної особи, Ю.К.Толстой приходить до висновку, що треба відмовитись від будь-яких спроб віднайти якусь універсальну формулу, яка була б придатною у всіх випадках життя [3, с. 5]. І з цим твердженням ми зрештою погоджується, оскільки процеси, які відбуваються в організаційному утворенні, відзначаються багатогранністю та неоднорідністю зв'язків, і тому підлаштовувати їх під єдиний шаблон було б недоцільно.

Воля сама по собі не може формувати договір. Для того, щоб воля однієї особи могла стати основою для згоди з іншою, необхідно, щоб вона була проявлена в будь – яких зовнішніх знаках (дії, словах тощо). Тобто, для укладення договору потрібна не тільки воля, але й волевиявлення [6, с. 25].

Слід зазначити, що законодавство встановлює презумпцію відповідності волі і волевиявлення. Тобто, волевиявлення відповідає внутрішній волі особи, яка укладає договір. Однак дана презумпція може бути і оскаржена. При цьому, в кожному окремому випадку необхідно доказати невідповідність волевиявлення в договорі внутрішній волі особи [2, с. 91].

Вираження волі може відбуватися різними способами і в різних формах. Виділяють наступні способи вираження волі: прямі (явні) та непрямі (скриті) [2, с. 90].

Отже, можна зробити висновок, що основою будь-якого договору є домовленість, що заснована на волі сторін. Воля особи, її рішення вступити в договір, встановлення умов договору визначаються економічними, політичними, соціальними реаліями життя суспільства. Деякі дослідники вважають, що закон схиляється до переваги волі перед

волевиявленням, інші схиляються до того, що закон визнає перевагу волевиявлення, треті переконані у рівності всіх названих елементів [1, с. 9]. Однак, недоцільно абсолютизувати ідею надання переваг чи то внутрішній волі особи чи її зовнішньому прояву, тобто відповідному волевиявленню, адже наявність пороків (вад) в одному з двох елементів може позначатися на дійсності договору чи на визначенні його правової природи. І практика це підтверджує.

Воля і волевиявлення – дві сторони одного і того ж процесу, тому для договору важливою є єдність волі і волевиявлення. У випадках, коли воля направлена на виникнення одних правових результатів, а волевиявлення породжує інші результати, існує невідповідність волі і волевиявленні і договір визнається недійсним. Ми вважаємо, що в першу чергу погоджене волевиявлення є юридичним фактом, який тягне за собою виникнення, зміну чи припинення цивільних прав і обов'язків. Тому саме з моменту волевиявлення договір вважається укладеним. Незмінним залишається правило, згідно з яким воля в договорі повинна полягати у відповідності, а не однорідності волі сторін.

Використані джерела:

1. *Бородовський С.О. Укладення, зміна і розірвання договору в цивільному праві України: Монографія. – Івано-Франківськ, 2008. – 141 с.*
2. *Гражданское право: Учебник. Том I (под ред. доктора юридических наук, профессора О.Н. Садикова). - Юридическая фирма «Контракт»: «ИНФРА-М», 2006 г. – 509 с.*
3. *Гражданское право. Том I. Учебник / Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. – М.: «ПБОЮЛ Л.В. Рогожников», 2001. – 632 с.*
4. *Договірне право України. Загальна частина: навч.посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін..; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.*
5. *Злотник І. М. Воля юридичної особи // Юриспруденція: теорія і практика. – 2006. - № 8. – С. 41 – 48.*
6. *Корецкий А. Д. Договорное право России. Основы теории и практика реализации. – Москва: ИКЦ «Март», 2004. – 528 с.*
7. *Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. – СпБ. – Юридический центр Пресс. – 2001.—212 с.*

Довженко Максим Олександрович
студент магістратури юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ УТОЧНЕННЯ ПІДСТАВ ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ

Інституту позбавлення батьківських прав в юридичній науці приділено достатню увагу. Однак, на сьогодні з прийняттям нового СК України, слід окремі аспекти цього інституту уточнити, в тому числі щодо підстав позбавлення батьківських прав.

В ст. 12 Закону України «Про охорону дитинства» зазначено, що виховання в сім'ї є першоосновою розвитку особистості дитини. На кожного з батьків покладається відповідальність за виховання, навчання та повноцінний розвиток дитини [1]. Держава наділяючи батьків правом на виховання дітей та іншими правами, не повинна допускати, щоб батьки зловживаючи своїми правами, а також невиконанням своїх батьківських обов'язків наносили моральну та іншу шкоду дітям. За неналежне виконання батьками своїх батьківських обов'язків щодо дитини державою можуть бути застосовані засоби державного примусу. Одним із таких засобів є позбавлення батьків батьківських прав, оскільки інститут позбавлення батьківських прав є одним із засобів захисту прав та інтересів дитини та мірою відповідальності за нездійснення своїх обов'язків щодо дитини.

Даний інститут вже має тривале існування, він був передбачений ще у 1919 році, в Кодексі законів про акти громадського стану, про сім'ю та опіку [2. с. 284]. З певним розвитком даного інституту вносились зміни та значно розширялись підстави притягнення батьків до відповідальності за невиконання обов'язків щодо дітей.

В ст. 25 Кодексу законів про родину, опіку та подружжя від 1926 року містилась наступна правова норма: «У випадку невиконання батьками своїх обов'язків щодо дітей або неналежного здійснення ними батьківських прав, батьки можуть бути позбавлені батьківських прав за постановою суду, що звільняє їх на майбутнє від накладів на утримання й виховання дітей» [3. с. 405].

Статтею 70 Кодексу про шлюб та сім'ю України були визначені такі підстави позбавлення батьківських прав: ухилення від виконання обов'язків щодо виховання; зловживання батьківськими правами; жорстоке поводження з дітьми; шкідливий вплив на дітей аморальної, антигромадської поведінки; хронічний алкоголізм або наркоманія[4]. Пізніше до цих підстав Законом України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів Української РСР з питань, що стосуються жінок, сім'ї та дитинства» від 28 січня 1991 року була додана ще одна: відмова без поважної причини взяти дитину з пологового будинку (відділення) або іншого дитячого лікувально-профілактичного чи навчально-виховного закладу [5].

В СК України ч. 1 ст. 164 чітко передбачено шість підстав позбавлення батьківських прав і всі вони є самостійними, оскільки лише за наявності однієї з них, суд приймає відповідне рішення. Зокрема, батько або матір можуть бути позбавлені судом батьківських прав, якщо він, вона: не забрали дитину з пологового будинку чи іншого закладу охорони здоров'я без поважної причини і протягом шести місяців не виявили щодо неї батьківського піклування; ухиляються від виконання обов'язків щодо виховання дитини; жорстоко поводяться з дитиною; є хронічними алкоголіками або наркоманами; вдаються до будь-яких видів експлуатації дитини, примушування її до жебракування та бродяжництва; засудженні за вчинення умисного злочину щодо дитини [6].

Підстави позбавлення батьківських прав у ст. 164 СК України є вичерпними, тобто їх перелік не може бути збільшений без прийняття відповідного закону. Однак, на нашу думку, цей перелік не є повним і його слід уточнити. Ми вважаємо за доцільне включити до переліку підстав позбавлення батьківських прав ухилення від обов'язку щодо утримання дитини, так як цей обов'язок батьків є водночас моральним та юридичним обов'язком, а його невиконання перешкоджає фізичному, моральному та духовному розвитку дитини.

Відповідно до ст. ст. 180, 181 Сімейного кодексу України батьки зобов'язані утримувати дитину до досягнення нею повноліття. Невиконання такого обов'язку є одним із видів протиправної поведінки батьків щодо належного виконання своїх батьківських обов'язків. Проте Сімейний кодекс України не передбачає норми про відповідальність за порушення даного обов'язку. За дане правопорушення в українському законодавстві передбачена лише кримінальна відповідальність за злісне ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей (аліментів). (ст. 164 КК України). Однак, ми вважаємо, що за ухилення від сплати аліментів має наступати юридична відповідальність, яка регламентується нормами СК України і полягає у відповідних сімейно-правових санкціях зокрема як позбавлення батьківських прав.

У зв'язку з цим, незрозуміло чому в СК України до цього часу не передбачена норма, відповідно до якої наставала б відповідальність за ухилення від обов'язку щодо утримання дитини. Цілком можливо позбавляти батьківських прав на підставі ухилення від виконання обов'язку утримувати дитину, оскільки як правило той з батьків, хто не бере участі у вихованні дитини, не бере участі й у її утриманні [3 с. 406]. Так, наприклад, в СК Російської Федерації однією із підстав позбавлення батьківських прав є ухилення від виконання батьківських обов'язків, в тому числі злісне ухилення від сплати аліментів (ст. 69 СК РФ).

Злісне ухилення від сплати аліментів в чинному сімейному законодавстві Російської Федерації, розглядається як різновид ухилення від виконання батьківських обов'язків [7 с.

156]. Ми ж вважаємо, що ухилення від сплати аліментів має бути самостійною підставою позбавлення батьківських прав. Найбільша проблема ж полягає у розробленні відповідних законодавчих критеріїв, за якими особам вважатиметься такою, що ухиляється від обов'язку утримувати дитину.

Підсумовуючи вищезазначене, ми пропонуємо внести зміни до ч. 1 ст. 164 СК України, шляхом включення до підстав позбавлення батьківських прав ухилення від утримання батьками дитини. Що ж стосується розробки відповідних законодавчих критеріїв, за якими особа вважатиметься такою, що ухиляється від обов'язку утримувати дитину, то це стане предметом наших подальших наукових пошуків у даному напрямку.

Використані джерела:

1. *Закон України від 26 квітня 2001 р. «Про охорону дитинства» // ВВРУ. – 2001. - № 30. – Ст. 142.*
2. *Мироненко В.П. Сімейне право України: підручник [для студ. вищ. навч. закл.] / В.П. Мироненко, С.А. Пилипенко; [за заг. ред. В.П. Мироненко]. – К. : Правова єдність, 2008. – С. 284.*
3. *Ромовська З.В. Українське сімейне право : підручник [для студ. вищ. навч. закл.] / Зорислава Ромовська. – К. : Правова єдність, 2009 – С. 405.*
4. *Кодекс про шлюб та сім'ю України від від 20 червня 1969 року // ВВР УРСР. – 1969 - № 26 – Ст. 204.*
5. *Указ президії ВРУ РСР «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів Української РСР з питань, що стосуються жінок, сім'ї та дитинства» від 28 січня 1991 року // ВВР УРСР. – 1991.- № 9. – Ст. 89*
6. *Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // ВВРУ. – 2002.- № 21-22. – Ст. 135*
7. *Муратова С.А. Семейное право: Учебное пособие. Нормативные акты. – М.: Юриспруденция, 2001. – С. 156.*

Долинська Оксана Володимирівна,
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

СПОСОБИ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ

Захист корпоративних прав учасників господарських товариств забезпечується застосуванням передбачених законом приватноправових способів захисту порушеного права. Способи захисту – це законодавчо закріплені заходи, за допомогою яких проводиться відновлення порушеного права, припинення і попередження його порушення. Застосування способів захисту носить правовстановлюючий характер. Спосіб захисту вказує, що повинна зробити зобов'язана особа для усунення наслідків протиправної поведінки: зробити певні дії, визнати наявність або відсутність правовідносин, змінити або припинити правовідносини.

Сукупність можливих і допустимих заходів, спрямованих на відновлення порушеного права, припинення і попередження його порушення складають систему способів захисту корпоративних прав учасників господарських товариств, яка складається з універсальних і спеціальних способів захисту.

Способи захисту, які мають універсальний характер, визначені у ст. 16 Цивільного кодексу України, можуть застосовуватися для захисту порушених корпоративних прав учасників господарських суспільств з врахуванням особливостей порушеного суб'єктивного права. Так зокрема, учасники господарських товариств можуть звертатися до суду з вимогою про визнання недійсним значних правочинів, з врахуванням особливостей, передбачених ст.ст.70 -72 Закону України "Про акціонерні товариства", вимогою про визнання недійсними рішень загальних зборів (при прийнятті загальними зборами рішення за відсутності кворуму

для проведення загальних зборів чи прийняття рішення, прийняття загальними зборами рішень з питань, не включених до порядку денного загальних зборів товариства, прийняття загальними зборами рішення про зміну статутного капіталу товариства, якщо не дотримано процедури надання акціонерам (учасникам) відповідної інформації), наглядової ради товариства тощо.

Ті способи захисту, які передбачені Законами України "Про господарські товариства", "Про акціонерні товариства", іншими нормативним актами є самостійними спеціальними способами захисту. До таких слід відносити, наприклад, внесення змін до системи реєстру власників іменних цінних паперів, переведення на акціонера прав та обов'язків покупця акцій у зв'язку з наявністю переважного права на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства (про переведення на учасника прав та обов'язків покупця частки (її частини) у зв'язку з порушенням їх переважного права на купівлю у товариствах з обмеженою та додатковою відповідальністю), виключення учасника з господарського товариства, надання відповідної інформації учаснику господарського товариства.

Крім того, необхідно відзначити, що законодавець надав можливість передбачити способи захисту і самим суб’єктам корпоративних відносин у локальних документах господарських товариств.

Водночас слід зауважити, на неможливість застосування таких способів захисту корпоративних прав учасників господарських товариств, які не передбачені ст.16 ЦК України, іншими спеціальними нормативними актами чи договором. Зокрема, не є способами захисту корпоративних прав: визнання рішень загальних зборів правомочними, визнання: загальних зборів учасників (акціонерів) товариства такими, що відбулися; реорганізації такою, що відбулася; рішень загальних зборів дійсними; рішень загальних зборів такими, що підлягають виконанню.

Усі способи захисту корпоративних прав учасників господарських товариств є неоднорідними за своєю юридичною природою, що робить істотний вплив на можливість їх реалізації. Найбільш поширеним у літературі є поділ на заходи захисту і заходи відповідальності, які відрізняються між собою з підстав застосування, соціального призначення, функцій, які вони виконують, принципів реалізації тощо. Найбільша практична значущість такого поділу полягає у тому, що, за загальним правилом, заходи відповідальності застосовуються лише до винного порушника суб'єктивного права і виражаються у додаткових обтяженнях у вигляді позбавлення правопорушника певних прав або покладання на нього додаткових обов'язків. Специфікою захисту корпоративних прав учасників господарських товариств є те, що вони, у першу чергу, спрямовані на поновлення права, і лише у виключних випадках на позбавлення правопорушника певних прав або покладання на нього додаткових обов'язків.

Дрішлюк Андрій Ігорович
кандидат юридичних наук, доцент,
суддя Малиновського районного суду м. Одеси
доцент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії,
Одеса, Україна

ЩОДО ЗМІНИ РОЛІ ЗАКОНУ ЯК ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Прийняття Цивільного кодексу України в 2003 році стало новим етапом в розвитку цивільного права та законодавства України. Відповідаючи на вимоги сьогодення він закріпив багато новел та концептуально змінив підходи в правовому регулюванні окремих інститутів цивільного права.

Закріплюючи систему джерел цивільного законодавства України, яка була суттєво оновлена, та враховуючи ті зміни в доктринальних підходах, що мають місце в науці відносно джерел права в цілому і цивільного права, зокрема, звертає на себе увагу те, що роль та значення такого «класичного», а колись і єдиного легального джерела цивільного законодавства як закон, було принципово змінено.

По-перше, закон залишився джерелом цивільного законодавства України, але поряд з іншими джерелами законодавства такими як договір, звичай. Окремо хотілось би звернути увагу на цілком слушні намагання розробників ЦК упорядкувати та спрямувати розвиток цивільного законодавства України в визначеному напрямку, коли всі інші законодавчі акти, що приймаються після ЦК України повинні буті узгодженим з нормами ЦК України, і у разі прийняття спеціальних законів, вони не повинні протирічити ЦК, який повинен стати своєрідною Конституцією цивільного законодавства (ст. 4 ЦК України). Тут, на жаль, вже можна констатувати, що розвиток законодавчого регулювання приватно-правових відносин зберіг тенденцію до прийняття численних спеціальних нормативних та підзаконних нормативних актів, які діють поряд з ЦК України, що було характерно для радянських часів.

По-друге, змінилося співвідношення правових відносин договору та закону. Якщо свого часу договір не закріплений в ЦК України був недійсним (ЦК УРСР 1922 р.), потім договір укладався, але на виконання планового завдання (ЦК УРСР 1963 р.), то сьогодні допускається укладення будь-якого договору (ст. 627 ЦК України) з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

З закріплення в ст. 6 ЦК України нового співвідношення актів цивільного законодавства та договору можна зробити виносок, що закон поступово втрачає роль індивідуального регулятора відносин між сторонами, на зміну якому приходять різні договірні конструкції, що створюються суб'єктами цивільних правовідносин та дозволяють узгодити їх економічні інтереси. При цьому сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами.

Проте найбільш принциповим є надання можливості сторонам в договорі відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, за виключенням відходу від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Разом з тим, аналізуючи правозастосовчу практику можна зробити висновок, що вказані новели в правовому регулюванні цивільних відносин не знайшли свого належного втілення в договірній практиці, за сумнозвісним виключенням – банківської сфери і кредитних договорів, де, незважаючи на законодавчі обмеження, спостерігається достатньо високий рівень договірної техніки, спрямований проте на захист інтересів фінансових установ, а договір в таких випадках фактично втрачає своє значення як універсальний регулятор, що дозволяє узгодити економічні інтереси всіх його учасників.

Дрішлюк Олена Павлівна
адвокат, здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва, Київ, Україна

ВПЛИВ СУДОВОГО РІШЕННЯ НА ДИНАМІКУ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Нормальний розвиток зобов'язального правовідношення передбачає завершення його існування виконанням прийнятими на себе сторонами зобов'язаннями. Зобов'язання також можуть припинятися за обставинами передбаченими в законі або договорі. Разом з тим, через різні обставини виконання зобов'язання може бути неможливим або вкрай невигідним для зобов'язаної сторони у порівнянні з тим, як йому як це передбачалось на момент укладення договору. Така ситуація в умовах бурхливого розвитку комерційних відносин, нестабільної економічної ситуації може мати не по одиничний характер, тому законодавець серед способів захисту передбачив зміну або припинення спірного правовідношення (ст. 16 ЦК України). Крім того, ЦК України вперше закріпив можливість зміни договору у зв'язку з істотною зміною обставин. На нашу думку, практичне значення цієї новели суттєво зростає в умовах фінансової кризи та кризи банківської системи України.

Пошук компромісів між інтересами позичальника та банку повинен відбуватися не тільки в сфері законодавства, але й мати під собою певну економічну підоснову, відповідати загальним засадам цивільного законодавства таким як розумність добросовісність та справедливість. На нашу думку, через відсутність розуміння практичної реалізації механізму зміни договору у зв'язку з істотною зміною обставин в судовій практиці з'явились судові рішення, які немов би захищають інтереси учасників кредитних відносин (точніше - боржника), але насправді не враховують всієї сукупності економічних та правових чинників, що дозволяє зробити висновок про те, що при виникненні спору (а фактично в більшості випадків економічної неможливості виконання зобов'язання) в судовій практиці поширення набули традиційні засоби захисту, які не у всіх випадках відповідають сутності та специфіки виниклих між сторонами відносин, та призводять в остаточному підсумку до порушення прав кредитора (пред'явлення позовів про визнання недійсним кредитних договорів, іноді - їх розірвання).

Судовий захист цивільних прав та інтересів є однією з засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України). Відповідно до ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу, якщо вважає, що її права, свободи чи інтереси порушуються, не визнаються або оспорюються (ст. 3 ЦПК України). В таких умовах формування єдиної та стабільної судової практики зазначеної категорії справ набуває важливого значення.

Відповідно до ст. 652 ЦК України у разі істотної зміни обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору, договір може бути змінений за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті зобов'язання. При цьому відповідно до ч. 4 ст. 652 ЦК України зміна договору у зв'язку з істотною зміною обставин допускається за рішенням суду у виняткових випадках, коли розірвання договору суперечить суспільним інтересам або потягне для сторін шкоду, яка значно перевищує затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом. Таке законодавче рішення є логічним продовженням тези законодавця про те, що судове рішення може бути підставою для виникнення цивільних прав та обов'язків (ч. 2 ст. 11 ЦК України).

Не зупиняючись детально на умовах передбачених законом для застосування таких способів захисту як зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин, зазначимо, що традиційною перешкодою для реалізації цієї норми на практиці стала саме «усталеність» судової практики, яка дуже довго реагує на зміни в законодавстві, а коли йдеться про формування практики розгляду нової категорії справ, то такий процес може тривати роками. Слід також звернути увагу, що оскільки цивільний процес має змагальний

характер, то власно від дій зацікавленої сторони, взагалі залежить чи виникне питання про зміну договору в площині судової діяльності при розгляді конкретної справи. З врахуванням тенденції до падіння загального професійного рівня представників, які надають правову допомогу в суді, неважко зробити виносок про те, що більшість перешкод на реалізації вказаної новели цивільного законодавства мають суб'єктивний характер, та більш пов'язані з небажанням правозастостувачів виробляти та відпрацьовувати цій механізм. Слід зауважити, що серед двадцяти проаналізованих автором цивільних справ, що знаходяться в провадженні Малиновського районного суду м. Одеси в жодному випадку не порушувалося питання про зміну умов договору через істотну зміну обставин, хоча в трьох випадках було порушено питання про розірвання договору за цієї ж підставою. Такий попередній аналіз насправді відображає загальну тенденцію, яка характерна для цієї категорії справ – лише в окремих випадках учасник намагається захистити свої права та законні інтереси способом та порядку який буде відповідати специфіки виниклих між сторонами економічних та правових правовідносин.

Оскільки рішення суду в випадку зміни умов договору стає підставою для зміни змісту зобов'язань, а економічно повинно сбалансувати інтереси учасників провадження, існує нагальна потреба в розробці механізму зміни договору з істотною зміною обставин в судовому порядку.

Желіховська Юлія Віталіївна
здобувач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ВЖИТТЯ ЗАХОДІВ ЩОДО ОХОРОНИ СПАДКОВОГО МАЙНА

Метою вжиття заходів до охорони спадкового майна є забезпечення його збереження, а також запобігання можливому його псуванню, загибелі чи розкраданню.

Згідно Цивільного кодексу України охорона спадкового майна здійснюється в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів та кредиторів спадкодавця з метою збереження його до прийняття спадщини спадкоємцями.[1] Між днем смерті спадкодавця і днем, коли буде встановлено всіх спадкоємців, минає певний час. На цей час й необхідно вжити заходів до охорони майна, тобто до прийняття спадщини всіма спадкоємцями, а якщо в цей термін її не прийняли, то до закінчення строку, протягом якого може бути прийнята спадщина, - шести місяців.2

Охорона спадкового майна може тривати і після закінчення шести місяців з дня відкриття спадщини, якщо до державної нотаріальної контори надійшла заява про згоду на прийняття спадщини від осіб, для яких право спадкоємства виникає в разі неприйняття спадщини іншими спадкоємцями. Тоді відповідно до ЦКУ такі особи приймають спадщину протягом строку, що залишився для прийняття спадщини, а якщо цей строк є меншим від трьох місяців, то він продовжується до трьох місяців.3

Звідси випливає висновок, що охорона спадкового майна може тривати понад шість місяців у випадках спадкової трансмісії, 4спадкування за законом після відмови від спадщини спадкоємців за заповітом,5 а також при спадкуванні спадкоємців другої черги в разі неприйняття спадщини або відмови від неї спадкоємців першої черги.

[1] П.1ст.1283 Цивільного кодексу України
[2] Інструкція про порядок вчиненення нотаріальних дій нотаріусами України
[3] ст. 549 Цивільного кодексу України
[4] ст. 551 Цивільного Кодексу України
[5] ст. 553 Цивільного Кодексу України

Право на вжиття заходів до охорони спадкового майна мають державні нотаріальні контори, посадові особи виконкомів місцевих рад, консульські установи. Приватний нотаріус не має права вчиняти цю нотаріальну дію.

Вживаються заходи до охорони спадкового майна за місцем відкриття спадщини, тобто за останнім, постійним місцем проживання спадкодавця, а якщо воно невідоме, то за місцем знаходження майна чи основної його частини.

Нотаріальне провадження щодо вжиття заходів до охорони спадкового майна порушується за повідомленням підприємств, установ, організацій, громадян. Цих заходів може бути вжито і з ініціативи самого нотаріуса, якщо йому стало відомо про залишене без нагляду майно померлого громадянина.

Якщо ж майно спадкоємця знаходиться не за місцем відкриття спадщини, то нотаріус чи посадова особа виконкому за місцем відкриття спадщини направляють доручення державному нотаріусові чи посадовій особі виконкому за місцезнаходженням майна про вжиття заходів до охорони спадкового майна1. Державний нотаріус чи посадова особа, які вчинили цю дію за місцезнаходженням майна, повідомляють про вжиті заходи державного нотаріуса чи посадову особу виконкому за місцем відкриття спадщини.

Провадження щодо вжиття заходів до охорони спадкового майна може порушуватися як за письмовою, так і за усною заявою. Якщо спадкоємці, які прийняли спадщину, не заявляють про необхідність вжиття заходів до охорони спадкового майна, то відпадає необхідність у вжитті таких заходів, незважаючи на те, що заява про це надійшла від установи чи організації.

Державний нотаріус, який одержав від спадкоємців повідомлення про відкриття спадщини, зобов'язаний повідомити про це тих спадкоємців, місце проживання або роботи яких йому відоме. Нотаріус має право зробити виклик спадкоємців публічним оголошенням або повідомленням про це у пресі, хоча на практиці це трапляється досить рідко.

Протягом шести місяців за місцем відкриття спадщини нотаріус приймає і претензії від кредиторів спадкодавця. Претензії подаються в письмовій формі та приймаються нотаріусом незалежно від строку настання права вимоги. Про таку претензію нотаріус повідомляє спадкоємців, які прийняли спадщину.

Дії по охороні спадкового майна слід вчинити якомога скоріше після одержання повідомлення про смерть громадянина, бажано наступного дня після надходження доручення або заяви про наявність спадкового майна чи основної його частини. Заходи до охорони спадкового майна припиняє державний нотаріус або посадова особа виконкому місцевої ради, які вживали їх.2 Якщо місце відкриття спадщини і місце вжиття заходів з охорони спадкового майна не збігаються, то про припинення охорони майна спершу попереджається державний нотаріус за місцем відкриття спадщини. Державний нотаріус за місцем відкриття спадщини попередньо повідомляє спадкоємців, а в разі переходу майна за правом спадкоємства державі - відповідні фінансові органи.

Трапляються випадки, коли нотаріуса не допускають до проведення опису майна. В такому разі нотаріус складає про це акт і роз'яснює спадкоємцям, що вони можуть звернутися до суду про розподіл спадкового майна.

Якщо нотаріус з'явився для опису майна і при цьому встановив, що воно було вивезене до його приходу, він складає акт і повідомляє про це заінтересованих осіб.3 Коли ж майно було вивезене особами, які не є спадкоємцями, то нотаріус теж складає акт і надсилає всі матеріали до райфінвідділу і прокуратури, якщо майно має перейти у власність держави.

Вжиття заходів з охорони спадкового майна починається з його опису, що провадиться за участю заінтересованих осіб, якщо вони бажають бути присутніми при цьому, а також не менш як двох понятих. Понятими можуть бути будь-які сторонні особи.

---

[1] Нотаріат в Україні:Навчальний посібник/ За ред..Ю.В.Нікітіна.-К.:КНТ, 2007.-268С.
[2] Нотаріат в Україні:Навчальний посібник/ За ред..Ю.В.Нікітіна.-К.:КНТ, 2007.-268С.
[3] Спадкування: за законом і за заповітом.-К.: Видавець Фурса С.Я., 2005. – 17С.

Акт опису складається щонайменше в трьох примірниках. Один примірник видається громадянинові, який прийняв майно на зберігання; другий - надсилається до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини, якщо місцезнаходження майна не збігається з місцем відкриття спадщини; третій - залишається у справах нотаріальної контори, яка вжила заходи до охорони спадкового майна.1 Усі примірники підписуються державним нотаріусом, заінтересованими особами, понятими та особою, якій спадкове майно передано на зберігання.

Акт опису повинен мати певні реквізити. У ньому зазначаються: дата надходження доручення або заяви про вжиття заходів до охорони спадкового майна; дата проведення опису; прізвище, ім'я, по батькові спадкодавця і час його смерті; місцезнаходження майна, що описується; чи було опечатано приміщення до прибуття державного нотаріуса і ким; чи не було порушено пломби або печатки.

Далі акт опису містить детальну характеристику та оцінку кожного з перелічених в акті предметів і відсоток зносу. При цьому нотаріус повинен зазначити в описі характерні ознаки кожної речі (назва, розмір, номер, рік випуску, фабрично-заводська марка, колір, сорт і т. ін.), щоб описану річ не можна було підмінити.

Оцінка описаних предметів провадиться державним нотаріусом та особами, які брали участь в описові спадкового майна, з урахуванням їх зносу. В разі незгоди з оцінкою спадкоємці мають право запросити спеціаліста - оцінювача та оплатити його працю.

До акта опису включається все майно, яке знаходиться в будинку чи квартирі спадкодавця. Якщо окремі громадяни заявляють про належність їм певних речей, то їхня заява заноситься до акта опису і їм роз'яснюється право звернутися до суду з позовною заявою про виключення майна з опису.

Якщо проведення опису переривається або триває кілька днів, то приміщення щоразу опечатується, а в акті робиться запис про причини й час припинення опису та його відновлення, а також про стан пломб і печаток під час наступного розпечатування приміщення. На кожній сторінці акта опису підводиться підсумок кількості речей та їхньої вартості, а після закінчення опису - загальний підсумок кількості речей та їхньої вартості. Наприкінці акта зазначаються прізвище, ім'я, по батькові, рік народження особи, якій передається майно на зберігання, а також найменування документа, що посвідчує її особу, номер, дата видачі, найменування установи, яка видала цей документ, та місце проживання цієї особи.

Як правило, майно, для якого не встановлено особливого порядку зберігання, передається одному з присутніх спадкоємців, а якщо спадкоємців на місці немає, то нотаріус може передати на зберігання спадкове майно сторонній особі або представникові житлово-експлуатаційної організації.

Якщо майно потребує управління - а це може бути жилий будинок, квартира, худоба тощо, а також тоді, коли кредитори спадкодавця пред'явили претензії до прийняття спадкоємцями спадщини, державний нотаріус призначає храни-теля майна, про що виносить постанову.

Державний нотаріус попереджає хранителя та інших осіб, яким передано майно на зберігання, про кримінальну відповідальність за 2в разі розтрати або утаювання цього майна, а також про матеріальну відповідальність за заподіяну шкоду. Про зроблене попередження від цих осіб береться підписка, яка може бути вчинена на акті опису спадкового майна чи на постанові про призначення хранителя спадкового майна. Для деяких видів спадкового майна встановлено особливий порядок його зберігання.3

Якщо до спадкового майна входять грошові суми та цінні папери, то на прохання спадкоємців чи інших заінтересованих осіб, за окремим описом не пізніше наступного після проведення опису дня вони здаються в депозит державної нотаріальної контори. На депозиті

---

[1] Спадкове право:Нотаріат. Адвокатура.Суд.:К.-2007, 491С.
[2] ст. 182 Кримінального Кодексу України
[3] Спадкове право:Нотаріат. Адвокатура.Суд.:К.-2007, 482С.

вони знаходяться до видачі спадкоємцям або до передачі відповідному фінансовому органові, якщо спадщина переходить державі. Зберігання спадкового майна в депозиті державної нотаріальної контори здійснюється за рахунок спадкоємців або інших заінтересованих осіб.1

Срібло й монетарні метали (золото й метали іридієво-платинової групи) в будь-якому вигляді та стані, іноземна валюта і виражені в іноземній валюті або монетарних металах платіжні документи та інші цінні папери (акції, облігації, купони до них, векселі, боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати та ін.), вироби зі срібла і монетарних металів, коштовного каміння, а також коштовне каміння і перли на прохання спадкоємців чи інших заінтересованих осіб здаються не пізніше наступного після проведення опису дня на зберігання до відповідної банківської установи. Зберігання цього спадкового майна у банку також здійснюється за рахунок спадкоємців або інших заінтересованих осіб.2

Якщо в складі описаного майна є цінні рукописи, літературні праці, листи, що мають історичне або наукове значення, то ці документи за окремим описом здаються на відповідальне зберігання спадкоємцям чи іншим заінтересованим особам або можуть бути передані на зберігання відповідним установам. Це можуть бути інститути, музеї тощо. Якщо такої можливості у нотаріуса немає, то він опечатує документи або сховище з документами.

Виявлені у складі майна померлого вибухові речовини і засоби вибуху, боєприпаси, зброя, спеціальні засоби самооборони, заряджені речовинами сльозоточивої та дратівної дії (йдеться про газові пістолети, револьвери і патрони до них) здаються органам внутрішніх справ за окремим описом.3

Якщо у складі спадкового майна є об'єкти, що знаходяться на державному обліку як пам'ятки історії та культури, то державний нотаріус повідомляє про це у відповідні органи охорони пам'яток історії та культури.4

У разі виявлення серед спадкового майна харчових продуктів державний нотаріус передає їх спадкоємцям. Але якщо опис провадиться без участі спадкоємців, то продукти довгострокового терміну зберігання передаються відповідним організаціям для реалізації. Така передача провадиться за окремим актом, що його підписують державний нотаріус, поняті, спадкоємці або представник організації, якій передано продукти для реалізації.5

Під час опису можуть бути виявлені речі, які в зв'язку зі зносом втратили цінність. Такі випадки особливо часто трапляються при вжитті заходів до охорони спадкового майна громадян, померлих у будинках для престарілих чи інвалідів. У такій ситуації державний нотаріус за згодою спадкоємців або фінансового органу, коли опис провадиться без участі спадкоємців, не включає до акта опису цих речей, а за окремим описом передає їх для знищення або на заготівельну базу утильсировини.6

Аналізуючи яскраві промови видатних дореволюційних юристів, можна з впевненістю сказати, що така процедура як охорона спадкового майна існували і в минулому. Так, аналізу промови А.Ф.Коні у справі, у якій було підроблено духовний заповіт, можна зробити висновок, що за тодішнім законодавством на поліцію покладався обов'язок охороняти майно померлого з дня смерті спадкодавця.7

Отже, в будь – який час право власності потребує охорони як з боку держави, так і з боку уповноважених її представників, які повинні вчасно вживати заходів до охорони прав спадкодавця та належних спадкоємців.

---

[1] Спадкове право:Нотаріат. Адвокатура.Суд.:К.-2007, 489С.

[2] Фурса С.Я., Фурса Є.І. Спадкове право:Теорія і практика:Навчальний посібник. – К.:АТІКА, 2002, 482С.

[3] Положення про порядок продажу, придбання, реєстрації, обліку і застосування спеціальних засобів самооборони, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівливої дії, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 7 лютого 1993 року №706//ЗП.-1994-№1.-с.17

[4] Спадкування: за законом і за заповітом.-К.: Видавець Фурса С.Я., 2005. – 20с.

[5] Спадкове право:Нотаріат. Адвокатура.Суд.:К.-2007, 491С.

[6] Фурса С.Я., Фурса Є.І. Спадкове право:Теорія і практика:Навчальний посібник. – К.:АТІКА, 2002, 483С.

[7] Кони А.Ф. Избранные произведения/ Состав.Е.М. Ворожейкин. – Т.1.-М.: Гос.изд. юридической литературы, 1958-С.446-447

Жилінкова Олена В'ячеславівна
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна,
Харків, Україна

РОЗПОРЯДЖАННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ НА СЛУЖБОВІ ТВОРИ

Видам договорів, за допомогою яких здійснюється розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, присвячена ст. 1107 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Однак, ця стаття не містить прямої вказівки на будь-які договори, які опосередковують створення та використання службових творів.

Особливості порядку створення та використання таких творів передбачені двома нормами цивільного законодавства: ст. 429 ЦК України та ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі – Закон). Однак, зміст цих статей викликає багато питань як на практиці, так і в теорії авторського права. Це обумовлене тим, що зміст ст. 16 Закону суперечить змісту ст. 429 ЦК України (в частині визначення суб'єкта, якому належать майнові та особисті немайнові авторські права);

1. В абсолютній більшості випадків предметом авторських договорів стають лише майнові авторські права на твори, тоді як особисті авторські права є такими, що не можуть бути предметом договору. Це обумовлено загальним правилом, відповідно до якого особисті немайнові права інтелектуальної власності є такими, що не відчужуються (ч. 2 ст. 14 Закону). Таке правило діє і стосовно службових творів. Однак, у ситуації із службовими творами має місце виключення, яке вперше закріплено в законодавстві України. Так, в ч. 1 ст. 429 ЦК України прямо зазначається, що у випадках, передбачених законом, окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт можуть належати юридичній або фізичній особі, де або в якої працює працівник.

Ця законодавча новела викликала неоднозначну реакцію в юридичній літературі. Так, зустрічається думка, що застосування ч. 1 ст. 429 ЦК України до переліку особистих авторських прав, передбачених законодавством «не вбачається можливим» [1, с. 64]. Можна припустити, що ця позиція заснована на положеннях Бернської конвенції, яка закріплює правило про неможливість відчуження немайнових прав на твори мистецтва.

Деякі автори визнають можливість належності особистих авторських прав не лише авторові твору, а й, наприклад, спадкоємцям та творчим спілкам [2, с. 245]. Така точка зору зустрічається в юридичній літературі не зважаючи на пряму вказівку законодавця про неможливість переходу особистих немайнових прав автора у спадщину (ч. 1 ст. 29 Закону).

Однак, заслуговує на увагу інша думка. Здається, що особисте авторське право, яке дійсно може належати роботодавцеві – це право на оприлюднення. Це – особисте авторське право, яке може безпосередньо впливати на майнові права суб'єктів авторського права. На це звертає увагу С.А. Сударіков: якщо припустити, що автор службового твору наділений правом на оприлюднення службового твору, то роботодавець не зможе оприлюднити цей твір без згоди автора. З тих чи інших підстав автор може відмовитись оприлюднювати службовий твір. В такому випадку наділення роботодавця майновими правами виявляється чисто формальним та залежним від бажання або небажання автора. Для того, щоб норми відносно службових творів не були декларативними, вони повинні доповнюватися забороною автору службового твору перешкоджати оприлюдненню твору роботодавцем. Відсутність такої норми призводить до очевидної колізії між майновими правами роботодавця та правом автора на оприлюднення службового твору [3, с. 119-120].

З такими ствердженнями необхідно цілком погодитись. Напевно, законодавець намагався передбачити саме такі ситуації впливу особистих авторських прав на майнові, та попередити

ситуації, коли економічні та правові відносини будуть «паралізовані» внаслідок категоричного ставлення до особистих немайнових авторських прав.

Однак, для захисту авторів, які працюють відповідно до трудового договору, в законодавстві необхідно вказати на певні обмеження щодо належності особистих прав роботодавцям.

2. Відповідно до ч.2 ст. 16 Закону виключне майнове право на службовий твір належить роботодавцю, якщо інше не передбачено трудовим договором (контрактом) та (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем. Однак у ч. 2 ст. 429 ЦК України міститься нова норма, згідно з якою майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором. Як справедливо зазначає О. Новолаєва, ця норма покращує положення автора, до того ж вирішується питання про долю майнових авторських прав при ліквідації роботодавця [4].

Дійсно, закріплення більш гнучкого порядку регулювання відносин між автором службового твору та роботодавцем обумовлює актуальність укладення договорів, які можуть застосовуватись в процесі створення та використання службових творів.

Однак, зустрічається думка, що в ст. 429 ЦК України передбачено загальну норму стосовно всіх об'єктів права інтелектуальної власності, тоді як в Законі міститься спеціальна норма щодо об'єктів саме авторського права [5, с. 16]. Із такою позицією неможна погодитись з наступних підстав.

В ч. 3 ст. 429 ЦК України зазначається, що особливості здійснення майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, можуть бути встановлені законом. Однак, зміст ст. 16 Закону не можна розуміти як «особливий» порядок здійснення майнових авторських прав. За своєю структурою норми двох законів, що аналізуються, є однаковими, та такими, що закріплюють певне «самостійне» правило. Ст. 16 Закону не уточнює положення ст. 429 ЦК, а встановлює інший порядок врегулювання відповідних відносин.

Тобто, вбачається очевидною наявність колізії законодавства – закріплення в двох нормах різних законодавчих актів однієї галузі фактично протилежних правил регулювання певного виду відносин. А в такому разі пріоритет в застосуванні спірних норм має той акт цивільного законодавства, який набрав чинності пізніше – ЦК України (темпоральна колізія).

Норма, передбачена ЦК України, закріплює абсолютно новий, більш гнучкий підхід до визначення суб'єкта, якому належать майнові авторські права на службовий твір. Таким чином, наявність в законодавстві норм, які передбачають той чи інший порядок створення службових творів та розпорядження авторськими правами на них не звільняє від необхідності регулювати всі відносини в сфері авторського права за допомогою цивільно-правових договорів.

Використані джерела:

1. *Право інтелектуальної власності: Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / За заг. ред. М.В. Паладія, Н.М. Мироненко, В.О. Жарова. – К.: Парламентське від-во, 2006.*
2. *Право інтелектуальної власності: Академ. курс: Підручник для студентів вищіх навч. закладів / за ред. О.А. Підопригори, О.Д. Святоцького. – 2-е вид., переробл. та допов. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2002.*
3. *Судариков С.А. Интеллектуальная собственность / С.А. Судариков. – М. 2007.*
4. *Новолаева Е. Права на служебные произведения // Юридическая практика http://www.yurpractika.com/article.php?id=10004047 від 25.09.2006р.*
5. *Ярема А.Г. та ін. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: (В 4 т.) / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. – Т.2. – К., 2004.*

Зайцева–Калаур Інна В'ячеславівна
викладач кафедри інтелектуальної власності юридичного факультету
Тернопільського національного економічного університету,
аспірант Хмельницького університету управління і права,
Тернопіль, Україна

ПЛАГІАТ ЯК ВИД ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ В ДІЯЛЬНОСТІ ЗАСОБІВ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Події останніх десятиліть наглядно довели, що засоби масової інформації (ЗМІ) стали важливою ланкою суспільного життя, оскільки активно впливають на формування суспільної думки. Їхня діяльність нерозривно пов'язана із створенням та використання результатів художньої й літературної творчості, які охороняються в рамках права інтелектуальної власності. Проте стан сучасного законодавства не дозволяє належним чином вирішити всіх питань охорони прав ЗМІ в сфері інтелектуальної власності. Основною причиною цьому є безперервний розвитком сучасних інформаційно-телекомунікаційних систем та цифрових технологій, які не тільки відкривають для засобів масової інформації нові можливості надання інформаційних послуг, але і підвищують ризик незаконного використання результатів їх інтелектуальної праці.

Актуальні проблеми взаємовідносин творчого та правового аспектів діяльності ЗМІ розглянуті у працях К. Афанасьєвої, А. Єрмакової, В. Ситцевого, М. Невської, А. Сергєєва.

Одним із мало досліджених у юридичній літературі є питання забезпечення надійного й ефективного захисту прав інтелектуальної власності від піратства та плагіату. [3].

В умовах різкого збільшення кількості джерел інформації стрімко зросла конкуренція між ЗМІ, яка обумовлює необхідність оперативного подання зібраних матеріалів. В результаті цього звичним явищем стало запозичення виданнями авторських матеріалів своїх колег без достатніх правових підстав. Таке явище в юридичній літературі іменують «плагіатом».

Плагіат – недозволене запозичення, відтворення чужого літературного, художнього або наукового твору (чи його частини) під своїм іменем або псевдонімом, не сумісне як з творчою діяльністю, так і з нормами моралі та закону, що охороняє авторське право [4]. Найбільша кількість фактів плагіату спостерігається у щоденному процесі подання інформації. Це явище незаконного запозичення частіше відслідковується у діяльності «малих» регіональних видавництв, котрі використовують твори (матеріали) добре відомих широкомасштабних друкованих ЗМІ як свої власні [5].

Саме у журналістиці випадки привласнення чужих матеріалів часто залишається непоміченим. Причин є декілька: велика кількість джерел інформації, самих ЗМІ, розкиданість творів у періодиці, а також зубожілі моральні якості окремих суб'єктів діяльності ЗМІ. Усім цим причинам передує відсутність реального правового регулювання проблеми.

Плагіат сучасним законодавством визначено як один із видів порушень авторського права. Він проявляється у дослівному копіюванні авторського тексту. Часткова його зміна чи доповнення ускладнює процес захисту авторських прав, оскільки порушник привласнює не форму вираження авторського матеріалу, а його зміст, який відповідно до положень вітчизняного законодавства авторським правом не охороняється. Тому на практиці проблемою залишається доведення самого факту порушення.

Як один із способів розв'язання проблемі плагіату, дослідниками запропоновано на законодавчому рівні продиференціювати газетно-журнальні матеріали на три групи та визначити умови їхнього передрукування. Першу групу складатимуть чисто інформаційні матеріали, що міститимуть повідомлення про ті чи інші події, які можуть передруковуватися без обмежень. Другу групу складатимуть нариси, репортажі, інтерв'ю і т.д., які можуть передруковуватися зі згоди редакції, яка вперше їх надрукувала за відсутності заборони на

передрукування самим автора. Художні твори, теоретичні дослідження включені у третю групу матеріалів. Вони друкуватимуться вперше на основі авторського договору, однією із умов якого визначатиметься право автора передавати твір іншій редакції після спливу певного часу. [6].

З нашого погляду, такий підхід до вирішення проблеми плагіату хоч і заслуговує уваги, проте не є довершеним, оскільки на практиці не завжди можна встановити чітке розмежування тих чи інших матеріалів.

Використані джерела:

1. *Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 11 липня 2001р. ВВР, 2001, № 43.*
2. *Закон України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» від 16 листопада 1992р. ВВР, 1992, № 6.*
3. *Базилевич В.Д. Інтелектуальна власність : Підручник.- 2-ге вид., стер.- К.: Знання, 2008.- с.486-487.*
4. *Інтелектуальна власність: словник- довідник / За заг. ред.О.Д. Святоцького.- У 2-х т.6 Том 1. Авторське право і суміжні права / За ред. О.Д.Святоцького, В.С.Дроб'язка.- Уклад. В.С. Дроб'язко, Р.В. Дроб'язко.- К.: Видавничий Дім « Ін юре», 2000.- 356с.*
5. *Ермакова А.Р. Право интеллектуальной собственности в сфере периодической печати.- СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002.- 323с.*
6. *Чертков Л.В. Авторское право в периодической печати. М.; 1989 С.46-47.*

Захарченко Ярослав Віталійович
студент 4-го курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ОКРЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ДОГОВОРУ РЕНТИ

Відсутністю усталеної судової практики і традицій правового регулювання рентних правовідносин на практиці вимагає всебічного цивільно-правового аналізу з метою уникнення правових колізій і належного вирішення проблем застосування. У своїй роботі особливу увагу приділено саме дослідженню: місця договору ренти серед інших цивільно-правових договорів, моменту укладенню договору, а також рента - як ризиковий договір.

Договірні відносини виникають на підставі укладення договору ренти (ст.731 ЦК). Його правовому врегулюванню присвячується окрема глава 56 (Рента). Її розміщено в Підрозділі І (Договірні зобов'язання), Розділі ІІІ (Окремі види зобов'язань), Книзі V (Зобов'язальне право).

Разом з тим, виділення в ЦК України спеціальної глави під договір ренти ще не в повній мірі свідчить про те, що він носить самостійний юридичний характер. Адже субсидіарне застосування до нього правил ст. 734 ЦК України переконує, що він має багато спільного з договорами купівлі-продажу, дарування, а також із договором відсоткової позики про, що не згадується в законодавстві, але не раз згадувалося в науковій літературі. [1; с.102].

В юридичній літературі Брагінським М.І. відмічалося, що договір ренти і договір довічного утримання співвідносяться між собою як рід і вид. До речі, наш законодавець максимально підкреслив дану спорідненість у ст. 737 ЦК України за якою передбачається можливість встановлення ренти у формі надання послуг. [2; с.618]. М.Бару вбачав відмінність між купівлею-продажем і договором довічного утримання у «тому, на що спрямований кожен з договорів; для одного з них - це отримання майна у власність, а для іншого - матеріальна допомога стороні її контрагентом... Договір довічного утримання цим тільки починається».

Отже, вказане свідчить про відмінну від купівлі-продажу спрямованість договору ренти на досягнення мети і належність рентного договору до договорів на надання послуг, а не на передачу майна[3; с.47].

Важливо також дослідити момент з якого договір ренти вважається укладеним. Для цього звернемо для початку увагу на те, що погодження істотних умов договору ренти на практиці відбувається в процесі певної процедури, що й іменується порядком укладення договору [4; с.365-369]. Зміст даного порядку складають загальні правила про оферту й акцепт (п. 2 ст. 670 ЦК). Оферентом при укладенні договору ренти вважається особа, що запропонувала укласти договір на певних умовах, а акцептантом - особа, що дала позитивну відповідь на оферту. У відповідності до ст. 673 ЦК оферта повинна містити в собі всі істотні умови договору.

Інший не менш важливий момент, це те, що здійснення передачі майна є обов'язковою умовою укладення даного договору, оскільки вона служить засобом підтвердження дійсності домовленості його сторін [5; с.12]. Передачею й прийняттям майна прямим чином підтверджуються спільний намір сторін договору ренти укласти договір на певних умовах. У цьому смислі, передача й прийняття майна на стадії укладення договору ренти завжди обумовлюються саме умовами домовленості про виплату ренти, а не якою не будь іншою домовленістю чи обставиною. Крім того, завдяки передачі майна на стадії укладення договору забезпечується охорона інтересів економічно слабкої сторони в договорі ренти (одержувача ренти), оскільки цей договір ґрунтується на довірі, яка в момент його укладення проявляється в тому, що майно відчужується сьогодні, а зустрічне надання у вигляді ренти буде надаватися в майбутньому. При такого роду тривалих правовідносинах контрагенти мають завбачливо віднестися до вибору контрагента.

За умовами укладення договору ренти майно під виплату ренти має передаватися у власність платнику ренти. За загальним правилом (ст. 334 ЦК) під передачею права власності на майно розуміється вручення його набувачеві. Про те, у п. 3 цієї ж статті робиться із цього правила виключення так, як право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає в набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним. Якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності в набувача виникає з моменту такої реєстрації. Договір ренти завжди підлягає нотаріальному посвідченню (п. 1 ст. 732 ЦК), а договір про передачу нерухомого майна під виплату ренти підлягає також державній реєстрації (п. 2 ст. 732 ЦК).

Таким чином, право власності на рухоме майно, що відчужується під виплату ренти переходить у момент нотаріального посвідчення договору ренти, а на нерухоме майно в момент його державної реєстрації. Тобто, передача майна як юридичний факт при передачі рухомого майна під виплату ренти є сформованим у момент нотаріального посвідчення договору ренти, а при передачі нерухомого майна в момент його державної реєстрації. Відповідно, у ці моменти й відбувається завершення формування юридичного складу договору ренти.

Тепер розглянемо ренту - як ризиковий договір. У договорі ренти факт переходу права власності на майно обумовлений наданням зустрічного задоволення, що визначає сплатний його характер. Для ренти, однак, притаманна невизначеність загальної суми зустрічного надання в рахунок оплати відчужуваного майна на момент укладення договору, що істотно відрізняє його від інших договорів наведеної вище групи. Особливість змісту зустрічного надання за договором ренти полягає у погодженні тільки суми періодичного платежу, виплата котрого має здійснюватися протягом життя відчужувача, сукупність яких (фактичних платежів) визнається загальним еквівалентом зустрічного надання. На момент укладення договору ренти сторони не можуть прорахувати загальну вартість зустрічного задоволення, яке надається взамін відчужуваного майна (первинного надання). У цьому контексті рента стоїть немов би осторонь, поєднуючи у собі натуральну (довічне утримання) і грошову (довічна або постійна рента) форму зустрічного задоволення, що дає можливість з

інших позицій підійти до визначення якісної характеристики предмета цього договору [6; с.206].

Таким чином, невизначеність загальної суми рентних платежів, які підлягають сплаті до настання невідомої у часі події, є підставою для визнання договорів довічної ренти (сплатної і безоплатної) ризиковими.

Використані джерела:

1. *Райхер. В.К. Общественно-исторические типы страхования. - М.: Гос. юриздат, 1947. - 307 с.*
2. *Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. М.: Статут, 2000. Кн. 2. С.618.*
3. *Бару М.И. Договорное обязательство о содержании // Уч. зап. Харьковского юрид. ин-та. - Вып. 3. - Харьков, 1948;*
4. *Гражданское право Украины: Учебник для вузов системы МВД Украины: В 2-х частях. / Под ред. . Пушкина А.А. Самойленко В.М. - Х.: Основа, 1996. - Ч.1. - 440с.*
5. *Бервено С.М. Цивільно-правова характеристика укладення договору // ПіПідприємництво, господарство і право. -Київ . 2006 р. №4. –С. 10-14.*
6. *Яргина Е.А. Договор ренты // Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. - Вып. 5; Под ред. В.В.Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. - М., 2002.*
7. *Бару М.И. Вказ. праця. - С. 25-54.*
8. *Иоффе О.С. Обязательственное право. - М., 1975. - С. 295.*

Заярний Олег Анатолійович
аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПІДСТАВИ РОЗМЕЖУВАННЯ ОПЕРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКИХ САНКЦІЙ І ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

В науці господарського права вже тривалий час існує дискусія, предметом якої є характер співвідношення оперативно-господарських санкцій з іншими заходами юридичного впливу. Актуальність проблеми, що розглядається, обумовлена теоретичними і практичними розбіжностями, які виникають у процесі застосування оперативно-господарських санкцій і заходів господарсько-правової відповідальності. Підвищення рівня теоретичного дослідження і практичної реалізації цих засобів вимагає пошуку критеріїв для розмежування заходів оперативного впливу та господарсько-правової відповідальності. Слід підкреслити, наведені проблеми були предметом розгляду в роботах багатьох вчених, зокрема, О.А. Беляневич, М.І. Клєандрова, В.А. Ойгензіхта, Б.І. Пугінського. Не дивлячись на підвищену увагу до цього питання, єдиного погляду на характер співвідношення заходів оперативного впливу та господарсько-правової відповідальності в доктрині господарського права досі не сформовано. Певною мірою причиною розбіжностей у ставленні до оперативних санкцій стала норма, передбачена у ч.2 ст.217 Господарського кодексу (далі ГК), згідно з якою ці заходи віднесені до видів господарських санкцій. Мета цього дослідження полягає у встановленні критеріїв розмежування господарсько-правової відповідальності та оперативно-господарських санкцій, в яких відображаються особливості застосування цих заходів

Підставами логічного поділу наукових понять виступають, як правило їх видові ознаки. Доктринальне розуміння господарсько-правової відповідальності дало можливість деяким науковцям сформувати групу видових ознак цього поняття: 1) юридичною підставою застосування господарсько-правової відповідальності є закон чи договір, а фактичною - господарське правопорушення, 2) дія заходів відповідальності спрямована на майнову основу чи організаційну структуру порушника, 3) суб'єктом господарсько-правової

відповідальності може бути тільки суб'єкт господарювання, застосування відповідальності за загальним правилом базується на презумпції вини боржника[1,с.385,386], 4) реалізація заходів відповідальності спрямована на стимулювання суб'єкта господарювання до належного виконання зобов'язань[2, с. 36] і компенсацію збитків завданих правопорушенням, дія заходів відповідальності є завершальним етапом механізму правового регулювання.

Комплексне дослідження оперативно-господарських санкцій дозволило науковцям виявити окремі властивості цих заходів, що сприяють їх відокремленню від господарсько-правової відповідальності. Чинне законодавство встановлює певні обмеження щодо сфери застосування оперативно-господарських санкцій. Ці заходи можуть застосовуватися у договірних відносинах за участю суб'єктів господарювання, як юридичних осіб, так і фізичних осіб підприємців. Закріплення у ГК відповідної норми, на наш погляд значно звужує сферу застосування заходів оперативного впливу. Адже договірні зобов'язання становлять лише частину відповідного інституту господарського права. Між тим, не можна виключати випадки порушення позадоговірних зобов'язань, зокрема тих, що виникають з актів органів державної влади та місцевого самоврядування. В цьому контексті договірний спосіб закріплення оперативно-господарських санкцій веде до істотного обмеження випадків застосування цих заходів виходячи з характеру господарських відносин, кола їх учасників, підстав виникнення. Незважаючи на вказану видову особливість цих заходів, на наш погляд більш точним уявляється формулювання змісту норми,передбаченої ч.2 ст.237 ГК, шляхом визначення права на застосування оперативно-господарських санкцій у законі або договорі. Однак при цьому порядок і підстави застосування оперативних заходів повинен конкретизуватися у змісті договору. Таке уточнення, на нашу думку сприятиме підвищенню ефективності реалізації оперативних санкцій і дозволить розширити сферу дії цих мір. На відміну від відповідальності заходи оперативного впливу застосовуються у односторонньому порядку без звернення до юрисдикційного органу (ч.1 ст.235 ГК), для реалізації цих засобів впливу не встановлено позовну давність, яким, як відомо, обмежене застосування господарсько-правової відповідальності, для використання управненою стороною оперативних заходів достатньо самого факту порушення зобов'язання. При цьому доведення вини не вимагається[2, с.42]. Однак, головною змістоутворюючою ознакою цих засобів впливу є їх не грошова форма. Проте, не виключається виникнення майнових наслідків в опосередкованій формі [3, с.144] через зміну структури правовідносин або послідовності їх реалізації у не вигідному для порушника напрямку[4,с.399]. Звідси слідує організаційний характер оперативно-господарських санкцій.

З наведеного слідує, що оперативні заходи діють до моменту вчинення правопорушення і виникнення збитків. Іншими словами, засоби оперативного впливу перебувають на нижчому ступені функціонування механізму правового регулювання. Враховуючи наведені ознаки заходів оперативного впливу можна вивести ще одну особливість цих мір, а саме їх не компенсаційний характер. Застосування цих заходів покликано перш за все гарантувати захист інтересів кредитора і спонукати боржника до недопущення правопорушень. Якщо, механізм дії оперативно-господарських санкцій не дав позитивного результату і суб'єкт господарювання вчинив правопорушення, в роботу вступають заходи господарсько-правової відповідальності. Завдяки структурованості і послідовності застосування заходів юридичного впливу у господарських відносинах забезпечуються правопорядок, а кожне правопорушення знаходить адекватну реакцію. Між тим, на сьогоднішній день діюче законодавство деякою мірою послідовність реалізації функцій господарсько-правової відповідальності та оперативно-господарських санкцій порушена. Постановка на законодавчому рівні в один ряд мір відповідальності і оперативно-господарських санкцій, як це зроблено у ч. 2 ст. 217 ГК, веде до змішування цих понять, зміну їх функціональних властивостей.

Підсумовуючи вище викладене пропонуємо з ч.2 ст.20 і ч.2. ст.217 ГК термін оперативно-господарські санкції виключити. Вважаємо, що розмежування понять, що розглядалися сприятиме підвищенню ефективності виконання покладених на них функцій і завдань.

Використані джерела:

1. *Вінник О. М. Господарське право: Навчальний посібник. – 2-ге вид., змін. та доп / О. М. Вінник // – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. –766 с.*
2. *Мамутов В.К. Предприятие и материальная ответственность / Мамутов В. К., Овсиенко В. В., Юдин В.Я.// – К.: Наукова думка, 1971. – 190 с.*
3. *Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях / Б. И. Пугинский // М.: Юрид. лит., 1984.- 202с.*
4. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України: 2-е вид.,перероб. і допов. / За заг. ред. Г. Л. Знаменского, В. С. Щербини; Кол. авт. : О.А. Беляневич, О. М. Винник, В. С. Щербина та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 720с.*

Звонарьова Юлія Вячеславівна
здобувач відділу проблем розвитку національного законодавства
Інституту законодавства Верховної Ради України,
Київ, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ МЕХАНІЗМУ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ В УКРАЇНІ

Ринок цінних паперів (як первинний, так і вторинний) займає важливе місце у фінансовій системі будь-якої держави. Саме у рамках фінансової системи акумулюються необхідні для фінансового забезпечення державного та муніципального управління централізовані та децентралізовані грошові фонди. Значення фінансово-правового регулювання ринку цінних паперів у сучасній фінансовій системі суспільства обумовлена досягненням світової економіки такого рівня розвитку, коли неможливо обійтися без належного, ефективного та адекватного регулювання з боку держави, особливо в надзвичайних умовах нестійкого стану, кризових явищ. Значення державного регулювання цього сегменту сучасних економік більш ніж правдиво проілюстрований сучасним станом світової економіки та наявними припущеннями про причини наявної світової фінансової кризи. Ці постулати на сьогодні сповідують навіть в державах із розвиненою ліберальною ринковою економікою, економічні доктрини (доктрини розвитку економіки) яких традиційно будувались на необхідності скорочення ролі держави у ринковій економіці, відходу держави із фінансових ринків, необхідності свободи ринку та ін. Зважаючи на сучасний стан фінансової системи, наявність кризових явищ в економіці, недорозвиненість ринку цінних паперів особливо актуальним є визначення механізму фінансово-правового регулювання обігу цінних паперів як складової фінансової системи загалом та фондового ринку зокрема.

Проблеми фінансово-правових механізмів правового регулювання обігу цінних паперів в Україні окремо не досліджувались. Певні аспекти державного контролю за цією сферою досліджувались у дисертаціях наступних авторів: Г. М. Остапович «Державний контроль на ринку цінних паперів України» (Київ, 2006). У Російській Федерації виконано декілька дисертацій на подібну тематику: К. В. Павлова «Фінансово-правове регулювання ринку цінних паперів» (Москва, 2001), К. В. Андріянова «Фінансово-правове регулювання ринку цінних паперів у Росії» (Москва, 2003), О. М. Урбанович «Фінансово-правове регулювання ринку цінних паперів у Російській Федерації» (Москва, 2006), О. М. Грищенко «Механізм адміністративно-правового регулювання ринку цінних паперів в Російській Федерації» (Москва, 2002), О. Б. Биля «Фінансово-правове регулювання випуску та обігу цінних паперів: облігація, вексель» (Москва, 2002), О. В. Зенькович «Адміністративно-правове регулювання ринку цінних паперів» (Москва, 2006). Однак результати цих дисертаційних досліджень не можуть бути використані для удосконалення механізму правового регулювання обігу цінних паперів в Україні, зважаючи на велику відмінність у

чинному законодавстві та враховуючи особливості правових систем України та Російської Федерації.

Основними проблемами фінансово-правового регулювання ринку цінних паперів є: незначне збільшення загальної капіталізації фондового ринку; високий ризик та недостатність засобів для активної поведінки національного інвестора на ринку корпоративних цінних паперів; недостатньо високий рівень професійності учасників фондових угод, який негативно впливає на організацію процесів випуску та обігу цінних паперів, недосконаліть фінансового законодавства у цій сфері.

Тісний зв'язок ринку цінних паперів у перехідний період з політичною, соціальною, економічною підсистемами держави породжує додаткові теоретичні та практичні проблеми, створює необхідність системного дослідження взаємного впливу держави та ринку цінних паперів.

Роль держави у регулюванню обігу цінних паперів зводиться до напрацювання фінансової політики та застосуванні законодавчої функції, концентрації ресурсів на меті фінансового будівництва, зокрема спрямованої на створення ринкової інфраструктури, контролю за фінансовою стійкістю та безпечністю ринку, створення системи захисту інвесторів від втрат, недопущення негативного впливу на фондовий ринок інших видів державного регулювання, попередження надмірного розвитку ринку державних цінних паперів [1, с. 392-398].

Вплив держави на ринок цінних паперів полягає у тому, що нею визначаються правові основи функціонування ринку цінних паперів, в тому числі визначення правил доступу та ліцензування діяльності на ньому. Прийняті державою рішення безпосередньо можуть мати вплив на структурні зміни в економіці, визначення тенденцій розвитку ділової активності та ефективності бізнесу, можливість формування середнього класу (інвесторів), що безпосередньо впливає на кон'юнктуру ринку цінних паперів та біржової діяльності. Держава також здійснює фінансовий та адміністративний контроль на ринку цінних паперів .

Система фінансового управління ринком цінних паперів побудована на використанні публічно-правових та приватноправових методів правового регулювання. У зв'язку з цим специфіка правового режиму ринку цінних паперів як інституту особливої частини фінансового права проявляється також у поєднанні імперативного та диспозитивного. Для напрацювання належного механізму фінансово-правового регулювання ринку цінних паперів необхідно врахувати його соціальну функцію у перехідний період становлення держави із ринково орієнтованою економікою та її роль у формуванні соціальної системи, а також економічну функцію у період зміни ступеня відкритості та структурної перебудови економіки [2, с. 76].

Принципами фінансово-правового регулювання ринку цінних паперів слід визнати наступні: встановлення процедур поширення інформації про учасників ринку – емітентів, великих інвесторів, професійних учасників; забезпечення конкуренції як механізм об'єктивного підвищення якості розподілу повноважень між регулюючими органами. забезпечення гласності регулювання (наприклад, широке публічне обговорення шляхів вирішення проблем розвитку ринку цінних паперів); забезпечення принципу спадковості системи регулювання ринку цінних паперів, що має вже певну історію та традиції; поєднання державного регулювання із саморегулюванням через оптимальний розподіл функцій регулювання ринку цінних паперів між державними та недержавними органами управління та ряд інших.

Актуальним є вирішення питань ліцензування професійної діяльності на ринку цінних паперів, здійснення державного нагляду у сфері обігу емісійних цінних паперів та недержавного регулювання професійної діяльності на ринку цінних паперів.

Використані джерела:

1. *Бабиньян Г. А. Рынок ценных бумаг: проблемы структурно-институционального анализа / Г. А. Бабиньян. — М., 2005.*
2. *Ручкин П. А. Экономика рынка ценных бумаг: Учебное пособие / П. А. Ручкин. — М., 2003.*

Зеленовский Егор Александрович
студент 5-го курса юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ОГРАНИЧЕНИЯ И ОБРЕМЕНЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ: ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Влияние ограничения и обременения права собственности на реализацию субъективного права порождает необходимость исследования сущности и правовой природы данных категорий, в том числе и с точки зрения установления пределов ограничения и обременения права собственности.

Исследование ограничений и обременений должно основываться, на наш взгляд, на отрицании их тождественности. Вместе с тем на этот счет имеются иные точки зрения. Одни авторы настаивают на их сходстве либо существовании лишь условных различий, основывая такую точку зрения на имеющихся различиях в самих терминах, но никак не в правовых свойствах. Другие считают, что эти правовые категории являются синонимичными и различаются лишь лексически, а именно: права могут быть ограниченны, а имущество обременяется, либо ограничиваются субъекты прав, а объекты прав обременяются. Третьи полагают, что данные явления не могут быть одинаковыми по ряду причин, среди которых указывают и их правовую природу, и механизм действия, основания возникновения и прекращения. Основанием данной дискуссии, на наш взгляд, является отсутствие единообразного подхода к ограничениям и обременениям в их нормативном закреплении.

В гражданском законодательстве отсутствует легальное определение ограничений и обременений права собственности. Вместе с тем содержащееся в Законе Российской Федерации «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» определение названных категорий не решает данной проблемы, поскольку не предоставляет возможности их дифференциации.

Ограничения могут быть рассмотрены в качестве мер (границ) должного поведения субъекта, не порождающих самостоятельных прав.

Возможность установления ограничений права собственности имеет конституционное основание и допускается только в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц. Следствием установления ограничений неизбежно является уменьшение объема объективных прав собственника, а, равным образом, и возможности осуществления субъективных прав, как в целом, так и в отношении определенных правомочий. Установление ограничений зачастую сопряжено с установлением дополнительных обязанностей и запретов.

В случае установления ограничений затруднения и стеснения, испытываемые собственником при осуществлении субъективного права, которое ограничено, не компенсируются. Собственник не может сам установить ограничение своего права. Поэтому категория ограничений права собственности имеет публично-правовую природу и носит императивный характер.

Обременения, по нашему мнению, выступают определенным результатом осуществления субъектом гражданских прав и обязанностей. Цели и механизм установления и действия обременений зависят, как правило, от воли собственника либо иного управомоченного лица в рамках реализации своего субъективного права. Путем установления обременений права собственности реализуется закрепленная частью третьей статьи 2 Гражданского кодекса Республики Беларусь возможность участников гражданских правоотношений приобретать и осуществлять свои гражданские права своей волей и в своих интересах.

Содержание обременений, заключается в действии или бездействии обязанного субъекта. Обременения права собственности являются составной частью правомочия распоряжения и

одновременно выступают объективной стороной осуществления такого правомочия. При этом механизм действия обременений проявляется в передаче правомочий в определенном объеме третьим лицам, что существенным образом отличает их от ограничений. Так, собственник может передать имущество в залог, осуществив правомочия распоряжения с целью обеспечения обязательств; одновременно происходит установление обременения, которое заключается в возникновении прав третьих лиц на имущество собственника.

Объектом обременения может выступать как право собственности, так и конкретное имущество, в то время как ограничены могут быть вещные права или отдельные правомочия, входящие в состав того или иного вещного права.

Основанием установления обременений является договор, заключаемый собственником или иным управомоченным лицом, однако таким основанием может выступать и нормативный правовой акт, в частности, закон: в соответствии со статьей 458 Гражданского кодекса Республики Беларусь товар, проданный в кредит, признается находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем его обязанности по оплате товара.

Обременения имеют возмездную основу установления, дополнительные обязанности возникают на консенсуальной основе и могут быть взаимно направленными.

Более того, с установлением обременений собственник может преследовать цель извлечения выгоды, получения иного положительного результата. Так, в соответствии с пунктом 5 статьи 268 Гражданского кодекса Республики Беларусь собственник участка, обремененного сервитутом, вправе, если иное не предусмотрено законодательством, требовать от лиц, в интересах которых установлен сервитут, соразмерную плату за пользование участком.

Таким образом, обременения в большей степени имеют частно-правовую природу и носят диспозитивный характер.

С учетом сказанного пределами обременения собственником своего права являются общие пределы осуществления гражданских прав, и права собственности в частности, о которых речь идет в статьях 9 и 210 Гражданского кодекса Республики Беларусь.

В настоящее время отсутствует единый подход относительно определения предельности ограничений не только права собственности, но и других прав, в том числе основных прав и свобод человека и гражданина.

Вместе с тем, по нашему мнению, ограничения права собственности должны носить исключительный характер, а пределы таких ограничений должны определяться четко и недвусмысленно. Пределы ограничений права собственности должны соответствовать конституционным основаниям их введения, интересам третьих лиц и самого собственника, а также целям их введения. Публично-правовая природа ограничений должна компенсироваться существованием системой защиты прав и законных интересов субъектов гражданских правоотношений от незаконного установления ограничений, а равным образом и выходом за его пределы.

Вышеназванные обстоятельства обуславливают необходимость конкретизации в гражданском законодательстве оснований установления возможных ограничений права собственности и их пределов.

Зеліско Алла Володимирівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника,
Івано-Франківськ, Україна

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ МАЙНА ФЕРМЕРСЬКИХ ГОСПОДАРСТВ

В сучасних умовах економічної нестабільності ефективним інструментом забезпечення стабілізації та подальшого розвитку сільськогосподарської діяльності в Україні є фермерські господарства. Чинне законодавство України є не послідовним у питаннях підходів до визначення статусу фермерських господарств, що зумовило наявність у його нормах численних неузгоджень та суперечностей. Тому метою нашого дослідження є спроба на основі аналізу положень відповідних нормативно-правових актів виокремити недоліки у правовому регулюванні фермерських господарств як корпоративних юридичних осіб.

Спеціальним нормативно-правовим актом, який визначає правовий статус фермерських господарств є Закон України «Про фермерські господарства» 2003 року [1].

Відповідно до ст. 1 Закону фермерське господарство є формою підприємницької діяльності громадян із створенням юридичної особи, які виявили бажання виробляти товарну сільськогосподарську продукцію, займатися її переробкою та реалізацією з метою отримання прибутку на земельних ділянках, наданих їм для ведення фермерського господарства відповідно до закону. Виходячи з наведеної дефініції, фермерське господарство є самостійним суб'єктом права – юридичною особою приватного права.

Проте ст. 22 Закону визначає фермерське господарство як об'єкт майнових прав – цілісний майновий комплекс, що включає майно, передане до складеного капіталу, не розподілений прибуток, майнові та інші зобов'язання. З цього приводу І.М. Кучеренко зазначає, що саме така невизначеність об'єкта права власності членів фермерських господарств і є основним недоліком їх правового регулювання [2, с. 220].

Наведене дає можливість стверджувати, що фермерські господарства розглядаються законодавцем одночасно як суб'єкт та об'єкт права. Цілком очевидно, що така «подвійність» не може сприяти ефективному регулюванню їх діяльності.

Закон України «Про фермерські господарства» визначає, що майном фермерського господарства є складений капітал, порядок формування якого врегульовується у статуті.

Окремі зауваження викликає природа складеного капіталу фермерського господарства (ч. 4 ст. 1). Традиційно сукупність внесків засновників, призначених для забезпечення діяльності створеної ними юридичної особи, називають статутним капіталом [3,497]. Вказаний термін справді є характерним для юридичних осіб, які здійснюють свою діяльність на основі статуту. Чим саме зумовлене визначення капіталу фермерського господарства як складеного, є не зовсім зрозумілим. Якщо проаналізувати положення ЦК України, то термін «складений капітал» використовується законодавцем до повних та командитних товариств, які, як відомо, діють не на підставі статуту, а на основі засновницького договору. Тому доцільним буде стверджувати, що до фермерських господарств більш вдалим буде застосовувати термін «статутний капітал».

Виходячи із ч. 4 ст. 1 та ст. 19 Закону, можна зробити висновок, що законодавець ототожнює поняття майна та складеного капіталу фермерського господарства. В даному випадку слід погодитися з позицією В.М. Кравчука, який наголошує, що «статутний капітал помилково ототожнюють з усім майном (активами юридичної особи). Статутний капітал – це не майно, а джерело його утворення» [3,497].

Цікавими є норми ч. 2 ст. 20 Закону, згідно з яким майнові права, що входять до складеного капіталу фермерського господарства, передаються його на визначений у статуті термін. Законодавець не деталізує, якими критеріями визначається такий термін. Мабуть, мається на увазі строк, протягом якого буде здійснювати свою діяльність фермерське

господарство. Однак наведене припущення більше знаходиться в сфері здогадок, ніж реальних нормативних положень.

До того ж, деякі заперечення викликає передбачена в ст. 20 можливість врегулювання в статуті внесення вкладів у вигляді майнових прав до складеного капіталу фермерського господарства. Так як самої вказівки у статуті про передачу майнових прав недостатньо – необхідним є укладення окремого цивільно-правового договору.

Слід зазначити, що серед об'єктів, які можуть належати фермерському господарству у ст. 19 не вказано земельні ділянки, а лише право користування ними. Ст. 20 того ж Закону містить норму, згідно з якою у власності фермерського господарства може перебувати будь-яке майно, в тому числі земельні ділянки. На жаль, положення Закону не дають змоги з'ясувати чи є земельні ділянки внеском до складеного капіталу і які правові підстави у фермерського господарства для користування земельними ділянками, що належать на праві приватної власності його членам.

Із вказаного вище можна зробити висновок, що Закон України «Про фермерські господарства» містить непослідовні концептуальні підходи до визначення правового режиму майна фермерського господарства.

Доцільно підкреслити необхідність здійснення подальших досліджень правового регулювання діяльності фермерських господарств, зокрема, питань, пов'язаних із реалізацією членами фермерського господарства майнових та організаційних прав, пов'язаних із участю у ньому шляхом передачі майна (в тому числі земельних ділянок) чи майнових прав до складеного капіталу фермерського господарства.

Використані джерела:

1. *Про фермерські господарства: Закон України 19 червня 2003 року № 973-IV (із змінами, внесеними згідно з Законами) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 45. – Ст.363.*
2. *Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: монографія / І. М. Кучеренко. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – 328 с. – 328 с.*
3. *Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В.М. Кравчук. – К.: Істина, 2005. – 720 с.*

Зозуляк Ольга Ігорівна

старший викладач кафедри господарського та екологічного права Прикарпатського юридичного інституту Львівського державного університету внутрішніх справ України, здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України, Івано-Франківськ, Україна

ВПЛИВ ЛІЦЕНЗУВАННЯ НА ОБСЯГ ЦИВІЛЬНОЇ ПРАВОЗДАТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Новим Цивільним кодексом України (далі – ЦК), прийнятим 16 січня 2003 року реформовано багато цивільно-правових інститутів, чільне місце серед яких посідає інститут юридичної особи, зокрема, щодо визначення її правоздатності. При аналізі проблем, пов'язаних із правоздатністю юридичної особи, значної уваги заслуговує дослідження питань, що стосуються ліцензування, адже відповідно до ч. 3 ст. 91 ЦК юридична особа може здійснювати певні види діяльності, перелік яких встановлений законом, після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії). Виникає питання, яким чином ліцензування впливає на обсяг цивільних прав та обов'язків юридичної особи, вирішення якого і становитиме мету даної статті.

Ліцензування різною мірою застосовується в багатьох країнах. Для прикладу, у Чехії передбачено два види підприємництва: підприємництво за заявою та дозвільне

підприємництво. У першому випадку особа, що має бажання займатися підприємницькою діяльністю, подає заяву у відповідний державний орган. Якщо заявник відповідає всім вимогам, що висуваються законом, то, в такому випадку, він одержує дозвіл на право зайняття заявленою діяльністю. У другому випадку, особа, яка має намір займатися дозвільним підприємництвом, повинна клопотати перед відповідним підприємницьким управлінням, розташованим за місцем юридичної адреси особи, видати концесію (дозвіл) [1].

В Україні ліцензування регулюється Господарським кодексом України (далі – ГК) та Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р. № 1775-ІІІ. Так, ч.1 ст.14 ГК визначено, що ліцензування є засобом державного регулювання у сфері господарювання, спрямованим на забезпечення єдиної державної політики у цій сфері та захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства та окремих споживачів. Відповідно до ст.1 зазначеного закону ліцензія – це документ державного зразка, який засвідчує право ліцензіанта на провадження зазначеного у ньому виду господарської діяльності протягом визначеного строку за умови додержання ліцензійних умов.

Як слушно зазначається в правовій літературі, ліцензування господарської діяльності є засобом державного регулювання ринкових відносин, елементом легітимізації певних видів господарської діяльності [2, с.5-6]. Роль ліцензування проявляється тоді, коли йдеться про національну безпеку, власність, навколишнє середовище, життя та здоров'я громадян. Ліцензія одержується в особливому процесуальному порядку, який полягає в отриманні дозволу з боку держави, природа ліцензії завжди носить дозвільний характер. Основною метою ліцензування окремих видів діяльності виступає контроль за її здійсненням для забезпечення захисту важливих інтересів держави та суспільства. Не вдаючись до глибинного аналізу ліцензування як засобу державного регулювання господарської діяльності, хотілося б звернути увагу на його цивільно-правовий зміст та здатність впливати на правоздатність юридичної особи.

Треба зазначити, що у наукових колах немає єдності в поглядах на те, яким чином ліцензування впливає на правоздатність організації. На думку більшості вчених, одержання ліцензії розширює цивільну правоздатність, в той час, коли призупинення дії ліцензії чи її анулювання, навпаки, веде до обмеження правоздатності [3, с.7; 4, с. 85-86]. Інші науковці вважають одержання ліцензії додатковою правосуб'єктністю, оскільки вона розширює діяльність юридичної особи порівняно із загальною правосуб'єктністю [5, с.9].

На думку Л.В. Винара, необхідність одержання ліцензії на право займатись тією чи іншою діяльністю веде до обмеження правоздатності [6, с.14]. Подібної позиції притримується і В.В. Кудашкін, стверджуючи, що з отриманням ліцензії пов'язане виникнення в організацій спеціальної правоздатності. Автор зазначає, що правова природа повноважень, закріплених у ліцензії, полягає у тому, що вони є елементом спеціальної правоздатності юридичної особи [7, с.22-24].

Таким чином, більшість авторів вважають, що отримання ліцензії певною мірою впливає на характер правоздатності юридичної особи, розширюючи чи обмежуючи її. Проте такий зв'язок між ліцензуванням та обсягом правоздатності юридичної особи слід визнати необґрунтованим.

Ліцензія не може розширювати обсягу правоздатності, адже вона є юридичним фактом, а правоздатність юридичної особи не виникає на основі дій, спрямованих на одержання ліцензії. Ліцензія – це документ, проте правоздатність не може виникати на основі ліцензії, як документу. Правоздатність виникає на основі закону, саме законом визначається характер та обсяг останньої. Ліцензія не може бути також елементом правоздатності, адже правоздатність – абстрактна категорія, існування якої не залежить від такої умови, як ліцензія.

Ліцензія не може розширювати обсяг правоздатності, інакше правоздатність залежала б від кількості ліцензій, які одержала юридична особа від органів держави у конкретний момент часу. Така ситуація, звичайно, є неприпустимою, адже обсяг правоздатності був би

важковизначуваним, розмитим, незрозумілим, таким, що поєднує у собі кілька видів правоздатності, що, без сумніву, порушувало б нормальний і бажаний для суспільства хід цивільного обігу за участі юридичних осіб.

Вважаємо, що ліцензія не здатна обмежувати обсяг правоздатності юридичної особи, перетворюючи її на спеціальну. Так, наприклад, передумовою здійснення певних видів господарської діяльності є необхідність одержання ліцензії як фізичних, так і юридичних осіб, проте в такому випадку не йдеться про обмеження загальної правоздатності фізичних осіб, а, відтак, немає підстав стверджувати, що ліцензування може обмежити правоздатність юридичної особи, перетворити її на спеціальну.

Досліджуючи питання, пов'язані із ліцензуванням, та їх зв'язок із правоздатністю юридичної особи, необхідно зазначити, що серед видів діяльності, здійснення яких супроводжується одержанням у відповідному порядку ліцензії, можна виокремити види діяльності, які підлягають ліцензуванню, а також ліцензовані виключні види діяльності. У першому випадку ліцензування не має впливу на обсяг правоздатності юридичної особи і момент її виникнення та припинення. У тому випадку, коли йдеться про виключні ліцензовані види діяльності окремих юридичних осіб, одержання ліцензії означає отримання суб'єктивного права на здійснення їх основної діяльності в межах виключної правоздатності. Відтак, правові наслідки видачі чи анулювання ліцензії на здійснення виключної діяльності будуть виглядати іншим чином. Так, момент виникнення виключної правоздатності пов'язаний із моментом одержання ліцензії на здійснення виключного виду діяльності, і, навпаки, анулювання ліцензії веде до припинення діяльності, а, отже, - до ліквідації юридичної особи. Це, в першу чергу, стосується страхових компаній, банків та інших фінансових установ.

Таким чином, ліцензування може впливати на момент виникнення та припинення виключної правоздатності юридичних осіб, які здійснюють виключну ліцензовану діяльність, але жодною мірою не впливає на обсяг і момент виникнення та припинення правоздатності юридичних осіб, які здійснюють ті види діяльності, що підлягають ліцензуванню.

Використані джерела:

1. *Закон Чеської республіки «Про підприємництво» від 02.10.1991. Прага, 2000.*
2. *Соболь О. С. Лицензирование предпринимательской деятельности: автореф. дисс. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право, гражданский процесс, предпринимательское право, международное частное право» / О. С. Соболь. - М., 2004. – 34 с.*
3. *Тотьев К. Лицензирование по новым правилам: необходимость и перспективы реформ / К. Тотьев // Хозяйство и право.-2001.- №12.*
4. *Залесский В. В. Правоспособность юридического лица / В. В. Залесский // Право и экономика.- 1999.- № 5.*
5. *Лихотникова Е. П. Некоммерческие организации: правосубъектность и право собственности: автореф. дисс. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право, гражданский процесс, предпринимательское право, международное частное право» / Е.П. Лихотникова. - М., 2004.- 23 с.*
6. *Винар Л. В. Правовий статус юридичних осіб, заснованих державою: дис. ... канд. юрид.наук:12.00.03 / Любомир Вікторович Винар. – Львів, 2006.- 193 с.*
7. *Кудашкин В. В. Специальная правоспособность субъектов гражданского права в сфере действий общего запрета / В. В. Кудашкин // Государство и право.- 1999.-№ 11.-С. 22-24.*

Іваненко Олеся Анатолівна
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри цивільного та трудового права
ДВНК «КНЕУ ім. Вадима Гетьмана»,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ДЕПОЗИТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Стрімкий розвиток економічних відносин, який відбувався протягом останніх років, обумовив широке використання такого інституту цивільного права як банківський вклад або, як його називають в повсякденні, депозиту.

За час, як минув з моменту прийняття Цивільного кодексу України (далі - ЦК) норми, що регламентують зобов'язальні правовідносини, які випливають з депозитного договору, майже не зазнали змін. Виключення становить додана ч.4 ст.1061, нормою якої передбачено, що умова договору щодо права банку змінювати розмір процентів за строковий вклад в односторонньому порядку є нікчемною (Закон України № 661-17 від 12.12.08).

Як випливає із змісту ч.1 ст.1058 ЦКУ за зазначеним договором, сторонами якого є банк та вкладник, другий передає певну грошову суму, а банк, приймаючи її, бере на себе зобов'язання сплачувати вкладникові проценти за користування переданими коштами та повернути їх в порядку та на умовах, встановлених договором. Таким чином, істотними умовами договору депозиту можна визначити:

1) грошову суму, розмір якої повинен бути зазначений в тексті договору. Даний розмір вкладу може змінюватися протягом терміну дії договору. Зокрема, вкладник, за умови згоди банку, може збільшити або зменшити розмір, переданої ним грошової суми;

2) розмір процентів, порядок та умови їх нарахування і виплати. Сторони договору можуть узгодити, що нарахування та виплата процентів за користування грошовими коштами може здійснюватися періодично, наприклад, кожного місяця (кварталу) або наприкінці терміну дії договору, в останньому випадку, сума вкладу та сума нарахованих процентів за весь час користування коштами здійснюється банком одночасно;

На нашу думку, не зазначення в договорі розміру процентів, які нараховуються на вклад, повинно автоматично припиняти договір, якщо його вже ж таки було укладено, адже в такому випадку, правове становище сторін за даним зобов'язанням значно різниться. Так, обов'язок банку сплачувати проценти ніхто не відміняв і він як існував, так і продовжує існувати з огляду на його «передбачення» ЦКУ, однак не зазначення його розміру дає змогу банку самостійно нараховувати проценти у розмірі облікової ставки НБУ (ч.1 ст.1061 ЦКУ).

Таким чином, з урахуванням зазначеного вище, законом надано банку право самостійно, в односторонньому порядку, врегулювати договірні відносини. Але, досліджуваний нами цивільно-правовий інститут – це договір, тобто двостороння домовленість осіб, які мали добровільний намір укласти між собою у такий правочин та увійшли у дане зобов'язальне правовідношення як рівноправні його учасники. Передбачене законом право банку нараховувати проценти у розмірі подвійної облікової ставки НБУ, применшує «вигідність» становища вкладника, адже такий розмір процентів може його не влаштовувати. Причиною цього може бути, насамперед, можливість укласти договір з іншим банком на більш вигідних умовах, в тому числі, з більшою процентною ставкою за користування коштами.

На нашу думку, вбачається за доцільне урівняти права сторін договору банківського вкладу у випадку наявності такої підстави як не встановлення розміру процентів за користування банком коштами вкладника. З урахуванням цього, доцільним є доповнення § 3 глави 71 ЦКУ статтею наступного змісту:

«ст.1061 – 1. Вкладник має право в односторонньому порядку відмовитися (розірвати) від договору банківського вкладу (депозиту), якщо договором не було встановлено розмір процентів, які нараховуються банком за користування коштами вкладника.

Вкладник зобов'язаний письмово повідомити банк про свою відмову (розірвання) від договору.

Банк, протягом трьох банківських днів зобов'язаний повернути особисто або перерахувати на рахунок, зазначений вкладником, грошову суму, отриману банком за відповідним договором банківського вкладу, а також сплатити проценти за весь час користування коштами».

3) термін дії договору, тобто строк, протягом якого у вкладника існує обов'язок забезпечити банк можливістю користуватися його коштами та право отримувати за таку послугу, так звану «винагороду» - суму у вигляді нарахованих процентів. У іншої сторони – банка, протягом узгодженого сторонами строку, наявним є право вільно користуватися переданими йому коштами та кореспондуючий цьому праву обов'язок – оплатити дану «послугу» шляхом нараховування та сплати процентів на передбачених в зобов'язанні порядку та умовах.

Чинним цивільним законодавством передбачено два види вкладів (ст.1060 ЦКУ), на підставі аналізу яких можна класифікувати депозитні договори за строком їх дії на строкові та безстрокові. Перші характеризуються тим, що в тексті договору встановлено строк протягом якого між сторонами даного зобов'язання існують права та обов'язки, та зі спливом якого вкладник має право вимагати повернення вкладу, а банк зобов'язаний вчинити таку дію. Щодо безстрокового депозитного договору, то він укладається до моменту пред'явлення вимоги вкладником про повернення, переданої ним за укладеним договором, грошової суми. Тобто вкладник має право припинити договір у будь-який час, навіть, наступного дня після укладання договору. Щодо процентів за депозитом, то вони нараховуються пропорційно часу користування коштами та сплачуються вкладнику разом із основною сумою. Якщо в тексті договору не передбачено строк вкладу, то він вважається вкладом на вимогу і може бути витребуваний в будь-який час.

На нашу думку, особливу увагу, слід звернути на норму, згідно із якою незалежно від виду вкладу банк зобов'язаний видати його в повному розмірі або певну його частину на першу вимогу вкладника, крім особливостей повернення, передбачених в депозитних договорах укладених юридичними особами (ч.2 ст.1060 ЦКУ). Тлумачення даної норми дозволяє стверджувати, що держава (в особі її уповноважених органів) гарантує отримання (повернення) вкладником переданих ним банку для користування грошових коштів. Однак, на сьогоднішній день, дана норма виконує суто декларативну, і аж ніяк не забезпечувальну або гарантійну функцію.

Зазвичай депозитні договори укладаються на певний строк і грошові кошти, з урахуванням нарахованих процентів за користування ними, повинні бути повернуті вкладнику зі спливом встановленого строку. Однак, ситуація, яка склалася у сфері досліджуваних нами зобов'язальних правовідносин наприкінці минулого року, довела, що тих механізмів гарантування повернення вкладу (на відміну від фізичних осіб, для гарантування вкладів яких існує спеціальний фонд, для юридичних – він взагалі відсутній), які передбачені чинним законодавством є недостатньо або вони взагалі виявилися недієвими.

Так, юридичні особи, які уклали договори банківського вкладу стикнулися із ситуацією, коли грошові кошти у встановлений строк не повертаються, майна банку, за рахунок якого може відбутися задоволення їх вимог в примусовому порядку, недостатньо, або взагалі проти банка відкривається ліквідаційна процедура і він визнається неплатоспроможним (банкрутом).

На нашу думку, законодавець повинен розробити дієві механізми регулювання зобов'язальних правовідносин у сфері депозитних договорів та механізми захисту прав вкладників, як юридичних, так і фізичних осіб. Не треба вигадувати щось нове, адже вітчизняне законодавство і так досить детально регламентує досліджуваний цивільно-правовий інститут, однак вкрай необхідно створити умови, щоб існуючі механізми належним чином працювали. Як один із варіантів можна застосувати практику функціонування фонду гарантування вкладів, однак зобов'язати банки здійснювати резервування та перераховувати до створеного фонду саме таку суму, яка передається вкладником за відповідним договором. Окрім того, на наш погляд, доцільно було б дещо спростити процедуру отримання

задоволення вимог в примусовому порядку. Якщо існує безумовне грошове зобов'язання та наявним є факт його порушення банком (існують всі умови притягнення до відповідальності – порушення зобов'язання, шкідливий наслідок, вина та причинний зв'язок між першою та другою умовами), то слід надати кредитору-вкладнику право на звернення безпосередньо до створеного фонду з метою задоволення вимог щодо повернення вкладу і процентів за користування ним (за умови надання вкладником документів-доказів, які підтверджують порушення з боку банку-боржника).

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.03 № 435-IV (зі змінами та доповненнями).*
2. *Документи (договори банківського вкладу) діяльності юридичних осіб.*

Іваницька Наталія Анатоліївна
адвокат, старший юрист ТОВ «Міжнародний правовий центр «Єврконсалтинг»,
аспірантка кафедри цивільного права і процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ПРЕДМЕТ ЛІЦЕНЗІЙНОГО ДОГОВОРУ НА ВИКОРИСТАННЯ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ

Умова про предмет договору визначається в літературі як єдина універсальна для всіх договорів істотна умова, яка вказує на те, з приводу чого сторони вступають у договірні правовідносини [1, с. 315; 2, с. 163].

В літературі обговорюється три основні концепції, що розглядають предмет ліцензійного договору як: 1) право на об'єкт інтелектуальної власності (виключні права на торговельну марку і право використання, що передається); 2) охоронний документ, що засвідчує виключні права ліцензіара; 3) відповідний об'єкт інтелектуальної власності.

Охоронний документ (в даному випадку свідоцтво на торговельну марку), виступаючи правовою підставою виникнення у ліцензіара повноваження надати ліцензіату дозвіл на використання об'єкта виключних прав, складає лише необхідну передумову для укладення ліцензійного договору. Охоронний документ на об'єкт інтелектуальної власності не дає уявлення про мету, яку сторони переслідували, укладаючи правочин. Таким чином, свідоцтво на торговельну марку навряд чи можна розглядати як предмет ліцензійного договору.

Складніше видається з'ясувати питання про те, чи виступає предметом ліцензійного договору право на об'єкт або сам об'єкт інтелектуальної власності.

Якщо розглядати ліцензійний договір як правочин, тобто підставу виникнення ліцензійних правовідносин, то його предметом є те, з приводу чого сторони вступають у такі правовідносини. Відповідно до ч. 1 ст. 1109 ЦК України за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію).

Тобто, виходячи з цитованої норми, предметом ліцензійного договору – правочину - є ліцензія (дозвіл), яким є письмове повноваження, що надає право на використання визначеного об'єкта інтелектуальної власності в обумовленій сфері.

В цьому контексті доцільно висловити сумнів щодо коректності формулювання предмету ліцензійного договору, яке випливає зі змісту ч. 5 ст. 1109 ЦК України, а саме вказівки на те, що таким слід вважити «права на використання об'єкта права інтелектуальної власності», адже в цій статті ліцензійний договір розглядається як правочин, предметом якого виступає ліцензія.

Зокрема, право використання об'єкта права інтелектуальної власності як таке не визначає мети укладання даного правочину, оскільки воно прив'язане до конкретної торговельної марки, на що вказує необхідність конкретизації і визначення в договорі «цього об'єкта». Більше того, це право залежить від чинності виключних прав ліцензіара, що випливає із формулювання поняття «ліцензіар» як сторони договору, яке означає особу, що володіє виключним правом дозволяти використання певного об'єкту інтелектуальної власності. Таким чином, зміст частини 5 статті 1109 ЦК України вступає у суперечність із частиною 1 цієї статті, з якої випливає, що предметом даного договору слід вважати саме дозвіл, (ліцензію) на використання об'єкта права інтелектуальної власності, з якої і випливає право на використання об'єкта виключних прав.

Так, ліцензія, має свою правову підставу – виключне право дозволяти використання торговельної марки, яке належить ліцензіару, зміст – право використання, обсяг якого залежить від виду ліцензії; та об'єкт – торговельна марка, право на використання якої надається.

Таким чином, і об'єкт права інтелектуальної власності (торговельна марка), і права на неї є складовими елементами ліцензії, яка в свою чергу виступає предметом ліцензійного договору. В такому випадку предмет ліцензійного договору виступає як комплексна категорія, що охоплює собою права на об'єкт інтелектуальної власності та конкретизує об'єкт інтелектуальної власності, щодо якого відповідні права передаються у визначеному обсязі.

Подібна позиція свого часу була висловлена та обґрунтована на дисертаційному рівні Крижною В.М., яка, приєднавшись до групи вчених-прибічників концепції, що визначає предметом договору право на використання об'єкта виключних прав, зробила уточнення, що предметом ліцензійного договору виступає саме ліцензія на застосування результату творчої діяльності [3, с. 96, 100].

Проте, дослідниця, обґрунтовуючи даний висновок виходить з інших доводів, ніж висловлені нами, чим вкладає, очевидно, інший зміст в предмет ліцензійного договору. Зокрема, Крижна В.М. наголошує на необхідності розділяти предмет та об'єкт ліцензійного договору, а також предмет ліцензійного договору та предмет ліцензії, розуміючи під останнім творче досягнення, яке одночасно виступає також об'єктом договору.

Однак з такою позицією погодитись не можна, так як права інтелектуальної власності не можуть існувати окремо від об'єкта інтелектуальної власності, і тому укладаючи ліцензійний договір сторони обумовлюють надання дозволу на використання конкретного об'єкта інтелектуальної власності. Тому проводити розмежування об'єкта і предмета ліцензійного договору недоцільно, оскільки це призведе до абстракції, позбавленої правового змісту.

Отже, предметом ліцензійного договору на використання торговельної марки виступає ліцензія, елементами якої є право на використання торговельної марки у обумовленому обсязі і торговельна марка, щодо якої у ліцензіара існують виключні права.

Використані джерела:

1. *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положення: Издание 2-е. – М.: «Статут», 2003.- 848 с.*
2. *Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом : Учебник/Отв. Редактор проф.. Е.А. Суханов. – 2-е узд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2002. – 704 с.*
3. *Крижна В.М. Ліцензійний договір – форма реалізації патентних прав: Дис канд.юрид.наук: 12.00.03/Національна юридична академія ім. Я. Мудрого. – Х.- 1999. – 216 с.*

Іванів Андрій Романович
студент 2-ого курсу, юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

НІКЧЕМНІ ПРАВОЧИНИ: ОКРЕМІ ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ

Актуальним на сьогоднішній день залишається широке обговорення в наукових колах питання нікчемності правочинів та їх наслідків. Такі дискусії є надзвичайно важливими у зв'язку з необхідністю осмислення та оцінки нововведень, привнесених у відповідне регулювання Цивільним (далі-ЦК) та Господарським кодексами України (ГКУ)[5,с.80]. Проте такі дискусії об'єктивно зумовлені наявністю певних проблем та суперечностей, які потребують негайного вирішення та вироблення необхідних рекомендацій.

Згідно з законодавчого визначення, нікчемним (абсолютно недійсним) є той правочин, недійсність якого прямо передбачена законом[4,с.370]. Перелік правочинів, які є нікчемними визначається рядом статей самого ЦК України (ст.547, ч.1 ст.219, ст.221,ст.226,ст.228,ч.1 ст.224 ЦК). На рівні розуміння поняття нікчемних правочинів широке коло юристів, у тому числі суддів, не розрізняють нікчемні та оспорювані правочини[8,с.235]. Це, мабуть, пояснюється юридико-технічною помилкою ЦК УРСР 1963р., яка полягала в тому, що для нікчемних та оспорюваних угод застосовувався один і той самий термін - недійсні угоди, що зберегло свій відбиток у правосвідомості багатьох юристів. У зв'язку з таким помилковим підходом у практиці застосування норм ЦКУ про недійсність правочинів часто виникає запитання: чи потрібно судам розглядати позови про визнання недійсним нікчемного правочину? На мою думку, тут потрібно звертатись до однозначної позиції законодавця, вираженої в ч.2 ст.215 ЦКУ- недійсність нікчемного правочину прямо встановлена законом і тому визнання такого правочину недійсним судом не вимагається; потреба в визнанні недійсним виникає лише щодо оспорюваного правочину. Існує практика звернення до господарських судів із позовом про визнанням нікчемного правочину недійним. Деякі науковці, вважають, що таке право можна надати з того погляду, що рішення суду здатне розсіяти видимість юридичного ефекту правочину, внести у відносини визначеність[3,с.5]. Надання такого права, в принципі, ні в якій мірі не буде змішуванням нікчемного правочину з оспорюваним, оскільки між ними все ж таки залишається суттєва різниця: «якщо при нікчемності юридичні наслідки не наступають силою закону, то при оспорюванні юридичні наслідки,які вже настали, відпадають силою судового рішення»[6,с.127]. Такий підхід є цікавим, оскільки подібне рішення дозволить констатувати факт нікчемності правочину, що відповідно вплине на подальший розвиток правовідносин між сторонами. Можливо тут вже потрібно вирішувати це питання з зверненням до процесуального законодавства, зокрема шляхом встановлення інституту так званого встановлювального позову, метою якого є усунення сумнівів. Принципово іншим є підхід, згідно якого судове визнання недійсними нікчемних правочинів не є способом захисту порушеного права, а способом захисту охоронюваного законом інтересу, тому що дозволяє прояснити та визнати права і обов'язки сторін. Проте тут виникає питання щодо доцільності використання в законодавстві понять охоронюваного законом інтересу, що виходить за межі даного дослідження[5,с.83]. Як висновок щодо цього, слід зазначити, що у разі нікчемності правочину може подаватися лише позов про застосування наслідків виконання такого правочину, що регулюється ст.216 ЦКУ.

Важливим є питання визначення кола осіб, які можуть звернутися з вимогою про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину, та можливості їх застосування з ініціативи самого суду. У чинному ЦКУ визначено, що з такою вимогою може звернутися будь-яка заінтересована особа (ч.5 ст.216 ЦКУ), проте на практиці думки часто розходяться. По-суті, згідно з ч.5 ст.216 ЦКУ визначення кола заінтересованих осіб покладається на розсуд суду[3,с.5]. Науковці вважають, що такі особи повинні мати матеріально-правовий інтерес у застосуванні наслідків нікчемності правочину. Якщо наслідком є застосування

реституції, то такими особами повинні бути власне сторони правочину чи їх правонаступники, що пов'язане з тим, що реституція відновлює первісне становище саме цих суб'єктів, а не третіх осіб. Інший підхід відображає ст.207 ГКУ, згідно якої суб'єктом такої вимоги можуть бути лише сторони за договором або відповідний державний орган. Такий підхід порушує можливість третіх осіб, права яких порушує спірний договір, звернутися з відповідними вимогами, тому потрібно на законодавчому рівні привести ст.207 ГКУ у відповідність до ст.215 ЦКУ[8,с.239]. П.5 ст.216 ЦКУ також встановлює, що суд може застосувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи. Тобто, розглядаючи ту чи іншу справу, суд у разі виявлення ознак нікчемності правочину може застосувати відповідні правові наслідки за власною ініціативою, навіть тоді, коли такі вимоги не містяться у позові[4,с.375]. Тут слід акцентувати увагу на диспозитивності даної норма ЦКУ, яка полягає у виборі судом: чи застосовувати відповідні наслідки нікчемного правочину чи ні, - тобто це право, а не обов'язок суду.

Щодо позовної давності слід зазначити, що вона не визначається безпосередньо щодо нікчемного правочину, а лише щодо позовів про застосування наслідків нікчемного правочину, оскільки сам нікчемний правочин не потребує визнання його судом недійсним. Щодо цього Г.Ф. Шершеневич зазначає: «Ніяка давність не в змозі надати нікчемній угоді юридичну силу». Тому, до вимог про застосування наслідків нікчемного правочину згідно з норм ЦКУ застосовується позовна давність у 10 років (п.3 ст.258 ЦКУ)[8,с.240].

Висвітлені дискусійні питання відображають лише частину колізій і проблем,які на сьогодні існують в правовідносинах, пов'язаних з поняттям нікчемного правочину. Попри достатню визначеність норм ЦКУ залишаються проблеми їх застосування і розуміння у правозастосовній практиці, співвідношення з сумісними нормами ГКУ. Тому, ці проблеми поступово потрібно вирішувати, зокрема шляхом внесення відповідних змін у нормативну базу, шляхом науково-теоретичного дослідження цих проблем і формуванням відповідних рекомендацій щодо напрямків їх вирішення.

Використані джерела:

1. *Спасибо-Фатєєва І. Нікчемні правочини та їх наслідки // Вісник господарського судочинства / Вищий господарський суд України. – Київ, 2004. – № 2. – С. 178-184.*
2. *Боброва Д. В., Дзера О. В., Довгерт А. С., Коссак В. М., Кузнєцова Н. С. Цивільне право України: Підручник:У 2-х книгах / Київський національний ун- т ім. Тараса Шевченка / О.В. Дзера (ред.), Н.С. Кузнєцова (ред.). — К. : Юрінком Інтер, 2005. — 736с.*
3. *Рог В. Нікчемні та оспорювані правочини, недійсність господарського забов»язання: проблемні питання практики застосування Цивільного та Господарського кодексів України // Вісник Центру комерційного права / Центр комерційного права. – Київ, 2005. – № 19. – С. 4-6*
4. *Кузнєцова Н. С., Дзера І. О., Коссак В. М., Бервено С. М., Шимон С. І., Стефанчук Р. О. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / О.В. Дзера (ред.) — 3-тє вид., перероб. і доп. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 831с.*
5. *Т. 1 — К. : Юрінком Інтер, 2008 — 831с.*
6. *Гусак М. Нікчемні та оспорювані правочини: регулювання за цивільним кодексом УРСР / М. Гусак, В. Данішевська, Ю. Попов // Підприємництво, господарство і право : Науково-практичний, господарсько-правовий журнал / Ін-т приватного права і підпр-ва АПрН України та інш. – Київ, 2006. – № 3. – С. 80-85*
7. *Шершеневич Габриэль Феликсович. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Е.А. Суханов (авт.вступ.ст.). — М. : СПАРК, 1995. — 556с.*
8. *Кучер Віталій Орестович. Нікчемні правочини: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. — Л., 2005. — 16с.*
9. *Потопальський С.С. Правове регулювання нікчемних та оспорюваних правочинів в Україні // Держава і право : Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки / Інститут держави і права ім.Корецького В.М. НАН України. – Київ, 2006. – Вип. 31. – С. 235-242.*
10. *Цивільне право України : Академічний курс: У 2-х томах; Підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. – Київ : ІнЮре. – Т.1 : Загальна частина. – 2004. – 520с.*

Івановський Петро Олександрович
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ЗВИЧАЄВІ ВИТОКИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

1. За науковими гіпотезами, виникнення релігійних уявлень зумовило з'яву мононорми (у науковий обіг термін увів російський вчений О.І.Першіц) - обов'язкових правил поведінки, в яких ще не диференціювалися різні норми соціальної регуляції: моралі, права, етикету, релігії.

2. У межах мононорми тісно переплелися моральні, релігійні, міфологічні уявлення і правила. Лише у період розкладу первісного суспільства відбувається диференціація на релігію, право, мораль. Мононорми були покликані зберегти рівновагу між соціальним та міфічним світами, забезпечити гармонію їх взаємодії. Прикладом можуть бути численні заборони – особисті, сімейні, родові табу, які фіксують народнопоетичні тексти.

3. Створюючи заплутану і не досить зрозумілу для сучасної людини систему заборон, архаїчна суспільна свідомість відштовхувалася не від загальних принципів, а відповідала на конкретні потреби особистості чи общини за конкретних обставин. Хоча кожне табу завжди було вмотивоване, воно могло не мати саме по собі загального значення, а за природою своєю було індивідуальним.

4. Система табу - незалежна від морально-етичних норм, від морально-етичних оцінок, хоча, безперечно, вона здійснювала значний вплив на їх становлення. Значна кількість дослідників архаїчних культур відзначали, що біди випадали на долю людини в результаті втручання предків та інших міфічних сил не залежно від того, була ця людина моральною чи ні: це була покара за порушення табу.

5. Небезпека вбачалася в порушенні табу, а не етичної норми. Карався не аморальний вчинок, а акт, що порушує гармонію взаємозв'язків між общиною і міфічним світом, гармонію самої общини. 6. Система табу в першу чергу була покликана слугувати громаді захистом від магічних впливів. Значної кількості заборон дотримувалися саме для того, щоб унеможливити подібні впливи. Зокрема, такий зміст табу, криється у вимозі щодо закопування стриженого волосся, бо птаха може звити з нього гніздо. Це загрожує людині відійти у світ предків. Значення заборони з'ясовується, коли згадаємо, що волосся та нігті застосовувалися чаклунами при ворожінні. Адже, той, хто володів річчю іншої людини, набував певної влади над її долею.

7. У суспільній свідомості табу відігравало роль попереджувального сигналу, що дозволяв окремим людям вибудовувати свої стосунки з довкіллям без остраху невільно порушити первісний порядок та викликати конфлікт з міфічним світом. Заборони були разом із тим умовами, дотримання яких гарантувало особистості, всьому общинному колективу, безпеку. Зокрема, такою була функція заборон, що регулювали статеві стосунки. Для багатьох архаїчних народів діяла заборона на здійснення статевого акту в лісі, серед дикої природи, відтак як під час землеробських обрядодій – розглядався як їх складова, що забезпечувала плодючість землі.

8. Тривалий час дотримання норм, в основу яких покладено міфологічні уявлення, формувало узвичаєну поведінку, звичай. Оскільки його виконання забезпечувалося засобами громадського впливу на порушника (наприклад, позбавлення вогню, води, їжі, вигнання з роду, страта тощо), або мовчазним схваленням заходів, застосованих до кривдника скривдженим, його рідними або членами роду (кровна помста). Із виникненням держави, дотримання звичаю стало забезпечуватися державним примусом. У додержавну добу, безперечно, існували звичаї, але не було звичаєвого права. Воно зароджується одночасно з утворенням держави і виникненням державного примусу.

9. Найбільш характерною рисою етнічних звичаїв у царині цивільного права є те, що в них етнічна творчість відтворюється колективно у побутових діях, що об'єднують окремих

людей в єдину спільноту. Вони нерозривно пов'язані з народнопоетичною творчістю. Звичаєві рефлексії цивільного права найбільшою мірою містить казковий епос, українські балади, прислів'я та приказки. Деякі з них увійшли до «Руської Правди».

Ігнат Ганна Анатоліївна
студентка 5-го курсу, юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Транспорт є однією з найважливіших галузей суспільного виробництва. Він покликаний задовольнити потреби населення у перевезенні, зокрема шляхом укладення договорів перевезення. Серед допоміжних договорів, що пов'язані з перевезенням вантажів, багажу та пошти, слід виділити договори транспортного експедирування, відповідно до яких експедитори приймають на себе весь комплекс операцій з відправлення вантажів залізничним, водним та повітряним транспортом, одержання від них вантажів і доставки їх одержувачам, проведення розрахунків за перевезення тощо.

Послуги, які надає транспортний експедитор за договором транспортного експедирування, характеризуються: по-перше, безпосереднім зв'язком із перевезенням вантажів; по-друге, спрямованістю послуг на повне або часткове зняття з вантажовідправників чи вантажоодержувачів обтяжень, пов'язаних із процесом перевезення; по-третє, особливою метою договору є організація та забезпеченням перевезення вантажу. Проте, недосконала системи законодавчого регулювання відносин, що виникли між перевізниками та експедиторами, створює можливості для зловживання підприємцями.

З огляду на викладене, метою дослідження є аналіз чинного законодавства у сфері транспортно-експедиторської діяльності з метою внесення пропозиції для його вдосконалення.

Згідно зі ст. 929 Цивільного кодексу України, ст. 316 Господарського кодексу України, ст. 9 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність», за договором транспортного експедирування одна сторона (експедитор) зобов'язується за плату і за рахунок другої сторони (клієнта) виконати або організувати виконання визначених договором послуг пов'язаних з перевезення вантажу. Цей договір є самостійним цивільно-правовим договором, який має елементи відносин посередництва і спрямований на здійснення одним із його учасників (експедитором) правомірних дій, учинених від свого імені або від імені іншого учасника (клієнта) в його інтересах і за його рахунок щодо третіх осіб, у процесі якого надаються послуги юридичного та/або фактичного характеру.

Договори, що укладаються експедиторами при здійсненні транспортно-експедиційної діяльності можуть поділятися на дві групи:

1) договори, що укладаються із замовниками транспортних послуг (клієнтами), в яких експедитор діє від свого імені (прямі) або імені клієнта в його інтересах і за його рахунок щодо третіх осіб (агентські);

2) договори, що укладаються з виконавцями.

На практиці має місце наступне. Замовник транспортних послуг (клієнт) укладає договір з експедитором про надання визначених послуг. Згідно зі ст. 11 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність», клієнт зобов'язаний у порядку, передбаченому договором транспортного експедирування, сплатити належну плату експедитору, а також відшкодувати документально підтверджені витрати, понесені експедитором в інтересах клієнта в цілях виконання договору транспортного експедирування.

Наступним етапом є укладення окремого договору із перевізником. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність», експедитори для виконання доручень клієнтів можуть укладати договори з перевізниками портами, авіапідприємствами, судноплавними компаніями тощо, які є резидентами або нерезидентами України. При укладенні договору між експедитором та перевізником, експедитор зобов'язаний сплатити перевізнику встановлену плату за послуги з перевезення, а перевізник доставити вантаж до пункту призначення та видати його уповноваженій особі. З урахуванням того, що експедитор, як правило, є суб'єктом без значних матеріальних активів, оплату за договором перевезення він здійснює за рахунок коштів отриманих від клієнта.

В умовах економічної кризи мають місце випадки, коли експедиторські компанії, використовуючи кризове фінансове становище перевізників та критичне зниження обсягів замовлень на перевезення залишають собі у якості оплати більш ніж 50 відсотків коштів, спрямованих замовником на перевезення вантажу, а частина експедиторських компаній взагалі не виконують обов'язку щодо сплати перевізникам за надані послуги з перевезення вантажів.

Для забезпечення гарантування виконання зобов'язань експедиторами під час надання транспортно-експедиторських послуг та послуг з перевезення вантажів, пропонується внести наступні зміни до Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність»:

- зобов'язати експедиторів створити гарантійний фонд у розмірі не менш як п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян ;
- визначити порядок формування гарантійного фонду та порядок використання коштів цього фонду;
- заборонити надання експедиторських послуг суб'єктами господарювання, які не створили гарантійний фонд.

Так, згідно запропонованих змін, експедитор буде повністю відповідати перед замовником послуг та автомобільним перевізником за перевезення та сплату усіх домовлених сум, що дасть можливість узгодити між собою інтереси всіх суб'єктів господарської діяльності, залучених до замовлення, організації та безпосереднього виконання перевезень вантажів за рахунок механізму гарантування виконання зобов'язань експедиторів під час надання транспортно-експедиторських послуг та послуг з перевезення вантажів, що дозволить вирішити існуючий конфлікт інтересів між суб'єктами цього ринку.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України – К.: вид. Паливода А.В., 2009.*
2. *Господарський кодекс України – К.: вид. Паливода А.В., 2008.*
3. *Закон України «Про транспортно-експедиторську діяльність» www.zakon.rada.gov.ua*

Ігнатенко Олена Станіславівна
магістрант юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ АСПЕКТИ УДОСКОНАЛЕННЯ ДОЗВІЛЬНОЇ СИСТЕМИ В СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ (ЩОДО ДІЯЛЬНОСТІ МАЛИХ І СЕРЕДНІХ ПІДПРИЄМСТВ)

Обґрунтування важливості проблеми. Органи місцевого самоврядування протягом останніх років одержали більшу самостійність у вирішенні соціальних та економічних проблем своїх територій, а підприємцям надані ширші можливості щодо реалізації своїх економічних та соціальних інтересів, включаючи вирішення місцевих завдань забезпечення

стійкого розвитку. Разом з тим вирішення цих задач залежить від рівня сформованості відповідного економіко-правового поля щодо ведення підприємницької діяльності, включаючи належний та, що особливо важливо, рівний для всіх суб'єктів ринку доступ до господарських ресурсів та прав на провадження певних дій щодо здійснення господарської діяльності.

Прозорість та ефективність дозвільної системи мають вплив на рівень сформованості конкурентного середовища та значною мірою визначають ділову активність населення. Проте вітчизняна дозвільна система є бюрократичною та обтяжливою. За експертними оцінками принаймні один дозвіл щорічно отримує 54 % підприємств, а середній час на отримання дозволу становить 35 днів (ліцензій – 242 дні); середня кількість процедур, необхідних для отримання дозволу налічує 18; витрати на отримання дозволу / ліцензії складають в середньому 186,5 % від доходу на душу населення.

Недосконалість вітчизняної дозвільної системи визнають також міжнародні економічні інституції. Про це свідчить 128 місце серед 175-ти країн у рейтингу за рівнем сприятливості економічного та правового середовища щодо ведення підприємницької діяльності. Серед показників, які традиційно враховуються в рейтингу важливе місце посідає отримання ліцензій та дозволів, за яким Україна посідає 107 місце у світі.

Проходження дозвільних процедур є особливо обтяжливим для вітчизняних малих і середніх підприємств.

Суть та причини проблеми. Значний рівень бюрократизму, невиправдана тривалість та складність проходження дозвільних процедур, необхідність додаткових витрат на лобіювання та/чи пришвидшення їх проходження є перешкодою особливо для малих та середніх підприємств, які в силу об'єктивних причин інколи навіть відмовляються від їх проходження через обмеженість кадрових, фінансових ресурсів, коротший порівняно з великими підприємствами життєвий цикл діяльності (чи інвестиційних проектів) тощо. Більше того, дозвільні процедури часто використовуються як інструмент недобросовісної конкуренції, створення штучних бар'єрів доступу на ринок підприємств малого та середнього бізнесу і лобіювання таким чином інтересів крупного бізнесу та / чи суб'єктів бізнесу.

Слід зазначити, що недосконалість дозвільної системи в Україні є одним з чинників, які перешкоджають подальшому розвиткові підприємництва, досягненню показників його розвитку рівня розвинених держав, формуванню позитивного іміджу України (на якій безпосередньо впливає місце в світовому рейтингу країн за рівнем сформованості підприємницького середовища, інвестиційної привабливості, конкурентоспроможності) тощо. Разом з тим підприємці, в тому числі малого і середнього бізнесу, визнають процедури проходження частини дозволів нескладними. Тому удосконалення потребують дозвільні процедури, проходження яких є суттєвим бар'єром щодо здійснення діяльності підприємств та, відповідно, на їх спрощення має бути в першу чергу направлена політика органів державного управління. Зокрема сюди відносять такі дозволи та погодження: на будівництво, на відведення земельної ділянки, на купівлю / оренду державного / комунального майна, дозволи спеціального призначення щодо використання природних ресурсів, на розміщення малих архітектурних форм.

Значною мірою призвели до неналежного рівня ефективності дозвільної системи в Україні такі чинники:

1. Складність, тривалість та, як наслідок – значна вартість проходження дозвільних і погоджувальних процедур. Причому ця причина містить дві компоненти:

1.1. Об'єктивний характер, який полягає у тому, що більшість положень вітчизняної дозвільної системи (наприклад, стандартизації будівельних робіт, встановлення обладнання, використання природних ресурсів, побутового обслуговування населення та праці і т.ін.) базуються на нормативно-правовій базі, розробленій ще за Радянського Союзу, є дотичними та потребують погодження у різних відомствах та інспекціях; є застарілими, складними та тривалими щодо проходження і тому часто час на одержання дозволів на будівництво, зміну

робочих годин, встановлення обладнання, використання природних ресурсів є тривалими, а витрати на їх одержання – суттєвими.

1.2. Суб'єктивний характер, зумовлений тим, що:

- механізм проходження дозвільних процедур часто ускладнюється навмисно (важко знайти інформацію, непрозорими є правила проходження дозвільних процедур у сфері господарської діяльності; відповідні погоджувальні органи володіють цілим арсеналом напівлегітимних засобів затягування чи відмови у надання дозволів), процес супроводжується додатковими витратами і згаяним часом через низку «прихованих», неписаних правил, процедур та вимог, запроваджених місцевими органами влади;

- надмірною є кількість дозвільних органів різних профілів, а також рівнів управління (центральний, регіону, місцевий, сільський тощо), рішення яких по одному і тому ж підприємницькому проекту різняться, що свідчить про їх суб'єктивність, відсутність належного рівня відповідальності службовців, політизованість рішень тощо;

- часто недотримується часові рамки, визначені законодавством для надання відповідного дозволу;

- отримання дозволів практично ніколи не обходиться без відповідних витрат на їх супроводження чи сприяння у прийнятті позитивного рішення (часто такі додаткові трансакційні видатки складають до половини вартості капіталовкладень по проекту, для реалізації якого потрібен відповідний дозвіл);

- на сьогодні не існує жодного спеціального державного консультативного органу, який надавав би на пільгових (чи безоплатних) засадах інформацію з процедур отримання дозволів.

2. Недосконаліть механізму проходження дозвільних процедур, яка полягає у:

- відсутності зворотного зв'язку між адміністратором та заявником, а також законодавчо встановленого належного рівня контролю за рішеннями дозвільних органів, відповідальності посадових осіб за відповідні рішення; у багатьох дозвільних офісах не дотримуються вимоги вітчизняного законодавства щодо висвітлення інформації, необхідної суб'єктам підприємницької діяльності для отримання відповідних дозволів в мережі Інтернет, відсутні веб-сторінки (інформація розміщується, як правило, виключно на веб-сторінках міських адміністрацій, містить інформацію про порядок роботи дозвільного офісу та лише перелік послуг) тощо.

3. Недостатній рівень відповідальності посадових осіб дозвільних служб та низький рівень обізнаності підприємців про механізм притягнення їх до відповідальності (не зважаючи на наявність системних порушень в Україні відсутня практика притягнення як адміністраторів, так і посадових осіб дозвільних органів до адміністративної та / чи кримінальної відповідальності, включаючи публічне висвітлення такої роботи).

4. Низький рівень громадського контролю за рішеннями адміністраторів і дозвільних органів.

5. Неналежний рівень підготовки та кваліфікації адміністраторів, низький рівень їх впливу на рішення, які приймаються посадовими особами дозвільних органів; адміністратори при одержанні заявки на дозвіл не здійснюють попереднього консультування щодо повноти поданих документів та ймовірності одержання позитивного висновку.

Пропозиції щодо вирішення проблеми. Із урахуванням існуючих недоліків та проблем, а також позитивного світового досвіду видається доцільною реалізація заходів у контексті удосконалення вітчизняної дозвільної системи підприємництва за такими ключовими напрямами:

1. Посилення контролю та відповідальності посадових осіб дозвільних органів. Метою заходів цього напряму є підвищення рівня відповідальності посадових осіб; розширення переліку порушень порядку видачі дозвільних документів (; посилення громадського контролю.

2. Проведення ревізії переліку існуючих ліцензій та дозволів у всіх сферах підприємницької діяльності (досвід Кенії, яка у 2005 р. переглянула вимоги за усіма

ліцензіями та дозвільними процедурами, за результатами чого було прийнято рішення до кінця 2007 р. відмінити 438 ліцензій та дозволів та спростити близько 700).

3. Удосконалення роботи місцевих дозвільних органів шляхом:

- посилення їх спеціалізації за видами дозволів (з метою спрощення як процедур отримання дозволу, так і проходження погоджень суміжних погоджувальних служб доцільно запровадити єдині дозвільні офіси за найбільш складними дозволами (наприклад, дозволи на будівництво, придбання / одержання в оренду державного / комунального майна / землі; використання природних ресурсів);

- посилення диференціації дозвільних заявок (проектів) на предмет спрощення процедур і термінів погодження документів дозвільного характеру невеликим об'єктами (досвід Республіки Кореї та Лаоської НДР);

- обов'язкове впровадження у діяльність дозвільних офісів принципу затвердження дозвільних заявок за замовчуванням, наприклад, за умови відсутності відмови (без поважної причини) з боку органів влади протягом максимально встановленого терміну на видачу відповідного дозволу (досвід Іспанії);

- включення до порядку проходження дозвільних документів вимоги щодо попередньої письмової оцінки адміністратором дозвільного офісу пакету документів, який подається підприємцем.

4. Створення органу з контролю та моніторингу дозвільної системи. На цю інституцію можуть бути покладені функції щодо ревізії кількості та механізмів проходження процедур дозвільного характеру, попереднього аналізу проектів вітчизняних нормативно-правових актів на предмет порушення принципів ефективної дозвільної системи та здійснення дій з попередження їх проходження у Верховній Раді України та на рівні місцевого самоврядування, організація роботи з функціонування гарячих ліній, моніторингу доходів та витрат державних службовців, які працюють у дозвільних службах, висвітлення результатів моніторингу порушень у дозвільній сфері та прийняті по відношенню до них санкцій.

5. Популяризація досвіду проходження дозвільних процедур та підвищення рівня обізнаності підприємців щодо прав і обов'язків дозвільних адміністраторів та посадових осіб дозвільних органів. Регіональним та місцевим органам державного управління слід виділити в межах регіональних та міських програм підтримки підприємництва фінансові ресурси на проведення систематичних комунікативних і навчальних заходів із залученням підприємців, науковців, представників органів державної влади та дозвільних органів, які стосуються проблематики проходження дозвільних процедур, позитивного досвіду удосконалення дозвільної системи, а також щодо процедури притягнення до відповідальності дозвільних адміністраторів та / чи представників дозвільних органів у разі порушення ними норм вітчизняного законодавства щодо дозвільної системи у сфері господарської діяльності (із забезпеченням широкого висвітлення такої практики у ЗМІ).

Лише комплексний та системний підхід до подальшого удосконалення вітчизняної дозвільної системи, зокрема у секторі малих і середніх підприємств, спроможний принципово змінити та покращити ситуацію у рівні сформованості сприятливого економіко-правового поля щодо ведення підприємницької діяльності в нашій країні та підвищити рівень її економічної безпеки.

Ізрайло Андрій Ярославович
студент 2-го, курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ КРЕДИТУ

Питання правової природи кредитного договору є одним із найбільш дискусійних у науці цивільного права. Тут варто зауважити що складність визначення цілісного підходу зумовлена не лише суб'єктивним баченням та розумінням тих чи інших правових явищ, але й різною оцінкою практики укладення і виконання кредитних договорів, особливістю «грошей» як об'єкта кредитних правовідносин, участю банківських установ як специфічних суб'єктів права.

Комерційні банки здійснюють кредитування підприємств та організацій на договірних умовах. Надання банківського кредиту оформляється укладенням кредитного договору, згідно з яким одна сторона — банк — зобов'язується передати другій стороні {позичальникові) на підставі кредитного плану і на певний строк суму грошей, а позичальник зобов'язується надавати банкові необхідне забезпечення кредиту, використо-вувати його на обумовлені цілі і повернути у встановлений строк та сплатити відповідні відсотки. [1]

У дослідженні правової природи кредиту, необхідно враховувати економічні теорії кредиту. Ознайомлення правознавців з натуралістичною та капіталотворчою теорією надасть можливість з'ясувати економічну сутність кредитних відносин. Невілювання ролі банків при формуванні кредитного капіталу закріплювало за натуралістичною теорією догму, що кредит не створює реального капіталу, залежить від розвитку виробництва, а також від розміру позикового відсотка та від коливань і динаміки прибутку. За концепцією капіталотворчої теорії кредит ототожнювався з грішми і багатством-саме через призму цієї економічної концепції на законодавчому рівні закріплюється правова категорія кредиту.[2 ст.233]

Взагалі існує декілька підходів до визначення правової природи кредиту.

Деякі вчені (Агарков, С. Вілянський, В.Коссак, К.Флейшиц) вважають що кредитний договір є різновидом договору позики. Л.Єфімова вважає що наявність лише однієї відмінної від договору позики ознаки-консесуальності, не дає підстав для виокремлення кредитного договору у самостійний вид. М. Агарков розглядав кредитний договір в якості одностороннього попереднього договору, за яким банк- майбутній кредитор зобовязується надати позичальнику у майбутньому певну суму коштів на умовах позики. Будучи попереднім договором про позику, кредитний договір за таких обставин визнається консесуальним, а з моменту фактичної передачі коштів позичальнику укладеним вважається договір позики, оскільки останній є реальним. У випадку невиконання банком свого обов'язку по наданню грошових коштів у позику, він зобов'язаний відшкодувати іншій стороні попереднього договору заподіяні збитки.[2 ст.233]

В українському законодавстві договір позики виступає самостійно, на що вказує ряд суттєвих ознак. До відносин за кредитним договором застосовуються правила договору позики. Проте ст. 1054 ЦКУ не встановлює, що договір кредиту є різновидом договору позики. Про їх відмінність говорить ще ряд додаткових ознак:

1)договір кредиту завжди є плановим, кредит надається на підставі кредитних планів;2) кредити повинні використовуватися за цільовим призначенням;3) однією зі сторін у цьому договорі завжди виступає установа банку;4) об'єктом договору є гроші, а кредит надається банками завжди за плату.

З моменту одержання у власність грошей у позичальника виникає зобов'язання щодо повернення тієї ж суми грошей та сплати процентів, якщо це передбачено договором. При цьому право позикодавця передбачає лише вимогу повернення коштів, яка не ототожнюється з набуттям їх у власність, що дає можливість запровадження різних форм розрахунків при

здійсненні яких припиняється грошове зобов'язання. Обов'язком позичальника є дії, спрямовані на повернення позикодавцеві позику у строк та в порядку встановлені договором. Порядок повернення суми позики визначається договором.

Зобов'язання позичальника повернути суму позики вважається виконаним у момент передання позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками, або зарахування грошової суми, що позичалася, на банківський рахунок останнього.[2 ст.240]

За кредитним договором юридичні права й обов'язки сторін — банків та клієнтури — неоднакові. У банку-кредитора фактично знаходяться всі права, а основним його обов'язком є надання кредитів різних видів. На клієнтові лежать в основному обов'язки, хоча позичальник може і відмовитися від укладення договору. Обов'язки клієнта: повернути в строк одержаний кредит, сплатити банку відсотки за користування кредитом, не ухилятися від банківського контролю, дотримуватися цільового використання одержаного кредиту, надати і гарантувати наявність забезпечення за договором на весь строк кредитування.

Як ми бачимо, договір позики і кредитний договір мають дещо спільні, спорідненні ознаки.

Проте, існують вчені котрі переконані що кредитний договір є самостійним договором в системі договорів цивільного права і кредитні зобов'язання не слід ототожнювати з зобов'язаннями, що виникають на підставі договору позики. Зокрема-І. Гуревич, Є. Компанієць, Ю. Чалий, Р. Юсупов.[2 ст.246] Концепція самостійності кредитного договору зумовлена як власне правовою природою кредитного договору, так і цілим рядом обставин, які вказують на складність кредитних відносин і специфіку їх правового регулювання.

На нашу думку договір банківського кредиту є самостійним договором в системі цивільного законодавства. Позика, має своїм об'єктом речі, визначені родовими ознаками. Гроші, як речі замінні характеризуються родовими ознаками, але поряд з ними об'єктом договору позики можуть бути і інші речі. Правомірним об'єктом договору банківського кредиту є виключно грошові кошти, як в національній так і в іноземній валюті. Таким чином за своєю юридичною природою кредитний договір-це самостійне зобов'язання, оскільки регулюється відокремленим масивом правових норм, потребує участі особливого суб'єкта права-банківської установи, стосується мобілізації та розміщення виключно грошових коштів.

Використані джерела:

1. *Відповідно до Положення НБУ «Про кредитування», затвердженого постановою Правління Національного банку України від 28 вересня 1995 р.,*
2. *І. А. Безклубий. Банківський правочин.2007р.*

Казанцев Евгений Юрьевич
аспирант 2 года обучения юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ИМУЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ СУПРУГОВ – УЧРЕДИТЕЛЕЙ ЧАСТНОГО УНИТАРНОГО ПРЕДПРИЯТИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Одной из проблем функционирования унитарного предприятия в Республике Беларусь, учрежденного физическим лицом, является ситуация, когда это физическое лицо разводится со своим супругом, при этом уставный фонд был сформирован за счет общего имущества супругов и между супругами отсутствует брачный договор или иной договор, изменяющий законный режим имущества супругов, и тем самым имущество унитарного предприятия находится не в собственности его учредителя, а в общей совместной собственности супругов

(о чем многие учредители унитарных предприятий до развода и не догадываются, то есть они не понимают, что создают и увеличивают имущество унитарного предприятия не только для себя, но и для своего супруга) [1,с.40].

В силу этого, если унитарное предприятие создано одним из супругов до брака (или в период брака, но за счет его личного имущества), то право собственности на его имущество принадлежит исключительно данному супругу, если только второй супруг не внес значительный вклад в увеличение имущества унитарного предприятия. Причем п.2 ст.259 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК РБ) требует, чтобы данный вклад был внесен либо в имущественной форме (или за счет личного имущества второго супруга, или за счет общего имущества супругов). Причем именно благодаря этому вкладу имущество унитарного предприятия должно быть значительно увеличено, либо без этого вклада оно бы значительно уменьшилось. В силу изложенного, скорее всего, не могут быть признаны в качестве такого вклада профессиональные и иные знания, навыки, умения, деловая репутация и деловые связи второго супруга. Поскольку они сами по себе не являются видами имущества и их денежная оценка (с целью определения, является ли увеличение стоимости имущества значительным либо нет) представляет собой определенную сложность, они не подлежат денежной оценке.

Рассматривая, например, знания, навыки, умения супруга, в основу их оценки, конечно, можно положить уровень образования, профессиональный стаж, но самое главное – их реальный вклад в увеличение стоимости имущества унитарного предприятия, а раз так, то объективности по таким вопросам достичь достаточно сложно.

В основу оценки деловых связей супруга можно положить объем сделок унитарного предприятия (точнее, объем прибыли, дохода или размер сбереженного в результате сделок имущества), заключению которых он способствовал.

При этом если под деловыми связями понимать круг «знакомств» в деловом мире, то это вряд ли поддается объективной оценке.

Что касается оценки деловой репутации, то она представляет собой устойчивый авторитет и известность второго супруга на соответствующем рынке (в соответствующей сфере), в силу чего деятельность унитарного предприятия получает преимущество и поддержку. При этом оценка деловой репутации также достаточно сложна и субъективна.

Кроме того, трудовое участие второго супруга в деятельности унитарного предприятия на основе трудового договора (контракта) либо его деятельность на основе договора гражданско-правового характера нельзя рассматривать в качестве вклада в «значительное увеличение стоимости имущества» унитарного предприятия, так как за свой труд второй супруг получал, соответственно, заработную плату или вознаграждение. Это распространяется и на те случаи, когда второй супруг осуществлял руководство деятельностью унитарного предприятия, работая в должности его руководителя.

В случае, когда унитарное предприятие создано в период брака за счет общего имущества супругов, как уже указывалось выше, на имущество унитарного предприятия распространяется право общей совместной собственности супругов, однако правомочия собственников имущества унитарного предприятия реализуются через деятельность одного из супругов, который формально является его учредителем. Причем согласие второго супруга на действия по распоряжению имуществом унитарного предприятия супруга – учредителя унитарного предприятия, предполагается (п.2 ст.256 ГК РБ) до тех пор, пока второй супруг не выскажется активно против таких действий первого супруга и не доведет до контрагентов либо иных заинтересованных лиц, в частности государственных органов (например, регистрирующих), свою волю (п.3 ст.256 ГК РБ). В этом случае супруги должны достичь согласия между собой, например, путем заключения брачного договора (внесения в него изменений).

Что касается обращения взыскания на имущество унитарного предприятия, принадлежащего супругам на праве общей совместной собственности, то по личным обязательствам одного из супругов такое взыскание в силу ГК (п.3 ст.259 ГК РБ) не

допускается. Это означает, что, какие бы значительные долги ни были у одного из супругов, унитарное предприятие будет продолжать функционировать и выделение доли в имуществе такого унитарного предприятия для обращения на нее взыскания невозможно (что может привести к значительным злоупотреблениям со стороны супруга-должника.

При прекращении брака в случае раздела имущества супругов в отношении унитарного предприятия, которое находится в общей совместной собственности супругов, в силу ГК (ч.7 п.2 ст.113 ГК РБ) возможны следующие варианты дальнейшей судьбы унитарного предприятия [1,с.41]:

Унитарное предприятие может быть реорганизовано путем разделения (выделения) либо преобразования в хозяйственное общество (товарищество) в порядке, установленном законодательством и соглашением супругов. Этот вариант используется, когда супруги желают оба продолжать предпринимательскую деятельность (вне зависимости от того, что до момента расторжения брака один из них мог вообще не иметь никакого отношения к деятельности унитарного предприятия). Причем законодатель предоставляет бывшим супругам любые возможности определения судьбы унитарного предприятия. То есть они могут как разделить его имущество и стать учредителями двух самостоятельных унитарных предприятий, так и преобразовать унитарное предприятие, например, в общество с ограниченной ответственностью или акционерное общество, в которых они могут либо являться единственными участниками, либо привлечь к участию и иных лиц. При этом законодатель рассматривает данный вариант судьбы унитарного предприятия после прекращения брака в качестве базового варианта, вследствие чего суд (если решение о разделе имущества выносится судом) не вправе при желании обоих супругов продолжить связь с унитарным предприятием отказать им в этом и воспользоваться иными вариантами, если отсутствуют другие предусмотренные законодательством препятствия к этому (например, если один из супругов является государственным служащим, в связи с чем ему запрещена предпринимательская деятельность и он не может быть ни учредителем унитарного предприятия, ни участником общества с ограниченной ответственностью и т.д., а второй супруг не желает создавать открытое акционерное общество (участником которого государственный служащий может быть)), то использование данного варианта не представляется возможным и суд вправе применить иные варианты.

Имущество унитарного предприятия переходит в собственность одного из бывших супругов с выплатой другому компенсации соответственно его доле в общей собственности. Такой вариант судьбы унитарного предприятия возможен, если один из супругов не настаивает на том, чтобы сохранить свою связь с унитарным предприятием, а второй согласен выплатить первому компенсацию деньгами или иным имуществом. Причем, как представляется, размер этой компенсации должен определяться исходя из балансовой стоимости имущества унитарного предприятия (так как иные критерии определения его стоимости законодательством не предусмотрены). При этом неважно, в собственность кого из супругов переходит имущество унитарного предприятия, то есть учредителем унитарного предприятия может стать и супруг, не являвшийся таковым до раздела имущества (с внесением соответствующих изменений в учредительные документы).

Унитарное предприятие подлежит ликвидации, если реорганизация или переход имущества в собственность одного супруга противоречит законодательству или невозможны по иным причинам. В этом случае имущество, оставшееся после ликвидации унитарного предприятия, делится между бывшими супругами по общему правилу. Данный вариант применяется, например, в случае, если один из бывших супругов не может являться учредителем унитарного предприятия в силу законодательства, а второй супруг, который может выступить таким учредителем, не согласен на это и не может (не желает) выплатить компенсацию второму супругу за часть имущества унитарного предприятия, приходящуюся на его долю. Как представляется, с целью сохранения участника хозяйственного оборота данный вариант нельзя использовать в случае, если один из супругов настаивает на его применении, однако второй согласен сохранить унитарное предприятие и выплатить

первому супругу соответствующую компенсацию для того, чтобы остаться единственным собственником имущества унитарного предприятия. При этом в случае, если унитарное предприятие сохраняется, то использовать его имущество для компенсации доли второго супруга возможно только лишь при правомерном изъятии учредителем имущества у унитарного предприятия (п.3 ст.280 ГК РБ).

Использованные источники:

1. *Функ, Я. Особенности функционирования унитарного предприятия, учредителем которого выступает физическое лицо / Я.Функ // Юрист. – 2003. – №10(29). – С.37-41.*

Каплюк Марина Володимирівна
аспірантка 2-го року навчання
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,
Київ, Україна

ПРИПИНЕННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗАРАХУВАННЯМ ЗУСТРІЧНОЇ ОДНОРІДНОЇ ВИМОГИ АБО СТРАХОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Поряд із виникненням, виконанням, зміною, забезпеченням виконання господарських зобов'язань і відповідальністю за їх порушення, невід'ємною складовою частиною зобов'язальних правовідносин у сфері господарювання є їх припинення, що по суті є завершальним етапом даних правовідносин. Під припиненням зобов'язання розуміють припинення існування прав та обов'язків його учасників, які складають зміст зобов'язання.

Традиційно давнім способом припинення господарських зобов'язань є зарахування зустрічних однорідних вимог, строк виконання яких настав (не зазначений чи визначений моментом витребування). Зарахування за правовими наслідками не відрізняється від виконання зобов'язання, здійсненого належним чином. Особливість зарахування полягає в тому, що воно може припинити одразу два зустрічних зобов'язання [1, с. 224]. Ст. 203 Господарського кодексу України (надалі - ГК) закріплює умови, необхідні для здійснення такого зарахування [2, с. 130-131]:

1) зустрічні вимоги мають засновуватися на двох різних зобов'язаннях, але між одними і тими самими сторонами, кожна з яких в одному зобов'язанні є управненою стороною, а в іншому – зобов'язаною. При цьому не має значення на якій підставі виникли ці зобов'язання. Не виключається, що зустрічні зобов'язання, які припиняються внаслідок зарахування, виникли на підставі одного і того ж договору. Але частіше вони виникають з різних підстав;

2) зустрічні вимоги повинні бути однорідними, тобто предметом виконання в обох зобов'язаннях мають бути речі одного роду, зокрема, гроші. Крім того, сторони з метою проведення заліку своєю угодою не можуть змінювати предмет вимоги, наприклад, оцінюючи речі в грошовому вираженні [3, с. 394].

3) необхідно, щоб за обома вимогами настав строк виконання, оскільки неможливо пред'явити до зарахування вимоги за таким зобов'занням, яке не підлягає виконанню. Відповідно до ГК (ч. 3 ст. 203) до зарахування може бути пред'явлена вимога, строк якої не встановлений чи визначений моментом пред'явлення її управненою стороною.

4) має бути ясність вимог, тобто відсутній спір про зміст зобов'язання, його характер, умови виконання тощо. При наявності такого спору, він підлягає судовому розгляду і припинення зобов'язання зарахуванням можливе лише за рішенням господарського суду.

У випадку нерівності зустрічних вимог після зарахування більша за розміром вимога продовжує існувати в частині, не покритій зарахуванням. У такому разі можна говорити про часткове припинення господарського зобов'язання. Тобто, одне із зобов'язань припиняється

повністю, а в іншому зменшується обсяг вимог і зобов'язання частково продовжує існувати (часткове зарахування). Ч. 1 ст. 598 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), на відміну від ГК, прямо передбачає можливість припинення зобов'язання як в повному обсязі, так і частково [4, с. 186]. При припиненні зобов'язання частково правовий зв'язок між його суб'єктами не переривається, проте змінюється його зміст внаслідок зменшення обсягу прав і обов'язків сторін [5, с. 118].

Зарахування здійснюється за заявою будь-якої із сторін зобов'язання, але друга сторона в разі незгоди із зарахуванням, може оскаржити його в судовому порядку.

Зарахування взаємної заборгованості у розрахунках між суб'єктами господарювання у банківській практиці регламентується Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті [6]. Відповідно до глави 9 вищезазначеної Інструкції до розрахунків, що здійснюються як залік взаємної заборгованості платників, належать розрахунки, за якими взаємні зобов'язання боржників і кредиторів погашаються в рівнозначних сумах, і лише за їх різницею здійснюється платіж на загальних підставах. Ці розрахунки можуть здійснюватися шляхом зарахування зобов'язань між двома платниками або групою платників усіх форм власності однієї або різних галузей господарства.

На звернення суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності Національний банк України роз'яснив, що зарахування зустрічних однорідних вимог не суперечить відповідним нормам публічного права, а тому допустиме і за зобов'язаннями зовнішньоекономічної діяльності. Таке зарахування є підставою для зняття банком з контролю експортно-імпортних операцій клієнтів за умови подання належним чином оформлених документів про припинення зобов'язань за зовнішньоекономічними договорами шляхом зарахування зустрічних однорідних вимог (лист Національного банку України «Щодо зарахування зустрічних однорідних вимог» № 18-213/326 від 26.01.2001).

До відносин щодо припинення господарських зобов'язань застосовуються відповідні положення ЦК з урахуванням особливостей, передбачених ГК. Відповідно до ст. 602 ЦК не допускається зарахування зустрічних однорідних вимог у разі спливу позовної давності. В той же час п. 5 даної статті містить вказівку на те, що зарахування зустрічних вимог не допускається в інших випадках, встановлених договором або законом. Ч. 5 ст. 203 ГК містить один з таких «інших випадків», відповідно до якого щодо господарських зобов'язань передбачається можливість зарахування вимоги, строк позовної давності якої минув, у разі відсутності заяви другої сторони про застосування такого строку.

Господарське зобов'язання може припинятися зарахуванням страхового зобов'язання, якщо інше не передбачено законом або змістом основного чи страхового зобов'язання. Спеціальне законодавство про страхування не регулює порядок та умови проведення відповідного зарахування. Очевидно, можна застосовувати передбачене правило у випадках виплати страхового відшкодування, що зменшується на суму боргу страхувальника перед страховиком по виплаті страхових платежів. Зарахування страхового зобов'язання має бути передбачено умовами гарантії страхової організації (ст. 200 ГК) або договору страхування (ст. 354 ГК).

Використані джерела:

2. *Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / під редакцією А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. – К. :Реферат, 2005. – 336 с.*
3. *Господарський кодекс України: за станом на 1 верес. 2007 р. – Довід. вид. – Х. : Одіссей, 2007. – 240 с. (Серія Закони україни).*
4. *Господарський кодекс України: Науково-практичний коментар / [О. І. Харитонова, Є. О. Харитонов, В. М. Коссак та ін.]; за ред. О. І. Харитонової. – Х.: Одіссей, 2006.– 832 с.*
5. *Цивільний кодекс України: за станом на 29 берез. 2006 р. / Верховна Рада України. – Офіц. вид. – К. Парлам. вид-во, 2006. – 400 с. (Бібліотека офіційних видань).*
6. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / за відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – Т. ІІ. – 1088 с.*

7. *Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затверджена постановою Правління Національного банку України від 21. 01. 2004 № 22 [Електронний ресурс]. – 5 с. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0377-04.*

Карнаух Тетяна Петрівна
помічник судді Конституційного Суду України,
Київ, Україна

ПРАВО НА ЗМІНУ СТАТІ: ПЕРСПЕКТИВА ЗАКРІПЛЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ ЯК ОСОБИСТОГО НЕМАЙНОВОГО ПРАВА

Вчені-юристи все частіше ставлять питання про формування нового – четвертого покоління прав людини, яке відрізняється від трьох відомих раніше. Виникнення цього покоління прав людини є закономірним результатом постійного науково-технічного прогресу та розвитку суспільства. До переліку прав людини четвертого покоління вчені відносять: право на зміну (корекцію) статі, право на трансплантацію органів і тканин, право на клонування, право на використання віртуальної реальності, право на одностатеві шлюби, право на евтаназію тощо. До окремих з названих прав суспільство ставиться схвально або ж терпимо, деякі не санкціонує і, навіть, забороняє. Це, як правило, ті, що суперечать існуючим морально-етичним, релігійним, правовим та іншим соціальним нормам. Через це названі права важко віднести до традиційних класифікацій прав людини і, відповідно, узаконити їх у рамках Конституції або хоча б певної галузі права. Саме тому чимало з указаних прав існує переважно на рівні теоретичних концепцій у юридичній науці. Проте деякі з них, в тому числі право на зміну статі, динамічно розвиваються та є легалізованими у багатьох країнах світу (Швеція, Італія, Нідерланди, Іспанія, Канада, Ірландія, Туреччина, Румунія, Нова Зеландія, Україна). Не торкаючись безпосередньо медичного аспекту права на зміну статі, вважаємо за необхідне розглянути дану проблему в межах предмету цивільного права.

У чинному Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) від 16 січня 2003 року серед переліку особистих немайнових прав фізичної особи право на зміну статевої належності відсутнє. Водночас, у частинах 2 і 3 ст. 270 ЦК України зазначено, що перелік особистих немайнових прав, які встановлені Конституцією, цим кодексом та іншим законом, не є вичерпним, а в інших законах можуть бути передбачені й інші особисті немайнові права фізичної особи.

На законодавчому рівні право на зміну (корекцію) статевої належності закріплене у статті 51 Основ законодавства України про охорону здоров'я. Подальша регламентація даного права міститься в наказі Міністерства охорони здоров'я України (далі – МОЗ) «Про надання медичної допомоги особам, що потребують зміни (корекції) статевої належності» від 15 березня 1996 р., а також Положенні «Про постійно діючу комісію з питань зміни (корекції) статевої належності при Міністерстві охорони здоров'я України», «Порядку обстеження осіб, що потребують зміни (корекції) статевої належності», «Переліку закладів охорони здоров'я, де проводяться медичні втручання при здійсненні зміни (корекції) статевої належності» та «Медико-біологічних і соціально-психологічних показаннях для зміни (корекції) статевої належності», затверджених тим самим наказом МОЗ.

Таким чином, у вітчизняному законодавстві право на зміну статі деталізоване на рівні відомчих нормативно-правових актів. Проте, як влучно зазначає Пунда О.О.: «Цивільно-правові можливості регулювання такого особистого немайнового права є не тільки перспективними, але й досить вчасними. Застосування цивільного законодавства до відносин у сфері медицини виступає законодавчою гарантією охорони, захисту та безпосереднього

регулювання правовідносин у зазначеній сфері» [1, с. 103]. Разом з тим закріплення згаданого права у ЦК України, на наш погляд, може бути проблематичним з таких міркувань.

Насамперед, це пов'язане з тим, що право на зміну статі можна віднести одночасно до кількох видів особистих немайнових прав. Так, з одного боку, його беззаперечно можна розглядати як невід'ємну складову права людини на життя (Пунда О.О., Булеца С.Б.) [2, с. 48; с. 11], з другого, – юридичною підставою санкціонування досліджуваного права є право на охорону здоров'я (Лаврик М.А.) [3]. З третього, – його можна віднести до права на невтручання в особисте і сімейне життя (практика Європейського Суду з прав людини у справі Б. проти Франції від 25.03.1992 р.) [4].

Наведене дає підстави стверджувати, що право на зміну статі можна віднести як до особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування особи, так і до особистих немайнових прав, що забезпечують її соціальне буття. Проте відразу ж постає питання: чи можливо на рівні Цивільного кодексу України виокремити як самостійне та закріпити на рівні з іншими право на зміну статі, якщо воно співвідноситься відразу ж з кількома різними за своєю природою особистими немайновими правами?

Міхальов В. пропонує вирішити цю проблему способом виділення прав людини, що відображають відкриття та досягнення, які були здійснені в галузі біології та практичної медицини в особливу групу під назвою біологічні права людини. На його думку, можливість такого виділення обумовлена насамперед сутністю самої людини – адже найважливішими складовими людського існування виступають його біологічна та соціальна природа [5, с. 131, 132].

З ідеєю відмежування в окрему групу прав, які мають суто особистісний характер також виступив російський вчений Крусс В.І. Він пропонує називати їх «соматичними» (від грецького soma – душа). Йдеться про «право» людини самостійно розпоряджатися своїм тілом: здійснювати його «модернізацію», «реставрацію», і навіть «фундаментальну реконструкцію», змінювати функціональні можливості організму і розширювати їх техніко-агрегатними або ж медикаментозними засобами. Автор стверджує, що «соматичні» права і свободи за своєю природою та змістом вимог є надто своєрідними, тому їх не можна розмістити в традиційній класифікації прав і свобод поруч з іншими [6, с. 43].

Безумовно, що обидва погляди мають у своїй основі раціональне зерно, однак вони не пояснюють механізму закріплення того чи іншого права, яке входить до соматичного або ж біологічного комплексу прав на рівні цивільного або ж іншого галузевого законодавства. Підтвердженням цьому є міркування Лаврика М.А. про те, що форми правового закріплення і найменування даних прав можуть бути різними, можливе встановлення певних правових обмежень на їх використання, головне тут – принципове визнання права [7].

Між тим самого лише визнання права замало. Адже, визнавши те чи інше право, держава зобов'язана забезпечити механізм його реалізації, гарантування та захисту, що є можливим за умови компактного розміщення відповідних правових норм у рамках певної галузі права.

Подібна ситуація із визнанням права на зміну статі склалася у Російській Федерації, де про нього є одне-єдине згадування у ст. 70 Федерального Закону від 15 листопада 1997 року № 143-ФЗ «Про акти цивільного стану». У ньому зазначено: «орган запису актів цивільного стану дає висновок про внесення виправлення чи зміну до запису акту цивільного стану у випадку надання документа встановленої форми про зміну статі, виданого медичним закладом». Проте подальша регламентація цього права відсутня у будь-якому нормативно-правовому акті, що породжує безліч проблем правового характеру [8].

Отже, якщо навіть піти шляхом виділення права на зміну статі разом з іншими в окрему групу або комплекс прав, то однаково слід зважати на необхідність їх подальшого закріплення в галузевому законодавстві. Власне, самі ж прихильники соматичної теорії указують на спорідненість прав, що входять до переліку соматичних із особистими немайновими правами, що закріплені на рівні ЦК України. Зокрема, Ковлер А.І. пропонує в порядку домовленості вважати соматичні права різновидом особистих (громадянських прав і свобод – прав першого покоління), вказуючи, що: «серцевину особистих прав складають

право на життя и гідність особи, право на свободу і особисту недоторканість, свобода совісті. Саме вони, очевидно, є базовими, родовими правами для особистісних прав» [9, с. 427]. Підтримує цю позицію і Сланов О.Т., котрий зазначає, що соматичні правомочності є галузевими правомочностями особи, похідними від «природних» та невід'ємних, закріплених конституційно прав на життя, здоров'я та гідність [10, с. 1712]. Про доцільність проведення досліджень окремих соматичних прав у рамках окремих галузевих наук висловився також Крусс В.І. [11, с. 16].

Оскільки права на життя, здоров'я, повагу до честі та гідності отримали своє закріплення у цивільному законодавстві, то цілком логічним буде розміщення права на зміну статі саме у ЦК України, як похідного від указаних прав. Стосовно ж питання про можливість виокремлення права на зміну статі як самостійного та його закріплення на рівні з іншими у ЦК України або закріплення його як складового елементу вже існуючих прав, то, на наш погляд, законодавець може рухатися як в одному, так і в іншому напрямку, головне – здійснити закріплення права на зміну статі як особистого немайнового права фізичної особи у ЦК України.

Отже, поява нового покоління прав – соматичних, біологічних або ж четвертого покоління – є об'єктивним фактом. Необхідне подальше теоретичне дослідження даного покоління прав вченими-юристами з метою вироблення наукового і загального нормативного вирішення, а також подальшого з'ясування, які конкретно категорії прав людини формують це нове покоління прав [12, с. 81]. Крім того, зауважуємо, – дуже важливим є також розвиток наукових та науково-технічних досягнень суспільства, що створювали б можливість об'єктивної реалізації людиною цих прав.

Вітчизняне законодавство пішло шляхом нормативного закріплення права на зміну статі у відомчих актах, створивши лише передумови для його існування у реальному житті. Закріплення ж цього права на рівні ЦК України – це більш високий рівень юридичного регулювання, охорони та захисту права на зміну статі, а відтак і певна гарантія належного його дотримання усіма суб'єктами правових відносин у державі.

Використані джерела:

1. *Пунда О. О. Поняття та проблеми здійснення особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини : Монографія. – Хмельницький – К., 2005. – 426 с.*
2. *Пунда О. О. Вказ. праця; Булеца С. Б. Право фізичної особи на життя та здоров'я як об'єкт цивільно-правової регламентації: порівняльно-правовий аналіз регулювання в Україні, Угорській, Словацькій та Чеській республіках : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / С. Б. Булеца. – О., 2005. – 22 с.*
3. *Лаврик М. А. К теории соматических прав человека [Електронний ресурс] / М.А. Лаврик // Сибирский юридический вестник. – 2005. – № 3. – Режим доступу : http://www.lawinstitut.ru /ru/science/vestnik/20053/lavrik.html.*
4. *Б. против Франции. Судебное решение от 25 марта 1992 года. Краткое неофициальное изложение обстоятельств дела [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.echr.ru/ documents/doc/ 2461455/2461455.htm.*
5. *Міхальов В. До проблеми біологічних прав людини у правовій державі / В. Міхальов // Актуальні проблеми держави і права : Збірник наукових праць. – О.: Юридична література, 2001. – Вип. 12. – С. 130–132.*
6. *Крусс В. И. Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы / В. И. Крусс // Государство и право. – 2002. – № 10. – С. 43–50.*
7. *Лаврик М. А. Вказ. праця.*
8. *Ожередова С. Поменял пол – поменяй и паспорт [Електронний ресурс] / С. Ожередова // Российская правовая газета «эж-ЮРИСТ». – 2008. – № 11. – Режим доступу : http://www.gazeta-yurist.ru/article.php?i=158.*
9. *Ковлер А. И. Антропология права : Учебник для вузов. – М. : Норма, 2002. – 480 с.*

10. *Сланов О. Т. Проблема классификации прав и свобод человека, гражданина, личности: место соматических прав и свобод в системе и в теории права / О. Т. Сланов // Право и политика. – 2008. – № 7 (103). – С. 1707–1714.*
11. *Крусс В. И. К теории пользования конституционными правами / В. И. Крусс // Государство и право. – 2004. – № 6. – С. 14–23.*
12. *Абашидзе А. А. Новое поколение прав человека: соматические права / А. А. Абашидзе, А. М. Солнцев // Московский журнал международного права. – 2009. – № 1 (73). – С. 69–82.*

Карнаух Богдан Петрович
студент 5-го курсу, факультету №4
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

«ЧИННІСТЬ», «ДІЙСНІСТЬ» ТА «УКЛАДЕНІСТЬ» ЯК СУБСТАНЦІОНАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ДОГОВОРУ

Юридична конструкція договору є стрижневим інститутом цивільного права. У світлі останніх наукових розвідок договір розглядається як багатогранний правовий феномен, який одночасно є актом правовстановлення та актом правореалізації [1, с.36] Особлива правова природа договору та його домінантне значення в регулюванні цивільно-правових відносин зумовлюють необхідність глибокого теоретичного осмислення сутнісних характеристик сучасного концепту договору, головними з яких є чинність, дійсність та укладеність договору.

Чинний ЦК України не розмежовує дійсність та чинність правочину. Так, у ст. 203 ЦК перелічено загальні вимоги, дотримання яких є обов'язковою умовою чинності правочину, а в ст. 215 ЦК встановлено, що недодержання цих вимог є підставою недійсності правочину. Відповідно до ч.2 ст. 631 ЦК «договір набирає чинності з моменту його укладення», при цьому відсутнє логічне продовження – за умови дотримання загальних вимог його чинності, передбачених ст.203 ЦК.

З цього приводу деякі автори інтуїтивно відзначають, що «назва ст. 203 ЦК уявляється неточною, оскільки чинність/нечинність правочину не може ототожнюватися з його дійсністю/недійсністю» [2, с.19].

На нашу думку, характеристика «чинність» є ширшою за обсягом і поглинає собою властивість дійсності, оскільки нечинним може бути не тільки недійсний договір. Так Мілаш В.С. виокремлює такі види нечинного договору: 1) неукладений; 2) укладений під відкладальну умову, яка ще не настала, або під скасувальну умову, яка вже настала; 3) розірваний за взаємною згодою сторін або в односторонньому порядку; 4) договір, строк дії якого закінчився; 5) виконаний належним чином; 6) договір, який утратив чинність через настання форс-мажорних обставин; 7) субдоговір, якщо нечинним є основний договір; 8) недійсний договір. На думку вченого, чинним є діючий договір, який набув юридичної сили (юридична сила договору означає обов'язковість його дії щодо учасників) і має її зараз [3, с. 368-369]. З наведеного слідує, що чинність - це багатокритеріальний показник юридичної сили (дії) договору, а дійсність – показник його правомірної природи, який є хоча і головною, проте не єдиною передумовою чинності.

Дійсний договір залишається чинним, доки не припиняться усі договірні зобов'язання, що виникли на його основі, незалежно від того чи минули встановлені сторонами терміни виконання окремих зобов'язань.

Чинність договору експлікується через існування між його сторонами взаємних прав та обов'язків. Відповідно до ч. 1 ст. 631 ЦК час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки є строком договору. Звідси випливає, що поняття «чинність договору» має темпоральні межі і повинно визначатися на часовому проміжку, впродовж

якого існує цивільно-договірний зв'язок між контрагентами. Таким часовим проміжком є строк дії договору. Після закінчення строку дії договір втрачає чинність, якщо тільки цей строк не пролонговано.

Поняття недійсності договору органічно пов'язано з відсутністю правового ефекту договору [4, с.11]. При чому, відсутність правового ефекту договору – це не цілковита відсутність будь-яких наслідків, а відсутність наслідків очікуваних сторонами угоди. Г.Ф.Шершеневич констатував, що «недійсна угода не породжує тих юридичних наслідків, які передбачалося досягти її здійсненням» [5, с.127]. Тобто при недійсності має місце не просто відсутність правових наслідків певного явища, а заперечення тих наслідків, які при нормальному розвитку подій повинні були настати [6, с.127].

Неукладені договори відрізняються від недійсних тим, що в них цілком відсутній конститутивний елемент юридичної конструкції договору – акт згоди. Відповідно до ч.1 ст.638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Відсутність такої згоди має наслідком визнання договору таким, що не відбувся. Враховуючи цю обставину, а також те, що ЦК України окремо не визначає правові наслідки визнання договору неукладеним, сучасні науковці цілком підставно відзначають, що до випадків передачі майна за неукладеними договорами мають застосовуватися положення Глави 83 ЦК про набуття, збереження майна без достатньої правової підстави [7, с.604]. Тому можна стверджувати, що неукладений договір, на відміну від недійсного, – це договір, що не породжує жодних наслідків, тобто не має властивостей юридичного факту. Відтак, укладеним є договір, якому притаманні ознаки юридичного факту.

Проведене дослідження дозволяє реконструювати такі визначення субстанціональних характеристик договору.

Чинність договору – це багатокритеріальний показник його юридичної сили, що у межах визначеного проміжку часу (строку дії) констатує існування між сторонами договору юридичного зв'язку у формі цивільно-правового зобов'язання.

Дійсність договору – це головний критерій чинності договору, змістом якого є відповідність (у широкому розумінні: за формою, змістом, порядком укладення) укладеної між сторонами домовленості імперативним вимогам законодавства.

Укладеність договору – це визнання за домовленістю сторін властивостей юридичного факту, що породжує певні правові наслідки, незалежно від того чи є такі наслідки бажаними для сторін, або є такими, що пов'язані з недійсністю договору.

Наведені концепти є основними параметрами якісної характеристики договору та базою для моделювання протилежних категорій.

Використані джерела:

1. *Мілаш В.С. Нові підходи до визначення договору в господарському праві // Право України. – 2007. - №9. –с.31-36*
2. *Беляневич О. Недійсність господарських договорів // Юридичний вісник України. – 2007. - № 9-10. – с. 18-19*
3. *Мілаш В.С. Господарське право: курс лекцій: У 2 ч. – Ч.1. – Х.: Право, 2008. – 496 с.*
4. *Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания. – М.: Книжный мир. - 2005. – 381с.*
5. *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907г.). – М.: Фирма «Спарк», 1995. – 527с.*
6. *Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов. – М.: Инфра-М-Норма, 1997. – 482с.*
7. *Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общ. ред. А.Г. Бобковой. – Харьков: Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н.Н., 2008. – 1296 с.*

Катеринчук Іван Петрович
викладач юридичного факультету Чернігівського інституту імені Героїв Крут Міжрегіональної академії управління персоналом, здобувач кафедри адміністративного права і адміністративної діяльності Національної академії Державної податкової служби України, Чернігів, Україна

ПРІОРИТЕТНІ НАПРЯМИ СПІВРОБІТНИЦТВА УКРАЇНИ ТА ЄС

Державна прикордонна політика є складовою національної безпеки України та реалізуються шляхом цілеспрямованої та скоординованої діяльності органів державної влади з метою реалізації і захисту національних інтересів України в її прикордонному просторі [1, с. 49-50]. Європейська інтеграція зумовлює необхідність внутрішніх змін, які продовжують відбуватися в законодавстві Україні, тому потребує аналізу подальше співробітництво України у сфері правоохоронної діяльності з окремими структурами ЄС. Співпраця між ЄС та Державною Прикордонною службою України (далі - ДПС) є тривалою, так як ЄС підтримує Україну у прагненні досягти до 2015 року відповідності форм діяльності ДПС Шенгенським вимогам. Однією із форм співпраці з європейськими інституціями є участь у певних проектах. Так, контроль та координація співпраці на зовнішньому кордоні ЄС здійснюється з «FRONTEX», так як діє домовленість, яка зобов'язує ДПС до протидії неконтрольованій міграції та іншій незаконній діяльності на кордоні, посиленню безпеки на кордонах між державами-членами ЄС та Україною, розвитку добрих відносин та взаємної довіри між прикордонними відомствами на кордоні між державами-членами ЄС та Україною [2;3]. З 2007 року на кордоні України з ЄС впроваджений проект «П'ять кордонів» для встановлення та координації оперативного співробітництва на зовнішньому кордоні, а з 2008 року впроваджено проект підготовки персоналу «Виявлення крадених автомобілів» [3].

Важливим напрямом співпраці між Україною та ЄС у сфері прикордонно-митних питань слід визнати діяльність з 2005 р. Місії EUBAM задля удосконалення співробітництва прикордонних та митних органів, підвищення ефективності оперативної взаємодії між ними і правоохоронними службами, посилення боротьби з негативними явищами на кордоні [4;5]. Основними її завданнями є: гармонізація стандартів і процедур управління кордоном з нормами, що діють на території країн ЄС; сприяння підвищенню професіоналізму українських та молдовських митних та прикордонних служб на оперативному рівні; розвиток системи аналізу ризиків; удосконалення співробітництва та взаємодоповнюваності між прикордонною і митною службами, правоохоронними органами; підтримка транскордонного співробітництва. Діяльність Місії втілюється у проведенні навчання на місцях, наданні консультацій українським, молдовським посадовцям для підвищення спроможності їх служб у здійсненні ефективного прикордонного та митного контролю, ведення прикордонного спостереження. На даний час триває співпраця в проекті «Надання допомоги у питаннях, пов'язаних з реадмісію». ДПС також бере участь у проекті BOMMOLUK, який фінансується ЄС задля поліпшення контролю на молдовсько-українському державному кордоні. Перша фаза проекту (BOMMOLUK-1) завершилася ще 31 грудня 2007 року. З метою продовження роботи по забезпеченню співробітництва між митними та прикордонними службами країн з 2008 року тривала друга фаза проекту (BOMMOLUK-2). [5]. Серією проектів, спрямованих на допомогу ДПС є BOMUK (програма покращення управління кордонами). В рамках проекту BOMUK-3 ДПС передали першу партію з 65 термовізійних біноклів на суму понад 3,5 млн. євро [6].

Проект HUREMAS реалізується Міжнародною організацією з міграції за підтримки партнерів з країн-членів ЄС та фінансується Європейською Комісією і Державним Департаментом США для підтримки зусиль Уряду України щодо приєднання до стандартів ЄС та Шенгенської зони та включає в себе трансформування ДПС в цивільну правоохоронну структуру. Партнери проекту тісно співпрацюють з ДПС у реформуванні та удосконаленні процедур набору, підготовки та кар'єрного росту персоналу, наданні необхідної технічної допомоги та обладнання, вдосконаленні правової бази у сфері охорони державного кордону.

Основними цілями проекту є: допомога у розбудові інфраструктури, відбір кваліфікованих фахівців, сприяння в охороні державного кордону України, вдосконалення системи охорони кордону, що дозволить Україні бути повноправним партнером у Європі із відкритими і безпечними кордонами. За результатами співпраці надано допомогу в застосуванні дворівневої системи набору персоналу згідно з європейськими стандартами, започатковано 6-місячний курс підготовки для контрактного персоналу за стандартами ЄС, проаналізовано законодавство, процедуру набору, підготовки, кар'єрного росту персоналу ДПС. Завданням проекту HUREMAS 2, який діятиме до 2010 року є: надання консультацій щодо введення 18-місячної програми підготовки офіцерів із числа випускників цивільних університетів на основі інтегрованого вивчення предметів охорони кордонів, надання експертної допомоги для покращення організаційної структури згідно із найкращими практиками ЄС, продовження надання експертної допомоги в наборі персоналу та у психологічній оцінці під час набору персоналу зокрема [7].

Слід зазначити, що ДПС працює в умовах постійного контролю з боку ЄС. Співпраця з прикордонним відомством держави, яка не входить до ЄС створює підгрунтя для її інтеграції в систему колективної безпеки ЄС, адже в основу діяльності покладено правоохоронний аспект завдяки якому створено систему кримінального аналізу та оцінки ризиків, налагоджено роботу з іноземцями, функціонує нова система управління кордоном з використанням цифрових засобів передачі даних та можливостей супутникового зв'язку [8].

Результатами співпраці прикордонного відомства України з європейськими інституціями повинна насамперед стати послідовна адаптація законодавства України про державний кордон до законодавства ЄС та реформування структури відомства відповідно до досвіду країн ЄС.

Використані джерела:

1. Цимбалістий Т. О. Державний кордон України : конституційно-правовий статус : Навч. посіб. / Т. О. Цимбалістий ; Національна академія прикордонних військ України ім. Б. Хмельницького ; Кафедра конституційного, адміністративного та фінансового права. — Хмельницький : Вид-во НАПВУ, 2000.

2. European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders (FRONTEX [Електронний ресурс] — Режим доступу : http:// http://europa.eu/agencies/pol_agencies/europol/index_en.htm.

3. Співробітництво з ФРОНТЕКС [Електронний ресурс] Державна прикордонна служба України — Режим доступу : http://www.pvu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=63100&cat_id=46784.

4. Меморандум про взаєморозуміння між Урядом України, Урядом Республіки Молдова та Європейською Комісією щодо місії Європейської Комісії з надання допомоги в питаннях кордону в Україні та Республіці Молдова від 07.10.2005 р. // ОВУ. — 2006. — № 16. — Ст. 1248.

5. Щодо місії ЄК з надання допомоги у питаннях кордону України та Республіці Молдова [Електронний ресурс] Офіційний веб-сайт Міністерства закордонних справ України. — Режим доступу : http://www.mfa.gov.ua/mfa/en/publication/content/19993.htm.

6. Новини співпраці з ЄС // Бюлетень Європейської комісії в Україні. — 2009. — № 21. — 28 січня.

7. Посилення системи управління кадрами Державної прикордонної служби України та покращення інтегрованої системи охорони державного кордону «HUREMAS» [Електронний ресурс] Міжнародна організація з міграції. — Режим доступу : http://iom.org.ua/index.php?page=catalog&id=12&pid=3.

8. Литвин М. Європейські засади охорони кордону. Безпека на кордоні : анатомія проблем / Микола Литвин [Електронний ресурс] 2000. Еженедельник. — Режим доступу : http://www.2000.net.ua/a/38873?p=0.

Кирилюк Алла Володимирівна
асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Одеської національної юридичної академії,
Одеса, Україна

ОКРЕМІ АСПЕКТИ УКЛАДЕННЯ, ЗМІНИ ТА ПРИПИНЕННЯ ЛІЦЕНЗІЙНОГО ДОГОВОРУ НА ВИКОРИСТАННЯ ЛІТЕРАТУРНИХ ТВОРІВ

Характеризуючи укладення, зміну та припинення ліцензійного договору на використання літературних творів, варто приділити увагу тому, що правила щодо укладення, зміни та припинення цивільно-правових договорів поширюються і на договори у сфері інтелектуальної власності. Проте з цього загального правила є винятки, передбачені законом.

На ліцензійні договори поширюється правило ст. 627 ЦК України про свободу договору, отже сторони ліцензійного договору є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості[1]. Як вірно зазначається у цивілістичній літературі, процес укладення договорів визначений самою природою відповідної конструкції: якщо сенс договору полягає у досягненні угоди, то тим самим його укладення передбачає волевиявлення кожної з сторін і його співпадіння[2, с.154].

Велике значення для укладення будь-якого договору (включаючи ліцензійний договір) мають істотні умови договору. В науковій літературі, обґрунтовано зазначається, що детальна регламентація істотних умов ліцензійних договорів у нормах чинного законодавства позитивно вплине на правозастосовчу діяльність[3, с.52]. До істотних належать такі умови, без яких договір не може набрати чинності.

За Цивільним Кодексом України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Якщо з будь-якої такої умови сторонами не досягнуто згоди, договір не набирає чинності.

До істотних умов належать визначення об’єкта договору щодо чого укладається цей договір — твору науки, літератури чи мистецтва, об’єкта промислової власності чи будь-якого іншого результату творчості, що охороняється законом. Без такого визначення об’єкта (предмета) договір не виникає. До істотних умов слід віднести також його ціну. Так, наприклад, ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» визначає, що авторський договір вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди щодо всіх істотних умов строку дії договору, способу використання твору, розміру і порядку виплати авторської винагороди, території, на яку поширюється право, яке передається та інших умов[4]. Отже, строк чинності договору у сфері інтелектуальної діяльності є його істотною умовою, хоча строк далеко не в усіх договорах є істотною умовою.

Також до істотних умов договору у сфері інтелектуальної діяльності слід також віднести умову про обсяг використання об’єкта. Адже від обсягу використання залежить ціна договору. Обсяг використання може визначатися кількістю, часом або територією.

Істотні умови договору у сфері інтелектуальної діяльності можуть визначати самі сторони якщо вони дійшли висновку, що такі умови мають важливе значення для них.

Важливою умовою дійсності договору, в тому числі і договору, що стосується інтелектуальної діяльності, є воля сторін і волевиявлення. Воля сторін проявляється в їх намірі укласти договір на створення або використання будь-якого об’єкта інтелектуальної власності. Цей намір сторони можуть виявити будь-яким способом. Чинне цивільне законодавство передбачає багато способів проголосити свій намір на укладення такого

договору. Усі вони поширюються і на об'єкти інтелектуальної власності. Це можуть бути оголошення у засобах масової інформації, виставки, ярмарки, вітрини, реклама тощо.

Для дійсності договору має значення збіг волі та волевиявлення. У сфері інтелектуальної діяльності бувають випадки, коли волевиявлення не відповідає дійсній волі.

У ліцензійному договорі на використання літературних творів виникає необхідність віднести до істотних умов встановлення обсягу відповідних прав, які передаються за договором. У судовій практиці виникає проблема щодо правильного визначення суб'єкта авторських прав на певні твори, для визначення даної проблеми у таких справах виникає необхідність встановити обсяг відповідних прав, переданих за договором.

Отже виходячи із положень ч. 1 ст. 638 та ч. 3 ст. 1109 ЦК України до істотних умов ліцензійного договору належать предмет договору; вид ліцензії; сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права, тощо), розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Основним способом розірвання (зміни) договору є його розірвання або зміна за згодою сторін, передбачено окремі способи, за допомогою яких сторони за згодою між собою можуть змінити розірвати договір. Наприклад, шляхом новації (ст. 604 ЦК України), наданням їм виконання відступного (ст. 600 ЦК України). Утім, законом чи договором право сторін на розірвання (зміну) договору за згодою між собою може бути обмежене. Так, приклад, відповідно до ч.3 ст. 636 ЦК, якщо інше не встановлено договором або законом, сторони, які уклали договір на користь третьої особи, з моменту вираження цією третьою особою наміру скористатися своїм правом, не можуть розірвати або змінити договір без її згоди.

Змінити або розірвати договір, якщо згода сторін про це не досягнута, можна на вимогу зацікавленої сторони лише у судовому порядку і лише за наявності певних підстав. Такими підставами, відповідно до ч. 2 статті, що коментується, можуть бути: 1) істотне порушення договору другою стороною та 2) інші випадки, встановлені договором або законом. Істотним слід вважати таке порушення договору, яке тягне для другої сторони неможливість досягнення мети договору. У зв'язку з цим, термін «шкода» не треба розуміти як обмеження. Крім можливих значених додаткових витрат, неотримання прибутків, він включає й інші наслідки, які істотно впливають на інтереси сторони. До другої групи підстав, що надають право вимагати зміни або припинення договору, належать підстави, прямо передбачені ЦК, іншими актами законодавства або договором.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. -2003 -№11.-Ст. 461.*
2. *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М., 1997. – С. 154.*
3. *Фарафонова А.А. Чем рискует владелец товарного знака, заключая лицензионный договор // Право и государство: теория и практика. – 2007. – № 6. – С. 52.*
4. *Закон України «Про авторське право та суміжні права» від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII в редакції Закону України від 11 липня 2001 р. № 2627-II*

Кісель Віктор Йосипович
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Одеського державного університету внутрішніх справ,
Одеса, Україна

Унгурян Ірина Сергіївна
студентка 5-го курсу Одеського державного університету внутрішніх справ,
Одеса, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ІСТОРІЮ СТАНОВЛЕННЯ ДОГОВОРУ ПОЗИКИ

У національній юридичній науці утвердилася думка про те, що значення римського приватного права передусім проявляється у його рецепції до законодавства більшості європейських країн. Під рецепцією римського приватного права розуміють його відродження, сприйняття його духу, головних ідей, засад і положень тією чи іншою цивілізацією на певному етапі її розвитку в контексті загального процесу циклічних ренесансів [1, 25].

Таким чином, римське право є «материнським» щодо західної європейської традиції права, яка визначається як система правових цінностей, категорій та інститутів, властивих західноєвропейській цивілізації, що веде свій родовід від Грецької та Римської античності [2, 121].

Договір позики був одним з найбільш поширених договорів ще в стародавньому римському праві. У найбільш виразному і суворо формалізованому вигляді він отримав своє перше відображення в законодавстві Дванадцяти таблиць (450 - 440 рр. до н.е.) у формі позики під назвою nexum.

Цей договір укладався в присутності п’яти свідків та особи з вагами. В ту епоху ці формальності мали важливе значення, оскільки в якості грошей був метал у зливках, отже, важливо було ретельно зважити домовлену кількість цього металу. З введенням в обіг монет дана процедура набула характеру традиції: кредитор брав маленьку монету і, вдаривши нею по вагам, передавав її боржнику замість справжніх грошей, які вручались або раніше, або пізніше. При цьому кредитор вимовляв певну формулу, яка надавала договору саме характер позики[2, 456].

Враховуючи строковість договору позики, у визначений договором строк боржник повинен був повернути борг. Якщо він не платив, то наступали ті наслідки, які були обумовлені в договорі. Як правило, особиста відповідальність боржника знаходила свій прояв у борговій кабалі, або його потрапляння в рабство до кредитора. Причому, такі відносини характеризувалися відсутністю потреби у попередньому пред’явленні кредитором позову, оскільки nexum наділявся силою позасудового виконання.

Необхідно зазначити, що в 326 р. до н.е. був прийнятий закон lex poetelia, який позбавив nexum його сили: тепер кредитор повинен був попередньо довести свою вимогу в суді і лише на підставі отриманого судового рішення мав право звертати стягнення на майно боржника. Таким чином, значення nexum було підірвано і така форма договору позики переставала вживатися й потроху звелася нанівець [3, 396].

Разом з цим, система пізнього римського права винайшла нові та більш гнучкі правові форми, які були в змозі більш досконало регулювати відповідні суспільні відносини. Як наслідок, у римському цивільному праві поступово зникає обтяжливий формалізм, виникає та розвивається так званий формулярний процес.

Ці та інші поступальні процеси в правовій системі призвели до появи особливої форми позики - mutuum, яка виникла як результат розквіту комерційної діяльності в III ст. до н.е. Римське право визначило таку форму позики як реальний контракт, позбавлений надлишкової формальності. Юридична сила mutuum полягала в тому, що одна сторона (кредитор) давала іншій стороні (боржнику) визначену кількість грошей або інших речей,

наділених родовими ознаками (масло, пшениця), у власність з тим, щоб у визначений термін (або на вимогу) кредитору було повернуто таку ж саму кількість таких самих речей. Отже, на відміну від nexum, в mutuum було вже чітко визначено об'єкт зобов'язання.

Зобов'язання mutuum залишилося одностороннім зобов'язанням: будь-яких зустрічних вимог боржник пред'являти не міг. У свою чергу кредитор мав право заявляти цивільний позов з вимогою повернути позичене, але без додаткових претензій, пов'язаних із відшкодуванням збитків, сплатою процентів тощо. Пізніше було визначено, що умова, пов'язана із сплатою процентів, повинна була встановлюватися в окремому договорі.

Протягом наступних століть були врегульовані норми та максимальні розміри процентів. Цим держава намагалася знищити лихварство та попередити можливі хитрощі, за допомогою яких римляни намагалися обійти законодавчо встановлений розмір процентної ставки. В довершенні цього Юстиніан заборонив нарахування процентів на проценти (так званий анатоцизм) [5, 365].

В рамках даної роботи необхідно згадати і про так звану «морську позику», яка є різновидом договору позики. Для морської позики були характерними надзвичайно високі проценти за позичений капітал. Іноді вони доходили до 1000 %. Разом з цим, це пояснювалося, по-перше, багатьма ризиками, які ніс власник корабля в морі і, по-друге, необхідністю захисту інтересів кредитора [5, 366].

Розглянувши загальні питання виникнення та розвитку позикових відносин в римському приватному праві, можна зробити висновок, що позика (mutuum) є одним з найдавніших видів реальних договорів і збереглася в українському цивільному праві саме в такому значенні. За римським правом позика – це реальний контракт, за яким одна сторона (позикодавець) передає іншій стороні (позичальникові) у власність певну суму грошей, або інші речі, наділені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути таку ж саму суму грошових коштів або таку ж кількість речей такого ж роду та такої ж якості.

Майже тотожне визначення міститься в ст. 1046 Цивільного кодексу України. В національному цивільному праві договір позики належить до зобов'язань, направлених на передачу майна. Предметом договору позики можуть бути грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, причому позичальник, отримавши за договором позики грошові кошти, зобов'язаний повернути позикодавцеві таку ж суму, а якщо мова йшла про зазначені вище речі — рівну кількість речей того ж роду та такої ж якості. Так само як і в римському цивільному праві, у національній правовій системі договір позики сконструйований як односторонній та реальний правочин [6, 347].

Використані джерела:

1. *Харитонов Є.О. Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти). – Одеса, 1997.*
2. *Гончаренко В.О. Система договорів римського права та деякі питання її рецепції в сучасному цивільному законодавстві України // Університетські наукові записки. – 2005. – № 3. – с. 121-125.*
3. *Гражданское право. Учебник, часть 2 / Под ред. Мозолина В.П. – Юристъ, 2004.*
4. *Покровский И.А. История римского права. – М.: Статут, 2004.*
5. *Дженнаро Франчози. Институционный курс римского права / Перевод с итальянского д.юр. наук Л.Л. Кофанова. – М.: Статут, 2004.*
6. *Цивільний кодекс України: Науково–практичний коментар / За редакції розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина, 2006.*

Ковалёнок Максим Анатольевич
магистрант юридического факультета Белорусского государственного университета, Минск, Республика Беларусь

К ВОПРОСУ О СУБЪЕКТЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ЗЕМЛЮ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

1 января 2009 года вступил в силу новый Кодекс Республики Беларусь «О земле» от 23 июля 2008 г. № 425-З (далее – Кодекс). В данном нормативном правовом акте в значительной степени был трансформирован институт права частной собственности на землю, и, в частности, права собственности юридических лиц на землю. Так, ст. 12 Кодекса предусматривает, что «негосударственным юридическим лицам Республики Беларусь земельные участки, находящиеся в государственной собственности, могут предоставляться в частную собственность по результатам аукциона. Без проведения аукциона земельные участки могут предоставляться негосударственным юридическим лицам Республики Беларусь для обслуживания принадлежащих им на праве собственности капитальных строений (зданий, сооружений), расположенных на приобретаемых ими в частную собственность земельных участках, а также в иных случаях, определенных Президентом Республики Беларусь». Таким образом, значительно расширились основания предоставления земельных участков в частную собственность юридических лиц, порядок предоставления, а также субъектный состав лиц, обладающих правом на предоставление земельных участков в частную собственность.При этом, оперируя понятием «негосударственные юридические лица» Кодекс не раскрывает данное понятие. Согласно Указу Президента Республики Беларусь от 27 декабря 2007 г. № 667 «Об изъятии и предоставлении земельных участков» (далее - Указ) «земельные участки предоставляются юридическим лицам Республики Беларусь (резидентам) на праве постоянного или временного пользования, частной собственности или аренды, юридическим лицам, не являющимся резидентами Республики Беларусь, на праве аренды». Таким образом, Указ использует понятие «юридические лица», не уточняя, являются ли они государственными либо негосударственными. В Гражданском кодексе Республики Беларусь (далее - ГК) используется понятие «государственные юридические лица». Однако данное понятие также не раскрывается. Из анализа норм ГК следует, что и Республика Беларусь, и административно-территориальные единицы в лице государственных органов в пределах предоставленных им полномочий могут быть учредителями (участниками) юридических лиц различных организационно-правовых форм.

Таким образом, возникает проблема системного толкования норм о предоставлении в собственность юридическим лицам земельных участков, и, как следствие, определение субъектного состава юридических лиц, с долей государственной собственности, обладающих данным правом. К разрешению данной проблемы можно применить два различных подхода.

В соответствии с первым, важным в разрешении данной проблемы будет являться установление размера доли государственной собственности, позволяющего отнести то или иное юридическое лицо к категории государственных либо негосударственных. При этом можно использовать подход, закрепленный в Указе Президента Республики Беларусь от 12 ноября 2003 г. № 508 «О некоторых вопросах экономической несостоятельности (банкротства)», где государственной организацией признается государственное юридическое лицо, юридическое лицо, в отношении которого государство, обладая контрольным пакетом акций (долей, вкладов, паев) или иным, не противоречащим законодательству образом, может определять решения, принимаемые этим юридическим лицом.

В соответствии со вторым подходом, можно признавать право собственности на земельные участки в Республике Беларусь за любыми юридическими лицами, резидентами Республики Беларусь, независимо от размера доли государственной собственности.

Земельный кодекс Украины от 25 октября 2001 года № 2768-III (далее – Земельный кодекс Украины) иначе определяет субъектный состав юридических лиц, обладающих

правом на получение земельного участка в частную собственность. Так в ч.1 ст.82 Земельного кодекса Украины установлено: «юридические лица (учрежденные гражданами Украины или юридическими лицами Украины) могут приобретать в собственность земельные участки для осуществления предпринимательской деятельности в случае…». Схожий подход применяет и законодатель Российской Федерации. Ч.2 ст. 15 Земельного кодекса Российской Федерации от 25 октября 2001 года № 136-ФЗ устанавливает, что «граждане и юридические лица имеют право на равный доступ к приобретению земельных участков в собственность». Таким образом, представляется, что, как законодатель Украины, так и законодатель Российской Федерации включают в круг юридических лиц, обладающих правом частной собственности на землю, любые юридические лица, независимо от субъектного состава и доли собственности учредителей (создателей) данных юридических лиц.

Ковальська Віта Станіславівна
аспірант Хмельницького університету управління і права,
Хмельницький, Україна

КЛАСИФІКАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У правовій літературі під класифікацією юридичних фактів розуміється їх розмежування на окремі групи за певними ознаками, взятими за основу. Не викликає жодних сумнівів значимість класифікації будь-яких правових категорій, понять та явищ, у тому числі класифікації юридичних фактів, для розвитку як загальної теорії права, так приватно-галузевих наук, особливо там, де теорія юридичних фактів або взагалі не розроблена, або розроблена недостатньо.[2, с.42]

Вважається, що першу класифікацію юридичних фактів в правовій науці запропонував Ф.К.Савіньї. Поділивши їх на дії та події, дії в свою чергу на вчинки та волевиявлення: односторонні і двосторонні. Зазначена класифікація стала традиційною, міцно увійшла у всі підручники та використовується до теперішнього часу.

Пізніше значний внесок в розвиток теорії класифікації юридичних фактів зробили В.Б.Ісаков, С.І.Реутов, С.С.Алексеев, Г.В. Кикоть, Е.Н.Горюнова, В.І.Данілін, О.С.Іоффе, Г.Ф.Шершенєвич, Є.В.Васьковський, В.І.Сінайський, В.А.Красавчиков, Р.О.Халфіна, Є.Ю. Бакірова, М.М.Агарков та інші. Ними напрацьовано безліч підходів до класифікації юридичних фактів, зокрема за вольовою ознакою; за правовими наслідками; формою прояву; тривалістю їх існування; характером фактичних підстав правових наслідків; за їх доказовим значенням. Тобто в юридичній літературі розширився підхід науковців щодо критеріїв класифікації юридичних фактів.

Проте, не всі із запропонованих класифікацій є безспірними та не кожна підстава поділу може бути застосована до юридичних фактів, які мають місце у сімейно-правових відносинах. Поряд з цим на сучасному етапі розвитку нашої держави, правові відносини є не стабільними. Однією з причин цього є надшвидкий розвиток різноманітних наукових технологій, істотна зміна морально-етичних норм в суспільстві тощо. Відповідно, всі наведені фактори впливають на класифікацію юридичних фактів. Отже, зміна видів та співвідношення юридичних фактів як самостійних підстав, або складових елементів фактичного (юридичного складу), що впливають на виникнення, зміну та припинення сімейних правовідносин потребує й нових поглядів, інтерпретацій, удосконалень вже відомих класифікацій або розробки нових, чим обумовлена актуальність теми нашого дослідження. Водночас, класифікація юридичних фактів сприяє точному відбору та

правильному закріпленню юридичних фактів у нормах права, допомагає зрозуміти взаємозв'язок різних засобів впливу на фактичні відносини та процеси.

При цьому предметом нашого дослідження є класифікація юридичних фактів, що впливають на виникнення, зміну та припинення сімейних правовідносин, а не юридичних фактів в загальній теорії права.

Так, залежно від наслідків впливу на правовідносини, за загальноприйнятою теорією, юридичні факти поділяються на правоутворюючі, правозмінюючі та правоприпиняючі. Зрозуміло, що із юридичних фактів виникають, змінюються та припиняються не тільки права, але й обов'язки іншого суб'єкта, які їм кореспондують, оскільки юридичні факти впливають на правовідношення в цілому. [2, с.58].

Будь-які правовідносини у своїй динаміці можуть проходити три стадії: виникнення, зміну та припинення. Кожен із названих етапів руху є видом юридичних наслідків, що встановлюється нормами права за наявності певних юридичних фактів. Відповідно до цього проводиться традиційне розмежування юридичних фактів на три категорії: факти правоутворюючі, правозмінюючі та правоприпиняючі.Під правоутворюючими юридичними фактами прийнято розуміти факти, з якими норми права пов'язують виникнення конкретного права у певної особи.

Особливістю правоутворюючого юридичного факту є те, що суспільне відношення трансформується в правове саме з допомогою цього юридичного факту. З ним пов'язується виникнення конкретних суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, які не існували раніше [3, с.51]. Прикладами правоутворюючих юридичних фактів є укладення шлюбу, визнання батьківства, встановлення факту материнства та батьківства, усиновлення дитини.

Під правоприпиняючими юридичними фактами прийнято розуміти факти, з якими норми права пов'язують припинення конкретного права певної особи.

Вказані юридичні факти О. А. Красавчиков ділить на дві категорії: специфічно (або абсолютно) правоприпиняючі та відносно правоприпиняючі. Специфічність фактів першої категорії полягає в тому, що вони, припиняючи певне право особи, не тягнуть за собою перенесення цього права на іншу особу.

В якості правоприпиняючих, на нашу думку, можуть виступати різноманітні за своєю природою юридичні факти: односторонні акти (звільнення судом за заявою органу опіки та піклування особи від повноважень опікуна або піклувальника у разі невиконання нею своїх обов'язків, порушення прав підопічного, а також у разі поміщення підопічного до навчального закладу, закладу охорони здоров'я або закладу соціального захисту – ст.250-251 Сімейного кодексу України (далі СКУ), ч.3 ст.75 Цивільного кодексу України (далі ЦКУ), двосторонні акти (наприклад, відмова подружжя від шлюбного договору – ст.101 СКУ), події (наприклад, смерть суб'єкта сімейних правовідносин).

Третій вид юридичних фактів, з погляду породжуваних наслідків, складають правозмінюючі факти. Під правозмінюючим юридичним фактом слід розуміти факт, з яким норми права пов'язують зміну конкретного права. Зміна може відбуватися, по двох лініях: по лінії носіїв конкретного права (обов'язків) та по лінії змісту цього права.[4, с.87-90] Прикладом правозмінюючого юридичного факту можна вважати відносини батьків та дітей (батьки зобов'язані утримувати своїх неповнолітніх дітей, а повнолітні діти зобов'язані утримувати своїх непрацездатних батьків).

Однак, на нашу думку у сімейному праві поряд з вищезазначеними юридичними фактами мають місце й такі групи фактів, існування яких не визнається представниками загальної теорії права (В. Б. Ісаков), а також представниками цивілістичної науки (О. А. Красавчиков). Мова йде про правовідновлюючі, правоперешкоджаючі та правозупиняючі юридичні факти.

Так, наявність перешкоджаючих фактів, на наш погляд, дає змогу пояснити, чому деякі правовідносини не виникають, хоча є певні юридичні факти, які могли б викликати це правовідношення. Іноді такі факти мають місце при наявності конкретних сімейно-правових відносин, перешкоджаючи їх припиненню або виникненню нових правовідносин. Так, згідно ч.2 ст.110 СКУ вагітність дружини позбавляє чоловіка права на розлучення без її згоди

(тобто, факт вагітності дружини перешкоджає припиненню шлюбного правовідношення). Також, згідно ч. 2 ст. 110 СКУ за загальним правилом (окрім випадків, передбачених ч. 3-4 ст. 110 СКУ) позов про розірвання шлюбу не може бути пред'явлений протягом вагітності дружини і протягом одного року після народження дитини, крім випадків, коли один із подружжя вчинив протиправну поведінку, яка містить ознаки злочину, щодо іншого з подружжя або дитини.

Правоперешкоджаючі юридичні факти закладені в гіпотезах норм-заборон та є, свого роду, протилежністю фактам-умовам. Вони можуть обмежувати окремі елементи сімейної правоздатності або перешкодити дії конкретного суб'єктивного права.

Поряд з цим в сімейному праві існують юридичні факти, з яким закон пов'язує відновлення прав та обов'язків, втрачених учасниками (учасником) сімейних правовідносин. Наприклад, ч. 1 ст. 239 СКУ передбачає, що у випадку скасування усиновлення відновлюються взаємні права та обов'язки між дитиною та її батьками. Такі відносини вже існували раніше, але вони припинилися в силу акта (рішення суду) про усиновлення відносно даної дитини. Рішення суду про скасування усиновлення і є тим юридичним фактом, який відновлює відносини між дитиною та її батьками (одним із них), які раніше існували між ними.

Вплив правовідновлюючих юридичних фактів мають місце при відновленні в батьківських правах (ст. 169 СКУ), при скасуванні усиновлення (ст. 238-239 СКУ) або визнанні його недійсним (ст. 236-237 СКУ), при відновленні шлюбу у випадку явки особи, оголошеної померлою чи визнаної безвісно відсутньою, в тих випадках, коли таке відновлення допускається (ст. 118 СКУ). Особливість впливу юридичних фактів в таких випадках полягає в тому, що вони не породжують якогось нового правовідношення, а відновлюють те, яке раніше припинилося або тимчасово призупинилося.

Окрім того, ми вважаємо, що і правозупиняючі юридичні факти також зустрічаються у сімейному праві, хоча й не так часто. Так, «класичним» прикладом правозупиняючого юридичного факту ми вважаємо встановлення режиму окремого проживання подружжя, внаслідок чого призупиняється режим спільної сумісної власності на придбане майно та презумпція походження дитини, народженої жінкою, від чоловіка, з яким вона перебуває у шлюбі (при умові, що дитина народилася після спливу десяти місяців після запровадження між подружжям даного режиму) (ст. 120 СКУ). Враховуючи викладене, можна стверджувати про те, що встановлення режиму окремого проживання подружжя є саме призупиняючим юридичним фактом.

Таким чином, можна зробити висновок, що в сімейному праві, поряд з класичною моделю класифікації юридичних фактів за наслідками (правоутворюючі, правозміючі, правоприпиняючі), мають місце і правовідновлюючі, правоперешкоджаючі та правозупиняючі юридичні факти.

Використані джерела:

1. *Сімейний кодекс України: за станом на 1 липня 2009 р./ Верховна рада України. – zakon1.rada.gov., документ 2947-14.*
2. *Бакирова Е.Ю. Юридические факты в жилищных отношениях: дисс. ... кандидата юридических наук: 12.00.03/ Бакирова Елена Юрьевна. – Белгород., 2003 г.*
3. *Кручинин А.В. Юридические факты и их составы обуславливающие, возникновение индивудуальных трудовых отношений в России: дисс. ... кандидата юридических наук: 12.00.05/ Кручинин Алексей Викторович. – Пермь, 2003 г.*
4. *Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве/ Красавчиков О.А. - М.: Государственное издательство юридической литературы, 1958. – с.171*
5. *Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве/ Исаков Владимир Борисович – М.: Юридическая литература, 1984. – с. 80*

Ковальчук Альбіна Миколаївна
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

РОЗМІР ОБОВ'ЯЗКОВОЇ ЧАСТКИ МАЙНА У СПАДЩИНІ ЗА ЦК УКРАЇНИ

За сучасних реалій, змістом цивільно-правових норм, що встановлюють право на обов'язкову частку у спадщині, є перерозподіл спадщини державою в інтересах найбільш соціально незахищених осіб, пов'язаних зі спадкодавцем сімейними, родинними відносинами, у разі незазначення їх у заповіті, усунення заповітом від спадкування або порушення їхніх прав за змістом заповіту.

У ЦК України [1], порівняно із ЦК УРСР хоч і збережено норму щодо права спадкоємців на обов'язкову частку в спадкуванні. Натомість змінено суб'єктний склад осіб, які мають зазначене право [2]. Із зазначеного переліку осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині, виключено утриманців, до яких належали непрацездатні утриманці (у віці до 16 років, а які вчаться - до 18 років; жінки - з 55 років, чоловіки - з 60 років; інваліди I, II, III груп).

Новим для цивільного законодавства є положення, яке має місце у ЦК 2003 року щодо розміру самої частки, яка має нараховуватись незалежно від змісту заповіту. Попередній ЦК від 1963 р. передбачав розмір такої частки не менше 2/3 від частки, яка належала б кожному із спадкоємців при спадкоємстві за законом, а новий ЦК – не менше половини від цієї ж частки. Таким чином, пропонується зменшити вплив держави на волевиявлення спадкодавця. Але запропонована редакція даної норми не вирішить всіх конфліктних ситуацій, які існують нині і виникнуть в майбутньому як у судовій, так й у нотаріальній практиці [3].

На думку ряду науковців зниження розміру обов'язкової частки до половини законної долі навряд чи можна назвати позитивним, оскільки рівень добробуту більшості українських громадян за останні десять років не покращився [4]. В юридичній літературі зазвичай наводиться лише один основний аргумент для підтвердження правильності зниження розміру обов'язкової частки до 1/2 від спадщини, що дісталась би при спадкуванні за законом. Цей аргумент вказує на потребу розширення заповідальної свободи, як одного з можливих проявів свободи розпорядження своїм майном.

При цьому соціальне призначення інституту повністю ігнорується. Зменшення розміру обов'язкової частки та встановлення її на рівні 2/3 в ЦК УРСР(з 1945 р. обов'язкова частка дорівнювала повній законній) було викликане тим, що інколи спадкоємці не отримували взагалі нічого при наявності заповіту на їх користь, і, до того ж, вказувалось на поліпшення матеріального стану громадян, впровадження кращих соціальних гарантій [5].

На нашу думку, зменшення розміру обов'язкової частки до ½ є досить прийнятним, оскільки крім розширення заповідальної свободи, як одного з можливих проявів свободи розпорядження своїм майном, ми можемо говорити про попередження випадків зловживання правом на обов'язкову частку майна у спадщині недобросовісними особами.

Розмір обов'язкової частки став предметом дискусії. Серед інших обґрунтовувалась також концепція встановлення різних розмірів обов'язкової частки залежно від рівня матеріальної забезпеченості спадкоємців. Зокрема, пропонувалось підвищити для обов'язкових непрацездатних спадкоємців розмір частки до повної долі, яку б вони отримали за законом, а працездатним спадкоємцям надавати половину від законної частки [6]. Йдеться про непрацездатних та неповнолітніх, тож немає достатніх підстав надавати їм право на отримання різної за величиною обов'язкової частки в спадщині. Обидві категорії осіб не можуть самостійно забезпечувати себе. Новий ЦК України не сприйняв диференційованого підходу, встановивши, що обов'язкова частка повинна дорівнювати половині частки, яка належала б обов'язковим спадкоємцям у разі спадкування за законом. Втім, п. 1 ст. 1241 ЦК України вміщує положення, згідно з яким «розмір обов'язкової частки у спадщині може бути

зменшений судом з урахуванням відносин між цими спадкоємцями та спадкодавцем, а також інших обставин, які мають істотне значення» [4]. Постановою Пленуму ВСУ щодо питань спадкування також не визначено конкретного переліку підстав для цього, а лише зазначено, що Суд може зменшити розмір обов'язкової частки у спадщині з урахуванням відносин між спадкоємцем та спадкодавцем, а також інших обставин, які мають істотне значення, зокрема майнового стану спадкоємця [7].

Отже, в ст. 1241 ЦК маються на увазі якісь інші критерії та обставини, які можуть бути підставою зменшення розміру обов'язкової частки. Але що це за відносини між спадкоємцями та спадкодавцем та обставини, що мають істотне значення? Цивільний кодекс України не дає відповіді на це питання. Тлумачення даних положень повністю залишається на розсуд суду. Ймовірно, йдеться про ті випадки, коли спадкоємець, хоча й має право на отримання обов'язкової частки в спадщині, але в нього є додаткові джерела прибутку і тому отримання ним обов'язкової частки в повному розмірі є несправедливим стосовно інших спадкоємців за законом і за заповітом. Можливе також врахування якихось негативних відносин між спадкоємцем і спадкодавцем, наприклад, тривалої сварки з вини спадкоємця. Такими підставами також може бути отримання обов'язковим спадкоємцем великих прибутків (відсотки по банківських рахунках, дивіденди з акцій тощо). Також це може бути, наприклад, коли здійснення права на обов'язкову частку у спадщині перешкоджає можливості передати спадкоємцеві за заповітом майно, яким спадкоємець, що має право на обов'язкову частку, за життя спадкодавця не користувався, а спадкоємець за заповітом використовував його для проживання (будинок чи інше житлове приміщення).

На нашу думку, при розгляді справ цієї категорії необхідно акцентувати увагу не лише на наявність доброзичливих стосунків, а й на наявність чи відсутність негідної поведінки з боку спадкоємця.

Воля спадкодавця обмежується обов'язковою часткою, тому підстави її зменшення повинні бути об'єктивні: поведінка спадкоємця, яка не дає можливості віднести його до спадкоємців, відповідно до ст. 1224 ЦК, але, яка водночас є аморальною (залишив спадкодавця напризволяще у тяжкому стані, заподіяв йому тілесні ушкодження, завдав шкоди майну, був байдужим до потреб спадкодавця); майнове становище спадкоємця, який незважаючи на непрацездатність не потребує матеріальної допомоги і ніколи її не отримував тощо.

Отже, ст. 1224 ЦК, а також правозастосовна практика не дають навіть приблизного переліку таких підстав. Інститут обов'язкової частки в спадщині покликаний захищати права непрацездатних та неповнолітніх, тому закон повинен чітко регламентувати їх права, не залишаючи змоги за допомогою нечітких норм допустити зловживання. Тому правильним видається думка про потребу надати суду право зменшувати обов'язкову частку в спадщині тільки в окремих, виключних випадках. Перелік таких випадків має бути, якщо не вичерпним, то, принаймні, було б бажано вмістити в ст. 1241 ЦК України декілька загальних підстав для зменшення обов'язкової частки в спадщині.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України, від 16 січня 2003 р. № 435-IV // ОВУ. – 2003. - № 11*
2. *Клочай Н. ЦК України та ЦК УРСР. Відчуйте різницю // Юргазета. – 2004. - № 12 (24) [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://www.yur-gazeta.com/ua/oarticle/850*
3. *Фурса Є.І. Спадкові правовідносини в нотаріальній і судовій практиці: Автореф… дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. – К.: Інститут держави і права ім. В.М.Корецького, 2004. — С. 11*
4. *Турлуковський Я. Правова регламентація інституту обов'язкової частки в спадщині: окремі проблеми // Право України. – 2004. - № 2. — С. 26*
5. *Антимонов Б.С. Наследственное право в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик // Советское государство и право. — 1962. — № 5. — С. 91.*
6. *Див., напр.: Барщевский М.Ю. Правовое регулирование наследования по завещанию в СССР. Автореф. дисс... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 1984. — С. 16*

7. Про судову практику у справах про спадкування: Постанова Пленуму ВСУ від 30.05.2008 р. // Вісник Верховного суду України. – 2008. — № 6. — С. 17

Ковальчук Ярослав Вадимович
аспірант Інституту політології і права
Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова,
Київ, Україна

МЕХАНІЗМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ОБМЕЖЕННЯ СВОБОДИ ЗАПОВІТУ В КРАЇНАХ СНД

Одним з важливих елементів інституту спадкового права є обмеження свободи заповіту. В Україні обмеження цього принципу здійснюється шляхом встановлення права на обов'язкову частку у спадщині. Відповідні положення чинного Цивільного кодексу України успадковані від попередніх цивільних кодифікацій.

Цікавим уявляється питання про наявність подібних законодавчих положень в цивільному законодавстві країн СНД, з якими правова система України має спільні риси.

В усіх країнах, які входять до складу СНД, законодавцем було передбачено, що обмеження свободи заповіту тестаментоздатного спадкодавця здійснюється тільки одним-єдиним способом, який полягає в закріпленні відповідної частини спадкової маси, яка іменується «обов'язковою часткою у спадщині» на користь найменш соціально захищених учасників цивільно-правових відносин, котрі називаються «необхідними спадкоємцями». Будь-які інші варіанти вирішення вищевказаного питання відсутні.

В усіх державах-учасницях СНД коло необхідних спадкоємців не є широким. Іншими словами, у вказаних країнах право на обов'язкову частку у спадщині набувають не будь-які спадкоємці за законом, а тільки найближчі родичі спадкодавця і його чоловік або дружина.

За суб'єктним складом необхідних спадкоємців держави, що утворюють СНД, умовно можна поділити на 2 великі групи. Прокоментуємо дане судження.

В одних країнах СНД підставами для отримання фізичною особою права на обов'язкову частку у спадщині є її перебування із заповідачем в кровних чи сімейних зв'язках і наявність в неї непрацездатності за віком або за станом здоров'я на момент відкриття спадщини. Зокрема, такий підхід передбачено цивільними кодексами Білорусії [3], Вірменії [2], Молдови [7], Казахстану [5], Киргизстану [6], Росії [8], Таджикистану [9], Узбекистану [11] та України [12]. А в інших країнах СНД підставами для набуття фізичною особою права на обов'язкову частку у спадщині є тільки її перебування із заповідачем в кровних чи сімейних зв'язках, а наявність в неї непрацездатності за віком чи за станом здоров'я на момент відкриття спадщини зовсім ігнорується. Зокрема, такий підхід знайшов своє відображення в цивільних кодексах Азербайджану [1], Грузії [4] і Туркменістану [10].

В законодавстві одних країн СНД безпосередньо вказується на той факт, що усиновлювачі та усиновлені ними діти мають право на обов'язкову частку у спадщині. Зокрема вищевказане положення передбачене цивільними кодексами Молдови [7], Киргизстану [6] і Узбекистану [11]. Однак, це не означає, що в інших державах СНД усиновлювачам та усиновленим ним дітям заборонено бути необхідними спадкоємцями, оскільки суть одного з основоположних принципів сімейного права полягає в тому, що усиновлення та батьківство зумовлюють настання ідентичних юридичних наслідків. Тому в Білорусії [3], Вірменії [2], Грузії [4], Казахстані [6], Росії [8],Таджикистані [9], Туркменістані [10], Узбекистані [11], а також Україні [12] вказані фізичні особи теж мають право на обов'язкову частку у спадщині.

Дуже рідко в законодавстві країн СНД можна зустріти вказівку на той факт, що постуми володіють правом на обов'язкову частку у спадщині. Зокрема, вказане положення міститься тільки в цивільному кодексі Молдови. Однак, не треба забувати про те, що в більшості названих держав права та інтереси вже зачатої але ще ненародженої дитини перебувають під охороною закону. Зокрема, таку ситуацію можна спостерігати в Білорусії, Росії, Україні та в деяких інших з наведених вище країн. Тому в цих державах постуми також є необхідними спадкоємцями.

У країнах, що утворюють СНД, обов'язковій частці в спадщині притаманний певний розмір. Останній в усіх без винятку вказаних країнах обчислюються не з усього спадкового майна, а тільки з тієї його частини, яку необхідний спадкоємець зміг би успадкувати на підставі приписів, які викладені у відповідному законі.

В переважній більшості держав-учасниць СНД розмір обов'язкової частки кожного з необхідних спадкоємців рівний і становить не більше ½ частини того спадкового майна, власником якого він став би за відсутності заповіту його власника. Вказаному правилу притаманний єдиний виняток, що стосується законодавства Киргизстану [5]. В цій країні обсяг обов'язкової частки будь-якого з необхідних спадкоємців трохи більший і складає 2/3 частини того спадкового майна, право власності на яке він набув би на підставі безпосередніх приписів відповідного закону.

Використані джерела:

1 *Цивільний кодекс Азербайджанської Республіки від 28 грудня 1999 року // Режим доступу: www.stracker.bos.ru/codes/*

2 *Цивільний кодекс Республіки Вірменія від 17 червня 1998 року // Режим доступу: www.base.spinform.ru/show.fwx?Regnom=2998*

3 *Цивільний кодекс Республіки Білорусь від 07 грудня 1998 року // Режим доступу: www.pravo.by/webnpa/text.asp?RN=hk9800218*

4 *Цивільний кодекс Республіки Грузія від 26 червня 1997 року // Режим доступу: www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1259884*

5 *Цивільний кодекс Республіки Казахстан від 27 грудня 1994 року // Режим доступу: www.pavlodar.com/zakon/?dok=00001&ogl=04035*

6 *Цивільний кодекс Республіки Киргистан від 08 травня 1996 року// Режим доступу: www.base.spinform.ru/show.fwx?Regnom=53*

7 *Цивільний кодекс Республіки Молдова від 06 червня 2002 року // Режим доступу: www.gk-md.ru/kn4_1432_1531/page/73.html*

8 *Цивільний кодекс Російської Федерації частина перша від 30 листопада 1994 року, частина друга від 26 січня 1996 року, частина третя від 26 листопада 2001 року і частина четверта від 18 грудня 2006 року // Режим доступу: www.base.garant.ru/10164072-063.htm*

9 *Цивільний кодекс Республіки Таджикистан від 30 червня 1999 року // Режим доступу: www.tjpat.org/russian/documents/tjlaw/gk3.pdf*

10 *Цивільний кодекс Республіки Туркменістан від 17 серпня 1998 року // Режим доступу: www. tjintel.narod.ru/CISLegislation/Tu/CC.pdf*

11 *Цивільний кодекс Республіки Узбекистан від 29 серпня 1996 року // Режим доступу: www. fmc.uz/legisl.php?id=k_grajd_68*

12 *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - № № 40-44. - ст. 356.*

Козачук Микита Олександрович
здобувач кафедри господарського права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПРИНЦИПИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА» ТА «ПРИНЦИПИ ГОСПОДАРЮВАННЯ»

У сучасній юридичній літературі не приділено достатньої уваги співвідношенню та розмежуванню понять «принципи господарського права» та «принципи господарювання». Витоки пануючої сьогодні точки зору щодо ототожнення принципів господарського права та господарювання можна віднайти у працях радянських учених. На думку В.В. Лаптєва «принципи господарського права є правовими в силу юридичного закріплення відповідних керівних засад. Однак самі собою ці керівні засади мають економічний зміст і є принципами соціалістичного господарювання» [1, с. 72]. Такий підхід до співвідношення принципів господарювання та принципів господарського права є цілком характерним для правників радянської доби. Він має корінням нормативістське праворозуміння, а також ставлення до права, як до надбудови реальних економічних відносин. Засади керівні, адже вони визначаються державою (централізована планова економіка). Функція ж права вичерпується лише у юридичному закріпленні вже існуючих керівних засад господарювання. Тому принципи господарського права є такими самими, як і керівні засади господарювання.

Плинув час, розвивалися економічні відносини, змінювалося праворозуміння юридичної спільноти, але підхід до співвідношення принципів господарського права та господарювання залишився майже незмінним.

Г.Л. Знаменський вказує на те, що принципи права означають провідну ідею, керівні засади правового регулювання тих чи інших відносин. Щодо принципів господарювання, то вони відображають сутність і характер правового регулювання саме цього виду відносин [2, с. 15]. Таким чином, вчений фактично ототожнює принципи господарського права та принципи господарювання. Але ж принципи господарювання є основними началами здійснення господарської діяльності, а не її правового регулювання [3, с. 10]. Основні начала здійснення господарської діяльності не завжди збігаються з засадами її правового регулювання.

Поняття господарювання можна вважати тотожним поняттю господарська діяльність [4, с. 8]. Ч.1 ст.3 ГК України визначає, що під господарською діяльністю у цьому кодексі розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

Оскільки господарська діяльність – це діяльність суб'єктів господарювання, то саме вони самостійно і визначають на яких принципах здійснювати таку діяльність, з урахуванням законодавства. Таким чином, за умов ринкової економіки принципи господарювання формуються стихійно у свідомості відповідних суб'єктів господарської діяльності. Ці принципи вже не є керівними засадами, як це було за радянських часів. Принципи господарювання виникають об'єктивно на підставі економічних інтересів, життєвих реалій. Правове регулювання та юридична практика також здійснюють доволі важливий вплив на основні закономірності здійснення господарської діяльності. Але закон, у тому числі ГК України, не може визначати ці принципи, як це намагалися зробити у ст.6 ГК України, адже вони виникають із самого життя. Принципи господарювання, як і саме господарювання, є економічною категорію [5, с. 33] і їх визначення та формулювання є завданням економічної, а не юридичної науки.

Не слід ототожнювати поняття «принцип господарського права» та «принцип господарювання». Некоректно також, на мій погляд, стверджувати, що принципи господарського права є юридичним закріпленням принципів господарювання. Господарська

діяльність не може здійснюватися хаотично, і тому вона регламентується певними правилами, правовими нормами. Принципи господарського права є керівними ідеями та засадами, фундаментом правового регулювання сфери господарювання. Ці принципи враховуються при виникненні правових норм, що регулюють сферу господарювання, але водночас і самі господарсько-правові принципи є узагальненням відповідних правових норм.

Проте не можна не помітити взаємний вплив та зв'язок принципів господарського права та принципів господарювання. Принципи права зумовлюють зміст та особливості правового регулювання у сфері господарювання. Право є загальнообов'язковим соціальним регулятором. Це означає, що всі особи, яких стосуються вимоги права зобов'язані неухильно їх дотримуватись та виконувати [6, с. 6].

Господарська ж діяльність, як і її принципи, безперервно розвивається. Змінюються суспільні відносини у цій сфері, виникають нові. Усі ці зміни та новели слід враховувати у процесі правотворчості. Вплив принципів господарювання на економічні процеси та на правотворчість зумовлює їх вплив і на розвиток принципів господарського права.

З назви ст.6 ГК України випливає, що вона закріплює загальні принципи господарювання. На мою думку, назва ст.6 ГК України не досить вдало відображає її зміст. Зі змісту принципів, проголошених у ст.6 ГК України, випливає, що вони є загальними засадами правового регулювання господарської діяльності, а не загальними засадами її здійснення. Тобто у ст.6 ГК України задекларовані принципи господарського права (слід зауважити, що у ст.6 ГК України названі не всі принципи господарського права, та й не все, що названо в у вказаній статті є принципом права).

Стосовно переліку принципів господарювання, то його визначення є складним, хоча б тому, що різні суб'єкти господарювання можуть здійснювати свою господарську діяльність керуючись зовсім іншими принципами. Однак узагальнити певні загальні засади здійснення господарювання, які були б характерними для кожного з суб'єктів господарювання все ж можна і це є завданням економічної науки. На мою думку, до загальних принципів господарювання можна віднести наступні: отримання прибутку, суспільна необхідність, економічна відповідальність, матеріальна зацікавленість, економічна відповідальність, системність, планування, додержання дисципліни та порядку.

Використані джерела:

1. *Лаптев В.В. Предмет и система хозяйственного права. - М.: Юридическая литература, 1969. – 175 с.*
2. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України: 2-е вид., перероб. і допов. / За заг. ред. Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини; Кол. авт.: О.А. Беляневич, О.М. Вінник, В.С. Щербина та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 720 с.*
3. *Хозяйственное право: Учебное пособие / Под общей ред. проф. Н.А. Саниахметовой. – Х.: «Одиссей», 2005. – 640 с.*
4. *Щербина В.С. Господарське право: підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 656 с.*
5. *Підприємницьке право: підручн./ За ред. О.В. Старцева/ 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Істина, 2005. – 600 с.*
6. *Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): Монографія. – Х.: Право. – 240 с.*

Козачук Юрій Сергійович
здобувач Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України,
Київ, Україна

СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ КОНВЕНЦІЇ ООН 1988 р. ПРО МІЖНАРОДНІ ПЕРЕКАЗНІ ТА МІЖНАРОДНІ ПРОСТІ ВЕКСЕЛІ

Конвенція ООН про міжнародні переказні та міжнародні прості векселі (надалі Конвенція) [1], яка була схвалена 9 грудня 1988 року на 76 пленарному засіданні Генеральної асамблеї ООН, вже протягом довгого часу не може набути чинності, зокрема, через побоювання того, що приєднання до неї викличе подвійне правове регулювання вексельних відносин з боку національного та міжнародного вексельного законодавства. Спростувати вказане твердження, можливо, з точки зору автора, шляхом проведення чіткого розмежування між сферою застосування Конвенції та сферою дії національного вексельного законодавства.

Сфера застосування Конвенції визначена у ст. 1 цього міжнародного документу, відповідно до якої дія Конвенції поширюється на міжнародний переказний вексель, який має заголовок «Міжнародний переказний вексель (Конвенція ЮНСІТРАЛ)» та на міжнародний простий вексель, який має заголовок «Міжнародний простий вексель (Конвенція ЮНСІТРАЛ)», а в текст векселів повинні бути включені такі самі слова. Окреслення сфери застосування Конвенції, по-перше, дає змогу встановити, які саме ознаки свідчать про те, що векселі підпадають під сферу її дії, а по-друге, відмежовує правовий режим міжнародних векселів, від векселів, підпорядкованих нормам національного права. Сприяти визначенню сфери дії Конвенції покликані інші ознаки, які обов'язково повинні бути наявні у міжнародному переказному та простому векселі та свідчать саме про міжнародний характер вексельної операції (ст. 2 Конвенції).

Можливість обмеження сфери застосування Конвенції передбачена п. 1 ст. 88 цього міжнародного акту та полягає в тому, що будь-яка держава приєднуючись до неї може заявити, що суди цієї держави будуть застосовувати Конвенцію тільки в тому випадку, якщо місце виставлення та місце платежу міжнародного переказного або простого векселів знаходяться у Договірних державах. Наведене застереження дає можливість кожній державі - учасниці обмежити сферу застосування Конвенції виключно судовими спорами із суб'єктами права тих держав, які є її учасниками та не застосовувати Конвенцію в тому випадку, коли один з учасників судового спору виставив або повинен оплатити переказний чи простий вексель у державі, яка не приєдналася до Конвенції.

Зазначене застереження є виключенням з правил, встановлених ст. 2 Конвенції, відповідно до яких для міжнародних переказних веселів обов'язковим є знаходження у Договірній державі тільки місця виставлення або місця платежу, а для міжнародного простого векселя – тільки місця платежу. Відсутність спеціально зробленого застереження буде означати те, що Договірна держава дає свою згоду на застосування її судами положень Конвенції до тих учасників вексельного обігу (векселедавців або платників), які знаходяться на території держави, яка не є учасницею Конвенції. На наш погляд, розробники Конвенції, допускаючи можливість розповсюдження її положень на учасників міжнародної торгівлі, які не належать до держав-учасниць, намагалися залучити їх до de-facto до сфери міжнародного вексельного обігу. Отже, за відсутності згаданого вище обмежуючого застереження, особа, яка за своїм особистим законом не належить до держави-учасниці Конвенції, однак проставила свій підпис на міжнародному переказному або простому векселі як векселедавець або платник, може стати не тільки повноправним учасником правовідносин за міжнародним векселем, але й одержати захист своїх прав та охоронюваних законом інтересів в судових установах Договірної держави. В тому ж випадку, коли спір між сторонами міжнародного векселя належить розглядати суду країни, яка не є Договірною державою, розгляд такого

спору, на думку М. Піно [2, с. 179], повинен відбуватись відповідно до норм національного вексельного законодавства.

Вказівки, які містяться у Конвенції, дозволяють розмежувати сферу її дії та сферу застосування національного вексельного законодавства. Положення ст. 1 Конвенції визначають, що вона не застосовується до чеків, а сферою її дії охоплюються лише міжнародні переказні та прості векселі, що свідчить про більш вузьку сферу дії цього міжнародного документу у порівнянні з англійським та американським вексельним законодавством, яке регулює і чековий обіг.

Положення Конвенції також вказують на те, що міжнародні векселі, якими обмежена сфера дії Конвенції, є спеціальними інструментами для оформлення відносин комерційного кредиту між учасниками міжнародних торгівельних та фінансових операцій, які знаходяться в різних державах. Натомість векселі, які відносяться до сфери регулювання національного законодавства, є універсальними інструментами, оскільки розраховані як на внутрішній обіг, так і на обіг міжнародний, питання вибору компетентного правопорядку в якому вирішуються окремими колізійними нормами. Дослідниками вексельного права з цього приводу справедливо відзначалося, що обмежена сфера дії Конвенції тільки підвищує її прийнятність, оскільки Конвенція не тільки не скасовує сучасне національне законодавство або векселі, які перебувають в міжнародному обігу, але й пропонує нові шляхи для тих, хто хоче її використати з огляду на її необов'язковий характер [3, 261]. На нашу думку, проведення чіткого розмежування Конвенції та національного вексельного законодавства за критерієм сфери їх дії надасть учасникам торговельного обороту можливість вибору того типу векселя, який найбільше відповідає їх комерційним інтересам.

Розмежування сфери дії Конвенції та національного вексельного законодавства не зніме однак інших проблем, які можуть виникнути у разі одночасної дії цих двох систем вексельного права в межах однієї держави. Юридичні наслідки співіснування Конвенції та національного вексельного законодавства намагався передбачити В.А. Бєлов [4, 137], який наголошував на тому, що у разі набуття чинності Конвенцією, національне вексельне законодавство розділиться на два масиви, побудованих на різних принципах регламентації – про внутрішні векселі (німецький тип) та про міжнародні векселі (англо-американський тип), тому суперництво цих систем у питанні змісту загальноєвропейського або навіть світового вексельного акту, ніяк не можна вважати таким, що завершилося. На наш погляд, уникнути дублювання функцій у зовнішній торгівлі між міжнародними векселями та векселями, які базуються на національній системі вексельного права, можливо лише шляхом створення єдиної світової уніфікації вексельного права, яка або поєднає принципи вже існуючих систем або буде являти собою абсолютно нову систему світового вексельного права.

Використані джерела:

1. *Конвенция ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях. (Нью-Йорк, 1988). Международное торговое право: расчеты по контрактам. Сборник. международных документов. Сост. и вступ. статья Т.П. Лазаревой. — М.: Московский независимый институт междунар. права, 1996. — с. 158-194.*
2. *Pinault Martin. L'unification des législations relatives aux lettres de change : un projet laborieux. // Revue juridique Thémis, 1999 (33) p.p. 169-179.*
3. *Norbert Horn. The Law of International Trade Finance. International Bills of Exchange and Promissory Notes: Legal Problems and Disparities. Overcome by the New United Nations Convention*
4. *Белов В.А. Вексельное законодательство России. Комментарий, изд. 2-е – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 1998 – 549 с.*

Козьяков Дмитро Ігорович
студент 4-го курсу, юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ КОМПЕНСАЦІЇ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ В УКРАЇНІ

Конституція України (у статтях 32, 56, 62) і чинне законодавство, передбачають наявність у фізичних та юридичних осіб права на відшкодування моральної шкоди, заподіяної внаслідок порушення їх прав і свобод та законних інтересів.

Чинне законодавство чітко визначає поняття моральної шкоди і в чому вона полягає, а також відмінність між моральною шкодою спричиненою юридичній та фізичній особі.[5, с. 105]

Як свідчить судова практика, суди в основному, правильно застосовують норми законодавства, які регулюють зазначені питання. Поряд із цим в окремих випадках припускаються помилок, рідко застосовують чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, неповно з'ясовують наявність підстав для відшкодування моральної шкоди, недостатньо обгрунтовують її розмір, допускають порушення процесуальних норм. [1, с. 90]

Вищевказане заслуговує особливої уваги і теоретичних розробок для полегшення вирішення цих питань правоохоронцями.

Розглянемо, питання розміру відшкодування. Розмір відшкодування може бути виражений у грошовій чи іншій матеріальній формі, якщо: це не суперечить закону і нормативно-правовим актам України, передбачено умовами договору, на це вказує потерпілий. [3, с. 46]

Законодавець не встановлює ніяких правил застосування критеріїв для визначення розміру цієї шкоди, залишаючи дане питання на розгляд суду.

Для правильного ж визначення розміру моральної шкоди суду необхідно встановити критерії, які визначатимуть глибину моральних, фізичних страждань потерпілого чи його переживання з приводу чого-небудь. При цьому, для визначення розміру моральної шкоди необхідно виділяти загальні і спеціальні критерії. Так, загальними критеріями може бути форма і ступінь вини особи, яка спричинила шкоду, а також зміст позовних вимог чи стійкість страждань. До спеціальних необхідно віднести критерії, які торкаються індивідуалних особливостей потерпілого, чи на які звернена увага в спеціальних законах і нормативно-правових актах, регулюючих ті чи інші відносини. [4, с. 66]

Цей ряд критеріїв доповнюється постановою №4 Пленума Верховного Суду України від 31.03.1995 р. Зокрема, в п. 9 вказується, що необхідно враховувати стан здоров'я потерпілого, тяжкість вимушених змін у його життєвих і виробничих стосунках, ступінь зниження престижу, ділової репутації, час та зусилля, необхідні для відновлення попереднього стану.

Наприклад, наведемо критерії визначення розміру моральної шкоди при посяганні на життя та здоров'я: вид скоєного злочину; спосіб скоєння злочину; суб'єктивна сторона злочину (вина); соціальне положення потерпілого; ступінь рідства загиблого з позивачем; спосіб отримання інформації про загибель родичів.

Поряд з викладеними вище загальними та спеціальними критеріями варто виділяти критерії, які збільшують та знижують розмір моральної шкоди. Наприклад, збільшуючі: вчинення декількох видів шкоди, загибель декількох осіб. Знижуючі: врахування вини потерпілого, врахування матеріального положення особи, яка нанесла шкоду. [2, с. 72]

Судовою практикою питання про необхідність розробки такої методики піднімався давно.

Звернемось до досвіду зарубіжних країн з приводу наявності критеріїв визначення моральної шкоди. В англо-американському праві при визначенні моральної шкоди застосовують 3 підходи: концептуальний, особистісний, функціональний.

При концептуальному підході проводиться аналогія із матеріальною шкодою. Життя людини, функції організму являються такими ж цінностями, як і будь-яке майно. Отже, будь-яка частина тіла має об'єктивну цінність і в разі її утрати підлягає відшкодуванню відповідно до розробленої спеціальної тарифної схеми за якою встановлюється нижня та верхня межа відшкодування моральної шкоди. Такий підхід критикують, адже необхідно враховувати ще й умови життя потерпілого, його соціальні зв'язки, хобі.

Функціональний підхід ґрунтується на наступній концепції - суд має назначити таку суму позивачу, яка достатня для його «розумного задоволення».

Особистісний підхід полягає у залежності глибини переживань і, відповідно, суми компенсації, від особи постраждалого.

Отже, невизначеність методів вирахування розміру відшкодування моральної шкоди в Україні призводить до плутанини в конкретних судових справах. В цілях стабільності судової практики вважаємо що потрібно звернути увагу на досвід зарубіжних країн і прийти до єдиної концепції. На нашу думку в умовах нашого законодавства більш доречним буде використання концептуального підходу.

Використані джерела:

1. *Бакірова І. Застосування судами законодавства України щодо відшкодування моральної шкоди: проблемні питання // Право України, 2006. – № 5. – С. 89-92.*
2. *Примак В. Вина як критерій визначення розміру відшкодування моральної шкоди // Юридична Україна, 2009. – № 5 (77). – С. 71-76.*
3. *Сліпченко О.І. Визначення розміру компенсації моральної шкоди // Вісник Верховного Суду України, 2001. – № 2. – С.45-48*
4. *Степанський С. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди // Юридичний журнал, 2003. – № 1. – С.65-66*
5. *Чернадчук В. До питання про поняття моральної шкоди // Право України, 2001. – № 2. – С.105-107*

Коломієць-Людвіг Євгенія Павлівна

аспірантка Київського національного економічного університету ім. В. Гетьмана, Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ЗЛИТТЯ ТА ПОГЛИНАННЯ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ В УКРАЇНИ

Світова економічна криза спричинила деяке уповільнення інтеграційних процесів злиття та поглинання як в межах національної економіки України, так і в загальносвітових масштабах. Однак хвилеподібний характер інтенсивності здійснення злиття та поглинання, підтверджений більш ніж віковим досвідом, спонукає до продовження дослідження особливостей здійснення цих правочинів.

Особливістю злиття та поглинання у кризовий період є не встановлення контролю одних юридичних осіб над активами інших, а прагнення суб'єктів господарювання перш за все позбутися власних проблемних та нерентабельних активів. [3]

Процедура злиття або поглинання – від прийняття стратегічного рішення про необхідність інтеграції до розробки схем управління активами, отриманими в результаті успішно здійсненого злиття або поглинання, є фінансово та інтелектуально складним процесом, що проходить декілька етапів або стадій реалізації. [1; 23]

Практика здійснення зазначених інтеграційних процесів [6; 8] передбачає наступну організацію процедури злиття та поглинання: 1) прийняття рішення про необхідність інтеграції (реструктуризації); 2) аналіз потенційної галузі інвестування, пошук об'єкта поглинання та вибір оптимального способу його здійснення, а також розробка схеми управління отриманими активами; 3) проведення попередніх переговорів; 4) реалізація відповідних заходів, спрямованих на підготовку злиття або поглинання; 5) здійснення злиття або поглинання та реалізація пост-інтеграційної стратегії.

Після прийняття принципового рішення щодо вчинення угоди й визначення її основних економічних параметрів та строків, здійснюється комплексна перевірка об'єкту поглинання або злиття, яка обов'язково передбачає юридичний аудит (legal due diligence). Метою такої перевірки є, перш за все, отримання для ініціаторів та суб'єктів поглинання об'єктивної інформації про економічний та правовий стан об'єкту – для прийняття рішення про продовження, видозміни або навіть відмови від інтеграції. Крім того, отримуються інформація та документи, необхідні для наступних етапів угоди, зокрема, її структурування. Результати такої перевірки можуть бути використані учасниками злиття (або як суб'єктом, так і об'єктом поглинання) для розробки рекомендацій про виправлення правових дефектів та/або діяльності об'єкту до, протягом або після укладення угоди. Мінімальний звіт про результати юридичного аудиту охоплює такі розділи: корпоративні документи, державні реєстрації, дозволи та ліцензії, існуючі договори та судові процеси, висновки та рекомендації.

Зміст угоди про злиття або поглинання повинен охоплювати: 1) визначення, способів та строків а) виправлення істотних юридичних дефектів об'єкту, які перешкоджають реалізації угоди; б) усунення обтяжень активів та корпоративних прав об'єкту; 2) визначення кількості, типу, істотних умов договорів, за якими буде здійснюватися злиття або поглинання; 3) висновок про необхідність отримання попередньої згоди Антимонопольного комітету України на угоду як економічну концентрацію; 4) складання загального зразкового тимчасового плану реалізації угоди; 5) розподіл обов'язків сторін та їх радників з підготовки документів угоди і виконання інших дій для її реалізації.

Підготовка документів (їх розробка та підписання) здійснюється в такому порядку. Спочатку розроблені первинні проекти договорів, протоколів зборів і рішень органів управління учасників злиття або поглинання, різних заяв, дозволів, відмов та інших документів проходять первинне коментування та погодження сторін та їх радників. На базі первинних документів відбуваються переговори сторін, має місце погодження та корегування істотних умов договорів. Після цього проходить кінцеве оформлення проектів документів та фінальні переговори сторін, можливе неістотне коректування умов угод та проектів документів. У результаті підготовлені документи офіційно підписуються уповноваженими представниками сторін, у разі потреби здійснюється їх посвідчення та реєстрація уповноваженими особами та державними органами.

На етапі практичної реалізації угоди сторони вчиняють дії та проходять процедури, передбачені підписаними документами угоди та законодавством, відбувається перехід права власності на корпоративні права та активи об'єкту поглинання. У випадку злиття (в залежності від обраного способу – приєднання або консолідація) відбувається припинення однієї або всіх юридичних осіб – учасниць з переходом прав та обов'язків до новоствореної або існуючої юридичної особи-правонаступниці. Порядок здійснення злиття суб'єктів господарювання передбачений Господарським та Цивільним Кодексами України, Законами України «Про господарські товариства» та «Про акціонерні товариства» [2,4,5,7].

Умовами ефективного й успішного здійснення злиття та поглинання є:

1) правильний вибір організаційної форми угоди (спосіб злиття або поглинання);

2) забезпечення чіткої відповідності вимогам антимонопольного законодавства;

3) наявність достатньої кількості фінансових ресурсів;

4) динамічне залучення в процес інтеграції не лише вищого, а й середнього керівного складу.

Питання оподаткування операцій з активами і капіталом; вимоги щодо інформаційної відкритості правочинів, що супроводжують злиття та поглинання; різний ступінь захисту прав учасників злиття та поглинання і третіх осіб (кредиторів, партнерів і т.п.) в процесі здійснення об'єднання та на пост-інтеграційному етапі; дотримання антимонопольного та процесуального законодавства держав, в межах правового поля яких знаходяться юридичні особи-учасники інтеграції – це далеко невичерпний перелік проблемних юридичних питань, від професійного вирішення яких залежить успіх проведення злиття або поглинання в цілому.

Використані джерела:

1. *Владимирова И.Г.Слияния и поглощения компаний // Менеджмент в России и за рубежом. – 1999. – №1. С. 23 – 31.*
2. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462. – (зі змін. і допов.)*
3. *Макаров О. Кризис вне закона. http://news.liga.net/articles/NA090279.html*
4. *Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 року // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50-51. – Ст. 384.*
5. *Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 49. – Ст. 682. – (зі змін. і допов.).*
6. *Самойленко В. Юридичний супровід злитті та поглинань. // Правовий тиждень. 1 квітня 2008 р. № 14. С. 8-9.*
7. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461. – (зі змін. і допов.).*

Корнеева Юлия Владимировна
студентка 4-го курса, факультета международных отношений
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ПРАВОВАЯ ОСНОВА ТОРГОВЫХ СПОРОВ С США И СПОСОБЫ ИХ РАЗРЕШЕНИЯ

Соединённые Штаты считают международную торговлю ключевым фактором поддержания жизнеспособности экономики. Объёмы торговли значительно возрастают каждый год. В среднем, за день через таможенные органы США проходит около 85000 партий товаров стоимостью 5,2[5] миллиарда долларов, что свидетельствует о высоком уровне вовлечённости страны в международную торговлю, порождающем возрастание зависимости благосостояния иностранных экспортёров от торговой политики США. В тексте торговой стратегии США на 2009-2013 год, наряду с такой стратегической целью, как способствование развитию законной международной торговле, выделяется усиление национальной и экономической безопасности, то есть защита экономики США от небезопасного импорта и нечестных торговых операций[5]. Иностранному экспортёру следует тщательно изучить законодательство о применении антидемпинговых и компенсационных пошлин, чтобы не попасть под статью «нечестных» торговых операций.

Основными источниками законодательства об антидемпинговых и компенсационных пошлинах являются Закон о тарифе от 17 июня 1930 года, Закон о торговле 1974 года, Закон о торговых соглашениях от 26 июля 1979 года, Закон о торговле и тарифах 30 октября 1984 года, Закон о конкуренции и торговле от 23 августа 1988. Этот список может быть дополнен подзаконными актами Министерства торговли США.

Условиями наложения антидемпинговых пошлин являются: факты продажи товаров в США по цене ниже, чем в стране-производителе, либо третьих странах, либо цене, не покрывающей стоимость издержек производства.

Наложение компенсационных пошлин требует свидетельств о предоставлении организации субсидии, в качестве которых могут рассматриваться: государственные гарантии по займам, налоговые льготы, даже закупки составляющих от производителей, которые непосредственно получают субсидии.

Как в случае с демпингом, так и с субсидиями для наложения пошлин необходимы свидетельства того, что рассматриваемый импорт нанёс существенный вред американской промышленности. Инициировать расследования по делам о демпинге или использовании субсидий, могут как промышленные организации, так и Министерство торговли США.

Прежде, чем появляется угроза обвинения в демпинге или использовании субсидий, экспортёрам рекомендуется проводить антидемпинговый аудит, иначе говоря, контроль за ценами, вести мониторинг продаж с сохранением всей необходимой документации. Перед получением свидетельств о государственной помощи необходимо получать грамотную юридическую помощь, поскольку структура и формы этой помощи являются существенными факторами для определения необходимости налагать пошлины.

Если торговая жалоба всё же поступила к рассмотрению в Министерство торговли, рекомендуется попытаться прекратить торговую практику, вызывающую трения, что, как правило, всё же невозможно в силу того, что это может означать отказ от отстаивания своих экономических интересов.

После регистрации торговой жалобы, в течение 45 дней (иногда срок может быть продлён до 85 дней) Комиссией по международной торговле проводится предварительное расследование на предмет наличия ущерба. Если Комиссия по международной торговле находит основания полагать, что американской промышленности причинён существенный ущерб, дело передаётся в Министерство торговли, где проводится расследование, которое может занять более 4 месяцев и быть сопряжено с ограничениями на импорт вплоть до полного временного запрета на ввоз до 90 дней. В результате такого расследования Министерство выносит заключение. Если оно положительное – дело опять переходит Комиссии по международной торговле, которая в течении 45 дней принимает окончательное решение по вопросам наличия доказательств ведения нечестной торговли и ущерба с ней связанному, и как следствие, необходимости либо отсутствия её в наложении антидемпинговых или компенсационных пошлин. Иностранному экспортёру следует подготовиться к каждому этапу этих расследований, подготовить ответы на вопросы стандартизированных анкет Министерства торговли и комиссии по международной торговле, подготовить необходимую документацию.

Следует отметить также, что существуют разделы 201, 301 Закона о торговле, раздел 337 Закона о тарифах, которые существенно расширяют сферу возможностей наложения пошлин. Так, применение раздела 201 позволяет повышать ставки таможенных пошлин до 30% при наличии значительного ущерба американской промышленности, не связанного с применением демпинга или субсидий[4]. 301 раздел наделяет торгового представителя США правом принимать ответные меры против тех стран, которые прибегают к использованию нечестных методов в торговой практике; 337 – правом ответных мер нарушителям законодательства о патентах и интеллектуальной собственности[4]. Заключительные решения по делам, связанным с разделами 201, 337, принимаются президентом. Примером применения раздела 201 может служить введение 30% пошлин на стальную продукцию в 2002 году президентом Бушем, которое, впрочем, дало неоднозначные результаты.

При наличии существенных угроз ограничения импорта, имеет смысл приостановить получение государственной помощи, либо установить налог на экспорт, покрывающий субсидии, либо ограничить импорт, если это будет экономически целесообразнее. Торговых споров можно избежать, только если вообще не заниматься торговлей с США, однако стоит

всё же искать способы мирного урегулирования торговых споров путём достижения соглашений с истцами.

Использованные источники:

1. *Джозеф Ю. Стиглиц, Эндрю Чарлтон. Справедливая торговля для всех. Как торговля может содействовать развитию (пер. с англ.). – М.: Весь мир, 2007.*
2. *Дюмулен И.И. Барьеры на торговых путях. М., 1977.*
3. *Козырин А.Н. Государственно-правовой механизм таможенной политики зарубежных стран. – М.: МГИМО, 1994.*
4. *Development, Trade, and the WTO: A Handbook By Bernard M. Hoekman, Aaditya Mattoo, Philip English, Published by World Bank Publications, 2002*
5. *CBP Trade Strategy - Fiscal Years 2009 - 2013, Режим доступа: http://www.cbp.gov/linkhandler/cgov/trade/trade_outreach/trade_strategy/cbp_trade_strategy.ctt/cbp_trade_strategy.pdf*
6. *United States Code. Supplement 2/Prepared and published under authority of Title 2, U.S.Code; section 285b, by the Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives. Vol.2 Title 19 – customs duties to title 39, 2006.*
7. *Официальный портал агентства таможенной и пограничной службы США, режим доступа: www.cbp.gov.*
8. *Внешняя политика США: актуальные аспекты/Розанов В.Н., СПб., 2006.*

Корнелюк Александр Васильевич
студент 4-го курса Института управленческих кадров
Академии управления при Президенте Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ СТРАХОВАНИЕ СТРОЕНИЙ, ПРИНАДЛЕЖАЩИХ ГРАЖДАНАМ

Долгое время обязательной форме принадлежала значительная роль в страховании имущества граждан (строений, некоторых видов животных), а в 1994-1997 годах страхование проводилось лишь в добровольной форме. Однако необходимость восстановления обязательного страхования имущества граждан, и в первую очередь строений (то есть имущества первостепенной важности), оставалась актуальной. Ведь потеря жилых помещений, других построек влечет бедственное положение каждой семьи и индивида. Одним из решающих факторов в пользу обязательного страхования стал ураган, обрушившийся в июне 1997 года на ряд районов республики. Большинство материальных ценностей оказались не застрахованными, что усугубило критическую ситуацию и вызвало дополнительную нагрузку на бюджет в виде выплат значительных сумм помощи пострадавшим [1, с.176].

Объектом обязательного страхования строений, принадлежащих гражданам, являются имущественные интересы граждан Республики Беларусь, иностранных граждан и лиц без гражданства, связанные с утратой (гибелью) или повреждением строений, зарегистрированных в порядке, установленном законодательством, принадлежащих им на праве собственности и постоянно используемых ими, членами их семей или иными лицами с согласия собственника для проживания и хозяйственных нужд [2].

Не подлежат обязательному страхованию строений, принадлежащих гражданам ветхие строения, строения, принадлежащие гражданам, место пребывания которых неизвестно; садовые домики (дачи); строения в населенных пунктах, которые используются гражданами периодически под садовые домики (дачи); хозяйственные (подсобные и дворовые) постройки, гаражи, расположенные отдельно от жилого дома; квартиры в многоквартирных жилых домах.

Страховыми случаями по обязательному страхованию строений, принадлежащих гражданам, являются утрата (гибель) или повреждение строений в результате сильного ветра (в том числе шквала, смерча, урагана), града, сильного дождя, сильного снегопада, сильного мороза, сильной жары и других опасных явлений природы, которые по своей интенсивности (силе), масштабу распространения и (или) продолжительности могут причинить вред строениям, высокого уровня воды (при половодьях, паводках, заторах, зажорах), выхода подпочвенных вод, просадки грунта, обвала, оползня, землетрясения, удара молнии, пожара, взрыва, аварии отопительной системы, водопроводных и канализационных сетей, падения летательных аппаратов, а также случаи, когда для прекращения распространения пожара либо в связи с внезапной угрозой стихийного бедствия, указанного в настоящем пункте, было необходимо разобрать строения или перенести их на другое место[2].

На наш взгляд, в перечень страховых случаев для обеспечения полной страховой защиты целесообразно внесение такого основания для выплаты страхового возмещения, как неправомерные действия третьих лиц (противоправные действия третьих лиц, факт совершения которых установлен компетентным органом и за которые предусмотрена уголовная или административная ответственность).

Обязанностью страховщика является ежегодное направление страхователю информации о застрахованных строениях заказным почтовым отправлением, содержащей следующие сведения о страховщике, местонахождении строений, подлежащих обязательному страхованию, перечне страховых случаев, сроке страхования, страховой стоимости строений, страховой сумме по всем строениям, страховом тарифе, сумме начисленного страхового взноса и сроке его уплаты, условиях прекращения страхования [3].

Страховое возмещение выплачивается страхователю или лицу, имеющему в соответствии с законодательством право на его получение, наличным или безналичным путем по их желанию.

Страховщик вправе отказать в выплате страхового возмещения при утрате (гибели) или повреждении строений в связи с пожаром, если страхователь допустил грубую небрежность, нарушение правил пожарной безопасности и (или) хранения огнеопасных и взрывоопасных веществ и предметов [3].

На наш взгляд, законодателю необходимо обратить внимание на трактовку термина грубая небрежность, дать критерии вины страхователя и установить основания для освобождения страховщика от выплаты страхового возмещения.

Таким образом, обязательное страхование строений, принадлежащих гражданам проводится в Республике Беларусь с 01.01.1998 года и является прежде всего социальным видом страхования, позволяющим обеспечить страховую защиту всех категорий населения, имеющих в собственности строения и постоянно проживающих в них. Однако законодателю следует обратить внимание на расширение перечня страховых случаев, детализацию проведения осмотра поврежденного строения и составления акта о страховом случае, а также критерии вины страхователя и установить основания для освобождения страховщика от выплаты страхового возмещения.

Использованные источники:

1. *Страховое дело: Учебное пособие / М.А. Зайцева, Л.Н. Литвинова, А.В.Урупин и др. Под общ. ред. М.А.Зайцевой, Л.Н.Литвиновой. – Минск: БГЭУ, 2001. – 286 с.*
2. *О мерах по реализации Указа Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 г. №530 «О страховой деятельности»: постановление Министерства финансов Респ. Беларусь, 6 сентября 2006 г. №109: в ред. постановлений от 27.02.2007 г., от 13.09.2007 г., от 20.06.2008 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. Центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2009.*
3. *О страховой деятельности: Указ Президента Респ. Беларусь, 25 августа 2006 г. №530: в ред. Указов Президента Респ. Беларусь от 31.12.2006 г., от 12.01.2007 г., от 01.03.2007 г., от 15.10.2007 г., от 31.12.2007 г., от 31.01.2008 г., от 28.04.2008 г. // Консультант Плюс:*

Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. Центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2009.

Корнієнко Юлія Ігорівна
науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права та підприємництва АПрН України,
Київ, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІПОТЕЧНИХ ПРОВОВІДНОСИН ЗА АНГЛОСАКСОНСЬКОЮ ТА КОНТИНЕНТАЛЬНОЮ СИСТЕМАМИ ПРАВА

На сучасному етапі розвитку цивілістичної науки спостерігається позитивна тенденція до вивчення процесів іпотечного кредитування. Інтерес до цієї проблеми обумовлений як відносною новизною інституту іпотеки для цивільних правовідносин, так і чисельними, поки що невирішеними теоретичними та практичними питаннями і складнощами, які постають при реалізації прав, що випливають з іпотеки [1, с. 54]. У сучасній юридичній літературі до іпотеки виявлено відповідний інтерес, особливо помітний з розробкою і прийняттям Закону України «Про іпотеку». Однак розпорошеність відомостей щодо іпотеки створює певні ускладнення.

Наразі рівень опрацювання проблем іпотеки є недостатнім, що не відповідає важливості цього інституту для розвитку цивільних правовідносин в державі. Прогалини у дослідженні інституту іпотеки та нюанси оформлення договору іпотеки призвели до того, що багато проблемних питань залишаються невирішеними на практиці, сторонами правовідносин допускаються помилки, які потім вирішуються в судах. Саме цим обумовлена мета дослідження, адже тема розвитку інституту іпотеки та практики його застосування ще довго залишиться актуальною.

Розвиток заставних, зокрема іпотечних, відносин у світі зумовлюється багатоманітністю положень, закріплених у законодавствах різних країн.

Варто зазначити, що за англосаксонським правом сутність іпотеки є близькою до давньоримського інституту фідуції, коли предмет застави перебуває у власності заставодержателя, а за континентальною (романо-германською) системою права правова категорія запозичена з давньоримської іпотеки. Так, у Великій Британії згідно із законом про власність 1925 р. іпотечною заставою вважається надання майна для забезпечення боргу, що може визначатися у вигляді іпотеки землі, передачі рухомого майна (включаючи майнові права). Іпотечною заставою також вважається обтяження будь-якого інтересу в рухомому та нерухомому майні, а також правочини на створення такого обтяження для забезпечення грошових зобов'язань, що підлягають грошовій оцінці.

Слід зазначити, що за законодавством Великої Британії іпотека може базуватися на загальному праві (legal mortgage), за яким передбачається передача заставоодержувачу титулу власності на заставлене майно, та праві справедливості (equitable mortgage), відповідно до якого передача титулу власності на заставлене майно не передбачається [2].

У США питання іпотеки регулюється законодавством штатів, хоча на федеральному рівні законодавчо регулюються відносини у сфері державного кредитування, банківської діяльності, обігу державних цінних паперів, федеральних земель, функціонування операторів вторинного іпотечного ринку, зокрема спеціальних іпотечних агентств. Згідно з нормами загального права, що діють в частині штатів, право власності на предмет застави на період іпотечного договору переходить до заставоодержувача. В іншій групі штатів іпотечне законодавство не передбачає передачі титулу власності на майно, що перебуває в іпотечній заставі, заставоодержувачу. В деяких штатах цієї групи кредитор може користуватися і

володіти предметом іпотеки, якщо це обумовлено договором. Предметом іпотеки в США можуть бути земля, рухоме і нерухоме майно, майнові права [3].

У континентальній системі права спостерігається дещо інший підхід до регламентації іпотечних відносин, зумовлений самими принципами побудови цієї правової системи.

Зокрема, Німецьке цивільне уложення (НЦУ) визначення застави не містить, але розрізняє такі види як: застава нерухомості, рухомого майна і майнових прав. У НЦУ іпотека визначається так: «Земельна ділянка може бути обтяжена таким чином, що тому, на чию користь встановлено обтяження, належить виплата певної грошової суми з земельної ділянки для задоволення належної йому вимоги» (§1113) [4].

НЦУ розрізняє два види іпотеки: оборотну та забезпечувальну. Оборотна встановлюється шляхом видачі заставодержателю заставного свідоцтва установою, що веде поземельну книгу, якщо сторони не зазначили в ній відмову від отримання свідоцтва. Забезпечувальна іпотека являє собою «книжкову іпотеку» і не супроводжується видачею свідоцтва.

Слід зазначити, що українське законодавство про іпотеку містить чимало положень, запозичених саме з німецького законодавства, що є цілком виправданим і зрозумілим, адже вони мають спільні риси і належать до пандектної системи права. Аналіз зарубіжного досвіду дає змогу стверджувати, що система іпотечного кредитування слугує одночасно розв'язанню соціальних та економічних проблем. Тому вдосконалення законодавства, що встановлює механізм застави нерухомого майна, сприятиме соціально-економічній ситуації в країні [5, с. 100].

Певною специфікою характеризується іпотека, яка має як речово-правові, так і зобов'язально-правові ознаки. Підтримується точка зору, що договір застави породжує два види відносин: по-перше, між заставодавцем та заставодержателем – зобов'язальні відносини як спосіб забезпечення виконання зобов'язання та, по-друге, речові відносини між заставодержателем та всіма третіми особами, в тому числі і власником речі, з приводу заставленої речі, на яку заставодержатель має певні абсолютні речові права (право вимагати її примусового відчуження, абсолютний захист, право слідування, право переваги тощо.)

Відповідно до чинного законодавства іпотека виникає на підставі договору, закону або рішення суду. До іпотеки, яка виникає на підставі закону або рішення суду, застосовуються правила щодо іпотеки, яка виникає на підставі договору, якщо інше не встановлено законом. Іпотека має похідний характер від основного зобов'язання і є дійсною до припинення основного зобов'язання, виконання якого забезпечено іпотекою. Крім того, іпотекою можна забезпечувати виконання зобов'язання, яке може виникнути в майбутньому, але підставою для цього має бути договір, що набрав чинності. Якщо інше не встановлено законом або іпотечним договором, іпотекою також забезпечуються вимоги іпотекодержателя щодо відшкодування [6, с. 28].

З огляду на викладене можна зробити висновок, що на даному етапі одним з головних завдань розвитку інституту іпотеки все ще залишається створення належної законодавчої бази, яка б відповідала прогресивним міжнародним стандартам і враховувала позитивний досвід запровадження відповідного законодавства в інших країнах.

Використані джерела:

1. *Абрамова В. Характеристика нерухомості, що може бути предметом іпотеки // Право України. – 2007.–№ 6. – с. 53 – 57.*
2. *Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. – М., 2000. – 346 с.*
3. *Любунь О.С., Кіреєв О.І., Денисенко М.П. Іпотечний ринок: Підручник. – К., 2006. – С. 9.*
4. *Жалинский П., Рерихт А. Введение в немецкое право. – М., 2001. – 428 с.*
5. *Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики / Кол. монографія; за ред. Я. М. Шевченко. – К.: Юридична думка, 2007. – 340 с.*
6. *Бережна І. Г. Правові аспекти іпотечного договору та статусу його сторін // Юридичний журнал. – 2007. – № 7. – С. 27 – 32.*

Кошелев Денис Костянтинович
здобувач Інституту держави і права НАН України ім. В.М. Корецького,
Київ, Україна

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ УТРИМАННЯ БАГАТОКВАРТИРНОГО БУДИНКУ НА БАЛАНСІ

Соціально-економічні відносини, які існують в нашому суспільстві, здійснили перебудову у житлових відносинах. Сучасні умови вимагають зміни підходів до питань утримання житлового фонду. Особливо актуально це питання для багатоквартирних будинків. Тому прийняття Закону «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку», який визначає правові та організаційні засади створення, функціонування об'єднань власників жилих та нежилих приміщень багатоквартирного будинку, захисту їхніх прав та виконання обов'язків щодо спільного утримання багатоквартирного будинку є своєчасним для провадження в життя житлової реформи в Україні.

Складність регулювання відносин з утримання багатоквартирного будинку пов'язане з тим, що по-перше, як правило, право власності на житлові будинки зареєстровано у БТІ за територіальною громадою; по-друге, житлові будинки знаходяться на балансі житлово-експлуатаційних організацій, які надають житлово-комунальні послуги; по-третє окремі квартири та нежитлові приміщення які знаходяться у житловому будинку мають своїх власників.

Стаття 19 Закону «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» встановлює, що спільне майно співвласників багатоквартирного будинку складається з неподільного та загального майна. Неподільне майно перебуває у спільній сумісній власності співвласників багатоквартирного будинку та не підлягає відчуженню, а загальне майно перебуває у спільній частковій власності співвласників багатоквартирного будинку. Отже, право власності на житловий будинок зареєстровано на територіальній громаді, а власниками неподільного та спільного майна є у співвласники багатоквартирного будинку.

Такі суперечності в у визнанні об'єктів та суб'єктів права власності на житловий будинок його елементи не відрізняється досконалістю. Це стало причиною винайдення такої правової конструкції, як утримання житлового комплексу на балансі.

Стаття 11 Закону визначає основні засади утримання житлового комплексу на балансі. Відповідно до цієї норми об'єднання після набуття статусу юридичної особи може: прийняти на власний баланс весь житловий комплекс; за договором з попереднім власником залишити його балансоутримувачем усього житлового комплексу або його частини; укласти договір з будь-якою юридичною особою, статут якої передбачає можливість здійснення такої діяльності, про передачу їй на баланс усього житлового комплексу або його частини. У разі, якщо у новозбудованому будинку власники квартир, приміщень протягом двох місяців після підписання акта державної приймальної комісії не створюють об'єднання і не приймають на баланс основні фонди, сільська, селищна, міська рада може своїм рішенням призначити балансоутримувача. Отже, як бачимо, навіть у новозбудованих житлових будинках, які вже не реєструються у БТІ як власність територіальної громади, все ж таки органи місцевого самоврядування вирішують питання перебування на балансі житлового будинку, а отже управління ним.

Загальновизнаним є те, що баланс – це форма бухгалтерського обліку, і цей документ не може стати підставою для виникнення, зміни та припинення речових прав. Тому житловий будинок залишається у власності територіальної громади, а лише може зніматися з балансу житлово-експлуатаційної організації. Передача на баланс майна (в тому числі земельної ділянки), яке входить до складу житлового комплексу, але не належить об'єднанню, не тягне за собою виникнення права власності на нього.

Основна функція балансоутримувача, як зазначено у Законі, – це забезпечення управління житловим комплексом. Якщо звернутися до Цивільного кодексу, то можна

зробити висновок, що між управителем та об'єднанням виникають відносини, які засновані на договорі управління майном. Стаття 1029 ЦК передбачає, що за договором управління майном одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача). Договір управління майном може засвідчувати виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно.

Враховуючи таку договірну конструкцію можна запропонувати виникнення між об'єднанням та управителем з утриманні на балансі відносин права довірчої власності.

Красна Олена Вікторівна
студентка 4-го курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

БАНКІВСЬКА ТАЄМНИЦЯ У КОЛЕКТОРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Колекторські організації (від англ. collector – збирач) – це суб'єкти підприємницької діяльності, які професійно займаються стягненням простроченої заборгованості і наданням пов'язаних із цим послуг. Кредиторами, в інтересах яких діють колектори, можуть бути банки, кредитні спілки, страхові компанії та інші суб'єкти. Однак діяльність колекторів, які порівняно недавно з'явилися на українському ринку, вже встигла викликати велику кількість суперечливих думок, нарікань і навіть намагань її заборонити. Одним із аргументів на користь останнього є твердження про те, що в процесі колекторської діяльності порушуються норми законодавства стосовно банківської таємниці (у справах, пов'язаних із забезпеченням погашення заборгованості за кредитними договорами). Тому в даній доповіді пропонується визначити окремі аспекти поняття банківської таємниці, важливі стосовно їхнього зв'язку із колекторською діяльністю, та основні шляхи забезпечення збереження банківської таємниці в цій сфері, виходячи із принципу балансу інтересів усіх учасників відносин колектінгу. Головна увага приділена питанню банківської таємниці у відносинах між банком і колекторською організацією, банком та позичальником, розглядаються також деякі особливості збереження банківської таємниці у відносинах між колектором і позичальником.

Поняття банківської таємниці дано у статті 60 Закону України від 7 грудня 2000 року № 2121-ІІ «Про банки і банківську діяльність» (далі – Закон № 2121-ІІ): інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту, є банківською таємницею. Особливістю цього визначення, як вказує Гетманцев Д.О. [1; с. 8], є залежність віднесення інформації до банківської таємниці від можливості завдати шкоди власнику інформації від її розголошення. Відповідно до п. 1.2. Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці, затверджених Постановою Правління НБУ від 14.07.2006 № 267 (далі – Правила № 267), банки зобов'язані забезпечувати зберігання та захист інформації, яка містить банківську таємницю, з метою недопущення її незаконного розкриття і завдання внаслідок цього матеріальної чи моральної шкоди своїм вкладникам, кредиторам та іншим клієнтам. Таким чином, НБУ акцентує увагу на недопущені саме незаконного, тобто такого, що не відповідає закону, розкриття банківської таємниці, яке зумовлює завдання матеріальної або моральної шкоди клієнту. Проте якщо виходити з наведеного визначення банківської таємниці у контексті розгляду діяльності колекторських організацій, враховуючи зміст ч. 3 ст. 61 Закону № 2121-ІІ, можна зробити висновок про те, що поняття «треті

особи/приватні особи та організації, які при виконанні своїх функцій або наданні послуг банку безпосередньо чи опосередковано отримали відповідну конфіденційну інформацію», поширюється і на колекторів, які надають послуги банку щодо погашення заборгованості позичальника за кредитним договором. Такий підхід, на нашу думку, може бути застосований щодо діяльності колекторів на підставі як договору про надання послуг, так і договору про відступлення права вимоги.

До того ж поширеною сьогодні стала практика укладання кредитних договорів, в яких банку надається право залучати третіх осіб (колекторів) до стягнення заборгованості за договором у випадку невиконання договірних умов позичальником. Однак це не є достатньою підставою для передачі банком колекторській організації інформації, що становить банківську таємницю, оскільки ст. 62 Закону № 2121-II встановлює вичерпний перелік підстав розкриття такої інформації. Для того, щоб діяльність колекторів у даному випадку відповідала закону, на нашу думку, необхідно включати до кредитних договорів пункт, яким передбачається обов'язок банку не розголошувати інформацію про позичальника, за винятком випадків, коли це є необхідним для захисту прав та інтересів банку. Останнє формулювання має бути уточнене шляхом встановлення чітких критеріїв, випадків та меж застосування цієї норми, у т.ч. і щодо погашення заборгованості. В цьому разі особа, укладаючи такий договір, дає свій письмовий дозвіл на розголошення відповідної інформації за встановлених умов, а це є підставою розкриття інформації, яка становить банківську таємницю, передбаченою п. 1 ч. 1 ст. 62 Закону № 2121-II. Така думка знаходить своє підтримку й у Роз'ясненнях НБУ з питань виконання окремих вимог Закону України «Про банки і банківську діяльність», даних в листі НБУ від 19 квітня 2001 року № 18-112\1467-2599, та в правовій позиції Міністерства юстиції України щодо діяльності колекторських організацій, викладеної 24 лютого 2009 р. [2]

При цьому важливим залишається дотримання прав і законних інтересів самого позичальника з метою попередження шкоди, яка йому може бути завдана неправомірним розголошенням банківської таємниці. Зокрема, колектор в процесі своєї діяльності отримує інформацію про наявність у певної особи кредитного зобов'язання, розмір кредиту, суму, яку боржник вже сплатив, та суму боргу, що залишилася, номер банківського рахунку і т.д. Такі відомості, безумовно, можуть бути використані на шкоду позичальникові. Тому у договір між банком і позичальником пропонується включати застереження щодо збереження банківської таємниці із визначенням відповідальності за її незаконне розголошення або використання. Стосовно діяльності самих колекторів, то згідно із п. 1.5 Правил № 267, суб'єкти, які мають доступ до відповідної інформації, у власних інструкціях з діловодства з урахуванням особливостей своєї діяльності повинні встановити особливий порядок реєстрації, використання, зберігання та доступу до інформації, що становить банківську таємницю; особи, які під час виконання своїх функцій та/або надання послуг банку безпосередньо або опосередковано отримали інформацію, що містить банківську таємницю, зобов'язані не розголошувати цю інформацію і не використовувати її на свою користь чи на користь третіх осіб, крім випадків, передбачених законодавством України. Крім того, на нашу думку, доцільним буде використання досвіду США, які в законі про колекторську діяльність заборонили будь-які дії, пов'язані із поширенням відповідної інформації, спрямованим на заподіяння шкоди боржнику, у т.ч. шляхом приниження його честі, гідності та ділової репутації [3; с. 7].

Отже, має дотримуватися принцип охорони інтересів як банку, так і позичальника для того, щоб вони мали можливість захистити свої права і законні інтереси (у т.ч. і за допомогою колекторів), а це, в свою чергу, забезпечить належне виконання зобов'язань контрагентами, їхню відповідальність за порушення, а через це сприятиме підвищенню договірної дисципліни і забезпеченню інтересів суспільства в цілому.

Використані джерела:

1. *Гетманцев Д.О. Банківська таємниця: особливості її нормативно-правового регулювання в законодавстві України та в законодавстві зарубіжних країн: автореф. дис... канд. юрид.*

наук: 12.00.07 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2003. – 23 с.
2. *Правова позиція Міністерства юстиції України щодо діяльності «колекторських» організацій // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0/18760. – Дата доступу: 10.10.2009 р.*
3. *The Fair Debt Collection Practices Act // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/credit/cre27.pdf. – Дата доступу: 11.10.2009 р. – § 804.*

Крюк Олександр Володимирович
студент 4 курсу, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВІДСОТКОВОЇ СТАВКИ В КРЕДИТНИХ ДОГОВОРАХ

Ця тема є дуже актуальною, адже на сьогоднішній день внаслідок кризи в банках виникла проблема ліквідності, тобто недостатність обігових коштів. І тому зараз банки намагаються активно розраховуватись зі своїми боргами, що і призводить до неправомірних дій по зміні відсоткової ставки в кредитних договорах. Тому ця тема присвячена саме захисту громадян від сучасного банківського свавілля.

Встановлення в кредитному договорі умов зміни відсоткової ставки в односторонньому порядку з боку банку є нікчемною, згідно п. 3 ст. 1056-1 Цивільного кодексу. Тому в кредитних договорах правила такої зміни повинно узгоджуватись між сторонами при підписанні договору. Ми знаємо, що для банку зміна відсоткової ставки є обов'язковою, завдяки якої банки захищають свої кредитні ресурси від таких зовнішніх факторів як: гіперінфляція, коливання курсів валют, облікова ставка НБУ, тощо. Ч. 5 п. 3.4 Правил надання банками України інформації споживачу щодо умов кредитування та сукупної вартості кредиту (затверджені Постановою правління НБУ № 168 від 10 травня 2007 року) встановлює: «Банки зобов'язані в кредитному договорі зазначити: правило, за яким змінюється процентна ставка за кредитом, якщо договором про надання кредиту передбачається можливість зміни процентної ставки за кредитом залежно від зміни облікової ставки Національного банку або в інших випадках» . Зазвичай банки, пропонуючи кредит, надають свій проект кредитного договору й не погоджуються на внесення до нього змін. Такий підхід є законним і в багатьох випадках виправданим: створення особливих умов для кожного клієнта (особливо, якщо банк здійснює масове кредитування) тягне за собою зайві витрати, ускладнює процес надання кредиту. Якщо договір із банком був укладений на таких умовах (тобто клієнт не мав можливості внести до нього хоча б якісь суттєві зміни), такий договір є договором приєднання (згідно п1 ст. 634 ЦКУ). В таких типових договорах присутній зазвичай такий пункт: «У разі зміни кредитної політики згідно з рішеннями Верховної Ради України, Національного банку України, до договору за погодженням з позичальником вносяться в зазначений строк відповідні зміни з моменту введення нових положень. При розбіжностях сторін Банк пред'являє кредит до стягнення. У разі відсутності коштів кредит виноситься на рахунок прострочених позичок з нарахуванням відсотків і пені відповідно до зазначених положень».

Як ми бачимо, (в тому числі Закон України « про захист прав споживачів (п.4 ст11)) зміна відсоткової ставки в основному залежить від ставки Національного Банку. Тому, я вважаю за неохідне розкрити правомірний порядок такої зміни. Що таке відсоткова ставка Центрального Банку? Ми знаємо, що комерційні банки потребують великі кошти для здійснення своєї діяльності, тому вони залучають їх у Національного банку, тим паче, що саме цим залученням контролюється кількість обігових коштів в країні. Залучення грошей у Центрального банку відбувається за сплатою певної відсоткової ставки за користування

цими грошима банками. Ось і все. Тому ми можемо зробити висновок , що комерційні банки не можуть встановлювати ставку нижчу за ставку НБУ, їм це буде не вигідно. По-суті, прибуток банку становить різницю між встановленою на власний розсуд банку відсоткової ставки і ставки НБУ. Наприклад, банк встановив ставку у кредитних договорах 15%, при наявної ставки НБУ у розмірі 10%, прибутком банку в цьому випадку буде різниця, що становить 5%. Коли укладається договір в ньому встановлюється ставка банку без зазначеного прибутку. Коли ставка НБУ змінюється, то зміна ставки банку повинна торкатись тільки тієї частини відсотка саме на скільки було змінено ставку НБУ, не більше і не менше. Тобто змінюється лише ставка, а прибуток банку повинен залишатись таким самим, адже це умова договору яка не підлягає зміни. Тому для перевірки правомірності зміни відсоткової ставки необхідно просто порівняти данні по ставці НБУ на момент укладення договору і на момент зміни ставки НБУ, тому що тільки щодо цієї різниці, може бути допущена зміна відсоткової ставки у кредитному договорі, якщо інше не встановлено в договорі. Якщо зміна відсоткової ставки банку перевищує зміну відсоткової ставки НБУ, то це свідчить про збільшення прибутку, який буде отримувати банк, тобто по суті буде змінена сума плати за послугу, який надає банк, а це значить порушення умов договору. Хоча ця плата за надання кредиту, як ми бачимо, спеціально не вказана в договорі, але шляхом простої математичної дії на основі логіки ми можемо її легко визначити. Щодо розрахунків, треба ще додати, що коли особа сплачує помісячно певну суму банку разом із відсотками, то при зміні відсоткової ставки НБУ, перераховується тільки та сума, що залишилася ще не сплаченою. Тому не в якому разі нова ставка не має відношення до вже погашеної суми так як погашення кредиту здійснюється шляхом систематичного надання розрахованих банком сум , в першу чергу, з урахуванням минулих відсотків.

Також буває, що банки обгрунтовують зміну ставки з-за коливань курсів валют. Але це не є коректним і правомірним з їх боку, адже з приводу цього існує спеціальне врегулювання. В уже зазначених Правилах надання банками України інформації споживачу щодо умов кредитування та сукупної вартості кредиту встановлено в п. 3.8. «У разі надання кредиту в іноземній валюті банки забовязані під час кредитного договору попередити споживача, що валютні ризики під час виконання забов язань за кредитним договіром несе споживач». Тому в кредитних договірах де присутня іноземна валюта позичальник мав би відшкодувати валютну різницю банку, якщо б гривня стала дорожчою по відношенню до іноземної валюти. Але грошова конвертація не яким чином не повязані зі зміною ставки і це є окремою процедурою.

Узагальнюючи вище сказане, якщо позичальник помічає певне неспівпадіння у зміні ставки НБУ і ставки банку, він може вимагати в банку розкрити обгрантування у математичному вигляді зміни такої ставки. Ненадання такої інформації є прямим порушенням вимог зазначених вже Правил із відповідними правовими наслідками. (на основі Постанови правління НБУ № 319 «Про додаткові заходи щодо діяльності банків» від 11 жовтня 2008 року (зі змінами, внесеними Постановою правління НБУ № 328 від 16 жовтня 2008 року, та лист НБУ № 18-311/3496-14715 від 28.10.2008, зокрема, пункт 2.2)

Використані джерела:

1. *Цивільний Кодекс від 16.01.2003;*
2. *Закон України « Про захист прав споживачів» від 12.05.91;*
3. *Закон України «Про банки і банківську діяльність»;*
4. *Постанови правління НБУ № 319 «Про додаткові заходи щодо діяльності банків» від 11 жовтня 2008 року (зі змінами, внесеними Постановою правління НБУ № 328 від 16 жовтня 2008 року, та лист НБУ № 18-311/3496-14715 від 28.10.2008, зокрема, пункт 2.2);*
5. *Правила надання банками України інформації споживачу щодо умов кредитування та сукупної вартості кредиту (затверджені Постановою правління НБУ № 168 від 10 травня 2007 року);*

Кузнецова Анна Александровна
курсант 4 курса факультета подготовки оперативных работников
Санкт-Петербургского университета МВД России,
Санкт-Петербург, Российская Федерация

РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ СЕМЬИ И БРАКА В КОНТЕКСТЕ ПРАВОВЫХ КУЛЬТУР СТРАН РАЗЛИЧНЫХ ПРАВОВЫХ СЕМЕЙ

Правовое регулирование отношений в сфере семьи и брака – красноречивый показатель уровня защищенности прав и свобод человека и гражданина в национальной политико-правовой системе [2, с. 284], свидетельство развития демократии в конкретном государстве. Именно в этой сфере широкое выражение находят национальные обычаи и традиции, особенности закрепления в государстве норм права, специфика правоприменения. Проблемы регулирования семейно-брачных отношений различным образом решаются в странах, принадлежащих к различным правовым семьям.

Семья представляет собой коллектив, объединенный различными узами. Одни из них связаны с чувствами, другие с соображениями нравственного и даже материального и делового характера. Основными функциями семьи являются рождение и воспитание детей, удовлетворение потребностей мужчины и женщины биологического и духовного характера, воспитательная функция, хозяйственно-бытовая, экономическая, функция первичного социального контроля, функция духовного общения, досуговая и эмоциональная функции.

Система мусульманского права полностью основана на религии, поэтому принципы создания и построения мусульманской семьи не следует искать в современных законодательствах мусульманских стран. Семья провозглашена мусульманской религией как наивысшая ценность. Создание семьи, согласно исламу, является одной из основных задач мусульманина и поэтому «лицам, которые стремятся избежать создания семьи, основываясь на чрезмерных или фальшивых ожиданиях, делается строгий выговор и выражается порицание за любую форму отговорки, к которой они прибегают, чтобы отвратить Богоданную силу секса от ее должного использования» [5, с. 145]. В исламе брак считается добродетелью, праведностью и актом поклонения творцу, «ислам не только не считает монашество добродетелью, но и осуждает его как отвратительное нововведение, целиком противоречащее природе человека, заложенной в него Аллахом» [1, с. 51]. В мусульманском обществе брак, сопровождающийся рождением детей, является религиозной обязанностью, а безбрачие – прискорбным состоянием [9, с. 48].

Ислам стремится облегчить процедуру бракосочетания, формулируя доступные для этого условия: мужчинам разрешено жениться даже на близких родственницах, ликвидированы общинные различия, снижен возраст вступления брак, не нужно утверждать брачный договор судьей, для признания брака действительным достаточно взаимного согласия совершеннолетних супругов в присутствии двух свидетелей. Состояние мусульманской семьи отличает возможность многоженства.

В индусской правовой системе до сих пор сохранились пережитки кастовости. Условием заключения брака, как и много веков назад, является желание родителей жениха и невесты с учетом всех кастовых ограничений. До сих пор межкастовые браки среди религиозных индийцев все так же считаются тяжким нарушением кастового режима. И хотя указаний об этом в современном законодательстве Индии нет, для нарушителей данного режима наказанием будет являться отлучение от касты, презрение и бойкот со стороны кастового сообщества. Именно поэтому более 90 % браков в Индии до сих пор заключаются внутри своих каст.

В 1978 г. в целях решения острых демографических проблем Индии (в мае 2000 г. по сообщениям индийской прессы в Индии был рожден миллиардный житель) был принят в

новой редакции «Закон Сарда», повышавший возраст брачного совершеннолетия для лиц всех вероисповеданий (мужчин до 21 года, женщин до 18 лет) [11, 59–80].

В основе традиций европейской правовой семьи находится греческая и римская культура. В сфере семейно-брачных отношений отличительными признаками являлись сильная отцовская власть и доминирование принципа агнатического родства (дети при рождении получали фамилию отца; рождение подлежало обязательной регистрации в актах гражданского состояния).

Правовое регулирование отношений в сфере семьи и брака славян ранних периодов истории предполагало, что брак с одной женой заключается на веки и простирается за пределы гроба. Об этом свидетельствовало сожжение вдовы у гроба при смерти мужа. Однако если умерший при жизни был холост, его женили после смерти [4, с. 14].

В Древней Руси эпохи язычества существовало три основных формы заключения брака: похищение невесты, выкуп невесты и приведение невесты её родственниками в дом к жениху (4, с. 8–12). Позднее единственной формой заключения брака стало церковное венчание. В Российской империи заключению брачного союза предшествовал сговор, во время которого родители невесты и жених условливались о заключении брака, договаривались о приданом. Условиями совершения брака являлись: достижение возраста вступления в брак (14 лет для мужчин и 12 лет для женщин); отсутствие другого нерасторгнутого брака; разрешение на брак гражданским и военным чиновникам от начальства. В современной России условиями заключения брака являются взаимное согласие мужчины и женщины и достижение брачного возраста.

Таким образом, семейное право, являясь одной из самых консервативных отраслей права и консервативных сфер общественных отношений, рельефно отражает специфику правовых обычаев, традиций, на протяжении длительного времени складывавшихся в общественной жизни народов, относящихся к различным правовым семьям. Правовой статус личности, свидетельствующий об особенностях системы прав и обязанностей лиц – субъектов семейных правоотношений, показывает, что способы регулирования отношений в сфере семьи и брака в государствах, принадлежащих к различным правовым системам имеют свои отличительные особенности. Однако во всех государствах семья воспринимается как первичная ячейка общества, источник воспроизводства социума, интерпретационная система, в рамках которой формируются и закрепляются на бытовом уровне мировоззренческие, культурологические и нравственные основы жизнедеятельности общества.

Использованные источники:

1. *Абу Аля Аль-Маудуди. Образ жизни в исламе. М., 1993.*
2. *Ковлер А. И. Антропология права. М., 2005.*
3. *Лукашева Е. А. Право, мораль, личность. М., 1986.*
4. *Нижник Н. С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. СПб., 2006.*
5. *Саид Муджтаба Рукни Мусави Лари. Западная цивилизация глазами мусульманина. Баку, 1992.*
6. *Смирнов А. Народные способы заключения брака // Юридический вестник. 1878. № 5.*
7. *Цмай В. В. Регулирование семейно-брачных отношений мусульман «правом личного статуса». СПб., 2000.*
8. *Цмай В. В., Боер В. М., Гинц А. А. Мусульманское семейное право. М. 2000.*
9. *Шарль Р. Мусульманское право. М., 1959.*
10. *Шулембаев К. Ш. От отношении ислама к женщине. Алма-Ата, 1974.*
11. *Mahmood T. Marriage-age in India and Abroad: Comparative Conspectus // Journal of the Indian Law Institute. 1980. № 1.*

Кузьменко Тетяна Сергіївна
здобувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Одеської національної юридичної академії,
Одеса, Україна

СТРУКТУРНІ КОМПОНЕНТИ БРЕНДУ

В сучасному світі дедалі більшої популярності набуває термін «бренд». У пересічному житті громадянами найчастіше він застосовується будь до чого, що має певну популярність, успіх. Найчастіше при його вживанні не звертають увагу на значення та зміст. Законодавство України не містить згадування про термін «бренд», незважаючи на поширеність його вживання у сучасних юридичних та маркетингових дослідженнях. Дехто з дослідників зауважує, що бренд – це не юридичний термін, а маркетинговий[3, с. 15], який з правової точки зору не має смислового навантаження[7, с. 28]. Незважаючи на відсутність цього терміну у законодавстві України, слід звернути увагу, що це поняття зі сфери маркетингу означає «засіб індивідуалізації конкретного товару чи послуги»[4, с. 54].

Окремі питання, що стосуються визначення категорії «бренд» та її співвідношення з терміном «торговельна марка» було розкрито у працях Г. Андрощука, В. Бузанова, Ю. Бруштейна, В. Хохлова, М. Лабзина та інших дослідників. Разом з цим без достатньої уваги залишились питання про визначення бренду як складного правового засобу індивідуалізації, його окремих компонентів, їх правової охорони.

Метою даного дослідження є визначення структурних компонентів бренду,які за своєю природою є об’єктами окремих інститутів права інтелектуальної власності.

Визначаючи структуру компонентів бренду як «складного» правового засобу індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг, слід звернути увагу на класифікації, що існують у маркетинговій та юридичній літературі з цього приводу.

Так, Т.А. Алієв звертає увагу на те, що термін «бренд» включає назву, логотип та інші візуальні елементи (шрифти, цифрові схеми, символи)[1, с. 39].

Т. Коташевська в поняття «бренд» включає назву, слово, вираз, знак, символ або дизайнерське рішення, їх комбінацію в цілях позначення товарів і послуг конкретного продавця або групи продавців для відмінності їх від конкуруючих. Тобто під цим мається на увазі все, що служить відмітною ознакою даного товару або послуги від товару конкурентів. Для споживача товар конкретного виробника заміщається чимось іншим, безпосередньо з товаром не зв’язаним, але таким, що відрізняє його від інших товарів, і цей «заступник товару» власне і називається брендом.[3, с. 13-15]

Аналогічно Ф. Котлер визначає бренд як ім’я, термін, знак, символ, малюнок або їх поєднання, призначені для ідентифікації товарів або послуг одного продавця або групи продавців і диференціації їх від товарів і послуг конкурентів. Бренд також характеризується як торгова марка, пов’язана в свідомості споживача з певним враженням, досвідом використовування, наділена набором невідчутних властивостей і якостей.[5, с. 96]

Візуально-словесне вираження бренду на погляд Н.В. Безрукової включає: фірмову назву, товарний знак, фірмовий стиль, салоган. Серед елементів бренду виділяє основні елементи бренду:

- інтелектуальна власність (права, що відносяться до товарних знаків, промислових зразків, об’єкти авторського права, ноу-хау);

- патентна політика фірми, спрямована на створення об’єктів інтелектуальної власності та її комерціалізація;

- маркетингова стратегія та рекламна політика фірми, яка включає фірмовий стиль, сервісне обслуговування, PR.[2, с. 39-40]

О. Молотай[4, с. 54] серед об’єктів, які становлять юридичне наповнення бренду виділяє торговельні марки, зображення, словесні складові, слогани, у деяких випадках позовні

сигнали радіо простору, а також об'єкти, покликані забезпечувати індивідуалізацію, наприклад, промислові зразки – це і зовнішній вигляд виробу, і оформлення упаковки, і т.п.

Звертаючись до свідомості споживачів, Е. Тіллінг, визначає бренд як образ, набір вражень і асоціацій, який дозволяє відрізнити і вибрати товар того або іншого виробника. Серед складових бренду він виокремлює товарний знак, фірмове найменування, об'єкт авторського права та промислові зразки[6, с. 16].

Це далеко не всі класифікації структурних компонентів бренду, що існують у науковій літературі. Слід звернути увагу на те, що не існує та не може існувати вичерпного переліку таких компонентів, адже діяльність по створенню засобів індивідуалізації у більшості випадків носить творчий характер. Незважаючи на те, що у теорії права інтелектуальної власності не завжди визнають засоби індивідуалізації такими, що містять творчий елемент[7, с. 26], слід звернути увагу на те, що кожний з підприємців прагне до того, щоб саме його продукція запам'ятовувалась споживачам і тому поєднує в рекламних кампаніях оригінальні об'єкти права інтелектуальної власності.

Викладене дозволяє виокремити основні складові бренди, що існують завжди: найменування (комерційне, фірмове) та логотип (знак для товарів та послуг, тобто торговельна марка). Додатковими складовими бренду виступають слоган, фірмовий (корпоративний) герой, музичний твір, оригінальна форма чи поверхня упаковки товарів та інше. Такі об'єкти можуть бути відтворені та доступні для сприйняття споживача одночасно в декількох формах: візуальній, звуковій, нюховій, тактильній, смаковій. Невирішеними залишаються питання щодо визначення режиму правової охорони бренду, можливості конвергенції складових бренду, що може бути предметом додаткових досліджень.

Використані джерела:

1. *Алиев А.Т. Работа с брендом: креативная псилогия и коммуникативные особенности (на примере формирования бренда «Skoda» / А.Т. Алиев // Вестник Московского университета / Серия 10: Журналистика. – 2007. – № 4. – С. 39-46.*
2. *Безрукова Н. Аналіз підходів до створення брендів / Н. Безрукова // Актуальні проблеми економіки. – 2002. – № 2. – С. 39-44.*
3. *Коташевська Т. Торговая марка и ответственность за её использование / Т. Коташевська // Юридичний радник. – 2008. – № 5. – С. 13-15.*
4. *Молотай О. Будьте пильними! / О. Молотай // Український юрист. – 2007. – № 6 (54). – С. 54.*
5. *Савельев А. Особенности гудвилла и бренда. Методические подходы к оценке их величин / А. Савельев // ИС. Промышленная собственность. – 2007. – № 10. – С. 96.*
6. *Тиллинг Е. Некоторые аспекты правовой охраны бренда как объекта интеллектуальной собственности // Правовая поддержка рекламы и защита интеллектуальной собственности: Сборник. / Сост. И.Г. Шаблинский; Под ред. А.А. Гольцблата. – М.: Альпина Бизнес Букс, 2007. – С. 15-23.*
7. *Щербак Н. Проблемы правового режима средств индивидуализации юридическго лица, продукции, работ или услуг / Н. Щербак // ИС. Промышленная собственность. 2006. - № 12. - С. 23-30.*

Куликовський Валерій Віталійович
студент 5 курсу, економіко-правового факультету
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова,
Одеса, Україна

МЕХАНІЗМИ ІНВЕСТУВАННЯ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА: НЕВИРІШЕНІ ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ

На сьогоднішній день, на шляху реалізації існуючих механізмів капітального інвестування існує загал істотних питань, що залишилися поза увагою законодавця. Вирішення даних питань складає передову теоретичної та практичної діяльності юристів. Розглянемо найгостріші з нашої точки зору питання.

1. Якщо в інвестиційному договорі встановлено положення про те, що по закінченні будівництва об'єкт буде належати декільком суб'єктам на праві приватної власності, встановлення іншого режиму, в тому числі режиму спільної часткової власності, призюмувати не можливо. Виходячи із аксіоми про те, що право спільної часткової власності не може існувати там, де встановлене чітке розподілення індивідуально визначених об'єктів за конкретними суб'єктами, слідує зробити висновок, що сторони в договорі самі встановили режим «роздільної» власності шляхом індивідуалізації об'єкта, котрий в наступному буде належати конкретному суб'єкту. Як відомо з практики особливість інвестиційного договору, на відміну від інших договорів, що регулюють відносини при спільному будівництві, в тому числі договорів про спільну діяльність, в тому, що він не передбачає встановлення спільної часткової власності. Так, якщо по відношенню до договорів про спільну діяльність ст. 1134 ЦК встановлює презумпцію права спільної часткової власності, то по відношенню до інвестиційних договорів такої презумпції не встановлено. З чого слідує, що з метою встановлення режиму спільної часткової власності на об'єкт, збудований на підставі інвестиційного договору, необхідно, щоб, такий режим був безпосередньо встановлений сторонами. І це повинно бути не просто вказівка на спільну часткову власність, а встановлення взаємних прав і обов'язків, пов'язаних з таким режимом права власності [1, с. 17].

2. Документальне оформлення етапу погашення іменних цільових облігацій і отримання інвестором об'єкта нерухомості у власність не врегульовані на законодавчому рівні, емітенти самостійно визначають вказані положення в умовах розміщення облігацій. На практиці, погашення облігацій здійснюється різними шляхами: 1) укладення між емітентом і інвестором договору купівлі-продажу, або 2) договору міни, або 3) укладенням акту погашення облігацій й акту приймання-передачі квартири емітентом інвестору, що є підставою для отримання останнім свідоцтва про право власності на житло. Використання емітентом договору купівлі-продажу та міни у вказаному механізмі будівництва житла не відповідає вимогам закону, так-як: а) емітент не може бути власником даних квартир, відповідно, їх продавцем відповідно до ст. 658 ЦК, так-як майнові права на них належать інвесторам, що підтверджується договором купівлі-продажу облігацій чи договором про резервування квартири, а також сертифікатами облігацій або випискою з рахунку в цінних паперах; б) на момент укладення договору купівлі-продажу нерухомості інвестор вже не несе зобов'язань відносно виплати емітенту визначеної грошової суми за побудоване житло, так-як оплата була здійсненна інвестором раніше за набуття вказаних цінних паперів (ст. 655 ЦК); в) при укладанні договору міни емітент і інвестор не можуть виконати передбачені законом зобов'язання відносно обміну товарів – облігацій і нерухомості (стаття 715 ЦК), оскільки емітент не може внаслідок міни отримати у власність облігації, що належать інвесторам, оскільки обіг цих цінних паперів припинився з настанням строку їх погашення, у зв'язку з чим облігації втратили свою цінність як товар і вже не можуть бути предметом будь-якого договору. При цьому слідує також розмежовувати різні з своєю природою операції - відносно погашення облігацій майном і відносно відчуження майна шляхом його

продажу або міни. Таким чином, єдиним правильним механізмом документального оформлення етапу погашення облігацій нерухомістю, є складання і підписання вказаними суб'єктами актів погашення облігацій і приймання-передачі квартири з наступним отриманням інвестором свідоцтва про власність на житло [2, с. 21].

3. Відповідно до ст. 10 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» (далі - Закон), між управителем і забудовником повинен бути укладений договір іпотеки [3]. Як свідчить практика, неоднозначно визначене питання - якою є іпотека об'єкта інвестування по відношенню до іпотеки, що виникла між управителем і забудовником відповідно до ст. 10 Закону - первинною чи наступною. Безумовно, треба розмежовувати обидві вказані іпотеки, так як встановлена між управителем та забудовником іпотека забезпечує виконання останнім зобов'язань по договору зведення об'єкта будівництва, укладеного відповідно до ст. 9 Закону, а іпотека об'єкта інвестування забезпечує виконання позичальником зобов'язань за кредитним договором (ст. 50 Закону).Так, у випадку визнання іпотеки об'єкта інвестування наступною виникає необхідність отримання згоди попереднього іпотекодержателя на передачу об'єкта інвестування в наступну іпотеку (ст. 13 Закону України «Про іпотеку»), а у випадку відсутності такої згоди іпотека визнається недійсною (ч.3 ст. 12 Закону України «Про іпотеку»), внаслідок чого банк може залишитися без забезпечення за конкретним кредитом. Практика оформлення окремими банківськими установами іпотеки об'єкту інвестування (ст. 50 Закону) свідчить, що деякі з них оформляли таку іпотеку як первинну, обґрунтовуючи це різноманітними: іпотекодавцями; іпотекодержателями, якщо управителем виступає не банк; предметами іпотеки. Однак безсумнівним є той факт, що об'єкт інвестування - є складовою об'єкту будівництва. При цьому, якщо в іпотечному договорі між забудовником і управителем (ст. 10 Закону) опис предмета іпотеки буде містити лише загальні вказівки на вид об'єкту будівництва, без індивідуалізації об'єктів інвестування, то вважається, що ця іпотека розповсюджується і на об'єкти інвестування в такому об'єкті будівництва, внаслідок чого виведення будь-якого об'єкта інвестування з цієї іпотеки з метою передачі його в первинну іпотеку банку стає проблематичним. Таким чином, доцільним є в іпотечному договорі між забудовником і управителем описувати предмет іпотеки - об'єкт незавершеного будівництва та/або майнові права на нього, з обов'язковою ідентифікацією всіх об'єктів інвестування в будинку що зводиться[4, с. 12].

Наведені вище приклади тільки підігрівають теоретичний інтерес до вирішення знов і знов виникаючих на практиці проблем, але майбутнє теорії не в вирішення проблем post factum, а в прогнозуванні та превенції. В цьому розрізі, інститут інвестування житлового будівництва вимагає формування нових моделей та модернізації існуючих механізмів капітального інвестування.

Використані джерела:

1. *Журбелюк Л. Право общей долевой собственности и инвестдоговор: тест на совеместимость // Юридическая практика. - 2008. - № 15 (537). - С. 16-17.*
2. *Дроздова Н. Как облигации помогут построить дом? // Юридическая практика. - 2008. - № 13 (535). - С. 20-21.*
3. *Закон України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1991. - № 52. - Ст. 377.*
4. *Дроздова Н. Стройинвестирование // Юридическая практика. - 2009. - № 9 (584). - С. 1,12.*

Кулініч Ольга Олексіївна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Одеської національної юридичної академії,
Одеса, Україна

УМОВИ НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПЕРСОНАЖАМ ЛІТЕРАТУРНИХ ТВОРІВ

У сучасному світі все більше зростає значення результатів інтелектуальної праці у життєдіяльності фізичних осіб. При створенні тих чи інших об'єктів інтелектуальних прав, як правило, творці у більшості випадків, передусім керуються власними емоціями, натхненням та прагненням виразити власні почуття, донести їх до оточуючих осіб. Як правило неможливо прорахувати прибуток, який можна отримати від використання твору чи його окремих складових частин, але іноді він сягає значної суми. Прикладом є історія, створена Джоржем Лукасом – «Зоряні війни», коли викупивши у кінокомпанії права на комерційне користування символікою, персонажами фільму він отримав декілька мільярдів доларів від реалізації суміжної продукції з такою символікою.

Останнім часом значної популярності набуває комерційне використання окремих назв, сюжетних ліній, персонажів літературних творів при оформленні місць відпочинку (дитячих гральних майданчиків чи інших розважальних дитячих закладів, при виробництві іграшок, плакатів, для позначення товарів, робіт (послуг) та інш.) Тому особливої актуальності набувають питання, пов'язані з посиленням правової охорони персонажів літературних творів.

Питанням щодо можливості визначення персонажу як самостійного об'єкту правової охорони, розмежування категорій «персонаж» та «образ персонажа», присвятили свої праці А. Клішина, В. Ентін, О. Столяренко, Д.Філін, В. Рахманов, П. Фомичев та інш.

Метою даного дослідження є визначення умов надання правової охорони персонажам як складових частин літературних твору.

Питання щодо розповсюдження авторсько-правової охорони на окремі складові твору, його назву та персонажів є дискусійними у науковій літературі. Деякі дослідники вважають, що розповсюдження норм авторського права можливо тільки на зображення персонажу[4, с. 195]. Щодо визнання назви персонажів самостійними об'єктами правової охорони, слід зазначити, що як звертає увагу О.О. Моргунова, критерієм для віднесення їх до самостійних об'єктів авторського права, є творча праця. Саме цей критерій використовували в Палаті по патентним спорам при вирішенні спірних питань, тому назви персонажів «Айболит», «старик Хоттабыч» були визнані оригінальними. Всі ж інші назви, які існують у відриві від твору, як наприклад «дядя Федор», не можуть бути визнані результатом творчої праці[1, с. 76]. Ніколаєв В.Є., навпаки, аргументуючи недоцільність охорони назви персонажу наводить позицію вчених дореволюційного періоду (Г.Ф. Шершеневича, Я.А. Кантовича), а також чинного на той час законодавства Російської імперії, яке допускало запозичення за умови оригінальної переробки твору[4, с. 191-192].

Разом з цим, слід враховувати, що створення нового твору, що суттєво відрізняється від попереднього, з використанням образів та назв персонажів розраховано у більшості випадків на використання популярності попереднього твору. Нерідкі випадки пред'явлення позовів володільцями авторських прав до осіб, що створюють продовження того чи іншого твору дещо спотворюючи сюжет та основні характерні риси персонажу. На жаль, як зазначають у науковій літературі[2, с. 103-104], запозичення літературних та художніх ідей (образів) – це проблема етична, але не юридична, адже охорона оригінальних авторських творів закінчується з того часу, коли розпочинається використання авторської ідеї.

Розглядаючи термін «персонаж» слід звернути увагу на його визначення. Так, у тлумачних словниках термін «персонаж» визначається як дійова особа в літературному

творі[5, с. 415], уявленні, а також особа як предмет жанрового живопису[6, с. 529]. Категорія «образ» трактується як вигляд, зовнішність, фігура, контур (у рисах і в площинах), подібність предмету, зображення його; рід, вигляд, дух, напрям, суть; портрет, писана особа[3, с. 614]. Художній образ – спосіб і форма освоєння дійсності в мистецтві, що характеризуються нероздільною єдністю чуттєвих та змістовних моментів[7, с. 910]. Таким чином, категорія «персонаж» є тотожною за змістом категорії «художній образ», адже за умови певної відомості персонажа, візуальна характеристика викликає певні асоціації зі рисами поведінки, манерами у безпосередньому зв'язку з твором. При цьому, звертаючи увагу на те, в якій формі з'явився вперше персонаж (у цифровій, літературній, художній, тощо), а також на те, яка форма відтворення носить похідний, вторинний характер (літературний персонаж чи художнє зображення), не слід забувати про те, що у свідомості, уяві споживача персонаж постає як цільний образ – поєднання зовнішнього виразу (зображення) та внутрішнього наповнення (оригінального ім'я, характерних рис характеру, якими наділив його автор).

Для того, щоб вимоги про оплатність використання персонажів безпідставно не обмежували право на свободу творчості, необхідно запровадити певні критерії, за умови відповідності яким не допускається вільне запозичення та відтворення персонажа з комерційною метою. Думається, що такими критеріями є наступні: оригінальне ім'я та зовнішність персонажа; індивідуалізуючи риси характеру; єдність візуального зображення та художнього опису (образ, риси характеру, манери поведінки) у свідомості певного кола осіб (для сприйняття якими створено персонаж); наявність комерційного потенціалу для його використання внаслідок їх відомості (популярності) серед певного кола осіб. Таким чином, персонаж – це герой літературного твору, який володіє сукупністю певних рис, що яскраво його індивідуалізують, проявляються у взаємозв'язку з сюжетною лінією твору, є оригінальними та створюють можливість бути впізнаними. Слід завжди враховувати, що персонаж – це поєднання аудіовізуального та літературного образу, а отже й винагороду за його використання мають отримати не тільки автор літературного твору, але й художник, творчою працею якого персонаж отримав втілення у формі малюнку, якщо інше не передбачено договором між ними.

Використані джерела:

1. *Авторское право: учебн.пособие / Е.А. Моргунова; отв.ред. В.П. Мозолин. – М. : Норма, 2008 . – 288 с. С. 76.*
2. *Бузанов В. «Персонажи» в элементах бизнес-символики / В. Бузанов // Хозяйство и право. – 2005. – № 5. – С. 103-104.*
3. *Даль Владимир Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. / Владимир Иванович Даль. – М.: Рус.яз. – Медиа, 2003. – Т. 2: И-О. – 2003. – 779 с.*
4. *Николаев В.Е. Персонаж произведения – объект авторского права / В.Е. Николаев // Правовая политика и правовая жизнь. – 2008. – № 3. – С. 190-195.*
5. *Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57 000 слов / Под ред. Чл.-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. – 19 изд., испр. – М.: Рус.яз., 1987. – 750 с.*
6. *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1993. – С. 529.*
7. *Советский энциклопедический словарь / Гл.ред. А.М. Прохоров. – 4-е изд. – М.: Советская энциклопедия, 1988. – 1600 с.*

Кульгавий Денис Вікторович
студент 5 курсу економіко-правового факультету
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова,
Одеса, Україна

ХАРАКТЕРИСТИКА ІСТОТНИХ УМОВ БАНКІВСЬКОГО КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ З ТОЧКИ ЗОРУ ПОЗИЧАЛЬНИКА

Кредити завжди були незамінною ланкою у системі ринкових відносин, але в умовах світової фінансової кризи проблеми, що опосередковують кредитні відносини, стали особливо явними.

Загалом слід відзначити, що реалізувати своє право на свободу договору в повній мірі має лише банк, який, як правило, використовує у своїй діяльності бланки розроблених ним типових кредитних договорів, наділяючи їх тим самим ознаками договору приєднання, внаслідок чого далеко не завжди враховуються особливості кредитних відносин із окремо взятим позичальником. Однак позичальнику слід пам'ятати, що з положень ч. 2 ст. 634 ЦК та ч. 2 ст. 207 Господарського кодексу України (далі – ГК) випливає, що такі умови договору приєднання, які всупереч принципу добросовісності мають наслідком істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду сторони, що приєднується (в даному випадку – позичальника), можуть бути на її вимогу змінені, а договір – навіть розірваний. Так, наприклад, 02.03.2009 р. рішенням Господарського суду Донецької області було задоволено позов ТОВ «Украгропромстрой» до ЗАТ «Комерційний банк «ПриватБанк» в особі Краматорської філії. Суд, встановивши, що кредитний договір, укладений між сторонами у справі, є договором приєднання, визнав недійсним його підпункт, яким, зокрема, передбачалося право банку змінювати умови договору в односторонньому порядку або розривати договір та вимагати дострокового повернення кредиту. [1]

З огляду на різне регулювання питання істотних умов договору за ЦК та ГК, видається, що визначати істотні умови кредитного договору необхідно враховуючи особу позичальника в окремому договорі. Так, з норм ЦК випливає, що єдиною законодавчо закріпленою істотною умовою кредитного договору між банком та будь-яким позичальником, є предмет договору.

Більш неоднозначним є питання визначення істотних умов кредитного договору у сфері господарювання. Це пов'язано з тим, що поряд із загальним правилом ч. 3 ст. 180 ГК про предмет, ціну та строк дії договору, які сторони зобов'язані погодити при укладенні господарського договору в будь-якому разі, діє положення ч. 2 ст. 345 ГК, згідно якого у кредитному договорі передбачається ряд умов. Проте, цілком слушно, Верховний суд України дійшов висновку про те, що зазначені умови не слід вважати істотними стосовно кредитного договору, хоч Вищий господарський суд України дотримується протилежної думки. [2] Наслідки неукладеності договору, в якому не буде узгоджена принаймні одна умова з наведених у ст. 345 ГК, зачіпатимуть, в першу чергу, інтереси позичальника, якому доведеться повернути одразу всю суму кредиту, що в повній мірі виправдовує позицію ВСУ.

З наведеного у ст. 1054 ЦК поняття кредитного договору випливає, що предметом кредитного договору є грошові кошти (кредит) у певному розмірі. Поряд із умовою про розмір кредиту, з огляду на існуючі проблеми на валютному ринку, особливе значення сьогодні набуває умова про валюту кредиту. У контексті проблеми понесення збитків позичальниками за валютними кредитами, обумовлених значним подорожчанням іноземної валюти, деякими авторами пропонувалося подання такими позичальниками позовів до банків, в яких мають бути викладені доводи на користь того, що значне подорожчання іноземної валюти є істотною зміною обставин, та вимагати згідно ст. 652 ЦК відповідної зміни або розірвання кредитного договору [3]. Однак, з огляду на нестабільність вітчизняної економіки, важко погодитися із тим, що сторони в момент укладення договору мали виходити з того, що така зміна обставин не настане, відсутня й судова практика, яка б

доводила протилежне. А за існуючих складнощів у придбанні позичальниками іноземної валюти вважаємо за доцільне з точки зору обох сторін виражати предмет валютного кредитного договору у еквіваленті в національній валюті, а не у власне іноземній валюті.

Як зазначалося вище, істотними умовами кредитного договору за участю позичальника-господарюючого суб'єкта також є строк та ціна. Видається, що детальніше слід зупинитися саме на ціні кредитного договору, що знаходить свій вираз у процентах, які позичальник зобов'язується сплатити за користування кредитом, а тому ця умова становить інтерес для обох сторін. Тут слід згадати, що 12.12.2008 р. був прийнятий Закон України №661-VI, відповідно до якого ЦК було доповнено ст. 1056-1, згідно ч. 2 якої встановлений договором розмір процентів не може бути змінений банком в односторонньому порядку, а ст. 55 Закона «Про банки і банківську діяльність» доповнено положенням про те, що «банкам забороняється в односторонньому порядку змінювати умови укладених з клієнтами договорів, зокрема, збільшувати розмір процентної ставки за кредитними договорами…за винятком випадків, встановлених законом». Сьогодні банки, шукаючи можливості обійти встановлені обмеження, вдаються до практики підняття процентної ставки в односторонньому порядку, датуючи листи-повідомлення про таке підняття раніше за дату набрання чинності зазначеними законодавчими змінами. Однак, якщо процентна ставка фактично піднімається після вступу згаданої заборони в силу, обґрунтованими будуть посилання позичальника на незаконність таких дії банку. Крім того, згідно Постанови НБУ (далі - НБУ) від 13 жовтня 2008 року №319 проценту ставку було дозволено піднімати тільки у випадку підвищення облікової ставки НБУ, яка з 30 квітня 2008 року взагалі не змінювалася.

Натомість, сторонам договору слід пам'ятати, що лист-повідомлення банку про підвищення розміру процентів можна розглядати як пропозицію укласти договір на нових умовах, а тому здійснення платежу за новою ставкою відповідно до ч. 2 ст. 642 ЦК слід вважати акцептом цієї пропозиції. У цьому контексті, а також стосовно всіх інших змін до договору, які можуть бути ініційовані банком, позичальнику варто зважати на умову, яка зазвичай включається до кредитних договорів – щодо обов'язку повідомляти банк про зміну місця проживання (знаходження), адже надіслання банком згаданої пропозиції на останню відому адресу позичальника, у сукупності із конклюдентними діями останнього, матиме наслідком акцепт пропозиції.

Таким чином, маємо підсумувати, що серед істотних умов договору, на які слід зважати сторонам в першу чергу, є умови про предмет договору, зокрема, в частині валюти кредиту, а також про ціну договору (яка є істотною умовою лише для господарських кредитних договорів) – в частині неможливості зміни умов, що регулюють розмір процентної ставки. Проте варто пам'ятати про чинність змін до договору за погодженням сторін, якщо конклюдентні дії позичальника свідчать про прийняття пропозиції укласти договір на нових умовах.

Використані джерела:

1. *Рішення Господарського суду Донецької області від 02.03.2009 р. у справі № 6/34пд. [Електронний ресурс] // Доступний з: www.reyestr.court.gov.ua*
2. *О существенных условиях кредитования хозобществ (судебные решения). // Юридическая практика. – 2008. - №36. [Електронний ресурс] // Доступний з: www.yurpractika.com/search.php*
3. *Кифак А., Колодяжный Д. Аспекты погашения валютного кредита. // Юридическая практика. – 2009. - №1. [Електронний ресурс] // Доступний з: www.yurpractika.com/search.php*

Лавріненко Ігор Анатолійович
студент 5 курсу ІПКОП
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ ЗІ СПАДКУВАННЯМ ЧАСТКИ УЧАСНИКА ТОВ

Як відомо, законодавець ввів обмеження на набуття спадкоємцями померлого учасника товариства статусу учасника товариства, зумовивши таку можливість наявністю згоди товариства. Можна припустити, що таке обмеження ґрунтується на тому, що законодавець надає зобов'язанню між учасником і товариством характеру зобов'язання, пов'язаного з особою його суб'єктів. Проте вважаю, що, оскільки участь в товаристві з обмеженою відповідальністю, як і участь в акціонерному товаристві, заснована не на об'єднанні осіб, а на об'єднанні капіталів, позиція законодавця про обмеження спадкових прав спадкоємців померлого учасника товариства видається мало обґрунтованою. Законодавче обмеження для набуття статусу учасника ТОВ вважалося звичайним явищем у період становлення української економіки. Але з набуттям країною статусу ринкової економіки дане законодавче обмеження видається ще менше обґрунтованим. ЦК України зробив крок назустріч економічним тенденціям, згідно з якими сімейний бізнес безперешкодно переходить від «батька до сина».

На даний час для того, щоб спадкоємець набув статусу учасника ТОВ необхідно одержати згоду товариства (ст.55 ЗУ «Про господарські товариства»), яка виражається у наданні такої згоди загальними зборами учасників товариства. При цьому спадкоємець у процесі голосування участі не бере.

Збори повинні також затвердити зміни до установчих документів, викликаних зміною складу учасників, яка відбувається незалежно від того, яке саме буде рішення товариства: про прийняття спадкоємця чи відмову у вступі до товариства. Такий загальний порядок вступу спадкоємця до ТОВ на сьогодні закріпив законодавець. Але у результаті спадкування у спадкоємця може виникнути право на частку, яка у відсотковому відношенні може бути доволі значною і перевищувати 40%. Членом товариства особа при цьому не стає – це варто пам'ятати. Проте, ми зустрічаємося із парадоксальною ситуацією: з однієї сторони нам необхідно отримати згоду загальних зборів товариства на включення нового учасника до товариства, а з іншої – згідно зі ст. 60 ЗУ «Про господарські товариства» загальні збори учасників вважаються повноважними, якщо на них присутні учасники (представники учасників), що володіють у сукупності більш як 60% голосів. Держкомпідприємництво у своєму Листі від 19.12.2002 року за № 4-42-344/6786 «Стосовно визначення кворуму загальних зборів засновників» зазначив, що кворум загальних зборів учасників доцільно визначати за аналогією вимог, встановлених ст.53 ЗУ «Про господарські товариства» стосовно частки, придбаної самим товариством, тобто голосування і визначення кворуму у вищому органі товариства провадяться без урахування частки, що належить померлому учаснику. Тобто наявні 60% голосів перетворюються у всі 100%. За такого розвитку подій особу не покидає відчуття обману, адже її юридично можна позбавити права на спадщину (меншість може вирішити долю більшості). Мабуть, зрозумівши свою помилку у роз'ясненні положень ЗУ «Про господарські товариства», Держкомпідприємництво видало ще один Лист від 20.10.2006 року № 7591 «Щодо прийняття спадкоємців до учасників товариства», у якому зазначило, що збори учасників вважаються повноважними, якщо на них присутні учасники (представники учасників), що володіють у сукупності більш як 60 відсотками голосів. На думку Держпідприємництва України, товариство може відмовити у прийнятті до нього правонаступника (спадкоємця) тільки у разі прийняття рішення простою більшістю голосів учасників, які володіють у сукупності більш як 60 відсотків загальної кількості голосів учасників товариства. Тобто один учасник товариства, що залишився, розмір частки внеску

до статутного капіталу якого становить 15 відсотків, не може відмовити у прийнятті до товариства спадкоємців, які отримали спадщину від померлого учасника, розмір частки внеску до статутного капіталу якого становив 85 відсотків.

Варто зазначити, що у першому випадку (Лист від 19.12.2002 року), була застосована конструкція відчуження частки учасника самому товариству, а не її переходу в порядку спадкування. Ця помилка привела ще до однієї – визнанням за ТОВ права на частку, яке насправді у нього не виникає. Отож, якщо частка належить самому товариству, то й не дивно, що вона не враховується при визначенні кворуму при проведенні загальних зборів. Цю практику не можна вважати правильною, а тому і такою, що заслуговує на підтримку. Щодо другого випадку (Лист від 20.10.2006 року), то тут був застосований підхід, згідно з яким частка не належала самому товариству, проте і права на неї з боку спадкоємців також ще не були закріплені. Частка знаходилася у так званій «нейтральній зоні» (товариство не може її ігнорувати й спадкоємець не може на неї посилатися як на підставу своїх прав), доки її правове положення не буде визначеним. Зрозуміло, що відмовити у прийнятті рішення про прийняття нового члена учасники товариства, які в сумі не володіють більш як 60% голосів не вправі (саме таку позицію зараз підтримує Держпідприємництво). Про ситуацію, коли спадкоємець учасника товариства набуває право на частку у 50% і більше говорити не доводиться. Звідси, зважаючи на варіативність суспільного життя та можливість складення аналогічної «ситуації», необхідно внести зміни до чинного ЗУ «Про господарські товариства» та визнати за особою, яка претендує на частку в 40% і більше статус учасника товариства, незалежно навіть від того, що статутом передбачається процедура прийняття нового члена шляхом голосування на загальних зборах товариства (звичайно у випадку виявлення бажання самого спадкоємця набути статусу учасника).

Необхідно звернути увагу на те, що чинний ЦК України «пішов» далі й закріпив перехід прав учасника до спадкоємця автоматично у випадку спадкування частки (ч.5 ст.147 ЦК), але теж до кінця не вичерпавши вказаної проблеми, залишивши за товариством право на визначення іншого способу розвитку відносин. Найкращим варіантом, який би задовольнив кожну із сторін (ТОВ, спадкоємець) буде визнання за спадкоємцем у формі загального правила прав учасника товариства. Товариству також надається можливість відступати від цього правила та встановлювати процедуру набуття статусу учасника за згодою загальних зборів. Проте, ці диспозитивні норми у жодному випадку не повинні стосуватися до ситуації, коли спадкодавцю належало більше 40% голосів (позиція Держкомпідприємництва).

Лапечук Петро Іванович
кандидат сільськогосподарських наук,
провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України,
Київ, Україна

Попович Тетяна Григорівна
науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України,
Київ, Україна

ПИТАННЯ ВРАХУВАННЯ СЕРВІТУТНИХ ПРАВ У ЗЕМЕЛЬНИХ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ

Мабуть одним із найбільш складних, суперечливих і не вивчених питань, передбачених главою 16 Земельного кодексу України [1], є право земельного сервітуту, де визначено, що це право власника або користувача земельної ділянки на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною ділянкою (ділянками).

Тобто, інститут земельного сервітуту має захищати права як власника земельної ділянки, відносно якого встановлюється земельний сервітут, так і особи, на користь якої він встановлюється. Так, земельний сервітут встановлюється за згодою власників суміжних земельних ділянок на основі договору або за рішенням суду.

Договір завжди передбачає згоду обох сторін, а також взаємні права і обов'язки відносно об'єкта договору. Закріплення можливості встановлення земельного сервітуту за рішенням суду також є важливим моментом в тому випадку, коли немає згоди або необґрунтована відмова особи – власника земельної ділянки, відносно якого необхідно встановити сервітут.

Слід також зазначити, що сервітути можуть існувати і при відсутності приватної власності на землю, так як можуть виникати на основі інших правових норм використання землі – постійного користування чи оренди.

На основі вивчення ситуації з впровадженням права земельного сервітуту в м. Харкові С. Алексеева [2, с. 93–94] стверджує, що не дивлячись на явну користь права земельного сервітуту, його практичне застосування проходить не легко. У зв'язку із збільшенням кількості придбаних у власність, а також тих, що оформлюються у користування земельних ділянок, все більше громадян і організацій звертаються з питанням – як отримати договір про встановлення земельного сервітуту.

Тому ще на стадії підготовки матеріалів щодо оформлення прав на земельну ділянку, необхідно звертати увагу на те, чи є можливість проходу чи проїзду до земельної ділянки, за ким закріплені права на дорогу, по якій можна дістатися до набутої земельної ділянки чи запланованого до спорудження об'єкту нерухомості, чи не обмежений доступ до воріт подвір'я чи дверей приміщення із-за близького сусідства суміжної земельної ділянки тощо.

У статті 99 Земельного кодексу України міститься перелік окремих видів прав сервітуту, однак він не є вичерпним. Тому виникають труднощі – а які ще можуть бути встановлені земельні сервітути, крім зазначених у цій статті.

Стаття 100 Земельного кодексу України визначає порядок встановлення сервітутів. Однією з підстав виникнення права земельного сервітуту є договір, встановлений між власниками суміжних земельних ділянок. При цьому виникає цілий ряд правових питань. Для встановлення договору необхідно визначити його суттєві умови, форму і порядок встановлення. Проте все це ніде не передбачено. У Земельному кодексі відсутня певна форма договору для встановлення земельного сервітуту. Законодавчо також не встановлена і типова форма такого договору.

Слід зазначити, що до цього часу поки відсутня чітко регламентована процедура реєстрації договорів про встановлення права земельного сервітуту, відсутні також типові (базові) розміри плати за користування правом сервітуту, за реєстрацію договору, законодавчо не розроблені і не затверджені журнали (книги) обліку та реєстрації таких договорів.

При встановленні земельних сервітутів дуже важливо мати науково - обґрунтовану і законодавчо визначену класифікацію обмежень прав на землю, пов'язану із договором на право сервітуту. На нашу думку, цікаві пропозиції з цього приводу надає Д. Бусуйок [3, с. 169–170], яка стверджує, що класифікація обмежень прав на землю пов'язані із встановленням земельних сервітутів не знайшла свого висвітлення у юридичній літературі. Науковці розглядають лише критерії класифікації земельних сервітутів, до яких традиційно відносять: характер панівної земельної ділянки (сільські та міські), зміст прав та обов'язків учасників правовідносин (позитивні та негативні), спосіб здійснення (постійні, або безперервні, та непостійні). Разом із тим, на думку Д. Бусуйок, поза увагою залишаються такі критерії класифікації земельних сервітутів: строк дії земельних сервітутів (безстрокові та строкові), платність (платність та безоплатність), спосіб встановлення (договір та судове рішення).

Оскільки наслідком встановлення земельних сервітутів є обмеження прав на землю, то класифікація обмежень прав на землю, пов'язаних із встановленням земельних сервітутів, має проводитися з урахуванням викладених критеріїв класифікації земельних сервітутів. У

зв'язку з цим, на нашу думку, можна виділити такі різновиди обмежень прав на землю, пов'язаних із встановленням земельних сервітутів.

Вважаємо, що недоцільно розмежовувати обмеження прав на землю, пов'язані із встановленням земельних сервітутів за характером панівної земельної ділянки. У даному випадку наведені обмеження прав на землю не зміняться від того, чи виникнуть вони для потреб земельної ділянки, яка використовується для сільськогосподарських лілей, або для потреб земельної ділянки, призначеної для забудови.

На нашу думку необхідно законодавчо чітко визначити, у яких випадках сервітут може бути постійним чи тимчасовим, платним чи безоплатним, коли є обов'язковим встановлення договірних сервітутних відносин.

Візьмемо за приклад енергетику, де ці питання ставить особливо гостро. Це тисячі і тисячі опор ліній електропередачі, які в результаті природних стихійних катаклізмів чи аварій техногенного характеру часто виходять з ладу, загрожуючи не лише майну громадян, а й їх життю та здоров'ю. Вважаємо, що у таких випадках для їх експлуатації та ремонту, особливо в аварійних ситуаціях, право земельного сервітуту має бути безоплатним, а доступ до цих мереж – вільним і постійним, а укладення договору – недоцільним і таке право повинне бути законодавчо закріплене за службами з надзвичайних ситуацій, внутрішніх справ, пожежної охорони та інших аварійних та подібних служб.

Використані джерела:

1. *Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27.*
2. *Алексеева С. Проблемы правового применения института права земельного сервитута / С. Алексеева // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 9. – С. 93–96.*
3. *Бусуйок Д. Види обмежень прав на землю / Д. Бусуйок // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 7. – С. 167–170.*

Лис Ганна Ігорівна
студентка 4-го курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ ЗАКУПІВЛІ ТОВАРІВ, РОБІТ І ПОСЛУГ ЗА ДЕРЖАВНІ КОШТИ

Актуальність теми дослідження обумовлена тим, що державні закупівлі товарів, робіт і послуг є одним із найпотужніших за своїм потенціалом інструментів державного впливу на економіку в системах ринкового типу господарювання. На сучасному етапі об'єктивною і фундаментальною умовою повноцінного розвитку вітчизняної економічної системи є пошук концептуальних засад і вироблення практичних рекомендацій щодо поліпшення функціонування механізму державних закупівель як інструменту виконання Державного бюджету його інституційними одиницями та забезпечення потреб суспільства в необхідних товарах, роботах і послугах. Визначальною рисою державних закупівель у будь-якій країні є прагнення держави не випускати фінансові ресурси, що виділяються на держзамовлення, за межі країни або принаймні частину з них перераховувати компаніям-нерезидентам, які представляють інтереси економічних і політичних союзників, щоб локалізувати кошти в дружніх країнах [2, с.49; 3, с.25-26].

Частина 25 п.2 Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2008 р. № 921 у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 19 листопада 2008 р. № 1017 (далі – Положення) визначає, що учасником процедури закупівлі може бути фізична чи юридична особа

(резидент або нерезидент). Це в свою чергу дає підставу для виділення за суб'єктним критерієм процедури державних закупівель такий вид державних закупівель як закупівлі за участю іноземного елемента. Через те, що законодавче та доктринальне визначення цього поняття відсутнє, то на нашу думку, під ним необхідно розуміти: придбання замовником товарів, робіт і послуг за державні кошти, коли учасником процедури закупівлі (постачальником товарів, виконавцем послуг, підрядником) є (або можуть бути) юридичні особи-нерезиденти (юридичні особи, транснаціональні компанії, міжнародні юридичні особи, які підпадають під дію міжнародного права).

П.8 Положення визначає, що вітчизняні та іноземні учасники беруть участь у процедурі закупівлі на рівних умовах, що замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників (аналогічні положення закріплювалися в ст.5 Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» в редакції від 1.09.07). Дані принципи участі іноземних учасників у процесі закупівлі повністю відповідають засадам Додатку 4 Угоди ВТО, що державні закупівлі повинні здійснюватися на основі правил про національний режим і відсутність дискримінації. Це означає, що під час здійснення державних закупівель країни-учасниці угоди повинні надавати постачальникам будь-якої іншої країни-учасниці режим «не менш сприятливий», ніж для вітчизняних постачальників.

Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо мінімізації впливу фінансової кризи на розвиток вітчизняної промисловості» від 18 грудня 2008 р. № 694-VI у ч.2 Прикінцевих положень закріпив положення про те, що з метою захисту вітчизняної економіки від наслідків світової економічної кризи тимчасово, до 1 січня 2011 року, встановити, що закупівля товарів, робіт і послуг за державні кошти здійснюється у вітчизняних виробників цих товарів, робіт і послуг (юридичних та фізичних осіб), крім товарів, які не виробляються в Україні. Це положення Закону суперечить п.8 Положення, але за умов світової фінансової кризи є цілком виправданим.

Варто зазначити, що угода ВТО про державні закупівлі не поширюється на такі галузі, як оборона та телекомунікації, які мають стратегічне значення для будь-якої держави. Крім того, країни-учасниці мають право самостійно обирати галузі, у яких допускається участь іноземних компаній у державних закупівлях. Із цього можна зробити висновок, що ВТО не занадто сильно обмежує можливості національних урядів захищати інтереси місцевих виробників на ринку державних закупівель. Як свідчить практика, законодавство Японії, Австрії, Бельгії, Великобританії, Німеччини, Угорщини, Італії формально не обмежує участь іноземних компаній, їхніх представництв і дилерів у тендерах із державних закупівель, але при цьому досить жорстко захищає інтереси національного товаровиробника за допомогою застосування методів прихованої дискримінації, серед яких найефективнішим є метод преференцій.

Положенням (п.82-83) передбачено процедурну преференцію - порядок здійснення закупівлі в одного постачальника (виконавця, підрядника). Для захисту вітчизняного товаровиробника доцільно було б закріпити спосіб преференційних коефіцієнтів: держава встановлює процентну диференціальну надбавку, яка повинна додаватися до оцінної ціни пропозицій претендентів, на які не поширюються преференції (такий вид преференцій був закріплений у Законі України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» в редакції від 1.09.07, розмір так званої «преференційної поправки» становив 10%). Доцільно врахувати досвід США, Великобританії та Ізраїлю щодо визначення преференційних груп або категорій підприємств і організацій стосовно яких держава встановлює переваги або пільги під час проведення державних закупівель. До таких груп можуть належати: підприємства представників національних меншин, малий бізнес, підприємства ветеранів та інвалідів, регіони з надлишковою робочою силою, вітчизняні виробники в цілому. У преференційних програмах різних рівнів подається опис і визначення преференційних груп, вказуються цілі держави стосовно цих груп, а також установлюється, як преференції повинні застосовуватися під час проведення торгів або виконання державних контрактів.

Ще одним проблемним питанням державних закупівель за участю іноземного елемента є розгляд судових спорів за участю нерезидентів. Положення не містить яких-небудь особливостей укладання договорів про закупівлю за участю іноземного елемента, зокрема щодо можливого розгляду спорів. Це слід вважати недоліком законодавства, бо договори та судові спори за участю нерезидентів мають певні особливості: стороною у державному контракті може виступати держава як публічна юридична особа, що здійснює закупівлі, а також нерезиденти, які не мають в Україні своїх філій та представництв [4].

Резюмуючи викладене, слід звернути особливу увагу на необхідність закріплення в чинному законодавстві про державні закупівлі норм про порядок вирішення спорів за участю нерезидентів та про преференції для учасників-резидентів.

Використані джерела:

1. *www.zakupki.gov.ru обостряет конкуренцию на рынке госзакупок // Конкуренция и рынок. – Сентябрь 2006. – № 3(31). – С. 130-135.*
2. *Вознюк А. Конкуренция для протекционизма или Цель правового регулирования в сфере государственных закупок как критерий определения объекта правовой защиты и квалификации нарушения // Конкуренція. – 2007. - №4. – С.44-51.*
3. *Овсянюк-Бердадіна О. Об'єктивна необхідність та напрями вдосконалення функціональної підсистеми механізму державних закупівель послуг // Конкуренція. Вісник Антимонопольного комітету України. – 2008. - № 3(30). – С.25-34.*
4. *Сухадольский Г. Правові проблеми закупівель за участю іноземного елемента //Державні закупівлі України. – 2009. - № 2. – С.4-8.*

Лисюк Олексій Юрійович
студент 5-го, юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПІДХОДІВ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Реалії сьогодення свідчать, що фінансовий ринок України знаходиться на стадії формування та розвитку. Кризові явища суспільства та економіки вкотре свідчать про необхідність чіткого регулювання фондових ринків та гарантування їх учасникам нормальних умов діяльності, заснованих на рівності та прозорості механізмів. На сьогоднішній день, рівень розвитку фінансового ринку України за оцінкою Міжнародної організації комісій по цінних паперах (IOSCO) визначається як нерегульований ринок, що розвивається. Важливою запорукою стабілізації та якісного розвитку фондового ринку є нормативне закріплення засобів попередження та боротьби зі зловживаннями на ринку.

Серед таких зловживань особливої уваги потребує інсайдерська інформація. Нормальний рівень законодавчого регулювання питань, пов'язаних з інсайдерською інформацією гарантує цілісність фінансових ринків та підвищує довіру інвесторів на цих ринках. Першочерговим завданням відповідних нормативних актів є, власне, визначення інсайдерської інформації, її відмежування від інших видів інформації, що стосується функціонування фінансових ринків. На сьогоднішній день існує певна диференціація підходів до розуміння цього поняття.

Перш за все, варто відзначити Директиву Європейського Парламенту та Ради №2003/6/ЄС від 28 січня 2003 р. «Про інсайдерську діяльність та маніпулювання ринком»[1;18], яка формує основні засади регулювання питань, пов'язаних з інсайдерською інформацією, та більшість положень котрої імплементовано в національне законодавство Європейських країн.

Інсайдерська інформація – будь-яка інформація чітко визначеного характеру, котра не була публічно оголошена, що прямо чи опосередковано стосується одного чи кількох емітентів фінансового ринку, або одного чи кількох фінансових інструментів і котра може мати вплив на формування та зміну ціни на регульованому ринку.

Директива визначає, що джерелом такої інформації може бути як професійна діяльність особи, так і вчинення певного протиправного діяння. До інсайдерів (осіб, що володіють інсайдерською інформацією) відносяться: особи що є членами адміністративних, управлінських та контрольних органів емітента; особи, що мають частку в статутному капіталі емітента; особи, що отримали доступ до такої інформації в силу трудової діяльності, професії, або службових обов'язків; особи, що отримали доступ до інформації шляхом вчинення злочинних дій.

В Україні визначення поняття «інсайдерська інформація» наведено в Законі України «про цінні папери та фондовий ринок», де її визначено як будь-яку не оприлюднену інформацію про емітента, його цінні папери або правочини щодо них, оприлюднення якої може значно вплинути на вартість цінних паперів. Ч. 4 ст. 44 даного Закону зазначає, що перелік інформації, що належить до інсайдерської встановлює Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку. На виконання даного положення через 2 роки після вступу закону в дію було прийнято Рішення ДКЦПФР «Про визначення інформації, яка належить до інсайдерської»[2;138], в якому дано вичерпний перелік джерел інсайдерської інформації, а саме річна та квартальна інформація, щодо емітента, а також відомості про особливу інформацію стосовно емітента.

Загалом, в плані визначення поняття, український законодавець орієнтувався саме на положення директиви, однак запропонована схема виключного переліку видів інсайдерської інформації не є доцільною, оскільки фактично головним критерієм для визначення такої інформації є її неоприлюдненість та можливість значного впливу на вартість фінансових інструментів

Важливо також розглянути стан правового регулювання даного питання в Російській Федерації. Так, Федеральний закон «Про ринок цінних паперів» оперує поняттям «службова інформація», під яким розуміється будь-яка інформація про емітента і випущені ним емісійні папери, що не є загальнодоступною, і яка ставить осіб, які нею володіють в силу свого службового становища, трудових обов'язків чи договору з емітентом, в привілейоване положення в порівнянні з іншими суб'єктами ринку цінних паперів. До числа осіб, що володіють такою інформацією, в порівнянні з запропонованим Директивою переліку також додано аудиторів емітента чи професійного учасника ринку, пов'язаного з цим емітентом договором.

Дещо інше поняття визначено в Кодексі корпоративної поведінки. Інсайдерською інформацією відповідно до даного кодексу визнається суттєва інформація про діяльність товариства, акції і інші цінні папери товариства і правочини з ними, яка не є загальнодоступною і розкриття котрої може здійснити значний вплив на ринкову ціну акцій і інших цінних паперів товариства.

В 2003 році розглядався проект Федерального закону «Про інсайдерську інформацію», але був відхилений.

На 2009 рік заплановано прийняття Федерального закону «Про протидію неправомірному використанню інсайдерської інформації і маніпулюванню ринком».[3] Законопроект визначає, що інсайдерська інформація,- це достовірна по своєму характеру нерозкрита інформація, що стосується одного чи кількох емітентів цінних паперів, одної чи кількох управляючих компаній інвестиційних фондів, пайових інвестиційних фондів і недержавних пенсійних фондів, одного чи кількох виробників товару або одного чи кількох фінансових інструментів чи товарів, а також інша інформація, розкриття якої може суттєво вплинути на ціни таких фінансових інструментів чи товарів. Також в контексті статті дається роз'яснення достовірності інформації, значного впливу на ціни. Також визначено, що не є інсайдерською

інформація,отримана в результаті передачі інсайдерських відомостей невизначеному колу осіб, або отримана в результаті досліджень на основі загальнодоступних даних.

Також важливим здобутком даного законопроекту є розширене визначення кола інсайдерів, до яких включено емітентів, організаторів торгівлі, професійних учасників ринку. Також до інсайдерів відносяться фізичні особи, що пов'язані з вищенаведеними суб'єктами на основі трудових та цивільно-правових договорів, особи, що володіють не менше як 25% голосів в вищому органі управління зазначених суб'єктів, члени їх вищих органів управління. Окремою категорією виділяються інформаційні та рейтингові агентства та службові особи – представники органів управління та контролю, державні та муніципальні службовці.

Також новелою даного законопроекту є визначення категорії осіб, що є вторинними інсайдерами. До них відносяться особи, що отримали інсайдерську інформацію безпосередньо від інсайдерів по їх волі або випадково, а також особи, що отримали інсайдерську інформацію в наслідок вчинення правопорушення.

Безперечно, саме охарактеризований законопроект демонструє найбільш зважений підхід до поняття інсайдерської інформації, дає найбільш повне її визначення та характеризує її джерела. Важливо також відмітити, що на відміну від українського законодавства, запропоновано, у відповідності до Директиви, встановлення адміністративної та кримінальної відповідальності за порушення порядку використання інсайдерської інформації.

Стан фондового ринку України свідчить про необхідність врахування досвіду Російської та створення повноцінної системи норм регулювання відносин, пов'язаних з інсайдерською інформацією.

Використані джерела:

1. *Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) //Official Journal of the European Union L96 .- April 2003. - Volume 46 12.*
2. *Про визначення інформації, яка належить до інсайдерської : Рішення Держкомісціннихпаперів від 21.11.2006 № 1344 // Офіційний вісник України. - 2007 р. - № 6.*
3. *Проект Федерального закона N 145626-5 «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком» (ред., внесенная в ГД ФС РФ) [електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.consultant.ru/online/base/?req=doc;base=PRJ;n=65042;p=1*

Лічман Людмила Вікторівна
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ НЕДІЙСНИХ ПРАВОЧИНІВ, ЩО СУПЕРЕЧАТЬ АКТАМ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

На сьогоднішній день є кілька думок щодо того чи є недійсні правочини юридичним фактом.

Так, О.В.Гутніков зазначає, що «говорячи про недійсні договори, потрібно проводити різницю між недійсними договорами як правовідносинами та недійсними договорами як юридичними фактами. Недійсний договір як факт є юридичним фактом, оскільки з його виконанням закон пов'язує виникнення певних заперечних юридичних наслідків, хоча не тих, на які була направлена воля сторін» [1, с.46].

На думку Д.О.Тузова «недійсний договір як такий не є юридичним фактом» [2, с.15].

Гамбаров Ю.С. вважає, що «недійсні (нікчемні) договори викликають часто відповідальність за шкоду і вже тому не можуть бути віднесені до фактів, що не мають юридичного буття» [3, с.711].

Як зазначає Р.О.Стефанчук юридичні факти дії – такі юридичні факти, які породжують, змінюють чи припиняють цивільні правовідносини внаслідок вольових діянь фізичних та юридичних осіб, тобто юридичні дії пов'язані з вольою суб'єктів права [4. с.78].

До того ж єдність волі та її вираження прийнято вважати основою для правової оцінки поведінки суб'єктів та визнання цієї поведінки [5. с.76].

М.А.Рожкова вказує, що юридична дія викликає юридичні наслідки. Фактична дія стає дією юридичною в тому разі, якщо право пов'язує з ним виникнення будь-яких юридичних наслідків [6, с.8].

Отже, дійсний договір є одним із юридичних фактів. Саме вони і є підставою для виникнення, зміни та припинення цивільних правовідносин.

Щоб договір був дійсним він має вчинятись правомірними діями. «Таким чином, необхідно визнати, що правомірність є конститутивним елементом договору як юридичного факту» [5, с.104].

Саме тому і виникає запитання чи є недійсний правочин, що суперечить актам податкового законодавства, юридичним фактом. Адже він не тягне за собою ніяких наслідків. Відповідно до п.1 ст.216 ЦК недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю.

Проаналізуємо судову справу. Постановою Харківського окружного адміністративного суду задоволено позов податкового органу про стягнення в доход держави з ФОП (…) все отримане за нікчемним правочином.

Дослідивши матеріали справи судом встановлено, що відповідно до договору купівлі-продажу , ФОП (…) купив у НП ПФ (…) запчастини для сільгосптехніки.

При перевірці правового статусу НП ПФ (…) встановлено, що дане підприємство виключено з ЄДРПОУ на підставі повідомлення про скасування державної реєстрації виконавчого комітету міської ради м.Харкова. Державним реєстратором виконавчого комітету Куп'янської міської Ради Харківської області повідомлено, що станом на момент укладення правочину підприємство з кодом(..,) в Єдиному державному реєстрі юридичних та фізичних осіб-підприємців записів не знайдено.

Таким чином, суд зробив висновок, що на момент виникнення спірних правовідносин та на час розгляду справи НП ПФ (…) не є суб'єктом господарської діяльності та не є платником податку на додану вартість.

Відповідно до ст. 80 ЦК України юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридична особа наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді. Згідно ст.91 ЦК України правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється з дня внесення до Єдиного державного реєстру запису про її припинення.

Судом встановлено, що скасування державної реєстрації НП ПФ (…) відбулось до виникнення правовідносин між вказаним підприємством та ФОП (…). Таким чином, у НП ПФ (…) були відсутні повноваження на укладення правочину.

За наслідками виконання спірної угоди НП ПФ (…) не сплатило та і не могло сплатити до бюджету відповідні податки. Разом з тим, ФОП (…), на підставі отриманих податкових накладних, включив до складу свого податкового кредиту відповідні суми ПДВ, отримавши цим самим право на відшкодування податку на додану вартість з бюджету.

Врахувавши всі обставини справи у мотивувальній частині постанови суд визнав вказаний договір нікчемним.

При цьому слід зазначити, що дії сторін договору були направлені на встановлення цивільно-правових відносин і до моменту визнання його нікчемним він був виконаний.

Проте, пунктом 1 статті 236 ЦК визначено, що нікчемний правочин або правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення. Такий договір не має

юридичної сили. Отже, внаслідок нікчемності договору анулюються ті юридичні наслідки, яких прагнули сторони. Таким чином, наслідок договору не є фактом, оскільки зникає той результат який прагнули досягти сторони.

Відповідно до п.1 ст.215 ЦК України підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частиною першою – третьою, п'ятою та шостою ст.203 цього Кодексу.

Частиною 2 ст. 203 ЦК встановлено, що особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності.

Вимога мати необхідний обсяг цивільної дієздатності стосується юридичних осіб, їх органів та представників, що вчиняють правочини від імені юридичної особи. Такий висновок відповідає змісту ст. 92 ЦК України, що встановлює правила щодо дієздатності юридичних осіб.

Пунктом 3 ст.203 ЦК встановлено, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Наявність правочину свідчить про те, що обидва учасники бажали укласти правочин і що зовнішній вираз волі відповідає внутрішньому. Це означає, що необхідна єдність внутрішньої волі і волевиявлення, тому у випадку, коли у правочині воля відсутня, він є недійсним» [7. с.177-178].

Отже, недійсність правочину, що суперечить актам податкового законодавства, може виникнути із-за встановлених юридичних вад змісту самого правочину, що порушує суттєві елементи правочину як юридичного факту.

Недійсність правочинів, що суперечать актам податкового законодавства, є не лише заперечення правом юридичних наслідків у договорі, а і безсилля договору, як юридичного факту. Тому при такій недійсності договорів мова має йти про недійсність договору як юридичного факту та про недійсність договору – правовідношення .

Якщо буде існувати правочин, як юридичний факт, у такому випадку платники податків зможуть претендувати на збільшення кредиту, зменшення податкових зобов'язань, зменшення бази оподаткування тощо.

Використані джерела:

1. *Гутников О.В. Недействительные договоры в гражданском праве. Теория и практика оспаривания. - М.: Бератор-Прес, 2003.*
2. *Тузов Д.О. Недопущение реституции и конфискации при дествительности договоров. - М., 2008.*
3. *Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Том I. Часть общая. – СПб.: Типография М.М.Стасюлевича, 1911.*
4. *Цивільне право: Навчальний посібник / за редакцією Р.О.Стефанчука. – К.: Прецедент, 2007.*
5. *Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права // Избранные труды: В 2 т. - Т. 2. - М.: Статус, 2005.*
6. *Рожкова М.А. Недействительность разрешенных и неразрешенных действий (Юридический очерк) // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика. - М.2006.*
7. *Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. - Одеса: Юридична література, 2004.*

Лоза Наталія Геннадіївна
студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ЖІНКИ В КРАЇНАХ СХІДНОЇ ДЕСПОТІЇ

Історія розвитку шлюбно-сімейних відносин пройшла довгу історію. Як вірно зазначає В.П. Глиняний, дикості відповідає груповий шлюб, варварству — парний шлюб, цивілізації — моногамія, що доповнюється порушенням подружньої вірності і проституцією. Між парним шлюбом і моногамією на вищому ступені варварства вклинюється панування чоловіків над рабинями і багатоженство [1].

Аналізуючи усі періоди розвитку людства ми можемо дійти висновку, що шлюбні відносини постійно вдосконалювались і спрямовувались на ствердження основних ідеалів сім'ї, але в окремі періоди становище жінки було надзвичайно несправедливим, з позиції гендерної рівності. Саме тому наша увага спрямована на становище жінки у країнах східної деспотії.

В Єгипті доволі довго існували пережитки матріархату, що призводило до досить високого становища жінки в сім'ї. З часом, зі зміцненням прав чоловіка, він стає главою сім'ї, і жінка, незважаючи на її доволі високе становище, втрачає попередню рівноправність. Розлучення було можливе для обох сторін. Якщо розлучення починалося за ініціативою чоловіка, дружині поверталася частина посагу і частина майна, нажитого спільно. Дружині належала частина посагу й у тому випадку, якщо вона залишала чоловіка із власної волі. Шлюби між кровними родичами заборонялися. Проте фараони могли одружуватися на своїх сестрах і навіть дочках. Один із суддів того часу сказав: «Жоден закон не дозволяє шлюби із сестрами, але закон дозволяє робити фараону все, що він хоче». Рамзес II за 67 років царювання мав 5 головних дружин і багато дружин рангом нижче. Невірність чоловіка не каралася, йому дозволялося мати наложниць. Невірність дружини каралася смертю. Дружина, яка обманювала свого чоловіка, спалювалася, зазначається в одному з давніх написів. [2] Як ми бачимо, хоча древня єгипетська цивілізація і була надзвичайно розвинута в плані науки, техніки, філософії та юриспруденції, а становище жінки деякою мірою і було захищеним (щодо права розлучення), все ж таки жінка перебувала у набагато гіршому становищі.

Право стародавнього Вавилону було більш прогресивним і навіть передбачало майнову захищеність жінки при укладенні та розірванні шлюбу.

Майбутній зять платив тестю за наречену викупну плату, обмінювався з ним подарунками. Посаг і подарунки від нареченого давали майбутній дружині деякі гарантії матеріального забезпечення на випадок смерті чоловіка чи розлучення (крім випадків, коли вона звинувачувалась у неналежному способі життя чи нерозсудливій поведінці). Закон передбачав деякі гарантії жінці з дітьми. Чоловік-авілум, залишаючи її, повинен був виділити на виховання дітей половину свого майна. Вона могла вийти заміж вдруге за своїм бажанням. Це приклад одного з найдавніших видів аліментних зобов'язань[2].

Окрім того, вавилонські закони передбачали гарантії права на батьківство та обов'язок повідомити іншого із подружжя про стан свого здоров'я. Ця дещо видозмінена норма чітко вказувала на те, що «при бездітній сім'ї чоловік мав право привести в дім наложницю, але не міг цього робити, якщо дружина привела рабиню, яка народить йому дітей[2].

При цьому зрада дружини каралась смертною карою. Закони Хаммурапі [3] чітко вказували на право чоловіка втопити жінку разом з тим чоловіком (§129), втопити жінку, яка маючи засоби до існування «ввійшла в будинок іншого» (§133) під час того, як чоловік перебував у полоні, але в той самий час допускалась можливість позашлюбних відносин з іншим чоловіком, якщо існуючих засобів для існування було недостатньо (§134).

Закони Індії мали детальні норми про сім'ю і шлюб. З одного боку, в Законах Ману жінка-мати посідала високе становище. У деяких статтях вона ставиться вище, ніж учитель

(гуру) і батько. Вона – хранителька домівки, уособлення богині землі. Необхідно шанувати свою матір, їй не можна завдавати шкоди, сваритися з нею під загрозою штрафу і не можна залишати в безпорадному стані. Ці статті – релікти матріархату. З іншого – розвиток класового суспільства, приватної власності погіршував становище жінки. «У дитинстві їй належало бути під владою батька, в молодості – чоловіка, а після його смерті – під владою синів»(гл. IX, ст. 3). Жінка не могла користуватись власністю самостійно. Норми законів детально розписували життєвий шлях жінки. [2]

Варто наголосити, що у згаданий період в Індії (не зважаючи на те, що це східна країна) пропагувалась і встановлювалась одношлюбність, що, на нашу думку, було надзвичайно позитивною рушійною силою для подальшого розвитку принципу гендерної рівності, і хоча в окремих джерелах згадується про те, що «навіть злий, розпусний, позбавлений благородства чоловік повинен був шануватися дружиною» [2] натомість кожному чоловікові встановлювався обов'язок «цінувати свою дружину … приносити їй радсть … дарувати коштовності». [2]

Такий невеличкий історичний екскурс наводить нас на думку про те, що сім'я – наріжний камінь нації та суспільства. Дбайливе ставлення до сім'ї – це гарантія стабільності, надійності та процвітання нації й суспільства. Шлюб, у свою чергу, є наріжним каменем сім'ї. Відповідальне ставлення до шлюбу є заставою гармонії, згуртованості та здоров'я сім'ї. Особисті якості й моральність, у свою чергу, є основою у взаєминах подружжя. Чоловік і дружина мають бути чесними, вірними один одному, добрими; повинні поважати й любити один одного - тоді шлюб буде щасливим.

Використані джерела:

3. *Правове становище заміжньої жінки від стародавнього до новітнього часу: Автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.01 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/ard/2002/02gvpsnc.zip / В.П. Глиняний; Одес. нац. юрид. акад. — О., 2002. — 36 с. — укр.*
4. *Мудрак І. Д. Історія держави і права зарубіжних країн: Курс лекцій / Державна податкова адміністрація України; Академія державної податкової служби України. — Ірпінь, 2001. — 232с.*
5. *Законы вавилонского царя Хаммурапи [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/hammurap.htm*

Лозицька Катерина Олександрівна
студентка 1-го курсу магістратури, юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

КРЕДИТНИЙ ДОГОВІР В УКРАЇНІ СЬОГОДНІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Предметом кредитного договору є надання банком грошових коштів у відповідній сумі позичальникові на певний строк за встановлену плату за користування кредитними коштами (проценти) [1, с. 195].

Перша проблема, на яку я б хотіла звернути увагу, це питання процентної ставки.

Згідно з поняттям кредитного договору позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти. Отже, проценти по кредиту відносяться до елементів цього договору (елементами договору є суб'єкт, об'єкт та зміст – права та обов'язки сторін) [2, с. 611]. Елементи договору, на наш погляд, повинні бути незмінними протягом дії усього договору, за винятком, коли дві сторони побажають їх змінити.

Банки в кредитних договорах передбачають пункти наступного змісту: «При зміні вартості кредитних коштів на ринку фінансових послуг, Сторони за ініціативою банку протягом 3-х днів переглядають процентну ставку за користування кредитними коштам за договором та вносять зміни до договору шляхом підписанння додаткової угоди». Ми вбачаємо в цьому пункті тиск зі сторони банка на позичальника вже при укладенні договору, і дуже часто банки зловживають, використовуючи такі пункти.

Наступна проблема – це правове становище позичальника в кредитному договорі.

На наш погляд, кредитор і позичальник знаходяться в нерівних умовах. Це виражається в тому, що в будь-який момент після укладення договору може бути змінена процентна ставка, тобто плата за користування кредитом. Це породжує незахищеність однієї із сторін, тобто позичальника. Хоча в ч.1 ст.1 Цивільному кодексі України вказано, цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників [3, с.356].

На прикладі одного із кредитних договорів можна проаналізувати дану проблему. В кредитному договорі одного із банків вказано, що «При зміні вартості кредитних коштів на ринку фінансових послуг, Сторони за ініціативою банку протягом 3-х днів переглядають процентну ставку за користування кредитними коштам за договором та вносять зміни до договору шляхом підписанння додаткової угоди. У разі недосягнення згоди, позичальник зобов'язаний протягом 20-ти робочих днів з дня отримання письмової пропозиції банку про зміну процентної ставки повернути суму кредиту, сплатити проценти за користування кредитними коштами та можливі штрафні санкції». Тобто, банк ставить позичальника у безвихідну ситуацію. Оскільки у особи немає коштів, щоб повернути суму кредиту, сплатити проценти за користування кредитними коштами та штрафні санкції, вона повинна погоджуватись на нову плату за користування кредитними коштами.

Підставою зміни процентної ставки вказана «зміна вартості кредитних коштів на ринку фінансових послуг». Дана підстава є неконкретною і нечітко прописаною в законодавстві. Тобто, банк може будь-яку ситуацію назвати «зміною вартості кредитних коштів на ринку фінансових послуг» і змінити процентну ставку.

Наступний факт, який привернув мою увагу в одному із кредитних договорів – це врегулювання спорів. В цьому договорі вказано, що «всі спори та непорозуміння, які можуть виникнути у зв'язку з укладенням та виконанням положень цього Договору вирішуються шляхом переговорів між Сторонами. У випадку неможливості вирішення спору шляхом переговорів, Сторони, керуючись ст. 5 Закону України «Про третейські суди», домовляються про те, що спір розглядається одноособово третейським суддею (вказана конкретна особа) Постійно діючого Третейського суду при Асоціації українських банків, що знаходиться за адресою (вказана конкретна адреса). У випадку неможливості розгляду справи вказаним третейським суддею спір розглядається третейським суддею (вказана конкретна особа)».

Третейські суди – це нове явище для нашої правової системи, і більшість громадян України про ці суди нічого не знають. Отже, коли звичайний громадянин укладає з банком кредитний договір, він автоматично погоджується, що вирішення спірних питань уже заздалегідь буде передано вказаним третейським суддям. При цьому не потрібно забувати про ст. 51 Закону України «Про третейські суди», в якій вказано, що рішення третейського суду є остаточним і оскарженню не підлягає. З цього випливає, що позичальник при цьому повністю позбавлений захисту зі сторони держави [4, с.412].

Тому вважаю за необхідне чітко виписати в законодавстві підстави зміни процентної ставки за користування кредитом та виключити можливість такої зміни за ініціативою однієї із сторін.

Вважаю за необхідне проводити інформаційну роботу серед позичальників відносно переваг та недоліків при розгляді спірних питань в третейських судах.

Використані джерела:

1. *ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ. Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – Т.2. Особлива частина. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – 408 с. – с. 193.*
2. *Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В.Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. Кн. 1 – 720 с. – с.611.*
3. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. Ред. О.В. Дзери (кер. Авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т.І. – 832 с. – с. 11.*
4. *Про третейські суди: Закон України від 11 травня 2004 р. // Відомості Верховної ради України. – 2004. - №35. – Ст. 412.*

Лозова Ганна Олександрівна
аспірантка Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України,
Київ, Україна

ШЛЮБНИЙ ДОГОВІР ТА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ДОГОВОРИ

Сучасне сімейне право, на нашу думку, є підгалуззю цивільного права. У зв'язку з цим, шлюбний договір, який регулюється нормами сімейного права, як правочин може мати спільні характеристики з деякими цивільно-правовими договорами.

Зокрема, в цивільному законодавстві відомий інститут договору з відкладальною чи скасувальною умовою. Згідно ч. 1 ст. 212 ЦКУ особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити настання або зміну прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні (відкладальна) обставина. Крім того особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити припинення прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні (скасувальна обставина) (ч. 2 ст. 212 ЦКУ). З огляду на це, багатьма авторами уявляється, що як і деякі цивільно-правові договори, шлюбний договір може бути умовним правочином з відкладальною чи скасувальною умовою1. Проте СКУ не містить норми, яка б забороняла ставити настання прав та обов'язків подружжя від настання певної події (ст. 96 СКУ)2. Тож сторони шлюбного договору можуть передбачити умову, з настанням якої пов'язане виникнення їхніх відповідних прав та обов'язків.

Проте шлюбний договір може укладатися як подружжям, так і особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу. Це, на нашу думку, є принциповим для визначення шлюбного договору умовним. Так як зазначає Н.Е. Сосіпатрова, настання обставин, з якими сторони можуть пов'язати виникнення або припинення своїх прав та обов'язків повинно залежати від самого подружжя3. Очевидно, що умова здійснення державної реєстрації шлюбу такою не являється. Тобто укладення шлюбу є передбаченою законом умовою набрання шлюбним договором, укладеним до державної реєстрації шлюбу, чинності. І в разі укладення

---

[1] Див.: Вільнянський С.Й. Радянське цивільне право. Учбовий посібник. – Х.: Вид-во Харківського університету, 1966. – Ч. 1. – С. 161; Явор О.А. Функції шлюбного контракту в сімейному праві України // Автореф. дис...канд. юрид. Наук: 12.00.03. –Х., 1996. – С. 8.; ; Кабышев О.А. Личные и имущественные права и обязанности супругов по российскому законодательству. – М., 1998. – С. 61.; Чефранова Е.А. Имущественные отношщения в Российской семье: Практическое пособие. – М., 1997. – С. 53; Антокольская М. В. Семейное право: Учебник.- 2е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ. – М., 1999. - С. 167; Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. - М.: Ось-89, 2003. – С. 36; Николайчук Л.М. Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян: Дис…канд.юрид.наук: 12.00.03. / Івано-Франківськ, 2004. – С. 30.

[2] Див.: Гонгало Б.М., Крашенников П.В. Брачный договор. Комментарий семейного и гражданского законодательства. Изд. 2-е, перераб. и доп. - М.: «Статут», 2004. - С. 18.

[3] Див.: Сосипатрова Н. Брачный договор: правовая природа, содержание, прекращение // Государство и право. – 1999. – № 3. – С. 79.

шлюбного договору до шлюбу в будь-якому випадку відкладальна чи скасувальна умова настане вже після державної реєстрації шлюбу, тобто умови набрання шлюбним договором чинності.

З огляду на це, виходить, що умовним можна вважати лише шлюбний договір, який укладений подружжям вже в період шлюбу, і який містить певні відкладальні чи скасувальна обставини, у випадку настання яких наставатимуть відповідні права та обов'язки по цьому договору. При цьому вони можуть бути побудовані за принципом умовного правочину, зокрема, з використанням правової конструкції: якщо…, то… . А шлюбний договір, укладений особами до державної реєстрації, можна вважати умовним сімейним, але аж ніяк не схожим на цивільно-правовий договір з відкладальною чи скасувальною умовою. Саме в цьому полягає специфіка шлюбного договору, укладеного особами, які подали заяву про державну реєстрацію шлюбу, і можуть в будь-який час відмовитися від вступу до шлюбу.

Як відомо, мета укладення шлюбного договору – врегулювати майнові відносини подружжя на випадок розірвання шлюбу, після настання якого матимуть місце обумовлені сторонами правові наслідки щодо подружнього майна. Закон забороняє передавати за умовами шлюбного договору у власність одному з подружжя нерухоме майно (ч. 5 ст. 93 СКУ), так як сьогодні шлюбний договір не являє собою правовстановлюючий документ, на підставі якого здійснюється реєстрація виникнення, перехід чи припинення речових прав на нерухоме майно, обмежень цих прав тощо (ст. 182 ЦКУ та Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 01.07.2004 року № 1952-IV). З огляду на це, деякі вчені прийшли до висновку, що до шлюбного договору можна застосувати цивільно-правову конструкцію попереднього договору або протоколу про наміри сторін1.

Відповідно до ст. 635 ЦКУ попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Іншими словами попередній договір – це домовленість сторін про укладення основного договору у майбутньому2, і вже основний договір безпосередньо породжує конкретні права та обов'язки сторін, пов'язані з переміщенням матеріальних благ, передачею майна, виконанням робіт чи наданням послуг тощо.

При розгляді питання про схожість шлюбного договору до правової конструкції попереднього договору, на нашу думку, слід відокремлювати шлюбний договір, укладений до державної реєстрації шлюбу і шлюбний договір, укладений в період шлюбу. Щодо цього Н.Ф. Звенигородська та Л.Б. Максимович зазначили, що вони не вважають шлюбний договір, укладений сторонами, які мають намір вступити до шлюбу, попереднім в силу його особливостей3. Дійсно, тоді виходить, що, визнаючи шлюбний договір, який укладається до реєстрації шлюбу, попереднім, основним договором слід визнавати сам шлюб. Проте згідно ч. 1 ст. 21 СКУ шлюбом вважається сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану. А договором відповідно вважається домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦКУ). Як бачимо, визначення шлюбу не співпадає з

---

[1] Див.: Гражданское право / Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев, А.И. Иванов и др.; Ю.К. Толстой, А.П. Сергеев (ред.): Санкт-Петербургский гос. ун-т. - М.: Проспект, 1998. - Ч. 3. - С. 312; Злобина И.В. О юридической сущности брачного контракта: гражданско-правовая сделка или супружеский контракт // Закон и право. - 2001. - № 8. – С. 42; Сосипатрова Н.Е. Брачный договор: правовая природа, содержание, прекращение // Государство и право. - 1999. - № 3. - С. 76-82; Сімейне право: Нотаріат Адвокатура Суд: Наук.-практ. посіб. з інформ. додатком на лазерному носії: У 2-х кн. / Драгнєвіч Л.Ю., Пульнєва О.С., Фурса Є.І., Фурса С.Я. та ін. / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я., 2005. – Кн. 1. – С. 317.

[2] Див.: Гражданское право / Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев, А.И. Иванов и др.; Ю.К. Толстой, А.П. Сергеев (ред.): Санкт-Петербургский гос. ун-т. - СПб.: ТЕИС, 1996. - Ч.1. - С. 437.

[3] Див.: Звенигородская Н.Ф. Брачный контракт. Договорное регулирование имущественных отношений в семье. Учебное пособие. – М.: Приор-издат, 2006. – С. 12; Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. Дис…канд.юрид.наук: 12.00.03. – М., 2002. – С. 13.

визначенням договору. Тож необхідно розмежовувати шлюб та ті правові наслідки, які з нього випливають. Так як основна мета шлюбу – створення сім'ї, народження та виховання дітей, то він і являє собою правову дію, завдяки якій суб'єкти права набувають специфічних прав та обов'язків, що притаманні виключно шлюбу та існують виключно в межах даного статусу. Це, в свою чергу, означає, що шлюб не може бути основним договором по відношенню до попереднього шлюбного договору

Відповідно шлюбний договір, укладений вже в період шлюбу, за наявності відповідних умов можна вважати попереднім. Наприклад, поділ подружнього майна в разі розірвання шлюбу на умовах, встановлених шлюбним договором, можна вважати моментом, з настанням якого сторони можуть укласти основний договір про передачу відповідного майна кожній зі сторін (одній зі сторін). Відповідно у випадку, коли сторони не уклали основний договір про передачу обумовленого шлюбним договором майна, зобов'язання, встановлені у такому шлюбному договорі, припиняться.

При цьому слід зазначити, що строк або термін, протягом якого повинен бути укладений основний договір може бути обмежений законом (абз. 2 ч. 1 ст. 635 СКУ) або встановлений безпосередньо на розсуд сторін. Зокрема, це може бути один календарний місяць з моменту подання одним з подружжя заяви про розірвання шлюбу та про поділ майна. Якщо ж сторони не вказали такий строк, то за загальним правилом цивільного законодавства ним можна вважати заявлений однією із сторін 7-денний календарний строк (ч. 2 ст. 530 ЦКУ) з моменту подання заяви про розірвання шлюбу та поділ майна.

В юридичній літературі можна зустріти також думку про схожість шлюбного договору до правової конструкції договору про спільну діяльність1, за умовами якого сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, яка не суперечить законові (ч. 1 ст. 1130 ЦКУ). Наша позиція повністю співпадає з думкою О.М. Калітенко2 та І.Є. Красько3, які вважають, що на противагу шлюбному договору, в якому кожна зі сторін має свій власний майновий інтерес, для досягнення якого укладається цей договір, договір про спільну діяльність немає в якості основи зустрічного надання сторонами конкретних благ, а отже, сторони останнього не протистоять один одному, а їхні інтереси ідентичні та якісно однорідні.

З огляду на те, що умови шлюбного договору можуть певною мірою впливати на об'єм спадкового майна, можна припустити, що майнові правовідносини подружжя, що виникають з укладеного шлюбного договору, в певних моментах співвідносяться з правовідносинами спадкування, зокрема з інститутами заповіту, заповіту подружжя, спадковим договором.

Як відомо, спадкуванням є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців) (ст. 1216 ЦКУ). Згідно ст. 1217 ЦКУ спадкування здійснюється за заповітом та за законом. До 2004 року заповітом вважалося особисте розпорядження фізичної особи на випадок своєї смерті (ст. 1233 ЦКУ), тобто це односторонній договір, в якому висловлюється воля однієї особи. Після набрання чинності новим ЦКУ думка законодавця змінилася, і тепер чоловік і жінка мають право скласти заповіт, проте лише щодо майна, яке належить їм на праві спільної сумісної власності (ст. 1243 ЦКУ) – заповіт подружжя.

Новому ЦКУ відоме таке поняття як спадковий договір (ст. 1303 ЦКУ), за яким одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває права власності на майно відчужувача. Цей договір може бути як

---

[1] Див.: Ульяненко О.О. Шлюбний договір у сімейному праві України. Дис... д-ра.юрид.наук: 12.00.03 / Нац.академія внутр. справ. - К., 2003. – С. 58; Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. Дис…канд.юрид.наук: 12.00.03. – М., 2002. – С. 33; Явор О.А. Функції шлюбного контракту в сімейному праві України // Автореф. дис...канд.юрид.наук: 12.00.03. / Национ. юридическая академия наук им. Я. Мудрого. - Х., 1996. – С. 6.

[2] Див.: Калітенко О.М. Особисті відносини подружжя та відносини подружжя стосовно їх майна: Дис... канд.юрид.наук: 12.00.03. - Х., 2001. – С. 140.

[3] Див.: Красько И.Е. Правовая природа брачного контракта // Проблеми законності: Респ. міжвід. наук. зб. – Х., 1998. – Вип. 33. – С. 80-81.

реальним і консенсуальним1. При цьому відчужувачем у спадковому договорі можуть бути подружжя, один з подружжя або інша особа. Фактично спадковий договір дуже схожий на договір довічного утримання, але з тією різницею, що за спадковим договором право власності на майно переходить з моменту смерті подружжя, а за договором довічного утримання – з моменту укладення договору.

Проаналізувавши відповідні норми цивільного законодавства приходимо до висновку, що шлюбний договір має наступні спільні риси з інститутами заповіту, заповіту подружжя та спадкового договору. По-перше, шлюбний договір регулює майнові відносини подружжя. Заповіт, заповіт подружжя, спадковий договір та шлюбний договір укладаються, як правило, в сфері сімейних майнових правовідносин, встановлюють відповідні права та обов'язки сторін і у зв'язку з наявністю черговості спадкування за законом (ст. 1258 ЦКУ) також мають пряме відношення до сімейно-родинних зв'язків. По-друге, як заповіт, заповіт подружжя та спадковий договір, так і шлюбний договір, не можуть регулювати особисті немайнові відносини. Щодо перших – це ст. 1219 ЦКУ. Щодо шлюбного договору ця заборона визначена в ч. 3 ст. 93 СКУ. По-третє, ці правочини посвідчуються нотаріально.

Проте, з іншого боку, деякими авторами уявляється неможливим включати до шлюбного договору положення про особисте розпорядження одного з подружжя чи заповіт подружжя. На думку О.О. Ульяненко та Т.В. Гніденко, виходячи зі змісту книги шостої ЦКУ зробити заповідальне розпорядження можна виключно шляхом складання заповіту2. І спричинена заповітом, заповітом подружжя зміна в майнових відносинах вперше наступає зі смертю особи – це відкладальна умова. При цьому, якщо шлюбний договір як двосторонній правочин передбачає узгодження волі учасників при його укладанні, то заповіт не допускає якого-небудь впливу на волю заповідача з боку інших осіб, оскільки це односторонній правочин, який здійснюється шляхом волевиявлення волі одного суб'єкта. Тож, як зазначає О.М. Калітенко, умовами шлюбного договору не можна зобов'язати одного з подружжя здійснити заповідальне розпорядження особі, на яку вкаже інший з подружжя, оскільки це суперечитиме закону, так як обмежуватиме свободу спадкування і відповідно правоздатність фізичної особи3. Будучи двостороннім правочином, шлюбний договір не допускає односторонньої зміни чи припинення його умов за бажанням одного з подружжя (ч. 1 ст. 100 СКУ), в той час як заповідач може зробити це у будь-який момент (ч. 5 ст. 1254 ЦКУ). Крім того, кожна із сторін шлюбного договору має право вимагати від іншої виконання взятих на себе за цим договором зобов'язань, що суперечить ідеї заповіту, який набуває чинності тільки після смерті заповідача.

Шлюбний договір має спільне підґрунтя зі спадковим договором4. Тобто як і шлюбний договір, спадковий договір, по-перше, відноситься до зобов'язальних відносин і є договірним розпорядженням на випадок смерті, предметом якого є призначення спадкоємця, а по-друге, не є підставою спадкування, а передбачає сингулярне правонаступництво в окремих майнових правах відчужувача5.

---

[1] Див.: Мазуренко С. В. Особливості укладення спадкового договору // Право України. - 2004. - № 2. - С. 111-114.

[2] Див.: Ульяненко О.О. Шлюбний договір у сімейному праві України. Дис... д-ра.юрид.наук: 12.00.03 / Нац.академія внутр. справ. - К., 2003. – С. 115; Семейный кодекс и брачный договор / Сост. Т.В. Гниденко и др. – М., 1996. – С. 123.

[3] Див.: Калітенко О. М. Особисті відносини подружжя та відносини подружжя стосовно їх майна: Дис... канд.юрид.наук: 12.00.03. – Х., 2001. - С. 151.

[4] Див.: Волинець М. О. Перспективи розвитку інституту спадкового договору в цивільному праві України // Збірник тез наукових Всеукраїнської цивілістичної наукової конференції студентів і аспірантів / Упорядн. Денисюк В. В., Степановський О. Є., Чанишева А. Р., Матійко М. В. // Одеська національна юридична академія . – О., Фенікс, 2006. – С. 67.робіт учасників І

[5] Див.: Шама Н.П. Порівняльно–правова характеристика спадкового договору за законодавством України та Німеччини // Збірник тез наукових робіт учасників І Всеукраїнської цивілістичної наукової конференції студентів і аспірантів / Упорядн. Денисюк В. В., Степановський О. Є., Чанишева А. Р., Матійко М. В. // Одеська національна юридична академія. – О., Фенікс, 2006. – С. 54.

Отже, з огляду на вищенаведені аспекти співвідношення шлюбного договору як двостороннього правочину з деякими схожими цивільно-правовими договорами, приходимо до висновку, що положення цивільного права не можна автоматично переносити в площину правовідносин, що регулюються сімейним правом. Норми цивільної галузі права щодо регулювання шлюбного договору можна застосовувати до сімейних правовідносин, пам'ятаючи, що у цивільного та сімейного права є спільна платформа – приватне право.

Лялікова Анастасія Андріївна
студентка юридичного факультету
Національного університету Державної податкової служби України,
Ірпінь, Україна

АВТОРСЬКИЙ ДОГОВІР ЗІ СЦЕНАРИСТОМ

Актуальність даної теми полягає в тому, що в Україні на даний момент не існує чіткого визначення понять продюсерского договору, кіносценарного договору, а поняття «продюсер» потребує уточнення. Тому наукові дослідження по даній темі варто проводити для удосконалення чинного законодавства.

Об`єктом дослідження даної теми є безпосередньо авторськй договір зі сценаристом, а предметом – умови договору, які потребують конкретизації.

Вченими формульовані основні підходи до визначення форм реалізації суб'єктивних прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір та їх види. А саме – пропріє тарний підхід, теорія виключних прав, теорія відступлення авторських прав, теорія дозволу. Слід зазначити, що і до сьогодні це залишається предметом наукових дискусій.

Досліджується природа кіносценарного договору. Так, О. О. Підопригора зазначає, що сценарний договір – це договір, за яким автор передає або зобов'язується створити і передати кіно-, теле- або організації радіомовлення сценарій для фільму або телерадіопередачі в обумовлений сторонами строк, а студія зобов'язується сплатити авторові обумовлену договором винагороду. Б. М. Городецький же відносив сценарний договір до видавничого договору, оскільки сценарій розмножується та розповсюджується у формі кінострічки. Не погоджуючись з останнім, В. І. Серебровський зауважував, що хоча сценарний договір і має риси постановочного та видавничого договорів, проте при цьому він є особливим договором. Самостійність кіносценарного договору визнавали також Б. П. Орлов, І. А. Грінгольц. Погоджуючись з ними, Б. С. Антимонов та К. А. Флейшиць ставили кіносценарний договір в один рядок з видавничим, постановочним та іншим договорами. У сценарному договорі, на думку М. В. Гордона, мова йде про видання твору і не про його публічне виконання, а про створення фільму на основі сценарію. Тому договір про кіносценарій можна виділити з-поміж інших договорів про використання авторського права і його слід розглядати як самостійний тип договору.

Що ж стосується поняття «продюсер»,то в Законі України «Про кінематографію» визначено що «продюсер фільму - фізична або юридична особа, яка бере на себе ініціативу й відповідальність за фінансування, виробництво та розповсюдження фільму «. У Законі України «Про авторське право і суміжні права» поняття продюсер тлумачиться дещо інакше: « продюсер - особа, яка організує або організує та фінансує постановку аудіовізуальних творів». Вважаємо, що різні легальні визначення не допустимі, вони є не надто точні, не вичерпні. Точніше було б таке: продюсер – це особа або група осіб, або юридична особа), яка фінансує і тим самим здійснює створення (виробництво) фільму (рекламних оголошень, відео- чи радіокліпів, естрадних шоу, радіопередач, театральних вистав і т.д. і т.п.).

Усе зазначене дає підстави зробити висновок, що авторський договір, у тому числі договір про використання кінематографічного твору, - це домовленність двох або більше

сторін, спрямована на виникнення, зміну та припинення виключних майнових прав на об'єкти авторського права та включення їх до цивільного обороту, в результаті якого здійснюється перехід суб'єктивних майнових прав від одного суб'єкта до іншого в межах, обсязі та на умовах, визначених договором.

Використані джерела:

1. *Дозорцев В. А. О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов // Законодательство и экономика. – 1998. - №7.*
2. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року*
3. *Закон України «Про авторське право та суміжні права»*
4. *Закон України «Про кінематографію»*
5. *Підопригора О. О. Про право власності на результати інтелектуальної діяльності // Тези доп. Республ. Наук.-практ. конф., 9-11 лист. 1995 р. – Х. 1995.*
6. *Дозорцев В. А. Авторский договор и его типы // Социалистическая законность. – 1984. - №5.*
7. *Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. – Казань: Тип. Императ. ун-та, 1891.*

Мазяр Ольга Валеріївна
студентка юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ДОГОВОРІВ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Досвід економічно розвинутих країн свідчить про тісний взаємозв'язок між розвитком ринку інвестицій та збалансованістю, єдністю законодавчої бази щодо забезпечення інвестиційної діяльності. В першу чергу, це стосується стану правового забезпечення інвестиційних відносин, належного регулювання, яке було б спрямоване на захист прав та інтересів інвесторів, створення сприятливих умов господарської діяльності як для вітчизняних, так і для іноземних інвесторів, детальну регламентацію форм здійснення інвестицій тощо.

Важливим є дослідження і подолання проблем реалізації інвестиційного законодавства, укладання, зміни і припинення інвестиційних договорів, подолання колізій і прогалин у законодавчому регулюванні інвестиційних відносин.

Існує велика кількість нормативних актів, якими здійснюється врегулювання інвестиційних відносин. Проте, це створює масив несистематизованих та неупорядкованих актів, в основі якого відсутній системоутворюючий акт, необхідний для того, щоб:

1) зробити інвестиційне законодавство зручним для практичного застосування;

2) створити стабільну і взаємопов'язану ієрархію актів, за допомогою якої можна було б отримати точні дані щодо вирішення питання в підзаконному нормуванні;

3) в ієрархії нормативного регулювання витримати вимоги послідовної відповідності актів нижчого рівня актам вищого рівня.

Законодавством України не дається чіткого визначення поняття інвестиційного договору. Ведуться дискусії і про природу такого договору: інвестиційний договір – вид цивільно-правових договорів чи все ж він є видом господарських договорів. Але, ні в Цивільному кодексі, ні в Господарському кодексі про такий вид договору мова не йде.

Видається за необхідне внести зміни до Закону України «Про інвестиційну діяльність». Зокрема, доповнити Закон України «Про інвестиційну діяльність» статтею 9-1, де належить дати законодавче визначення терміну «інвестиційний договір».

Під терміном «інвестиційний договір» пропонується розуміти угоду, укладену у письмовій формі між інвестором і вітчизняними учасниками інвестиційного процесу, щодо вкладення та реалізації інвестицій.

Пропонується виокремити інвестиційний договір в особливий договірний вид. Основна підстава - це інвестиційна мета, яка охоплює реалізацію інвестиційного проекту та визначає спрямованість договірного зобов'язання.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України – К.: вид. Паливода А.В., 2009.*
2. *Господарський кодекс України – К.: вид. Паливода А.В., 2008.*
3. *Закон України «Про інвестиційну діяльність» – www.zakon.rada.gov.ua*

Макарова Екатерина Викторовна
магистрантка юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ОСНОВАНИЕ И МОМЕНТ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ДОХОДЫ ОТ ИМУЩЕСТВА, ИЗВЛЕЧЕННЫЕ НЕЗАКОННЫМ ВЛАДЕЛЬЦЕМ, ПРИ ЕГО ВИНДИКАЦИИ

Владение имуществом связано с его использованием, то есть извлечением его полезных свойств. Незаконный владелец может получать от его использования доходы, а на содержание имущества производятся расходы. Поэтому при истребовании имущества из чужого незаконного владения между сторонами нередко возникают споры о судьбе доходов, принесенных вещью за период незаконного владения, и компенсации произведенных на нее расходов. Правила производства таких расчетов закреплены в ст. 284 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК).

С помощью нормы ст. 284 ГК, непосредственно следующей за правилами о виндикации, законодатель определил правовой режим доходов, полученных или тех, которые незаконный владелец должен был получить за время нахождения у него истребуемого по виндикационному иску имущества.

Прежде всего, производство расчетов между собственником и незаконным владельцем зависит от того, является владелец добросовестным или недобросовестным. От недобросовестного владельца собственник вправе потребовать возврата или возмещения всех доходов, которые он извлек или должен был извлечь за все время владения. В отличие от него добросовестный владелец имущества несет подобную обязанность лишь с того момента, когда он узнал о неправомерности своего владения. При этом в ст. 284 ГК ничего не говорится об условиях выбытия имущества от собственника и о возмездности либо безвозмездности его приобретения добросовестным владельцем. Хотя безвозмездность получения имущества позволяет его виндицировать даже от добросовестного приобретателя, добросовестность остается главным аргументом обоснованности присвоения плодов незаконным владельцем имущества, подлежащего виндикации, что и подчеркивается в специальной литературе [3, с. 120].

Следует отметить, что речь в данном случае идет лишь о тех доходах и плодах, которые извлечены или, по крайней мере, должны были быть извлечены незаконным владельцем из имущества. Указанное обстоятельство, как и сам размер таких доходов, должны быть обоснованы собственником истребуемой вещи. Доходы, которые владелец теоретически мог, но не должен был извлечь из имущества, например, путем сдачи вещи в аренду, в расчет не

принимаются [2, с. 452]. Если плоды не сохранились, собственник вправе истребовать их стоимость.

Закономерен вопрос: что же служит основанием оставления плодов у добросовестного владельца? В связи с отсутствием в действующем законодательстве Республики Беларусь нормы об основании возникновения у добросовестного приобретателя права собственности на доходы от использования вещи, на первый план выходит доктринальное толкование обозначенной проблемы.

В контексте рассматриваемого вопроса вполне обоснованным и закономерным выглядит замечание К.И. Скловского о том, что «нельзя считать этим основанием саму по себе добросовестность, то есть неосведомленность незаконного владельца о действительной принадлежности вещи» [4, с. 349]. Добросовестность, как некая добродетель, не влечет вознаграждение в виде получения в собственность доходов при объективно неправомерном владении имуществом. В данном случае закон с помощью добросовестности дает юридическую квалификацию уже состоявшегося правоотношения, в котором поведение владельца субъективно было безупречным [3, с. 120]. Таким образом, наиболее распространенным в литературе является мнение, согласно которому, основанием для поступления доходов в собственность к добросовестному приобретателю, подобно основанию возникновения у него права собственности на вещь, является совокупность условий, куда входят, помимо добросовестности несение бремени содержания имущества и риска случайной гибели, затраты владельца, направленные на извлечение доходов. Сюда следует отнести и возмездность получения имущества, так как безвозмездное приобретение имущества при осуществлении предпринимательской деятельности по общему правилу не допускается.

Следует обратить внимание и на то, что законодателем не установлен момент возникновения права собственности на доходы. В соответствии со ст. 219 ГК, посвященной основаниям приобретения права собственности, право собственности на плоды, продукцию, доходы, полученные в результате использования имущества, приобретается по основаниям, предусмотренным ст. 136 ГК. Действующее законодательство в ст. 136 ГК закрепляет принадлежность доходов (плодов, продукции) за лицом, использующим имущество на законном основании, если иное не предусмотрено законодательством или договором об использовании этого имущества. В данном случае в определении правовой судьбы доходов решающим фактором признана не принадлежность плодоприносящей вещи на праве собственности, а правомерное использование этой вещи с целью извлечения доходов. Сопоставление этих норм закона позволяет прийти к следующим выводам.

Право собственности на доходы законный пользователь имущества приобретает с момента отделения плодов от плодоприносящей вещи (например, снятие фруктов с плодовых деревьев); с момента выпуска предназначенной для дальнейшего имущественного оборота продукции (например, изготовление мебели на деревообрабатывающем комбинате). В случае, когда имущество используется третьим лицом, и законный пользователь получает доход в денежном или ином имущественном предоставлении, право собственности на доходы переходит к законному пользователю в момент поступления доходов в его распоряжение.

Таким образом, в правилах ст. 284 ГК законодатель, опираясь на критерий добросовестности, осуществил своеобразное распределение доходов (от пользования подлежащим виндикации имуществом) между собственником и владельцем. Вместе с тем эти правила не лишены недостатков и недоработок системного характера. Это, в частности, отсутствие прямого указания в законе на приобретение добросовестным владельцем права собственности на доходы, полученные от использования имущества, подлежащего виндикации. Без прямого законодательного урегулирования эта ситуация близка по юридической квалификации к неосновательному обогащению, так как владение в данном случае объективно незаконное.

Использованные источники:

1. *Гражданский Кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 28 октября 1998 г., одобр. Советом Респ. 19 ноября 1998 г.: текст кодекса по состоянию на 20 июня 2008 г. – Минск: Амалфея, 2008.*
2. *Гражданское право. Учебник. Часть 1. Издание 2-е, перераб. и доп. / Н.Д. Егоров [и др.]; под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: «Проспект», 1997. – 600 с.*
3. *Моргунов, С.В. Виндикация в гражданском праве: Теория. Проблемы. Практика / С. В. Моргунов. – М.: Статут, 2006. – 301 с.*
4. *Скловский, К.И. Собственность в гражданском праве: учебно-практическое пособие, 2-издание / К.И. Скловский. – М.: Дело, 2000. – 511 с.*

Максимович Роман Олегович
студент 4-го курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМА ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ФАКТОРИНГУ

Актуальність даної теми зумовлена тим, що на сьогодні все ще відсутня єдина законодавча база щодо регулювання факторингових операцій, які здійснюють українські банки та факторингові компанії. Тому, метою написання роботи було проаналізувати основні нормативно-правові акти та визначити прогалини в законодавстві.

Договір факторингу (contract of factoring) зародився в середині минулого століття в практиці компаній США і років через десять став звичайним явищем у багатьох країнах. Основних причин, що обумовили появу факторингу, було дві:

1) широкі поширення на Заході комерційного кредиту;

2) збільшення числа випадків, коли комерційні кредитори відчували фінансовий дефіцит ще до закінчення строків кредитування.

Наслідком цього стала поява спеціалізованих компаній, які почали отримувати доходи (як різницю між сумою, сплаченою боржником в час настання сторку оплати і ціни права на вимогу виконання зобов'язання) від переуступки прав вимоги на погашення дебіторської заборгованості. «Фактором» (від англ. factor - агент, посередник, комісіонер) – саме так почали називати людей, що займалися такого роду операціями. Вона хоч і не зовсім вдала (оскільки фактори частіше діють за свій рахунок, ніж за рахунок клієнтів), але все-таки дозволяє відрізняти факторингові компанії від звичайних посередників, називаних «агентами» (agent). [1; с. 264]

Вітчизняним банком, який вперше застосував у 1988р. факторинг, став Ленінградський «Промстройбанк». Зародження та формування українського ринку факторингу припадає на 2001 рік. Першим банком, що розпочав надавати послуги з факторингових операцій, був АКБ «Укрсоцбанк». З часом технологію факторингу підтримав і запровадив АКБ «ТАС-Комерцбанк», розпочавши активну експансію ринку. Так, основні положення регулювання інституту факторингу у Цивільному кодексі України запозичено з Конвенції про міжнародний факторинг.

Якщо в міжнародному законодавстві чітко визначені ознаки факторингу, то в українському існують значні прогалини. Зокрема закони, прийняті в різний час дають зовсім різні визначення поняття «факторинг», інколи навіть в межах одного законодавчого акта. Так, у п.6 ч.2 ст.47 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» факторинг визначається як придбання права вимоги на виконання зобов'язань у грошовій формі за поставлені товари чи надані послуги, з прийняттям набувачем ризику виконання таких вимог та прийому платежів. За цим визначенням факторинг являє собою купівлю-продаж грошових вимог, належних первісному кредитору за поставлені товари чи надані послуги. Незвичне

формулювання є очевидним наслідком калькування з англійської, тобто становить юридично-технічну помилку. [2; с.14]

Суперечливим вбачається визначення ч.1 ст. 350 ГК України: «Придбання банком права вимоги у грошовій формі з поставки товарів або надання послуг з прийняттям ризику виконання такої вимоги та прийом платежів (факторинг) є банківською операцією, що здійснюється на комісійних засадах на договірній основі». [3; с.20]. Оскільки, з одного боку, вказівка на прийняття ризику виконання вимоги має означати договір купівлі-продажу вимоги, з іншого – такий договір виключає здійснення факторингу на комісійних засадах. При цьому на комісійний характер факторингу вказують і правила частин 2, 3 цієї статті, які передбачають передання банком коштів у розпорядження клієнта за плату (з чого можна зробити висновок, що йдеться про надання банком клієнту кредиту або позики, а не про купівлю вимог) та надання клієнту додаткових консультаційних та інформаційних послуг [4; с.49].

Не менш суперечливим є і регулювання, встановлене главою 73 «Факторинг» ЦК України. Відповідно до абзацу першого ч.1 ст.1077 ЦК України договір факторингу передбачає, що:

- фактор передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження клієнта за плату;
- клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові свою грошову вимогу до третьої особи (боржника).

Перша з цих умов означає, що за договором факторингу має надаватися позика або кредит. Друга з цих умов є неповною, оскільки не містить можливої підстави відступлення грошової вимоги.

У ст.1084 ЦКУ зазначається – грошова вимога може відступатися у зв'язку з її продажем клієнтом фактору або з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. В ч.2 ст.1084 ЦК України фактор має право у разі невиконання клієнтом зобов'язання одержати задоволення за рахунок грошової вимоги до боржника. Отже, договір факторингу в частині забезпечення вимог фактора відповідно до ст.572 ЦК України передбачає заставу грошової вимоги до боржника.

Таким чином, договір факторингу поєднує у собі елементи договору позики або кредитного договору і елементи договору купівлі-продажу грошової вимоги або договору застави грошової вимоги. Договір, який не поєднує таких елементів, не є договором факторингу. Тому до такого договору не можуть застосовуватись положення глави 73 ЦК України, зокрема, положення частин 2, 3 ст.1079 ЦК України, якими встановлюються обмеження за суб'єктним складом сторін договору факторингу. Наприклад, договір купівлі-продажу грошової вимоги, який не передбачає надання покупцем вимоги позики або кредиту продавцю вимоги, може бути укладений будь-якими суб'єктами цивільного права [5; с.32].

Тому й виявляється, що встановлені правила щодо договорів, які поєднують елементи договору позики або кредитного договору та елементи договору застави грошової вимоги є помилкою хоча б тому, що для таких різнорідних відносин не можна встановити єдиного регулювання.

Для того, щоб законодавство України щодо врегулювання договорів факторингу відповідало міжнародним конвенціям потрібно виключити всі положення, які намагаються регулювати відносини факторингу як такі, що пов'язані із спеціальним поіменованим договором.

Таким чином, потребують вдосконалення законодавства стосовно: становища боржника в разі зміни кредитора; відступлення грошових вимог (податковому і валютному законодавстві); відмови від допустимості договірної заборони відступлення грошової вимоги, крім випадків, коли боржником є споживач.

Використані джерела:

1. *Стельмах В.С., Альошин В.Б. та ін. Енциклопедія банківської справи України. – К.: Видавництво «Молодь». С.264.*

2. *Биконя С. Інститут факторингу в умовах переходу до економічного зростання // Персонал. – 2006. №2*
3. *Господарський Кодекс України. Відомості Верховної Ради, 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22.*
4. *Клюєв С. В. Основні чинники розвитку факторингу у господарському обігу // Економіка: проблеми теорії та практики. Д., 2004. Вип.193, т.1. С.47–52.*
5. *Белялов Т. Е. Аналіз форм і методів управління дебіторською заборгованістю у складі оперативних фінансових активів корпорації // Актуальні проблеми економіки. — 2005. — № 9 (51). — С. 30–36*

Малышева Татьяна Ивановна
аспирантка Санкт-Петербургского государственного морского технического университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ХОЛДИНГОВЫХ СТРУКТУР В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Существует множество организационно-правовых форм, которые бизнес может использовать для осуществления финансово-хозяйственной деятельности как отдельного предприятия, так и больших экономических комплексов в целом. В Гражданском кодексе Российской Федерации представлен исчерпывающий перечень данных форм, включающий хозяйственные товарищества, хозяйственные общества, производственные кооперативы, а также государственные и муниципальные унитарные предприятия. Нередко решаемые хозяйствующими субъектами задачи настолько сложны, что решить их можно только в рамках холдинговых структур. Как отмечается в современной научной литературе, широко используемые законодателем и практикой категории типа «холдинг», имеющие определенное смысловое значение, к собственно-организационным формам юридических лиц отношения не имеют [7, с. 74].

Таким образом, важной проблемой является проблема выбора оптимальной в конкретных условиях и адекватной современным экономическим вызовам правовой формы организации бизнеса с учетом того, что функционирование создаваемых организаций может осуществляться как на глобальном, так и на региональном и национальном уровнях. Однако создание холдинговых структур в значительной степени представляется еще более сложной проблемой, поскольку здесь на один из первых планов выходят вопросы экономического характера, поскольку экономическая эффективность во многом определяется системами управления хозяйствующего субъекта. Содержание механизма управления может рассматриваться как взаимосвязанная многоуровневая система экономических структур, форм и методов управления, которая объединена в определяемой правовыми нормами механизм, позволяющий использовать преимущества корпоративных объединений перед единичными организациями.

В достаточной степени универсальной формой организации бизнеса можно назвать форму корпоративную. Под корпорацией (от лат. corporatio – объединение, сообщество; англ. corporation) понимается объединение, союз предприятий или отдельных предпринимателей (как правило, на основе частногрупповых интересов), одна из основных форм предпринимательства [2, с. 258]. Термин «корпорация» нередко используется как синоним термина «акционерное общество». Более точным представляется утверждение, что к юридическим лицам корпоративного типа можно отнести все юридические лица, для достижения уставных целей которых необходимо соединение усилий нескольких (участников). Тогда как некорпоративные юридические лица (учреждения в пандектной традиции) для достижения своих целей нуждаются лишь в имуществе, и потому могут

обходиться единственным учредителем: таковы, например, унитарные предприятия, фонды, учреждения и государственные корпорации [3, с. 169].

М. Н. Марченко, опираясь на западную литературу, воспроизводит классификацию корпораций, в основе которой лежит критерий, связанный с характером защищаемых ими интересов. Так, в качестве субъектов частноправовых и публично-правовых отношений корпорации классифицируются соответственно на такие виды, как частные корпорации, в качестве каковых выступают «экономические институты», выражающие и защищающие интересы частных лиц – собственников; публичные корпорации, создаваемые для решения социально значимых вопросов, непосредственно связанных с «суверенной властью государства»; и «промежуточные» между частными и публичными, корпорации, особенность которых заключается в том, что, изначально выражая частные интересы, они в то же время имеют обязательства публичного характера в силу того, что обладают определенными привилегиями, дарованными государством [5, с. 174–175].

Если корпоративная форма бизнеса получила серьезную разработку в российском законодательстве, то в отношении холдингов такого сказать нельзя. Сам институт холдинга представляет собой результат рецепции российским правом европейского и американского права, откуда, по общему мнению, берут начало холдинг-концепции [9].

Под холдинговой компанией в большинстве случаев понимается предприятие, независимо от его организационно-правовой формы, в состав активов которого входят контрольные пакеты акций других предприятий [2, с. 555]. Данное определение заимствовано из Временного положения о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества [7]. Более широко холдингом называется форма объединения компаний, основанная на праве владения капиталом (система участия). В научной литературе понятие холдинга является дискуссионным. Есть мнение, что холдинг – сложная хозяйственная структура типа корпорации [6]; холдинг рассматривают и как совокупность взаимосвязанных участников (хозяйствующих субъектов), осуществляющих совместную деятельность, различая понятия «холдинг» и «холдинговая компания» [4]. Представляется, что такое многообразие определений связано с неопределенностью понятия «холдинг» в законодательстве. Например, в Гражданском кодексе РФ институт холдинга отсутствует.

В России предпринимались попытки принятия единого закона о холдингах, в частности в 2007 г., однако поскольку регулирование холдинговых отношений связано с нормами самых различных отраслей права, таких как административное, гражданское, налоговое, посчитали нецелесообразным принятие единого акта, пока не будут внесены изменения в законодательство и предотвращены коллизии между нормами [9]. В настоящее время, когда приняты решения о широком использовании холдинговых структур в важнейших отраслях хозяйства, например, в судостроении, сложившаяся правовая неопределенность может отрицательно сказаться на совершенствовании управленческой системы холдинга.

Использованные источники:

1. *Временное положение о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества. Утв. Указом Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 // Российская газета. 1992. 20 ноября.*
2. *Гражданское право: Словарь-справочник. – М., 1996.*
3. *Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. – М., 2008.*
4. *Лаптев В. В. Холдинг как субъект предпринимательского права // Юридический мир. 2002. № 4.*
5. *Марченко М. Н. Государство и право в условиях глобализации. – М., 2008.*
6. *Петухов В. Некоторые вопросы административно-правового регулирования организации и деятельности корпораций в России // Право и экономика. 2000. № 4.*
7. *Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. – М., 2005.*
8. *Портной К. Правовое положение холдингов в России: научно-практическое пособие. – Волтерс Клувер, 2004.*

9. *Шиткина И. Закон о холдингах положили в «долгий ящик» // http://www.lawyercom.ru/reader.htm?id=169*

Манышев Евгений Вадимович
студент 3-го курса факультета управления
Академии управления при Президенте Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА ЛИЗИНГА

В литературе можно встретить мнение о том, что лизинг был известен уже в III тысячелетии до нашей эры, однако данное предположение строится на неправильном понимании сути лизинга. Как таковой лизинг начал развиваться в Англии только в начале XIX веке. В США лизинг нашел[1, с. 17] широкое применение в середине XX века.

Адаптация лизинга, появившегося в англосаксонской правовой системе, к континентальному праву вызвала определенные затруднения. Однако экономический интерес к развитию данных отношений явился предпосылкой разработки Конвенции УНИДРУА «О международном финансовом лизинге» от 28 мая 1988 года. При ее подготовке был обобщен опыт национального законодательства многих государств и выбраны единые правила совершенствования лизинговых операций.

Согласно Конвенции «О межгосударственном лизинге» от 25 ноября 1998 года [2] , подписанной в Москве, лизинг определяется как вид инвестиционно-предпринимательской деятельности, связанной с приобретением имущества и передачей его в пользование по договору государству в лице его уполномоченных органов, физическому или юридическому лицу на определенный срок в целях получения прибыли (дохода) или достижения социального эффекта с учетом амортизации предмета лизинга при участии лизингодателя, поставщика, лизингополучателя и других участников лизингового проекта.

Существует множество теорий по поводу правовой природы лизинга, но можно выделить два основных подхода к пониманию данного договора. Сторонники одной точки зрения, например Козырь О.М., Павлодский Е.А., Иванов А.А., Витрянский В.В., рассматривают лизинг сквозь призму традиционных институтов гражданского права (аренду, куплю-продажу, поручение). Большинство из них характеризуют лизинг как разновидность договора аренды, с правом последующего выкупа арендуемого имущества.

Однако стремление определить лизинг через уже известные институты приводит к тому, что какие-то отношения возникающие по договору лизинга остаются не освещенными. Сумма традиционных договорных конструкций не в состоянии охватить всей конструкции лизинга как целостного правового явления.

Сторонки другой точки зрения, такие как Кабатова В.Е., Ефимов Л.Г., Шмиттгофф К., Харитонова Ю.С., рассматривают лизинг как новый самостоятельный вид договора. Данный подход положен в основу Конвенции УНИДРУА «О международном финансовом лизинге» от 28 мая 1988 года, в которой говорится, что правовые нормы, регулирующие традиционный договор аренды, нуждаются в адаптации к самостоятельным трехсторонним отношениям, возникающим из сделки финансового лизинга.

Договор лизинга существенно отличается от договора аренды:

1. Предметом договора лизинга и договора аренды является имущество непотребляемое и индивидуально-определенное, но лизинговое имущество должно использоваться только для предпринимательской деятельности.

2. По договору лизинга и по договору аренды имущество передается во владение и пользование, но по договору аренды имущество можно передать только в пользование.

3. Объем прав и обязанностей по данным договорам существенно отличается.

4. За нарушение условий договора, относящихся к предмету лизинга, ответственность несет изготовитель (поставщик), а не лизингодатель, что не характерно для договора аренды.

5. Лизингодатель в лизинговом договоре не дает гарантий относительно качественных характеристик имущества, его производительности, отсутствие скрытых дефектов, соответствия определенным условиям. Эти обязанности возлагаются на изготовителя (поставщика) оборудования, и все претензии лизингополучателя адресуются непосредственно ему [3].

Список различий на этом не ограничивается. Из чего можно сделать вывод, что лизинг это не сумма договора купли-продажи и договора аренды, а их взаимосвязанная совокупность (все три стороны правоотношения – продавец, лизингодатель и лизингополучатель имеют взаимные права и обязанности). «Отношения между сторонами лизинга, их взаимосвязь и взаимообусловленность представляет собой сложную структуру, и рассмотрение и регулирование данной структуры не в целом, а по частям приводит к ее разрушению» [4].

Таким образом, договор лизинга представляет собой особое новое правоотношение, которое обладает достаточными признаками, позволяющими отграничить его от иных правоотношений и говорить о его самостоятельности.

Использованные источники:

1. *Газман В.Д. Лизинг: теория, практика, комментарии - М.: Республика, 1997. - 124 с.*
2. *Конвенция о межгосударственном лизинге, 25 нояб. 1998 г.,Оттава (УНИДРУА) // Вед. Нац. собрания Респ. Беларусь. - 2000. - № 10. - Ст. 60.*
3. *Шимкович М.Н. Договор лизинга и его место в системе гражданско-правовых договоров // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. - Минск, 2009.*
4. *Томкович Р. Лизинг: комментарий законодательства и практики его применения. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. - Минск, 2009.*

Марковник Николай Романович
аспирант Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ИМУЩЕСТВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Проблема определения термина «имущество» существовала еще в гражданском праве дореволюционной России, уже тогда исследователи отмечали многозначность данного понятия в гражданском законодательстве. В современном гражданском законодательстве, юридической литературе сформировались следующие основные подходы к понятию «имущество».

1. Имущество есть вещь или совокупность вещей.

2. Имущество есть вещи и имущественные права.

3. Имущество есть совокупность всех вещей, прав и обязанностей, которыми обладает конкретный субъект гражданских прав.

То есть, термин «имущество» в гражданском законодательстве имеет несколько значений и его объем должен всякий раз устанавливаться исходя из контекста. Полагаем, необходимым выработку общепринятого определения данного термина во избежание проблем теоретического и практического характера.

Употребление в ГК термина имущество как синонима вещи уходит корнями во французское право. Сторонников отождествления вещи и имущества в настоящее время

немного. Представляется, что речь нужно вести об имуществе именно как о совокупности ее составных частей.

Из теоретических воззрений на проблему понятия имущества лица как совокупность его частей, можно сделать вывод, что оно обладает определенной ценностью. Для того чтобы имущество как совокупность обладало ценностью, составные его элементы также должны обладать определенной ценностью.

Как представляется, ценность может быть объективной или же субъективной. Для целей отнесения чего-либо к составу имущества, руководствоваться следует, конечно, объективной ценностью.

Ценностью в гражданском обороте обладают как вещи, за исключением изъятых из оборота, так и некоторые субъективные права, причем как вещные, так и обязательственные и исключительные.

Что же обладает изначальной ценностью – вещь или право собственности на нее? Ввиду неразрывной связи вещи с правом собственности, полагаем, право собственности не выступает как самостоятельный объект оборота. То есть, именно вещь является составной частью имущества. Право собственности на вещь не входит самостоятельно, отдельно в состав имущества и находится в неразрывной связи с вещью.

Иные вещные права не могут быть отчуждены в отрыве от вещи.

Таким образом, можно определить следующие критерии частей имущества: самостоятельная оборотоспособность, ценность. Те права, которые имеют определенную ценность, но не могут быть самостоятельным объектом передачи, не могут быть признаны составной частью имущества, а их ценность переносится на другие, оборотоспособные части. Право собственности, иные вещные права не могут передаваться в отрыве от вещи и не имеют самостоятельной стоимости, соответственно, не являются составными частями имущества.

В юридической литературе существуют разные взгляды на необходимость включения обязанностей в состав имущества. По нашему мнению, под имуществом следует понимать только актив, то есть совокупность положительных составных частей имущества. Все обязанности лица, не входят в состав имущества, уменьшая его размер, а лишь обременяют его.

Подводя итог анализу понятия «имущество», можно дать следующее определение: имущество – совокупность способных к обороту вещей, принадлежащих определенному лицу на праве собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления), а также субъективных прав, обладающих признаками ценности (в объективном смысле) и самостоятельной оборотоспособности.

Мацюк Ганна Романівна
аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ПРИЧИНИ ТА НАСЛІДКИ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА

Велика кількість нормативних актів, які регулюють порядок будівництва, створила досить складну процедуру оформлення документів на право забудови. Відповідно, значне збільшення обсягу самочинного будівництва обумовлене багатьма факторами, а саме, недосконалістю чинного законодавства у сфері містобудування, неузгодженістю дій органів виконавчої влади та місцевого самоврядування щодо контролю і запобігання самочинному будівництву, неоднозначністю судової практики при визнанні права власності на об'єкти самочинного будівництва, складністю та значною тривалістю дозвільних процедур у сфері містобудування тощо.

Цивільний кодекс України (ст. 375) встановлює, що власник земельної ділянки має право на її забудову, тобто, може зводити на ній будівлі та споруди, здійснювати перебудову, а також дозволяти будівництво на своїй ділянці іншим особам. Таке право повинно здійснюватись власником чи користувачем земельної ділянки за умови додержання архітектурних, будівельних, санітарних, екологічних та інших норм і правил, а також за умови використання земельної ділянки за її цільовим призначенням. Зазначені норми передбачені Земельним кодексом України, Законами Україин «Про основи містобудування», «Про планування та забудову територій» та іншими актами (державними стандартами, нормами та правилами, регіональними та місцевими правилами забудови, містобудівною і проектною документацією).

Недотримання особою, яка здійснює будівництво, вимог, передбачених ст. 375 Цивільного кодексу України, є підставою для визнання будівництва самочинним.

Так, самочинне будівництво практично завжди кваліфікувалося як специфічне правопорушення, яке визначали певні ознаки, об'єкти та правові наслідки.

Відповідно до ст. 376 Цивільного кодексу України житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно вважаються самочинним, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил. Звертаю увагу, що для визнання об'єкта нерухомості самочинно збудованим не вимагається наявності всіх вказаних ознак(підстав) в сукупності, достатньо хоча б однієї.

Право власності виникає на підставах, не заборонених законом (ст.ст. 328-345 Цивільного кодексу України). Суть самочинного будівницта обумовлює презумпцію неможливості виникнення права власності на неправомірно збудований об'єкт, оскільки це будівництво здійснене без дотримання передбаченого законом порядку.

За загальним правилом, закріпленим ч. 2 ст. 376 Цивільного кодексу України, особа, яка здійснила або здійснює самочинне будівництво нерухомого майна, не набуває права власності на нього. У зв'язку з цим вона не вправі розпоряджатися такою будівлею – вчиняти щодо неї будь-які правочини, реєструвати речові права на таку нерухомість. Самочинний забудовник може вважатися лише власником будівельних матеріалів, використаних для такої забудови.

Законом передбачені спеціальні підстави набуття права власності на самочинно збудовані об'єкти нерухомості. Зокрема, ч. 3 ст. 376 Цивільного кодексу України регламентує наступне. За рішенням суду право власності на самочинно збудоване нерухоме майно може бути визнане за особою, яка здійснила самочинне будівництво на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети, за умови надання цієї земельної ділянки у встановленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно.

Крім того, на вимогу власника (користувача) земельної ділянки, суд може визнати за ним право власності на нерухоме майно, яке самочинно збудоване на цій земельній ділянці, якщо це не порушує права інших осіб. Особа, яка здійснила самочинне будівництво, має право на відшкодування витрат на будівництво.

Зазначу, що Цивільний кодекс України передбачає також й настання негативних наслідків майнового характеру для особи, яка здійснила (здійснює) забудову земельної ділянки, таких як: знесення збудованого об'єкта, проведення перебудови, відшкодування витрат пов'язаних з приведенням земельної ділянки до попереднього стану. Однак, законодавець не встановлює безумовної необхідності знесення самочинного будівництва, а закріплює широке коло можливостей для узаконення таких об'єктів нерухомості, що є новеллою.

Так, збудований об'єкт нерухомості може бути знесений особою, яка здійснила самочинне будівництво, або за її рахунок лише на підставі рішення суду і у випадках, передбачених ч.ч. 4,7 ст. 376 Цивільного кодексу України, зокрема:

- якщо власник (користувач) земельної ділянки заперечує проти визнання права власності на нерухоме майно за особою, яка здійснила (здійснює) самочинне будівництво на його земельній ділянці;

- якщо самовільна забудова порушує права інших осіб;

- якщо проведення перебудови об'єкта є неможлиим;

- якщо особа, яка здійснила (здійснює) самочинне будівництво, відмовляється від проведення перебудови відповідно до принятого рішення.

Зокрема, особу, яка здійснила (здійснює) самочинне будівництво може зобов'язати провести відповідну перебудову лише суд своїм рішенням, за позовом відповідного органу державної влади або органу місцевого самоврядування, у разі істотного відхилення від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, істотного порушення будівельних норм і правил. При цьому, особа, яка здійснила (здійснює) самочинне будівництво, зобов'язана відшкодувати витрати, пов'язані з приведенням земельної ділянки до попереднього стану.

Зважаючи на вищевикладене, у зв'язку із законодавчою неврегульованістю всіх питань, які виникають щодо самочинного будівництва, наявністю прогалин та колізій в законодавстві, для забезпечення однакового застосування судами законодавства щодо самочинного будівництва й вирішення проблемних практичних питань, з метою попередження настання усіх негативних наслідків цього «явища», необхідним є прийняття змін у діючі нормативно-правові акти та заповнення прогалин в законодавстві.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. № 435-IV // ВВР.- 2003. - №№ 40-44. – Ст.356.*
2. *Закон України «Про планування та забудову територій» від 20 квітня 2000р. № 1699-III // ВВР. – 2000. - № 31.- Ст.250.*
3. *Закон України «Про основи містобудування» від 16 листопада 1992р. № 2780-XII // ВВР. – 1992. - № 52.- Ст.683.*
4. *Узагальнення практики розгляду цивільних справ про самочинне будівництво судами Львівської області за 2005 рік – 1 півріччя 2008 року // Архів Апеляційного суду Львівської області.*

Машаров Руслан Николаевич
аспирант Института управленческих кадров
Академии управления при Президенте Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

ПОНЯТИЕ МЕХАНИЗМА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ ПО ПОВОДУ ЖИЛИЩНЫХ СБЕРЕЖЕНИЙ

Сложность отношений в сфере удовлетворения жилищной потребности (наличие многих субъектов, участие государственных органов в этих отношениях, появление новых видов правоотношений) затрудняет формирование комплекса правовых актов в сфере удовлетворения жилищной потребности граждан. Положение о преимущественно диспозитивном характере отношений и средств правового регулирования указывает на необходимость широкого использования гражданско-правовых средств не только в жилищном, банковском законодательствах, но и в сфере правового регулирования долевого строительства, ипотечного кредитования, других отраслях. Жилищные сбережения – это вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальная собственность) лиц, формируемое для удовлетворения жилищной потребности.

Представляется, что в гражданско-правовом аспекте сбережения можно по содержанию приравнять к инвестициям. Одно от второго будет отличать лишь то, что и инвестиции и сбережения рассматриваются нами как самостоятельные гражданско-правовые категории. Определение инвестиций должно содержать максимально широкий перечень объектов гражданских прав, за исключением нематериальных благ, которые могут выступать в форме инвестиций, при этом также необходимо указать что, этот перечень не является исчерпывающим, в его состав входят объекты, не изъятые из оборота и не ограниченные в обороте [1].

В зависимости от приобретаемого права на жилое помещение способы удовлетворения жилищной потребности граждан делятся на две группы в зависимости от приобретаемого права на жилое помещение: – способы, посредством которых граждане приобретают право собственности на жилое помещение; – способы, посредством которых граждане приобретают иные права на жилое помещение. Это совокупность правоотношений разных по своей природе. Так, основываясь на закрепленном в гражданском законодательстве понятии сделки, договора, а также определенных законодательством о приватизации способах приватизации имущества, Богушевич, А. В. делает вывод о том, что в ее процессе стороны заключают договор купли-продажи, условия которого регламентируются различными нормативно-правовыми актами, как частно-правовыми, так и публично-правовыми, подчас противоречащими друг - другу. По его мнению, договор купли-продажи, заключаемый в процессе приватизации, является договором присоединения, для которого характерна определенность условий в стандартных формулярах или типовых формах, а также независимость таких условий от присоединяющейся стороны [2]. Кроме того, он приходит к выводу о публичности договора купли-продажи, заключаемого в процессе приватизации. В то же время данный договор не является в чистом виде гражданско-правовым, т.к. содержит в каждом своем элементе - субъектном составе, содержании, объектах - ограничения, установленные законодательством о приватизации. Передача жилого помещения из собственности государственной (муниципальной) в собственность физического лица на началах безвозмездности не отражает до конца сути правоотношения приватизации, так как признак безвозмездности в договоре приватизации является вторичным, и не исключает отнесение договора (наряду с договором купли-продажи, дарения, мены, ренты) к одной классификационной группе. Ведущим критерием для этого, с точки зрения юридического результата, является смена собственника имущества. Механизм достижения этого результата при заключении договора приватизации, юридические факты, его обуславливающие, хотя и обладают спецификой, однако находятся в гражданско-правовом «ложе», а потому предположения об иной природе договора приватизации, нежели гражданско-правовая, представляются небесспорными (С.И. Купрякова). Договоры между банком и клиентом по своей сути преимущественно относятся к гражданским правоотношениям и составляют специфическую группу в их перечне. М.Ю. Тихомиров, рассматривая правоотношения по предоставлению жилья социального найма, указывает, что договор социального найма и решение о предоставлении жилого помещения - это документы, принципиально различные по своей юридической природе. Договор регулирует гражданско-правовые отношения сторон, а решение - это ненормативный (индивидуальный) правовой акт, принятый уполномоченным органом, влекущий обязательные последствия для указанных в нем лиц, то есть выступает юридическим средством в группе указанных отношений. Таким образом, авторы, рассматривая правовую природу тех или иных отношений, в русле позитивистской школы правопонимания оказываются не в состоянии объяснить специфику исследуемых отношений. По нашему мнению, это происходит из-за игнорирования совокупности юридических средств, которые не включены в правовой механизм представителями позитивистской школы права. В научной и учебной литературе различные авторы к предмету права в области жилищных строительных сбережений относят: общественные отношения в банковской сфере; отношения договора жилищных сбережений; финансовые

общественные отношения и все остальные отношения, связанные с жилищными сбережениями.

На основе комплексного теоретико-методологического подхода к изучаемым общественным отношениям и их правовому регулированию, а также исследований механизмов гражданско-правового регулирования отдельных видов общественных отношений можно сделать вывод об общем составе механизма гражданско-правового регулирования и о его самостоятельности в качестве элемента общеправового регулирования. Динамика развития общественных отношений указывает на необходимость поиска новых подходов к формированию правовой системы, что обуславливает поиск формально-юридических средств регулирования. Механизм гражданско-правового регулирования выступает в качестве юридической конструкции правового регулирования общественных отношений. Переход к демократии, курс на построение правового государства включают и изменение характера правового регулирования. В отдаленной перспективе императивность должна уступить место диспозитивности, от зарегулированности общественных отношений нужно будет перейти к расширению свободы участников общественных отношений. В этой связи максимально возможное расширение применения гражданско-правовых средств в механизме правового регулирования обеспечивает формирование адекватной правовой системы. Жилищные строительные сбережения, как причина возникновения соответствующих отношений, должны рассматриваться как гражданско-правовая категория и подвергаться регулированию соответствующим набором юридических средств.

Использованные источники:

1. *Вознесенская, Н.Н. Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (Сравнительно-правовой комментарий). М.: Юрид. фирма «Контракт», «Инфра-М», 2001.*
2. *Богушевич, А. В. Договор как способ приватизации государственного имущества и его гражданско-правовое регулирование на правоприменительном опыте Республики Татарстан :автореф. дисс. канд. юрид. наук. /А. В. Богушевич; Науч. рук. Я. Ф. Фархтдинов. - Казань,2003. -30 с.*

Михайлик Руслан Романович
студент 5-го курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ЩОДО ПИТАННЯ ДОЦІЛЬНОСТІ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖІВ ТРУБОПРОВОДАМИ ЗА ГОСПОДАРСЬКИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

У передмовах до словників, в іншій літературі будь-якого спрямування, взагалі – у житті доводиться зустрічатися із виразом Рене Декарта: «Визначте суть слів і Ви позбавите людство від половини його непорозумінь». Ці слова не здаються незвичними, вони – прості і водночас не позбавлені актуальності для суспільних відносин, особливо для тих, що обтяжені правом. Адже право в спрощеному вигляді представляє собою боротьбу за формулювання, які здатні впливати на поведінку в людському співжитті. Розуміння значення тієї чи іншої термінології, що вживається у праві, означає перебувати у сприйнятливій для юридичної оцінки ситуації, що дозволяє усвідомлено, професійно рухатись у системі юридичних фактів.

Для транспортної галузі народного господарства, думаю, немає більш точних слів, що могли б охарактеризувати діяльність підприємств цієї галузі, як «перевезення» і «транспортування». Питання полягає в тому, як співвідносяться дані поняття, і, яке несуть смислове навантаження – з точки зору юриспруденції і для юриспруденції.

З цього приводу, пропоную згадати положення ч. 1 ст. 306 Господарського кодексу України (далі – ГК): «перевезенням вантажів у цьому Кодексі визнається господарська діяльність, пов'язана з переміщенням продукції виробничо-технічного призначення та виробів народного споживання залізницями, автомобільними дорогами, водними шляхами, а також транспортування продукції трубопроводами»[1]. Далі, у ч.3 ст. 306 вказується, що перевезення вантажів здійснюють, окрім інших видів транспорту, також трубопровідний транспорт[1].

Хоча в ст. 306 ГК сказано, що визначення поняття «перевезення вантажів», викладене у цій же статті, стосується всього ГК, але, правду кажучи, дане визначення поширюється лише на Главу 32 ГК «Правове регулювання перевезення вантажів» – на главу, яка регламентує договірні відносини перевезення вантажів. Виходить, що за логікою ГК договірні відносини з транспортування трубопроводами оформлюються договором перевезення вантажу трубопровідним транспортом.

У юридичній літературі вже підкреслювалось, що поняття «перевезення» і «транспортування» слід відрізняти за значенням, оскільки при перевезенні переміщується транспортний засіб (автомобіль, вагон, літак) разом з вантажем. Транспортування – не лише перевезення, але й переміщення вантажу будь-яким способом, наприклад, перекачка нафти, природного газу магістральним трубопроводом, транспортування газового конденсату, широкої фракції та легких вуглеводнів, газу, води, вугілля та інших вантажів трубопровідним транспортом. При транспортуванні таким способом рухається лише продукція: нафта, природний газ, електрична енергія. Не є перевезенням також сплав лісу рікою без участі транспортного засобу, переміщення вантажу на конвеєрі, гідравлічним, магнітним і тому подібними способами[2, с. 311], передача електричної енергії електричними мережами.

Не лише в юридичній літературі, а й у економічних джерелах вказувалось на нетотожність даних понять. Так, в Термінологічному словнику з логістики – науки, що напряму орієнтується на оптимальне переміщення товарів, а значить пов'язана і з їх перевезенням чи транспортуванням, термін «перевезення» розшифровується через слова «транспортування» або «переміщення»[3, с. 173-174]. В той же час, «транспортування» визначається, як «логістична операція, що полягає у переміщенні продукції в заданому стані із застосуванням транспортних засобів (у разі необхідності і вантажопідйомних засобів), що починається з навантаження у місці відправлення і закінчується розвантаженням в місці призначення»[3, с. 276].

Отже, транспортуванням є таке переміщення об'єкту, що обов'язково інтегрує всі операції, пов'язані із переміщенням даного об'єкту в просторі за допомогою транспортних механізмів. В той же час, перевезенням можна назвати транспортування, в ході якого об'єкт перевезення переміщується в просторі разом із транспортним засобом, що переміщує його. Терміни «перевезення» і «транспортування» за змістом співвідносяться, як конкретне і загальне.

ГК, йдучи врозріз із законами формальної логіки, визнає транспортування нафти, газу, води, інших продуктів перевезенням – конкретне поняття «перевезення» охоплює собою загальне поняття «транспортування», а договори транспортування даних вантажів пропонує частково регламентувати статтями Глави 32 ГК.

На перший погляд, в цій ідеї немає нічого поганого. Оскільки в законах юридичних не завжди можуть утілюватись закони формальної логіки, що обумовлюється потребами законодавчої техніки побудови нормативних актів для більш доцільного врегулювання суспільних відносин. І напевне, законодавець, виражаючи діяльність із «транспортування продукції трубопроводами» через «перевезення вантажів» бажав зекономити юридичний матеріал і розповсюдити на схожі господарські відносини, пов'язані із транспортною галуззю, однакову правову регламентацію.

Однак, в тому то і справа, що схожість між перевезенням «традиційними» видами транспорту і транспортуванням трубопровідним транспортом закінчується на слові

«транспорт». Самі ж дані процедури переміщення вантажів мають значні відмінності. А оскільки положення Глави 32 ГК «заточені» під регламентацію договірних відносин перевезення вантажів автомобільним, залізничним, морським та річковим видами транспорту, практика не знайшла можливості застосовувати ці норми на договори транспортування газу, нафти тощо трубопроводами.

У Главі 32 ГК лише ст. 315 «Порядок вирішення спорів щодо перевезень» фактично можна застосовувати при регламентації відносин транспортування вантажів трубопроводами. Однак, на мою думку, одна стаття кодифікованого акту не може бути приводом для того, щоб безвідповідальним прописанням в ст. 306 ГК розповсюджувати ще 10 статей Глави 32 на регламентацію відносин, яких вони навіть теоретично не здатні регламентувати. Тому, пропоную виключити слова: із ч. 1 ст. 306 ГК – «а також транспортування продукції трубопроводами», із ч. 3 ст. 306 ГК – «трубопровідний транспорт». Якщо є вкрай принциповим залишити регламентування зобов'язальних відносин транспортування вантажів трубопроводами ст. 315 ГК, то пропоную включити аналогічні положення до одного з актів спеціального законодавства, наприклад до Закону України «Про трубопровідний транспорт»[4].

Використані джерела:

1. *Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.*
2. *Гришаев С.П. Глава 22. Перевозка. Транспортная экспедиция // Гражданское право: [Учеб. для студентов сред. спец. учеб. заведений, обучающихся по спец. «Правоведение»] / [Богачева Т.В., Глушкова Л.И., Гришаев С.П. и др.]; Под ред. С. П. Гришаева. – М.: Юристъ, 1999. – 484 с.*
3. *Родников А. Н. Логистика: Терминологический словарь. 2-е изд. исправленное и дополненное. – М.: ИНФРА-М, 2000. – 352 с.*
4. *Закон України «Про трубопровідний транспорт» // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 29. – Ст. 139.*

Михалюк Ольга Василівна
аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ПІДСТАВИ ВИКОНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТРЕТЬОЮ ОСОБОЮ

Редакція ст. 528 ЦК України передбачає, що виконання обов'язку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, ЦК України, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. Як випливає з цієї статті, законодавець не передбачає в ній підстав виконання зобов'язання третьою особою. Як вказує М.І.Брагінський, законодавець «виніс за свої межі як питання про підстави виконання зобов'язання третьою особою, так і в цілому - про відносини третьої особи з боржником» [1, с.373]. Проте, такі підстави можуть мати місце в усіх випадках та знаходять свій вияв в інших нормах законодавства. Так, підставами виконання цивільно-правового зобов'язання третьою особою може бути як за договором, так і без нього – тобто, за законом.

Практика свідчить про те, що головне місце серед підстав виконання цивільно-правового зобов'язання третьою особою займає договір. Найбільш типовою ситуацією є випадок, коли третя особа є боржником зобов'язаної перед кредитором особи.

У випадку виконання цивільно-правового зобов'язання третьою особою за договором, основний акцент робиться на обов'язку кредитора прийняти належне виконання від третьої

особи, якщо лише боржник не зобов'язаний виконати зобов'язання виключно особисто. Тут, за свідченнями романістів, вважалось, що виконання може бути здійснено третьою особою, не залежно від того, якими відносинами вона пов'язана з боржником [2, с.471].

З огляду на вищевикладене, слід навести приклад з практики, де мало місце виконання цивільно-правового зобов'язання третьою особою за договором, а саме: виконання зобов'язань товариства його учасником шляхом зарахування грошових коштів на рахунок боржника.

Так, постановою Львівського апеляційного господарського суду України від 2 квітня 2008 року у справі № Б-3/12,було підтримано позицію господарського суду Івано-Франківської області, згідно з якою в цьому випадку має місце виконання цивільно-правового зобов'язання третьою особою за договором, а не інвестування. [3].

Наступною підставою виконання зобов'язання третьою особою є випадки, передбачені встановленими правилами. З огляду на сучасне цивільне законодавство, такі правила варто визначати як закон та рішення суду.

ЦК України встановлює лише один випадок виконання цивільно-правового зобов'язання третьою особою на підставі закону. А саме, відповідно до ч.3.ст.528 ЦК України, інша особа може задовольнити вимогу кредитора без згоди боржника у разі небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно. У цьому разі до іншої особи переходять права кредитора у зобов'язанні.

Серед переліку прав на майно боржника, що можуть бути підставою для виконання його обов'язку перед кредитором третьою особою, варто виділити корпоративне право у господарському товаристві. Звернення стягнення на майно господарського товариства має наслідком примусове відчуження частини активів боржника, а у тих випадках, коли відчуження активу має вплив на зменшення розміру статутного фонду, учасник (акціонер) господарського товариства має усі права на задоволення вимоги кредитора як способу самозахисту своїх корпоративних прав (статті 10, 21, 24, 39 Закону України «Про господарські товариства», ст.ст. 155, 157 ЦК України та інші) [4].

З огляду на це, доцільно передбачити можливість учасника (акціонера) господарського товариства задоволити вимоги кредитора без згоди боржника у будь-якому випадку порушення його прав чи законних інтересів.

Для прикладу можна навести справу за позовом Управління ПФУ до ЗАТ «Ярівський гранкар'єр» про визнання банкрутом. В цій справі комітет кредиторів прийняв рішення про відмову в затвердженні мирової угоди, оскільки згідно з її умовами, акціонер боржника погашав частину боргів. Тобто, мало місце виконання зобов'язання боржника третьою особою. [5].

Варто не погодитися з позицією законодавця відповідно до якої, інша особа може задовольнити вимогу кредитора без згоди боржника у разі небезпеки втрати права на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно. У цьому разі до іншої особи переходять права кредитора у зобов'язанні.

Такий підхід законодавця щодо можливості виконання зобов'язання третьою особою без згоди боржника звужує обсяг захисту прав та інтересів цієї особи. Оскільки, якщо зобов'язання виконується з інших підстав, ніж наявність небезпеки втрати прав на майно боржника, внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно, то відсутні законодавчі підстави переходу прав кредитора у зобов'язанні до третьої особи.

Тобто, якщо третя особа виконала зобов'язання за боржника, яке не передбачено законом, то таке виконання не буде вважатися належним і кредитор може не прийняти виконання зобов'язання. Також, оскільки таке виконання не має достатньої правової підстави, то набуття такого майна кредитором буде вважатися безпідставним (ст. 1212 ЦК України).

У зв'язку з цим, видається, що таке обмеження прав третьої особи, яка виконала зобов'язання без згоди боржника є неправомірним, оскільки таке виконання може не тільки

пов'язуватись з небезпекою втрати майна, але й захистом інших прав та законних інтересів третьої особи.

Так, наприклад, може мати місце оплата поручителем боргу за боржника, з метою запобігти судових витрат по справі стягнення боргу з боржника.

Очевидно, що такий критерій, як наявність законного права та інтересу є більш широким, оскільки включає не лише випадки виникнення небезпеки втратити право на майно боржника, на яке третя особа має право, але й інші випадки, які потребують захисту інтересу третьої особи. Як випливає з ч. 3 ст. 528 ЦК України, ці право та інтерес не завжди враховані.

Враховуючи вищенаведене, доцільно змінити назву ст.528 ЦК України і викласти її в наступній редакції: «Виконання обов'язку боржника третьою особою.

Третя особа може виконати зобов'язання боржника, якщо з умов договору, вимог цивільного кодексу України, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто.

У разі невиконання або неналежного виконання обов'язку боржника третьою особою цей обов'язок боржник повинен виконати сам.

Третя особа може задовольнити вимогу кредитора без згоди боржника у будь-якому випадку, коли має місце порушення законних прав чи інтересів третьої особи. У цьому разі до третьої особи переходить право вимоги до боржника».

Використані джерела:

1. *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. М.: «Статут», 1999. – 848с.*
2. *Подібний підхід можна прослідкувати в дореволюційному вітчизняному цивільному праві. Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов. Под ред. В.С. Нерсесянца. - М.; 1996. – 766с.*
3. *Справа № Б-3/12 від 2 квітня 2008 року.//Архів Львівського господарського суду України.*
4. *«Про господарські товариства» Закон України від 19.09.91 р. // ВВР. - 1991. - N 49. (з наступними змінами та доповненнями).*
5. *Справа №9/51 від 28 липня у справі №9/51.// Архів Львівського господарського суду України.*

Мітяй Олена Дмитрівна
старший викладач кафедри цивільного права
Інституту економіки та права (філія) АП та СВ у м. Севастополі,
Севастополь, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ БАНКІВ ЗА ПОРУШЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ КЛІЄНТІВ

Безперебійне та ефективне функціонування державних органів і установ, розвиток суверенної держави в цілому безпосередньо залежать від стану банківської системи країни, її спроможності та надійності. Без такої системи неможливе успішне здійснення державних економічних, соціальних, політико-правових, екологічних й інших програм і проектів.

Системного наукового дослідження проблем цивільно-правової відповідальності банків в Україні не проводилось, хоч є ряд дисертаційних робіт, присвячених окремим аспектам, які в тій, чи іншій мірі пов'язані з тематикою статі, зокрема Патрушев Є.М. «Правові основи діяльності комерційних банків України по розрахунках», 1995; Чалий Ю.І. «Договір банківського кредиту та правові засоби забезпечення поворотності кредитних грошей», 1997; Чапічадзе Я.О. «Договір факторингу», 2000; Карманов Є.В. «Договір банківського вкладу (депозиту) в іноземній валюті», 2001; Рябко Л.Г. «Правове регулювання кредитних відносин по законодавству України», 2002;. Якубівський І.Є. «Договір фінансового лізингу», 2003;

Васьковський О.В. «Правове регулювання відносин за договором на розрахунково-касове обслуговування», 2004; Лепех С.М. «Кредитний договір», 2004; Нурзад І.Л. «Правове регулювання діяльності банків на ринку цінних паперів України», 2004; Дроздова Н.В. «Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України», 2005; Шаповалова О.І. «Проценти у грошових зобов'язаннях (цивілістичні аспекти) «, 2005; Безклубий І. А. «Теоретичні проблеми банківських правочинів», 2006; Тарасенко Л.В. «Цивільно-правова відповідальність за порушення грошових зобов'язань», 2006.

Нажаль вказані роботи не розкривають особливості цивільно-правової відповідальності банків як сторони цивільно-правових правочинів. Однак в сучасних умовах, викликаних наслідками світової фінансової кризи, питання цивільно-правової відповідальності банків у вигляді відшкодування збитків, заподіяних неналежного виконання банківських договорів, набуває істотного значення.

Банки здійснюють посередницькі операції між різними «гравцями» на фінансовому полі, вони покликані сприяти оптимізації розміщення грошових коштів, успішному кредитуванню бізнесу, активному використанню внесків юридичних і фізичних осіб, тобто банки - основний, головний фінансовий інститут, спочатку орієнтований на комплексне здійснення банківської діяльності, об'єктивно прагнучий до універсалізації [1, с.9].

Правовідносини, що виникають при здійсненні банківської діяльності, мають публічну фінансово-правову природу, оскільки спрямовані не тільки на забезпечення приватних інтересів клієнтів банків, скільки на забезпечення інтересів держави як суб'єкта фінансової діяльності. Навіть, вступаючи у приватно-правові відносини, банки обмежені владними розпорядженнями держави. Таким чином, при регулюванні банківської діяльності поєднуються елементи як приватного, так і публічного права з переважанням саме елементів публічного права, так як вони пов'язані в більшому ступеню з реалізацією державних інтересів, ніж із сферою приватних.

Оскільки кардинальне реформування суспільного та економічного устрою, яке проходить в Україні, змінило стосунки між банками та їх клієнтами, то безперечно, найбільш адекватною та доцільною формою опосередкування ринкових відносин є цивільно-правовий договір, предметом якого є певна поведінка (правова дія) зобов'язаної особи [2, с.4].

Закріплений у ЦК України principium libertatis contractus і можливість здійснення інших, не передбачених Законом України «Про банки і банківську діяльність», правочинів, розширюють межі потенційних зв'язків між банком та його клієнтом, які можуть оформлюватися не тільки договорами, що передбачені законом, але й договорами, які хоч законом не передбачені, та йому не суперечать [3, с.7].

Аналізуючи правові дії різних видів банківських правочинів, можна зробити висновок, що незважаючи на певні особливості того чи іншого матеріального об'єкту (наприклад, цінних паперів, грошей) правовідносин, предметом зобов'язання завжди є певна поведінка (правова дія) зобов'язаної особи. Порушення правомірної поведінки спричиняє за собою необхідність залучення винної сторони до цивільно-правової відповідальності.

Цивільним законодавством закріплені фундаментальні загальні положення про підстави відшкодування громадянину шкоди, яка виникла у зв'язку з невиконанням але неналежним виконанням обов'язків, що виникають із цивільних договорів. Якщо ж розглядати цивільно-правову відповідальність як вид юридичної відповідальності, то вона виражається у формі обмежень особистого або майнового порядку.

Різни види банківських правочинів представляють собою грошові зобов'язання, а саме цивільне правовідношення, в якому боржник зобов'язаний сплатити на користь кредитора суму грошей, які виконують функцію законного платіжного засобу, якщо платіж не обумовлений іншим видом грошей, а кредитор вправі вимагати від боржника виконання його обов'язку. Слід вважати, що у наступний період існує наукова позиція, за якою розмежування грошових і не грошових зобов'язань здійснюється за критерієм специфічної мети грошового зобов'язання – це платіж, погашення зобов'язання. В зв'язку з відсутністю такої мети в зобов'язанні надати кредит, передати аванс чи суму попередньої оплати такі

зобов'язання не розглядаються як грошові. Однак, оскільки грошове зобов'язання може мати мету як causa credendi (зустрічне задоволення), так і causa solvendi (погашення зобов'язання), тому неприпустимо розмежовувати грошові й не грошові зобов'язання за критерієм мети грошового зобов'язання, оскільки вона не виявляє особливостей категорії грошового зобов'язання порівняно з іншими цивільно-правовими зобов'язаннями.

Таким чином, все викладене вище надає підстави говорити про те, що відповідальність банків носить особливий характер, обумовлений їх особливим статусом у цивільних правовідносинах. При цьому дослідження цивільно-правової відповідальності за порушення грошових зобов'язань банками набуло особливого значення за Цивільним кодексом України, який по-новому підійшов до регулювання грошових зобов'язань.

Використані джерела:

1. *Безклубий, І. А. Теоретичні проблеми банківських правочинів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 – «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. А. Безклубий. – К., 2006. – 28 с.*
2. *Андросов, С.М. Забезпечення виконання господарських зобов'язань у сфері банківського кредитування: Автореф. дис... канд. юрид. наук / С.М. Андросов. – Донецьк, 2008. – 18 с.*
3. *Дроздова, Н. В. Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 – «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. В. Дроздова. – К., 2005. – 27 с.*

Молявко Олеся Михайлівна

молодший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, Київ, Україна

КОРПОРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЧЛЕНІВ ВИРОБНИЧОГО КООПЕРАТИВУ

Не дивлячись на те, що за останні роки виробничі кооперативи стали не так популярні, як наприкінці 80-х років, все ж таки українське законодавство виділяє ці види корпоративних юридичних осіб, а практика свідчить про те, що в суспільстві існує потреба їх створення. Правовий статус виробничих кооперативів визначають чотири законодавчих актів: Цивільний та Господарський кодекс, Закон «Про кооперацію», Закон «Про сільськогосподарські кооперативи». Таку тенденцію розвитку українського законодавства про кооперацію не можна назвати вдалою, оскільки неминуче це веде до різних правових підходів до регулювання тотожних за своєю правовою природою відносин.

Поняття виробничого кооперативу дають три законодавчі акти – Цивільний та Господарський кодекси, а також Закон «Про кооперацію». Стаття 163 ЦК визначає виробничий кооператив як добровільне об'єднання громадян на засадах членства для спільної виробничої або іншої господарської діяльності, що базується на їхній особистій трудовій участі та об'єднанні його членами майнових пайових внесків. Стаття 95 ГК дає майже аналогічне визначення виробничого кооперативу доповнюючи його такими ознаками, як участі членів в управлінні підприємством та розподілу доходу між членами кооперативу відповідно до їхньої участі в його діяльності. Не можна зазначити, що ст. 95 ГК виділила якість особливі ознаки виробничого кооперативу, окрім того, що кооператив є видом підприємства. Що ж стосується таких прав, як право на управління та отримання прибутку, то зазначені права виділяються і ЦК.

Відповідно до ст. 2 Закону «Про кооперацію», відповідно до якої виробничий кооператив – це кооператив, який утворюється шляхом об'єднання фізичних осіб для спільної виробничої або іншої господарської діяльності на засадах їх обов'язкової трудової участі з метою одержання прибутку.

Якщо проаналізувати зазначені вище норми, то можна зробити висновок, що визначаючи поняття кооперативу усі нормативні акти виділяють таку ознаку, як обов'язок члена кооперативу приймати трудову участь в його діяльності.

Частина 1 ст. 163 ЦК визначаючи поняття виробничого кооперативу та виділяючи таку ознаку, як особиста трудовій участь члена кооперативу, не зазначає на її обов'язковості, оскільки зазначена норма надалі встановлює, що статутом кооперативу та законом може бути передбачено участь у діяльності виробничого кооперативу на засадах членства також інших осіб, тобто тих, хто не приймає трудову участь.

В той же час, Закон «Про кооперацію» (ст.14) та ГК (ч.4 ст. 98) встановлюють таку відповідальність члена кооперативу за припинення трудової участі, як припинення членства. Якщо проаналізувати термін «припинення», то можна зробити висновок, що у випадку припинення трудової участі органи управління кооперативу не приймають рішення про припинення членства, воно припиняється з припиненням трудових відносин. Вважаємо, що припинення членства в кооперативі це вид відповідальності за невиконання свого обов'язку трудової участі в кооперативі.

ЦК не встановлює такого виду відповідальності за припинення трудових відносин, а навпаки допускає можливість членства в кооперативі інших осіб, які приймають іншу, ніж трудову, участь у кооперативі. Вважаємо, що такі підходи більше відповідають сучасним умовам корпоративних відносин. Вони надають можливість приймати участь в кооперативі як юридичних так і фізичних осіб, які можуть загалом приймати участь у діяльності кооперативу шляхом внесення коштів.

Тому вважаємо, що тільки кооператив у своєму статуті може визначити обов'язковість чи необов'язковість трудової участі у кооперативі та відповідальності за невиконання цього обов'язку (виключення із кооперативу).

Морозова Стелла Євгенівна
молодший науковий співробітник Інституту держави і права ім.В.М.Корецького НАН України, Київ, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ НОТАРІУСОМ ШЛЯХОМ ВЧИНЕННЯ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НА БОРГОВОМУ ДОКУМЕНТІ

Статтею 15 Цивільного кодексу України передбачено, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання та на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Одним із способів правового захисту є захист цивільних прав нотаріусом шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом (ст. 18 ЦК України). Порядок вчинення виконавчих написів визначається Законом України «Про нотаріат», Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р., Положенням про порядок учинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України, затвердженим наказом Міністерства юстиції України, Міністерства закордонних справ України 27.12.2004 р. № 142/5/310.

За змістом статей 88, 89 Закону України «Про нотаріат» виконавчий напис вчинюється на документах, що встановлюють заборгованість, за умови подання кредитором необхідних документів. Перелік таких документів затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 – Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів.

При пред'явленні виконавчого напису нотаріуса до виконання та на етапі виконання цього напису державною виконавчою службою правовідносини сторін регулюються нормами Закону України «Про виконавче провадження», і в даному випадку сторони договорів, на яких вчинений виконавчий напис, стають сторонами виконавчого провадження – стягувачем та боржником (ч. 1 ст. 11 Закону), права та обов'язки яких встановлені у статті 11-1 цього Закону.

Порядок стягнення заборгованості на підставі виконавчого напису нотаріусу є більш зручним порівняно з отриманням судових наказів, рішень, зважаючи на вкрай нескладне провадження, швидкість отримання виконавчого напису, а також менші витрати, пов'язані зі зверненням до нотаріуса.

Важливо пам'ятати, що випадки звернення стягнення за борговими документами на підставі виконавчих написів нотаріуса мають передбачатися лише законом, а не підзаконним нормативно-правовим актом. І, як правило, такий вид захисту цивільних прав встановлюється саме законом. Наприклад, стягнення заборгованості на підставі виконавчого напису нотаріуса передбачено: ч. 6 ст. 19 Закону «Про оренду державного та комунального майна» від 10 квітня 1992 р. (стягнення заборгованості по орендній платі); ч. 2 ст. 7 Закону «Про фінансовий лізинг» від 16 грудня 1997 р. (у разі відмови від договору лізингу), п.5 ч. 1 ст. 10 цього Закону (стягнення простроченої заборгованості); ч. 2 ст. 78 СК (стягнення заборгованості за аліментами відповідно до договору про надання утримання), ч. 2 ст. 99 (стягнення заборгованості за аліментами відповідно до умов шлюбного договору), ч. 2 ст. 109 СК (стягнення заборгованості за аліментами відповідно до договору про розмір аліментів на дитину), ч. 2 ст. 189 СК (стягнення заборгованості за аліментами відповідно до договору про сплату аліментів на дитину).

Водночас можна навести інші (на жаль, негативні) приклади встановлення підзаконними нормативно-правовими актами випадків стягнення заборгованості за виконавчими написами нотаріуса.

Так, п. 19 Правил торгівлі у розстрочку, затверджених постановою Кабінету Міністрів України № 997 від 1 липня 1998 р. встановлено можливість стягнення з покупця або підприємства (установи, організації) у примусовому порядку незалежно від настання строку чергових платежів шляхом отримання виконавчого напису нотаріуса або за рішенням суду суми заборгованості, а також обумовленої договором пені.

Інший, «свіжіший» приклад міститься в п. 2.5.12 Положення про рефінансування первинних кредиторів шляхом набуття прав вимоги за іпотечними кредитами та вимоги до первинних кредиторів – банків, затвердженого рішенням правління Державної іпотечної установи від 16 грудня 2005 р. (протокол № 29) (в редакції від 17 червня 2008 р.). Цим пунктом передбачається стягнення заборгованості з первинного кредитора у примусовому порядку за договором відступлення прав вимоги.

Однак закріплення в зазначених підзаконних нормативно-правових актах випадків застосування виконавчого напису нотаріуса як засобу захисту цивільних прав та інтересів є помилковим, оскільки суперечить ст. 18 ЦК України, яка передбачає вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених саме законом.

Частиною 4 ст. 4 ЦК України встановлено: якщо постанова Кабінету Міністрів України суперечить положенням цього Кодексу або іншому закону, застосовуються відповідні положення цього Кодексу або іншого закону. Зважаючи на це, Правила торгівлі у розстрочку, затверджені постановою Кабінету Міністрів України № 997 від 1 липня 1998 р., в частині визначення правил звернення стягнення у примусовому порядку незалежно від настання строку чергових платежів шляхом отримання виконавчого напису нотаріуса суми заборгованості, а також обумовленої договором пені, не можуть застосовуватися.

Що стосується нормативно-правових актів, виданих Державною іпотечною установою, то слід зауважити, що ця установа взагалі не може визначати у прийнятих нею нормативно-правових актах правил щодо застосування виконавчого напису нотаріуса. Державна іпотечна установа – це юридична особа, створена Кабінетом Міністрів України. Її правовий статус

досі залишається не досить визначеним. Зважаючи на ту важливу мету, яка задекларована в п. 4 Статуту Державної іпотечної установи, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 1715 від 23 грудня 2004 р. (сприяння подальшому розвитку ринку іпотечного кредитування в Україні, зокрема шляхом рефінансування іпотечних кредиторів (банків і небанківських фінансових установ, які провадять діяльність з надання забезпечених іпотекою кредитів) за рахунок коштів, отриманих від розміщення цінних паперів, та запровадження ефективних механізмів підвищення рівня їх ліквідності), її правовий статус має встановлюватися законом, як це передбачено ч. 3 ст. 83 ЦК України.

Нагнибіда Володимир Іванович
молодший науковий співробітник Подільської лабораторії
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України,
Хмельницький, Україна

ПРИПИНЕННЯ ПРАВ НА ЧУЖІ РЕЧІ В СВІТЛІ НОРМАТИВНИХ ПОЛОЖЕНЬ ЗАРУБІЖНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Припинення прав на чужі речі досі не було об'єктом окремого дослідження. Разом з тим, якщо говорити про динаміку правовідносин, то саме підстави припинення є тими нормативними передумовами, у зв'язку з якими припиняються правовідносини.

Потрібно сказати, що такими підставами є випадки передбачені в українському законодавстві у ст. 406 ЦК України. У даній статті відображено переважно такі підстави які характерні більшості правопорядкам і загалом можуть бути охарактеризовані як класичні підстави. Серед останніх поєднання в одній особі особи, в інтересах якої встановлений сервітут, і власника майна, обтяженого сервітутом; відмови від нього особи, в інтересах якої встановлений сервітут; спливу строку, на який було встановлено сервітут; припинення обставини, яка була підставою для встановлення сервітуту; невикористання сервітуту протягом трьох років підряд; смерті особи, на користь якої було встановлено особистий сервітут.

Поряд із загальноприйнятими підставами припинення сервітутних прав (відмова від права сервітуту, знищення речі щодо якої встановлено сервітут, поєднання власників земельних ділянок щодо якої та в інтересах якої було встановлено сервітут тощо) в зарубіжних законодавствах існують і специфічні. Серед таких потрібно назвати: відсутність заперечень з боку сервітуарія, якщо протягом 10 років йому чинились перепони у здійсненні права сервітуту (ст. 59 Закону Республіки Болгарія «Про власність»[1], ст. 177 Закону Естонії «Про речове право»; настання умови яка була окреслена у договорі і з якою сторони пов'язували припинення правовідносин (ст. 546 ЦК Іспанії) тощо. Наприклад у німецькому законодавстві припинення земельних сервітутів здійснюється за правилами § 875-876 НЦУ і можливе у випадках відмови від права (дерелікції)[2], втрати переваги при користуванні чужою земельною ділянкою[3], настання певного строку або певної обставини. В будь якому випадку моментом припинення сервітутних прав є внесення відповідного запису у поземельну книгу відповідно до § 875 НЦУ та § 55, 71, 135 GBO.

[1] Закон Республіки Болгарія «Про власність» від 16 листопада 1992 року // http://www.bg-dom.ru/about-bulgar/zakony/zakony_25.html

[2] Згідно з вимогами НЦУ для відмови від права на земельну ділянку необхідно зробити письмову заяву управомоченої особи про відмову від права і погашення запису про право в поземельній книзі, якщо законом не передбачено інше. Якщо сервітутне право на земельну ділянку обтяжене правом іншої особи (узуфруктом, іпотекю), для відмови від такого права потрібно отримати згоду цієї особи.

[3] BGH NJR 1956, 40; BGH NJR-RR 1988,1229.

Разом з тим в частині правового регулювання припинення сервітутних прав українське цивільне законодавство доповнюється ще й положеннями земельного законодавства. Так ЗК України доповнює даний перелік ще такими підставами припинення як «порушення власником сервітуту умов користування сервітутом» та за рішенням суду. При цьому в судовому порядку припинення земельних сервітутів здійснюється у випадках припинення підстав його встановлення та, коли встановлення земельного сервітуту унеможливлює використання земельної ділянки щодо якої встановлено земельний сервітут, за її цільовим призначенням.

Вбачається, що судовий порядок припинення сервітутних прав є цілком прийнятним, тим більше що ЗК України пішов по шляху визначення чітких вимог, які можуть бути підставою для звернення до суду. Натомість погодитися із такою підставою як порушення власником сервітуту умов користування сервітутом ми не можемо. Річ у тім, що з моменту встановлення сервітутне право набуває абсолютного змісту і його виникнення, і припинення відбувається за принципами речового права. Також специфіка земельного сервітуту полягає у тому, що він встановлюється не стосовно особи, а в інтересах речі. Звідси правомірно припустити, що хоча в ряді випадків сервітут встановлюється договором, у сервітуарія не виникає жодних обов'язків. Єдине чим він пов'язаний це загальною вимогою цивільного законодавства про добросовісність здійснення прав (ст. 3 ЦК України), положеннями ст. 13 ЦК України щодо меж здійснення суб'єктивних цивільних прав та нормою ст. 13 Конституції України та ч. 4 ст. 319 ЦК України, що власність зобов'язує[1]. А тому порушення власником сервітуту умов користування сервітутом не може бути підставою для припинення сервітуту — права, яке часто є єдиною можливістю для належного здійснення прав щодо об'єкта в інтересах якого встановлений сервітут. Наприклад у випадку права проїзду до земельної ділянки оточеної з трьох сторін водою чи забору води з природної водойми, або право водовідведення тощо. Тому вбачається, що в даному випадку така підстава не може припиняти сервітут. Тим більше, що невиконання тих чи інших обов'язків є підставою для розірвання договору у зобов'язальному праві, але аж ніяк не підставою припинення речових відносин. думаємо, що у випадку порушення умов здійснення сервітуту сторонами які завдано шкоди може вимагати її відшкодування на підставі ч. 7 ст. 403 ЦК України «збитки, завдані власникові (володільцеві) земельної ділянки або іншого нерухомого майна, особою, яка користується сервітутом, підлягають відшкодуванню на загальних підставах. Якщо ж йдеться просто про порушення інтересів власника такої земельної ділянки слід скористуватися матеріальною вимогою про усунення перешкод у здійсненні права власності. Таким чином, пропонуємо виключити з підстав припинення права власності таку вимогу як «порушення власником сервітуту умов користування сервітутом», яка на разі передбачена п. »д» ч. 1 ст. 102 ЗК України.

Ще однією спірною підставою припинення прав користування є норма передбачена п. 6 ч. 1 ст. 406 ЦК України за якою сервітут припиняється у разі смерті особи на користь якої встановлено сервітут. Вбачається, що оскільки сервітут є не індивідуалізованим правом і він не встановлюється в інтересах конкретної особи, то і смерть сервітуарія не має бути підставою для його припинення. Такий висновок підтверджується також і тим, що в силу класичного принципу «права слідування», який закріплений у ч. 6 ст. 403 ЦК України, сервітут зберігається незалежно від зміни власника. Тому смерть власника не свідчить про припинення сервітутного права. Навпаки воно включається у спадкову масу і про його наявність (чи відсутність) попереджаються спадкоємці. Те ж саме можна говорити про у разі, коли має місце звернення стягнення на майно, приватизація, реалізація майна яке не може належати особі, реквізиція чи конфіскація. В усіх цих випадках відбувається лише зміна

[1] До речі в ряді законодавств існує самостійна нормативна вимога, що при здійсненні сервітуту управомочена особа повинна якомога більш обережно здійснювати надані її сервітутом права та враховувати її інтереси. І якщо для здійснення сервітуту правомочна особа змушена утримувати певну споруду чи конструкцію, то вона повинна утримувати її у такому стані, щоб це не заподіювало шкоди власникові.

власників. Тому пропонується також виключити п. 6 ч. 1 ст. 406 ЦК України як такий, що суперечить концепції сервітутного права.

Ще одне уточнення слід зробити у чинному законодавстві в частині строку невикористання сервітуту як підстави припинення цього виду прав. Потрібно сказати, що термін «погашальної давності» стосовно сервітутних прав в усіх законодавствах становить 10 і більше років (Угорщина — 10 років, Іспанія та Італія — 20 років тощо). Це пов'язано з тим, що в ряді випадків здійснення сервітутних прав часто відбувається доволі рідко (раз в 2-3, 5 років роки). Наприклад, передбачене земельним кодексом право встановлення будівельних риштувань та складування будівельних матеріалів з метою ремонту будівель та споруд. Якщо слідувати логіці ЦК України та ЗК України, то у випадку, коли власник сусідньої земельної ділянки здійснює ремонт своєї будівлі (наприклад, раз в 5 років) і йому потрібно розмістити будівельні опори на ділянці сусіда, а останній заперечує проти цього, то такий власник пожиттєво приречений до встановлення цього права в судовому порядку. Звичайно такий підхід не є довершеним, а таких прикладів може бути безліч. Тому дійсно є сенс у тому аби строк невикористання був більш тривалим як 10 років або дорівнював йому. Річ у тому, що встановлення такого строку є, на наш погляд вкрай важливим для практичного застосування цієї норми. Адже з одного боку як сервітуарій не користується правом проживання в чужому будинку наприклад 15 років, це явно означатиме, що йому це право не потрібне і воно повинно припинити свої існування погашальною давністю. З іншого боку, залишивши цей строк малим (3 роки) ми породимо низку спорів щодо підтвердження необхідності у здійсненні права користування (сервітуту), які розглядатимуться судами, тим самим будуть дестабілізувати цивільний оборот. Таким чином пропонуємо скоригувати строк передбачений п. 5 ч. 1 ст. 406 ЦК України та п. г ч. 1 ст. 102 ЗК України у бік збільшення принаймні до 10 років.

Нестор Віталій Романович
студент 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ДОГОВОРУ ЛІЗИНГУ

Розпочну свою доповідь одразу з визначення правової природи договору лізингу. Згідно з чинним законодавством, відповідно до Цивільного та господарського кодексів, лізинг - це господарська діяльність, спрямована на інвестування власних чи залучених фінансових коштів, яка полягає в наданні за договором лізингу однією стороною (лізингодавцем) у виключне користування другій стороні (лізингоодержувачу) на визначений строк майна, що належить лізингодавцю або набувається ним у власність (господарське відання) за дорученням чи погодженням лізингоодержувача у відповідного постачальника (продавця майна), за умови сплати лізингоодержувачем періодичних лізингових платежів.

Однією з істотних умов, без яких угода вважається недійсною, є визначення об'єкту (предмету) лізингу. В залежності від конкретних обставин, об'єктом лізингу може бути нерухоме і рухоме майно, призначене для використання як основні фонди, не заборонене законом до вільного обігу на ринку і щодо якого немає обмежень щодо передачі його в лізинг. Згідно з ч.1 ст. 3 Закону України «Про фінансовий лізинг» [1] та ст. 808 Цивільного кодексу[2], предметом договору лізингу може бути неспоживна річ, визначена індивідуальними ознаками та віднесена відповідно до законодавства до основних коштів. Предметом лізингу не можуть бути земельні ділянки та інші природні об'єкти.

Істотними умовами договору лізингу, які повинні бути відображені в договорі лізингу, визнаються: предмет лізингу, строк, на який лізингоодержувачу надається право користування предметом лізингу (строк лізингу) та розмір лізингових платежів. В дисертаційному дослідженні Січко Д.С [10]. доводиться необхідність включення в перелік істотних умов договору також і питання визначення продавця (постачальника) предмета лізингу.

Класичний договір фінансового лізингу пов'язує трьох осіб: продавця майна, його набувача та лізингодавця (посередника). Суб'єкти фінансового лізингу найчастіше пов'язані між собою двома договорами. Лізингодавець укладає з продавцем обраного лізингоодержувачем майна договір купівлі-продажу, а із самим лізингоодержувачем - договір фінансового лізингу. Обидва договори взаємозалежні. В більшості випадків лізингоодержувач, а не лізингодавець шукає продавця і узгоджує з ним усі умови договору купівлі-продажу.

При укладанні договору фінансового лізингу в угодах важливо зазначати всі умови та ситуації, які можуть виникати внаслідок невиконання зобов'язань за договором лізингу. Наприклад, що без письмової згоди лізингодавця лізингоодержувач не має права вчиняти з лізинговим майном будь-які дії або відмовлятися від викупу майна у терміни, передбачені умовами договору, а в разі відмови лізингоодержувача від викупу лізингового майна таке майно повертається ним лізингодавцю у належному технічному стані з обов'язковим проведенням остаточних розрахунків за надане у лізинг майно. Важливо обумовлювати в договорах лізингу також випадок дострокового повернення об'єкта лізингу, який не повинен звільняти лізингоодержувача від остаточних розрахунків за надані йому послуги.

Загалом, стосунки між суб'єктами лізингу мають базуватися на коректних, взаємозрозумілих і чітко регламентованих умовах. Тому можна порадити лізингодавцям та лізингоодержувачам майна, яке може бути об'єктом лізингу, розробити виважені договори, які б були повністю узгоджені з чинним законодавством України.

Лізингові операції — відносно молодий вид діяльності фінансових установ в ринковій економіці, але його запровадження та вдале використання є досить потужним альтернативним джерелом поповнення матеріально-технічного забезпечення. Україні потрібно уже сьогодні створити всі умови для використання переваг лізингу. Зокрема, надати податкові пільги учасникам лізингового середовища та здійснювати контроль на державному рівні за механізмом здійснення лізингових операцій та економіки країни в цілому[6, с. 66].

Варто відмітити те, що цілком природно існують проблеми, котрі стримують розвиток фінансового лізингу. До них, в основному, відносять:

1. Різні підходи до визначення понять фінансового лізингу у Законах України «Про фінансовий лізинг», «Про оподаткування прибутку підприємств» та ін., неузгодженість положень законодавства в цій сфері між собою, що може негативно вплинути не лише на договірні відносини між суб'єктами лізингу при розв'язанні конкретних правових спорів, а також і на оподаткування лізингових операцій. Адже розбіжності у визначеннях лізингу та деяких інших положеннях, між зазначеними законодавчими актами, можуть спричинити ситуацію, коли учасники лізингових відносин не зможуть довести податковим органам факт існування між ними саме лізингових правовідносин. Адже встановлення конкретного типу та механізму оподаткування багато в чому визначає зміст, доцільність та прибутковість лізингової операції.

2. Банківські кредити, від можливості отримання яких істотно залежить ефективність діяльності юридичних осіб, що здійснюють лізингову діяльність, мають переважно короткостроковий характер, а їх висока вартість є додатковим тягарем для лізингоодержувачів, які виплачують вартість кредитів у складі лізингових платежів. За цих умов, ефективним джерелом формування ресурсів для здійснення лізингової діяльності можуть стати амортизаційні відрахування.

3. Більш ефективною формою підтримки розвитку сільського господарства, яка б створювала менше можливостей для зловживань, могла би бути компенсація частини лізингових платежів певним категоріям лізингоодержувачів. При цьому усі фінансові ризики несли б лізингодавці, які були б більш вимогливими при відборі лізингоодерджувачів.

4. Одним із вагомих чинників, що перешкоджають розвитку фінансового лізингу, є положення Закону України «Про фінансовий лізинг», згідно із яким після закінчення дії фінансового лізингу предмет лізингу однозначно підлягає поверненню лізингодавцю, тоді як лізингоотримувача має право виплачувати вартість предмету лізингу у складі лізингових платежів. Отже, після сплати вартості предмету лізингу (чи її основної частини) під час дії договору лізингу, лізингоодержувач все одно повинен повертати предмет лізингу.

5. Під час здійснення лізингових операцій перед банками та іншими лізингодавцями постають проблеми, аналогічні проблемам у кредитуванні: недостатня кількість платоспроможних лізингоодержувачів, істотні ризики несвоєчасної плати за користування майном. Остання проблема зумовлена в першу чергу недостатнім нормативно-правовим захистом прав кредиторів.

Таким чином, подолання вказаних недоліків допоможе інтенсифікувати розвиток національної економіки завдяки збільшенню використання лізингових операцій в Україні.

Використані джерела:

1. *Закон України «Про фінансовий лізинг» від 16 грудня 1997 року // Відомості Верховної Ради України. – 1998. - №16. - Ст. 68.*
2. *Цивільний Кодекс України від 1 січня 2003 року // Голос України. - 2003.- 12 березня. - Ст. 5-28.*
3. *Барабаш А. Лізинг: поняття та особливості законодавчого визначення кола його суб'єктів // Право України. – 2001. - №2 – С. 27-29.*
4. *Грищенко О. Фінансовий лізинг: історія, сучасність та перспективи розвитку // Юридичний журнал. – 2006. - №3. // http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2192*
5. *Кисіль С. Істотні умови договору лізингу в Україні // «Правовий тиждень» - №23(96). - 3 червня 2008 р.*
6. *Ладюк О.Д. Розвиток лізингу в Україні: переваги та недоліки // Финансы, учет, банки. – 2008. - №14. – С. 59-66.*
7. *Різник В.С. Цивільно-правове регулювання лізингу в Україні: Автореф. дис... канд. юрид. наук / Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. — К., 2006. — 18 с.*
8. *Рябко Л. Правова природа договору лізингу. // Право України. - 2000. - №1. - ст. 45.*
9. *Свердлов І. Правове регулювання договору лізингу // Юридичний журнал. – 2004. - №3.*
10. *Січко Д.С. Правова природа лізингу в Україні: Автореф. дис... канд. юрид. наук / Львів. нац. ун-т ім. І.Франка. — Л., 2006. — 19 с.*
11. *Трофімова О.В. Правове регулювання лізингової діяльності: Автореф. дис... канд. юрид. наук / Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. — К., 2005. — 20 с.*
12. *Якубівський І.Є Договір фінансового лізингу: Автореф. дис... канд. юрид. наук: / Львів. нац. ун-т ім. І.Франка. — Л., 2003. — 17 с.*

Нечаева Ольга Владимировна
студентка 4-ого курса Института управленческих кадров
Академии управления при Президенте Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

ПОНЯТИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В МЕДИЦИНСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В предложенных современной цивилистикой определениях преобладает указание на то, что гражданско-правовая ответственность - это санкция за правонарушение, вызывающая для нарушителя отрицательные последствия в виде лишения субъективных гражданских прав либо возложения новых или дополнительных гражданско-правовых обязанностей, дальнейшие же рассуждения вокруг определения, как правило, строятся на рассмотрении проблем государственного принуждения, специфики самой санкции, а равно характере последствий ее реализации.

Гражданско-правовая ответственность обладает свойственным только ей комплексом особенностей, позволяющих отграничить ее от иных видов юридической ответственности.

Первая особенность – это ее имущественный характер. Применение гражданско-правовой ответственности всегда связано с возмещением убытков, взысканием причиненного ущерба, уплатой неустойки. Поскольку здоровье является объектом гражданских прав, относимым к личным неимущественным правам, то в сфере медицинской деятельности причинение вреда здоровью пациента затрагивает его личные неимущественные права. В случаях, когда допущенное правонарушение затрагивает личные неимущественные права или причиняет потерпевшему физические или нравственные страдания (моральный вред), применение гражданско-правовой ответственности будет означать присуждение потерпевшему лицу соответствующей денежной компенсации в форме возмещения убытков, морального вреда или взыскания причиненного ущерба [1, с. 21].

Во-вторых, ответственность по гражданскому праву имеет собственный субъектный состав, сторонами которого выступают участники гражданско-правовых отношений. Участниками правоотношений в сфере медицинской деятельности, с одной стороны, выступают только юридические лица и индивидуальные предприниматели, имеющие лицензию на осуществление медицинской деятельности [2, с. 34], с другой - физические лица (пациенты). Гражданско-правовую ответственность несут лечебные учреждения, а также медицинские работники, занимающиеся частной практикой. Специфика субъектного состава отношений и механизм осуществления медицинской помощи, таким образом, предполагают, что потерпевшим в результате правонарушения может являться только физическое лицо, а правонарушителем – лицо, наделенное специальной правоспособностью. Гражданско-правовая ответственность медицинских работников является частным случаем профессиональной ответственности в целом.

Признаком, следующим из компенсаторного (правовосстановительного) принципа гражданско-правовой ответственности, называют соответствие размера ответственности размеру причиненного вреда или убытков [3, с. 285]. Потерпевший, обращаясь за защитой нарушенного права непосредственно к нарушителю либо в юрисдикционный орган (административный орган, в суд общей юрисдикции), в первую очередь преследует не наказание и не воспитание правонарушителя, а восполнение неблагоприятных последствий его действий за счет ответственного лица.

В качестве общего правила гражданское законодательство обычно устанавливает полную ответственность нарушителя, т.е. полное возмещение причиненных потерпевшему убытков. Однако не всегда потерпевший и (или) его правопреемник может полностью удовлетворить свой интерес, поскольку законом или договором могут быть установлены некоторые ограничения в этом.

В первую очередь, ограничения могут касаться легитимности самого права потерпевшего на возмещение вреда, поскольку не всякое его причинение может повлечь гражданско-правовую ответственность. Вред здоровью может быть причинен пациенту врачом правомерно в рамках оказания соответствующей медицинской помощи. Кроме того, для определения легитимности права на возмещение вреда устанавливаются основания и условия ответственности (такие, как вина, противоправность деяния и причинно-следственная связь). Во-вторых, ограничения относятся к размеру ответственности, когда лицо вправе компенсировать свои убытки только в сумме, определенной договором или законом [4, с. 32-33].

Исходя из изложенного, гражданско-правовая ответственность в сфере медицинской деятельности, удовлетворяя характерным для категории гражданско-правовой ответственности основополагающим началам, все же обладает некоторой спецификой. Такая специфика обусловлена особенностями общественных отношений в рассматриваемой сфере и заключается в специальном субъектном составе рассматриваемых отношений и особенностях определения противоправности причиненного вреда [5, с. 47].

При формулировке определения гражданско-правовой ответственности в сфере медицинской деятельности следует отметить, во-первых, что гражданско-правовая ответственность есть санкция за правонарушение, вызывающая для нарушителя отрицательные последствия в виде лишения субъективных гражданских прав либо возложения новых или дополнительных гражданско-правовых обязанностей. Во-вторых, потерпевшим всегда является физическое лицо – человек, а причинителем вреда - медицинская организация, врач. В-третьих, ответственность наступает только за противоправный вред конкретному объекту – здоровью, т.е. за незапланированный вред. В-четвертых, ответственность наступает за противоправное причинение вреда, однако, учитывая возможность совершения врачебной ошибки причинение вред может выражаться в добросовестном заблуждении врачующего лица.

Таким образом, под гражданско-правовой ответственностью в сфере медицинской деятельности следует понимать санкцию за причинение вреда здоровью пациента врачующим лицом, вызывающую для последнего отрицательные последствия в виде лишения субъективных гражданских прав либо возложении новых или дополнительных гражданско-правовых обязанностей.

Использованные источники:

1. *Стеценко С.Г. Медицинское право: Учебник. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 21с.*
2. *Муравьева Е.В. Гражданско-правовая ответственность в сфере медицинской деятельности.: Дис к.ю.н. - М.: РГБ, 2003. – 34с.*
3. *Тархов В.А. Гражданское право: Курс: Общая часть. - Уфа, 1998. – 285с.*
4. *Тихомиров А.В. К вопросу об обязательствах вследствие причинения вреда здоровью при оказании медицинских услуг // Закон и право,2001. - № 8. – с.32-33.*
5. *Шевчук С.С. Правовое регулирование оказания медицинских услуг // Журнал российского права. 2001. N 2. – с.47.*

Нечипоренко Василь Віталійович
аспірант Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України,
Київ, Україна

ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕСТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ

Перестрахування як правовий інститут та економічне явище в Україні наразі регулюється Цивільним кодексом України, Законом України «Про страхування», Положенням Кабінету міністрів України «Про затвердження Порядку та вимог щодо здійснення перестрахування у страховика (перестраховика) нерезидента» та низкою інших підзаконних нормативно-правових актів. Згадані Закон та Кодекс, фактично, надають лише визначення перестрахування (при чому, в Кодексі як виду цивільно-правового договору, а в Законі як економічно-правового явища), не вдаючись до розроблених світовою практикою та зафіксованих в наукових джерелах методів та форм перестрахування. Відповідно, окремі суто формальні вимоги здійснення перестрахування врегулювані підзаконними нормативно-правовими актами. Окрім цього, правозастосування в сфері перестрахування має занадто багато проблемних питань, що заважають стрімкому розвитку цього правового інституту в Україні. На нашу думку, така ситуація вимагає змін з метою вдосконалення правового регулювання перестрахування, результатом якого повинно бути:

1) Усунення наявних прогалин та неузгодженостей в українському законодавстві, що регулює функціонування правового інституту перестрахування;

2) Стимулювання розвитку перестрахування в умовах світової фінансово-економічної кризи, що безумовно позначається на українському ринку страхування. Метою цього є уникнення значних труднощів, з якими зустрічаються українські страховики в процесі виконання своїх договірних зобов'язань з виплати страхових сум;

3) Створення додаткових нормативних важелів регулювання правовідносин перестрахування та страхування взагалі з метою:

а. вдосконалення системи гарантування виконання страховиками своїх договірних зобов'язань перед страхувальниками;

б. заохочення страховиків до роботи із ризиками з великою ймовірністю настання страхового випадку;

в. стимулювання українських страховиків до страхування екстраординарних і надвеликих об'єктів.

Для прикладу, корегуванню підлягає визначення договору перестрахування, яке дане законодавцем у статті 987 Цивільного кодексу України, а саме: «За договором перестрахування страховик, який уклав договір страхування, страхує в іншого страховика (перестраховика) ризик виконання частини своїх обов'язків перед страхувальником». Така дефініція – наслідок неврахування законодавцем особливостей форм і видів перестрахування під час формулювання правової конструкції даного договору, оскільки, відповідно до такого визначення, перестрахуванню можуть підлягати лише ризики за вже укладеними договорами страхування в минулому. Тобто, de jure виключається можливість укладення договору облігаторного та факультативно-облігаторного перестрахування, оскільки, воно спрямоване на здійснення перестрахування в майбутньому. В той же час, стаття 12 Закону України «Про страхування» містить більш прийнятне у порівнянні з попереднім визначення перестрахування, як страхування одним страховиком (цедентом, перестрахувальником) на визначених договором умовах ризику виконання частини своїх обов'язків перед страхувальником у іншого страховика (перестраховика) резидента або нерезидента, який має статус страховика або перестраховика, згідно з законодавством країни, в якій він зареєстрований». Таке формулювання певною мірою локалізує недолік зазначеного вище визначення договору перестрахування. Але, в будь-якому випадку, тут має місце конкуренція норм Цивільного кодексу України та Закону України «Про страхування».

Відповідно, склалася ситуація, коли найбільш розповсюджений у світі механізм облігаторного перестрахування на українському страховому ринку хоч і функціонує, але знаходиться у стані правової неузгодженості.

Також, однією з багатьох характерних рис нормативно-правового регулювання перестрахування в Україні є відсутність у законодавстві визначення поняття «сліп» та переліку інформаційних даних, що повинні міститися в цьому документі. На нашу думку, не зважаючи на усталену практику, питанню вимог, яким повинен відповідати сліп в Україні, має бути приділена увага на законодавчому рівні.

В цивільно-правовому значенні, сліп, de facto, виступає пропозицією до укладення договору прострахування, тобто «офертою», оскільки цей документ цілком підпадає під ознаки, визначені статтею 641 Цивільного кодексу України. На сьогоднішній день, укладення договору перестрахування як з національними цесіонаріями, так і з перестраховиками-нерезидентами, практично неможливе без попереднього складання та подальшого узгодження сліпа. Довготривала практика укладення договорів перестрахування багатьох країн визначила низку даних, які повинні міститися в сліпі. Тому, вбачається доцільним створити подібну модель сліпа, прийнятну для наших умов і закріпити її на правовому рівні у формі підзаконного нормативно-правового акта.

Окрім цього, на нашу думку, перестрахування як договір повинно детально регулюватися не лише засобами Цивільного кодексу України та Закону України «Про страхування», але й іншими нормативно-правовими актами, в яких доцільно було б визначити особливості процедури перестрахування ризиків, зосередити увагу на його видах, на нормативному рівні узагальнити окремі питання практики перестрахування і т.і. На нашу думку, найбільш вдалим механізмом втілення в життя даної мети було б прийняття окремої постанови Кабінету Міністрів України, яка б не лише в деталях регулювала перестрахування в Україні, але й завдяки можливості більш оперативного внесення змін до неї, могла б бути завжди актуальним регулятором правовідносин перестрахування. До 2004 року український ринок перестрахування мав такий регулятор: Постанову Кабінету міністрів України «Про затвердження Положення про порядок здійснення операцій з перестрахування» за номером 1290 від 24.10.1996 року. Але ця Постанова містила лише окремі питання укладення договорів перестрахування (здебільшого щодо формальних вимог) і не мала в своєму змісті детальної і послідовної інформації про перестрахування страхових ризиків.

Вказана Постанова Кабінету міністрів України була скасована Постановою Кабінету міністрів України «Про затвердження Порядку та вимог щодо здійснення перестрахування у страховика (перестраховика) нерезидента» за номером 124, що була прийнята 4 лютого 2004 року. Даний діючий нормативно-правовий акт регулює, знову ж таки, лише окремі аспекти перестрахування за участі іноземного цесіонарія. Фактично, це звужений за змістом варіант попередньої Постанови, орієнтований лише на частину договорів перестрахування.

Отже, навіть стислий та вибірковий огляд винесеної проблеми показує нагальну потребу у вдосконаленні цивільно-правового регулювання перестрахування в Україні.

Нечипорук Алла Михайлівна
студентка 1-го курсу магістратури
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ВЧИНЕННЯ ПРОТЕСТІВ ВЕКСЕЛІВ

В даний час основу законодавства України про вексельний обіг становлять міжнародні правові акти. До сфери регулювання національного законодавства України відноситься встановлення особливостей застосування на території України правових норм, закріплених

Женевськими конвенціями, а також вирішення питань, які не врегульовані конвенціями. Міжнародні законодавчі акти, які регулюють вексельний обіг, встановлюють лише основи та загальні правила виконання вексельних зобов'язань. Особливості та безпосередній порядок виконання вексельних зобов'язань встановлюється національним законодавством.

Відносини, пов'язані з виконанням вексельних зобов'язань в добровільному порядку, регулюються нормами Конвенції. Що стосується виконання вексельних зобов'язань в примусовому порядку, то вони регулюються національним законодавством України, яке встановлює порядок примусового виконання вексельних зобов'язань.

На сьогодні використання векселів суб'єктами підприємницької діяльності набуло досить широкого розповсюдження. Такий розвиток вексельного обігу обумовлений наявністю кількох причин. Серед них можна назвати такі, як: відсутність у суб'єктів підприємницької діяльності обігових коштів;

- певні особливості векселя як цінного паперу;
- розширення кола потенційних учасників вексельних правовідносин.

Серед особливостей, які приваблюють суб'єктів підприємницької діяльності у використанні векселя, насамперед можна виділити таку, як достатньо широке коло зобов'язаних осіб за векселем. Вексель передбачає можливість виконання вексельного зобов'язання не лише векселедавцем (акцептантом) за векселем, а й іншими зобов'язаними за векселем особами, якими виступають попередні держателі векселя (індосанти), а також поручителі (авалісти).

Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі не дає формального визначення векселя, а лише вимагає наявності в його тексті реквізитів. Про те, стаття 14 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» визначає, що вексель — це цінний папір, який посвідчує безумовне грошове зобов'язання векселедавця або його наказ третій особі сплатити після настання строку платежу визначену суму власнику векселя (векселедержателю).

Необхідною умовою для реалізації векселедержателем свого права регресу є здійснення протесту векселя.

В літературі зустрічається багато точок зору щодо визначення протесту векселя. Деякі вчені визначають зазначену нотаріальну дію як офіційне засвідчення вимоги платежу та його неотримання. При цьому наголошується, що протест – це нотаріальна засвідчена вимога про: платіж, акцепт, датування акцепту, датування пред'явлення векселя, за яким платіж здійснюється у визначений строк від пред'явлення та неотримання всього перерахованого.

Під протестом слід розуміти офіційно посвідчену вимогу платежу і його неотримання. Протест векселя – це нотаріальна дія, яка офіційно підтверджує факти, з якими пов'язано виникнення правових наслідків.

Функції, які виконує протест в регулюванні вексельних правовідносин, можна визначити виходячи зі змісту ст. 44 Уніфікованого закону. Основною і, на мій погляд, єдиною функцією протесту є засвідчення певного факту, який має місце в процесі вексельного обігу, а саме: відмови основного боржника від акцепту (недатування акцепту) або платежу за векселем, а також відмови особи, в якої знаходиться оригінал векселя, передати його держателю копії векселя.

Виходячи з функції, яку виконує протест у вексельних правовідносинах, протест можна визначити як офіційне загальновизнане засвідчення відмови основного боржника вчинити певні дії з оплати або акцепту векселя або відмови особи передати оригінал векселя держателю копії. Нотаріальним таке засвідчення можна назвати лише щодо країн, в яких вчинення протесту здійснюють нотаріуси. В різних країнах протест може здійснюватися різними органами. Так, відповідно до Закону Німеччини «Про векселі», прийнятому у 1993 році, протест може провадитися нотаріусом чи судовим чиновником.

Сьогодні не можна говорити про протест як про дію, спрямовану на надання векселю виконавчої сили, оскільки сам по собі вексель після вчинення протесту не стає підставою для стягнення заборгованості за векселем, а стає лише підставою для вчинення виконавчого

напису. Крім того, опротестований вексель не є виконавчим документом, а стягнення заборгованості за таким векселем провадиться майже у всіх випадках (за виключеннями встановленими окремими законами) лише на підставі виконавчого напису.

Отже, протест можна розглядати як публічне засвідчення певного ексцесу вексельного обороту.

Право вчинення протесту векселів мають як приватні нотаріуси, так і державні.

Нижник Надежда Степановна,
доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры теории государства и права
Санкт-Петербургского университета МВД России,
Санкт-Петербург, Российская Федерация

ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЯ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ СЕМЬИ И БРАКА В УСЛОВИЯХ СТАНОВЛЕНИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РЕСПУБЛИКИ СОВЕТСКОГО ТИПА

Трансформация политической системы общества после Октября 1917 г. привела к смене многих правовых институтов. Неизбежно перемены коснулись и семейного права: правовой статус мужа, правовое положение жены и детей претерпели существенные изменения. Уже в первые дни советской власти были предприняты попытки законодательно закрепить принципиально новый взгляд на брак и семью.

Идеологической основой законодательства в области семейного права являлись марксистские представления о браке, которые четко выражены в работе Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства». Буржуазный брак, по Энгельсу, основан на экономическом подчинении жены мужу как кормильцу семьи. В результате общественного переворота, отмечал Энгельс, положение женщины изменится: она перестанет продаваться мужчине за деньги в жены, поскольку тоже сможет участвовать общественном производстве. Достигнутое равноправие мужчины и женщины приведет к тому, что браки будут заключаться по взаимной склонности, а ведение домашнего хозяйства, уход за детьми и их воспитание возьмет на себя государство. Если женщина почувствует склонность к другому мужчине, ничто теперь не должно помешать ей оставить прежнего и заключить новый брак.

Первыми актами, положившими начало советскому семейному праву, были Декреты ВЦИК и СНК РСФСР от 18 декабря 1917 г. «О гражданском браке, о детях и о ведении книг актов состояния» и от 19 декабря 1917 г. «О расторжении брака». В Декретах содержались новые нормы о браке, семье, отношениях супругов, родителей и детей. Институт брака, на протяжении всей истории российского государства находившийся под юрисдикцией церкви, передавался в ведение светских органов. Юридически значимым государство признавало гражданский брак, а церковный брак, как отмечалось в Декрете от 18 декабря 1917 г., становился частным делом трудящихся. Принятый 20 января 1918 г. Декрет СНК «Об отделении церкви от государства и школы от церкви» окончательно закрепил положение о том, что акты гражданского состояния ведутся исключительно гражданской властью: отделами записи браков и рождений в новых советских органах – органах записи актов гражданского состояния.

Лица, желавшие заключить брак, должны были устно или письменно заявить об этом «по месту своего пребывания» органам загса. При вступлении в брак были уничтожены многие ограничения, существовавшие ранее: теперь не требовалось согласия на брак родителей, не имели значения сословная принадлежность, отношение к расе и религии. Устанавливались

моногамная форма брака и возраст вступления в него: для мужчин – 18 лет, для женщин – 16 лет.

Дети, рожденные в браке, и внебрачные дети законом были уравнены в правах и между собой, и во взаимоотношениях с родителями. Отцом и матерью ребенка считались мужчина и женщина, подавшие в органы загса заявление об этом и «давшие соответствующую в том подписку». Виновные в даче заведомо ложных сведений привлекались к уголовной ответственности, а запись признавалась недействительной. Установление отцовства допускалось в судебном порядке.

По желанию одного или обоих супругов устанавливался свободный развод. Вопрос о разводе должен был рассматриваться судом, но при наличии обоюдного согласия супругов мог быть оформлен и загсом.

16 сентября 1918 г. ВЦИК принял «Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве» (КЗАГС). Это был первый кодекс в истории советского права. КЗАГС включал в себя все принципиальные положения декабрьских декретов, на основе которых подробно регулировал семейно-брачные отношения. Однако ни в одном советском нормативном правовом акте: ни в декретах, ни в кодексе – не оказалось точной формулировки дефиниции «брак». Необходимость определения брака в законодательстве была очевидна, именно поэтому внимание к центральной категории семейного права не ослабевало. Однако хотя в первые годы советской власти не было ни одного заседания, ни одной комиссии НКЮ, СНК, где бы Народный комиссариат внутренних дел не выдвигал вопроса о необходимости определения брака [1, с. 228], дефиниция так и не была сформулирована. Наркомат по внутренним делам РСФСР не только поднимал этот насущный вопрос в компетентных органах, но и сам разработал проект определения брака [2], который, правда, так и не нашел своего закрепления в законодательстве.

Несмотря на отсутствие в законодательстве четкой категории «брак», нормативно-правовые акты первых лет советской власти и юридическая практика дают возможность выделить основные признаки брака в понимании законодателя того времени.

Марксистские представления о браке были неразрывно связаны с утверждением, что основой брака должна быть взаимная склонность мужчины и женщины друг к другу, любовь. Один из авторов проекта кодекса законов о брачном, семейном и опекунском праве от НКВД В. П. Верховский подчеркивал необходимость «индивидуальной половой любви в браке» [2, с. 23], а на сессии ВЦИК в 1925 г. эта мысль была сформулирована таким образом: «Брак основан на взаимном притяжении, на культурном и идейном единомыслии и на половых отношениях» [1, с. 246].

Наличие склонности или хотя бы хорошего отношения супругов друг к другу было не формальным требованием к браку, а серьезной установкой в судебной практике. Работники суда Витебского губернского отдела юстиции, например, при решении практических вопросов исходили из утверждения, что «брак есть свободное сожительство двух лиц» [6, с. 298]. Примером серьезной оценки роли взаимоотношений супругов может служить одно из определений Гражданской Кассационной коллегии Верховного Суда РСФСР, в соответствии с которым брак был признан прекращенным на основании того, что муж умершей женщины тиранил ее, бил и тратил ее заработок. Наследственные права за мужем, пережившим супругу, Кассационной коллегией в этом случае признаны не были [11].

Регистрация брака была признана обязательной. Статья 52 КЗАГС утверждала, что только зарегистрированный в отделе записи актов гражданского состояния брак порождает права и обязанности супругов, установленные в разделе II Кодекса. Правда, различий в правовом положении зарегистрированных супругов и незарегистрированных было немного: в ст. 107 КЗАГС было закреплено право на получение содержания нуждающимся супругом (в качестве которого мог рассматриваться неимеющий прожиточного минимума и нетрудоспособный) от другого, «если последний в состоянии». Фактически институт супружеской обязательной взаимопомощи реализован не был: имущественная

самостоятельность населения в первые годы советской власти была настолько низка, что заработки с трудом могли удовлетворить потребности одного человека, поэтому оснований для предположения возможности существования двоих на один заработок практически не имелось [7, с. 128].

Противоречили букве КЗАГСа и официальное толкование статей Кодекса, и судебная практика. Так, в 1922 г. в «Еженедельнике советской юстиции» о содержании отдельных положений КЗАГСа было сказано следующее: «Статья 52 не имела намерения поразить притязания незарегистрированной жены, и она должна признаваться имеющей все те права по имуществу, как и та, брак которой оформлен» [9, с. 5]. Судебная практика подтверждала это положение. «Советское государство не навязывает обязательной регистрации брачных отношений», – определял Высший Судебный Контроль по одному из рассмотренных гражданских дел. К тому же «практика народных судов знает многочисленные случаи признания прав на имущество, ...когда супруг умершего, хотя и не был зарегистрирован, но фактически был супругом» [8, с. 5].

Пренебрежение к действующей норме закона объяснимо в контексте господствовавшей в обществе идеи о том, что регистрация брака – пережиток, со временем она исчезнет, а на данном этапе развития государства она должна осуществлять функцию борьбы с церковным браком.

Попытки разрушить дореволюционные представления о семье и браке в первые годы советской власти были очевидны как в законодательной деятельности, так и в реальных отношениях между мужчиной и женщиной. Лидеры коммунистического движения, проповедовавшие свободную любовь, внесли свой немалый вклад в процесс замены традиционных семейных ценностей идеологическими догмами и понятиями о человеческом счастье, перечеркнувшими тысячелетний опыт российского народа. Александра Коллонтай с энтузиазмом отмечала, что Советская Россия «представляет собой опытное поле, на котором выявляются в разнообразных формах брачные отношения, ближе отвечающие идеалам пролетарского класса и будущего коммунистического общества. …Многих пугает та свобода, которая намечается во взаимоотношениях между полами. Но при всех уклонах и временном извращении новой пролетарской правды во взаимоотношениях между полами чувствуется свежее здоровое веяние, говорящее о том, что прежний мещанский взгляд на семью и брак бесповоротно отмирает, нарастает и создается новая половая мораль, отвечающая интересам трудового коллектива» [4].

Новая мораль молодого поколения строителей коммунизма могла быть выражена лозунгом «Долой стыд!», а любовь (в ее традиционном понимании) в соответствии с этой моралью была объявлена «буржуазным предрассудком». Во многих провинциальных городах России имел хождение «Декрет о социализации женщин», в одном из вариантов которого, в частности, указывалось: «С 1 мая 1918 г. все женщины с 18 до 32 лет объявляются государственной собственностью. Всякая девица, достигшая 18-летнего возраста и не вышедшая замуж, обязана под страхом строгого взыскания и наказания зарегистрироваться в бюро «свободной любви» при комиссариате призрения. Зарегистрированной в бюро «свободной любви» предоставляется право выбора мужчины в возрасте от 19 до 50 лет себе в сожители... Мужчинам в возрасте от 19 до 50 лет предоставляется право выбора женщин, записавшихся в бюро, даже без согласия на то последних, в интересах государства. Дети, произошедшие от такого сожительства, поступают в собственность республики» [10, с. 4–5].

В точном соответствии с этим законом действовали органы новой власти города Владимира, которые заявили, что «после 18-летнего возраста всякая девица объявляется государственной собственностью. Если она не вышла замуж, то обязана встать на учет в бюро свободной любви» [3]. Регистрация давала право один раз в месяц выбирать мужа. Мужчина мог получить «даму сердца», не считаясь с ее мнением [3]. В Саратове было объявлено, что частная собственность на женщин отменяется, и представительницы слабого пола становятся общественным достоянием [3], а в Пермской губернии советские органы в

1918 г. выдавали удостоверения следующего содержания: «Настоящим удостоверяем, предъявитель сего... уполномачивается на право приобретения себе барышни, и никто ни в коем случае не может сопротивляться, на что даются ему широкие полномочия...» [6, с. 300].

Лозунг Инессы Арманд, воспевающий мимолетные связи и возводившей половую распущенность в ранг завоеванных революцией свобод, быстро овладел умами и сердцами молодого поколения. Охваченная революционным порывом молодежь решала проблему отношений мужчиной и женщиной крайне просто. На комсомольском собрании «слушали о половых сношениях. Постановили: половых сношений избегать нельзя. Если не будет половых сношений, то не будет мировой революции» [3].

С точки зрения марксистской идеологии и нового быта отношения между мужчиной и женщиной вообще и брак в частности следовало «ценить и поддерживать только... по взаимной склонности и только до тех пор, пока эта склонность продолжается» [2, с. 4].

Не случайным в этой связи является акцентирование внимания в характеристике брака на полной свободе разводов. Советские граждане уже с декабря 1917 г. в соответствии Декретом о расторжении брака получили свободу разводов. Для того чтобы получить развод, достаточно было желания одного из супругов. Граждане не замедлили воспользоваться предоставленной свободой. Народные судьи Усть-Медведицкого округа в 1921 г. сообщали в Наркомюст: «Наблюдается … интенсивное предъявление исков о расторжении брака без всякой основательной причины, а просто по одному только чисто животному влечению, ибо в законе нет никакого ограничения в этом отношении» [6, с. 300].

Большое количество разводов, используемых крестьянством «исключительно в корыстных целях», зафиксировал Президиум Губернского Совета народных судей Вологодского судебного округа [6, с. 300], а отдел юстиции Смоленского губисполкома обратил внимание на злоупотребления на почве разводов, граничащие с преступлениями: «Мужчины при такой свободе имеют возможность обольстить и сделать несчастными какое угодно количество девушек, поочередно прибегая к бракам и разводам неопределенное число раз» [6, с. 301].

Реалии семейной жизни советских граждан находили свое отражение в прессе. «В нашей среде замечается определенная распущенность в вопросах взаимоотношений между парнем и девушкой. У нас считается признаком хорошего тона расходиться после небольшого промежутка времени», – отмечала московская газета «Молодой ленинец» [5], а «Вятская правда» сообщала о событиях в российской глубинке: «В деревне Осетровской Иван Иванович Осколков с Иваном Павловичем Шитовым переменились женами. Кроме бабы Шитов получит от Осколкова корову в придачу» [12, с. 22].

Таким образом в первые годы советской власти шел процесс формирования механизма правового регулирования отношений в сфере семьи и брака, закрепления правового статуса членов семьи и процессуальных гарантий его реализации. Государство пыталось законодательно зафиксировать новую идеологию семьи и брака, новые представления о роли и месте женщины в социалистическом обществе. При этом жизненные реалии зачастую опережали законодательные парадигмы либо принципиально не совпадали с ними.

Использованные источники:

1. ВЦИК XII созыва. Вторая сессия. Стенографический отчет. М., 1925.

2. Верховский П. В. Новые формы брака и семьи по советскому законодательству. С приложением проекта нового кодекса законов о брачном, семейном и опекунском праве, разработанного Народным комиссариатом внутренних дел. Л., 1925.

3. Вилькоцкий В. Комбесстыдство // Огонек. 1997. № 44.

4. Коллонтай А. Быт и семья // Огонек. 1923. № 20.

5. Молодой ленинец. 1924. 10 мая.

6. Нижник Н. С. Государственно-правовое регулирование в сфере семейно-брачных отношений в первые годы Советской власти // Актуальные проблемы теории и истории государства и права: Материалы IV международной научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 24 декабря 2004 г. / Под общ. ред. В. П. Сальникова, Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник. СПб., 2004.

7. Полянский П. Л. Отечественное брачно-семейное законодательство: от КЗАГСа 1918 года до наших дней // Журнал российского права. 1997. № 10.
8. Приградов-Кудрин А. Брачное право и наследование // Еженедельник советской юстиции. 1922. № 12.
9. Рындзюнский Г. Вопросы действующего семейного права // Еженедельник советской юстиции. 1922. № 8.
10. Социализация женщин. Пг., 1918.
11. Судебная практика РСФСР. 1930. № 7.
12. Яговкин И. Оргазм в стиле ретро // Московский комсомолец. 1998. 5–12 февраля.

Оксанюк Наталія Миколаївна
магістр юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРИНЦИПИ УНІДРУА ЯК РЕЗУЛЬТАТ УНІФІКАЦІЇ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

Вперше ідею про можливість створення на міжнародному рівні документу, який би встановив єдину базу для розуміння безлічі типових застережень та звичаїв, вироблених зацікавленими діловими колами з метою достатнього і, можливо, вичерпного регулювання відносин міжнародної торгівлі, було висловлено на міжнародному колоквіумі, що відбувся в Римі в квітні 1968 р. на святкуванні сорокової річниці створення УНІДРУА. У 1971 р. Адміністративна Рада УНІДРУА включила до робочої програми інституту завдання на створення документу, який уніфікував би загальні засади договірного права міжнародної торгівлі.

Для розробки проекту, що отримав спочатку назву «Прогресивної кодифікації міжнародного торгівельного права» було створено ініціативний комітет в складі професорів Р.Давида (Франція), К.Шмітгоффа (Англія) і Т.Попеску (Румунія), які репрезентували правові сім'ї цивільного, загального і соціалістичного права. У 1980 р. для розробки розділів Принципів засновано спеціальну робочу групу з експертів права міжнародної торгівлі та зобов′язального права з усіх основних правових систем світу – вчених, висококваліфікованих суддів та державних службовців. Всі ці особи діяли лише від свого власного імені та не репрезентували офіційно позицію вітчизняної держави. З їх числа було призначено доповідачів за окремими розділами Принципів. Проекти розділів, надані доповідачами, обговорювались всією робочою групою та Адміністративною Радою УНІДРУА на її щорічних сесіях, надсилались широкому колу експертів, а також урядам 56 країн – членів УНІДРУА. Редагування тексту здійснив редакційний комітет за допомогою Секретаріату УНІДРУА.

Передісторія Принципів тісно пов’язана з CISG, прийнятою в 1980 р. на дипломатичній Конференції ООН у Відні, в якій брали участь представники 62 держав та 8 міжнародних організацій. М.Бонель називає CISG «найкращим, чого можна було досягти в галузі торгівельного права на законодавчому рівні». Саме неможливість розробити на цьому рівні більш ґрунтовний документ призвела до відмови від ідеї створення всесвітньої конвенції, яка встановлювала би загальні норми договірного права міжнародної торгівлі.

Як наголошує окремі вчені, з національних правових актів на розробників Принципів найбільше вплинули сучасні – такі як UCC США, Звід (другий) договірного права США, ЦК Алжиру 1975 р., проекти ЦК Нідерландів, та новий ЦК Квебеку. Втім, це твердження про Принципи взагалі. А.Фарнсворт пише, що відшукування «національного коріння» конкретних положень Принципів УНІДРУА є, майже завжди, «ризикованою, якщо не невдячною справою».

Принципи УНІДРУА дозволили досягти вражаючого синтезу права міжнародної торгівлі, конструктивного примирення різних правових традицій в інтересах міжнародного ділового співтовариства. Мабуть саме тому автори Принципів УНІДРУА у «Вступному слові» зауважили, що вони «навмисно намагалися запобігти використанню термінології, яка є властивою будь-якій одній правовій системі…коментарі принципово утримуються від посилання на національне право із тим, щоб роз'яснити походження та смисл рішення…лише у тих випадках, коли норму було запозичено більш-меньш буквально з Конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів», надається пряме посилання на її джерело». Крім CISG на розробників Принципів вплинуло багато міжнародних документів, e.g. – ІНКОТЕРМС, Загальні умови постачання (і спорудження) заводів та обладнання Економічної Комісії ООН для Європи.

Остаточний текст документу було затверджено Адміністративною Радою УНІДРУА 15 травня 1994 р. Робоча група розроблювала Принципи англійською, однак зараз вони існують в п'яти офіційних мовних версіях (англійській, іспанській, італійській, німецькій та французькій). Повну версію Принципів було перекладено ще на сім мов – арабську, голландську, китайську, португальську, російську, словацьку та чеську, версію без коментарів – на болгарську, угорську, індонезійську, корейську, перську, сербсько-хорватську, фламандську та японську.

Опанасик Владислав Володимирович
студент другого курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ДЕФЕКТ ВОЛІ ТА ВОЛЕВИЯВЛЕННЯ

Даній проблемі науковці приділяють певну увагу, проте фактично мало хто вдається в суть даного поняття та розкриває його зміст. Відповідність волі та волевиявлення – одна з умов дійсності правочинів, причому поняття «воля» не є чітко визначеним, що робить дану умову надзвичайно гнучкою, що часто слугує причиною для різного роду зловживань.

Існує дві сторони в правочині: внутрішня та зовнішня – суб'єктивна та об'єктивна. Остання розглядається як втілення назовні суб'єктивної сторони. Її називають волевиявленням – дією, що спричиняє виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків, тобто зовнішнім проявом волі. В.П. Шахматов зауважує, що волевиявлення регулюється свідомістю і є результатом не лише вольового, а й інтелектуального процесу. Будь-яке волевиявлення являє собою органічне поєднання внутрішнього та зовнішнього, їх єдність.

Нерідко виникає питання про те, чому слід надати перевагу при встановленні дійсності правочину – істинній волі чи її зовнішньому прояву. Судження розбігаються. Зрозуміло, що воля суб'єкта повинна бути розпізнаваною для інших і це визначається по волевиявленню. В даному міркуванні ми виходимо із презумпції правильності волевиявлення. Але будь-яка презумпція може бути спростована. Не можна не враховувати дійсний склад волі, не можна не встановлювати справжні наміри суб'єкта, формально засновуючись на волевиявленні, оскільки сама можливість оспорення правочину говорить про те, що законодавець виходить із необхідності відповідності волевиявлення дійсним намірам сторін.

Вольова теорія Савіньї та Віндшейда проголошувала волевиявлення лиш засобом для розпізнавання волі, проти чого виступив К. Маркс. Вольова теорія в ракурсі правочину виходить з того, що значення має не те, що сказано, а те, що малось на увазі. Теорія Ієрінга, Годеме та інших вчених стверджувала протилежне: правочин визнавався дійсним, навіть якщо він був вражений внутрішніми дефектами. З'явилася об'єднуюча для цих теорій теорія довіри Дернбурга, спроба замінити вказану проблему проблемою підстави: суб'єктивної

(усвідомлення змісту) та об'єктивної (існуючі обставини). Правочин, згідно з нею, не міг визнаватися недійсним, якщо не коливається об'єктивна підстава.

Оскільки воля – єдиний процес психічного регулювання, то дефект волі виникає зазвичай не тоді, коли відбувається вчинення правочину (психічне регулювання втілюється в дії), а на стадіях внутрішнього вольового процесу. Як правило, він відбувається на стадії прийняття рішення в результаті допущеної помилки чи стороннього впливу. Не можна ігнорувати помилку в інтелектуальній оцінці. Але так як ця оцінка формує волю, то допустимо говорити про неї та її дефекти, а про дефект волевиявлення говорити не можна (окрім випадків неправильного оформлення правочинів). Але й не варто забувати про хибне волевиявлення, засноване на хибній волі. Інша справа, що в рамках дефекту волі необхідно розрізняти дефект наміру від дефекту рішення. Якщо воля сформована неправильно, закон не надає перевагу волевиявленню, хоча, знову-таки, багато вчених оспорюють даний підхід.

Якщо розуміти волю глибоко, вирази «відповідність волі та волевиявлення» та «єдність волі та волевиявлення» ставляться під великий сумнів. Про єдність можна говорити лише в плані нерозривного зв'язку, а щодо відповідності, то вона лише відноситься до бажання, наміру, але не до волі вцілому, оскільки психічне регулювання, багато його елементів, не можна вважати відповідними волевиявленню. Варто говорити лише про відповідність або невідповідність волевиявлення вольовому наміру, чи засноване воно на вільному вольовому рішенні. Таким чином, принципу відповідності волі та волевиявлення фактично не існує, існує лише принцип відповідності рішення наміру.

Рамки даної роботи не дозволяють зупинитися на всіх випадках дефекту волі, тому я висвітлю лише найпроблемніші.

Вплив на учасника правочину з метою його вчинення є протизаконним. Відбувається дефект волі в плані її формування. Тоді даний учасник має право на оскарження даного правочину. Він може бути визнаним недійсним з дня його вчинення. Але якщо правочин не буде оскаржено в межах строків позовної давності, відбувається «ретроакція» (дефект волі компенсується рішенням не оскаржувати правочин і погодитися зі здійсненим волевиявленням).

Законодавець не включає до переліку дефектів волі намір добитися протиправного результату. Дефект волі в удаваних правочинах полягає у направленості психічного регулювання на приховання дійсних намірів. А воля сама по собі є психічним процесом. Тобто вчинок суб'єкта відповідає наміру і даний правочин є дійсним. В цьому і полягає помилка законодавця.

Проблема помилки та обману. Помилкою вважається невідповідність між волею та її проявом. Але як зауважив І.Б. Новицький, це все одно є дефектом волі, а не волевиявлення, оскільки саме воля неправильно сформувалася внаслідок помилкового уявлення про правочин, що укладається. Правові наслідки введення однією стороною правочину іншу в оману передбачені у законодавстві.

Правочини, вчинені під впливом насилля можуть бути визнані судом недійсними. Дефект волі в даному випадку формується шляхом психічного або фізичного примусу і особа керується страхом або небезпекою. Власне я схиляюсь до підходу Н.В. Рабінович про те, що при застосуванні будь-якого насилля не має місця ні воля, ні волевиявлення, особа, на яку здійснюється вплив фактично є суб'єктом без власної волі. Тобто дії особи контролюються не нею.

Існує надзвичайно цікава проблема щодо формування у суб'єкта дефекту волі внаслідок умисного впливу третьої сторони. Це не підпадає ні під категорію обману суб'єкта контрагентом, ні під категорію помилки. Довгий час дане питання залишалося відкритим. Але згодом було введено таку цивільно-правову категорію як «дефект детермінант волі». Вона передбачає соціально обумовлений психофізичний стан особи, виникненню якого сприяли не класичні детермінанти (інтерес, потреба, мотив), а вплив іншого суб'єкта правовідносин, що не має ознак тиску та спричиняє вільне волевиявлення особи. Тобто ми

говоримо про укладання договорів, укладення яких є необхідною умовою укладання іншого правочину, чи своєрідним зобов'язально-правовим способом виконання зобов'язань.

Існує ряд інших ситуацій укладання, що містять дефекти волі стосовно природи або об'єкта правочину, але вони є менш поширеними і менш суттєвими ніж вищеописані.

Підсумовуючи, зазначу, що досліджувана проблема є надзвичайно гострою та поширеною на практиці, що зумовлено неоднозначністю підходів до розуміння волі та її формування. Часто це слугує джерелом маніпуляцій для зацікавлених осіб, тому варто якомога чіткіше, однозначніше та категоричніше зафіксувати вирішення проблемних ситуацій у законодавстві з метою підвищення надійності цивільного обороту.

Використані джерела:

1. *Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Юр. лит., 2006;*
2. *Черепахин Б.Б. Труды по гражданскому праву / Б.Б. Черепахин. – М.: Статут, 2001*
3. *Филиппов А.Н. История русского права: Издание для слушателей автора. Часть I. Выпуск II / А.Н. Филиппов. – Юрьев: Типография К. Маттисена, 1906.*
4. *Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление (очерки теории, философии и психологии права). - Душанбе, ¨Дониш¨, 1983;*
5. *Мындря Д.И. Недействительность сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 : Екатеринбург, 2003*
6. *Шахматов В.П. Учение о правовых нормах (общетеоретический и цивилистический аспекты) : Библиографическое пособие. Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та. 1985.*
7. *Рабинович Н.В. Недействительность сделок и её последствия. - Издательство Ленинградского университета: 1960*

Оприско Микола Васильович
асистент кафедри цивільного права і процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ВІДЧУЖЕННЯ ЧАСТКИ В СТАТУТНОМУ КАПІТАЛІ ТОВАРИСТВ З ОБМЕЖЕНОЮ ТА ДОДАТКОВОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

Як і інші об'єкти цивільних прав, частка в статутному капіталі товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю має певну оборотоздатність, тобто може відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку, встановленому законодавством (ст. 147 Цивільного кодексу України та ст. 53 Закону України «Про господарські товариства»).

Учасник товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю має право продати чи іншим чином відступити свою частку в статутному капіталі чи її частину одному або кільком учасникам цього товариства, а за відсутності заборони у статуті – також і третім особам. При цьому в товариствах з обмеженою та додатковою відповідальністю виявляються значні особливості, зумовлені складною правовою природою частки учасника таких товариств.

В цивілістичній літературі щодо правової природи частки учасника існує кілька позицій. Більшість авторів визнають зобов'язально-правовий характер частки. Вони вважають, що частка в статутному капіталі товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю визначає обсяг зобов'язальних вимог, які належать учаснику стосовно товариства. Інші вчені вважають частку учасника різновидом об'єктів майнових прав. Деякі цивілісти розглядають частку як ідеальну частину в праві власності на майно товариства. Проте, на мою думку найбільш обґрунтованою є позиція, згідно з якою частка в статутному капіталі товариства є самостійним об'єктом цивільних прав, що включає комплекс майнових та немайнових

(управлінських) прав учасника стосовно товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, який є нічим іншим, ніж сукупністю корпоративних прав [1, с. 176].

Законодавець вживає кілька термінів для позначення переходу частки в статутному капіталі товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю: «продаж», «відступлення», «відчуження». Слід погодитися з В.М. Кравчуком, який вважає поняття «відчуження» та «відступлення» синонімами і пропонує вживати єдиний термін «відчуження», різновидом якого є продаж частки [2, с. 172].

Тому під відчуженням корпоративних прав у товариствах з обмеженою та додатковою відповідальністю слід розуміти будь-який заснований на договорі їх перехід від однієї особи до іншої, який може опосередковуватися різними договірними конструкціями: купівля-продаж, міна, дарування тощо.

Особливий характер товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, в якому особистісні відносини між учасниками мають важливе значення, зумовлює законодавче обмеження права учасника на продаж своєї частки. Попри можливість встановлення у статуті товариства прямої заборони на відчуження частки третім особам, законом передбачений додатковий засіб, спрямований на обмеження можливої зміни складу учасників товариства і появи в ньому третіх осіб – переважне право купівлі частки [3, с. 272].

Відповідно до ч. 2 ст. 147 Цивільного кодексу України та ст. 53 Закону України «Про господарські товариства» учасники товариства користуються переважним правом купівлі частки (її частини) учасника пропорційно до розмірів своїх часток, якщо статутом товариства чи домовленістю між учасниками не встановлений інший порядок здійснення цього права. Якщо учасники товариства не скористаються своїм переважним правом протягом місяця з дня повідомлення про намір учасника продати частку (її частину) або протягом іншого строку, встановленого статутом товариства чи домовленістю між його учасниками, частка (її частина) учасника може бути відчужена третій особі.

В роз'ясненнях вищих судових інстанцій прослідковується неоднаковий підхід до визначення кола договорів про відчуження частки в статутному капіталі товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю, на які поширюється переважне право купівлі (зокрема, згідно з п. 31 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008р. «Про практику розгляду судами корпоративних спорів», як купівлю-продаж частки (її частини) у статутному капіталі товариства необхідно розуміти також і передання її у власність за договором міни). Однак при вирішенні даного питання слід погодитися з думкою І.Саракун, яка вважає, що переважне право поширюється лише на випадки продажу частки, а відчуження частки на інших підставах (міна, дарування) не обмежується цими правилами [4, с. 140].

Ч. 3 ст. 147 Цивільного кодексу України передбачено новелу, яка знайшла своє втілення і в новій редакції ст. 53 Закону України «Про господарські товариства» - частка в статутному капіталі товариства може бути відчужена і до повної сплати її вартості, але лише в частині, яка була сплачена.

В актах цивільного законодавства відсутнє чітке визначення моменту переходу прав та обов'язків від особи, яка відчужила частку до її набувача за договором в товаристві з обмеженою та додатковою відповідальністю. Немає визначеної позиції щодо цього питання і в цивілістичній науці. Аналіз чинного законодавства та думок науковців дає підстави виділити три підходи до визначення такого моменту. Перший підхід пов'язує момент переходу прав та обов'язків від особи, яка відчужила частку до її набувача в товариствах з обмеженою та додатковою відповідальністю з моментом державної реєстрації змін до установчих документів товариства. Відповідно до другого підходу, перехід відбувається в момент прийняття рішення про внесення змін до установчих документів товариства у зв'язку із зміною складу учасників. Застосовуючи третій підхід, моментом переходу частки визнають момент укладення договору про відчуження частки, якщо інший момент не встановлений в самому договорі. На мою думку, найбільш обґрунтованим є третій підхід, що підтверджується аналізом таких законодавчих положень.

Згідно зі ст. 4 Закону України «Про господарські товариства», установчі документи повинні містити відомості про склад засновників товариства. Перехід частки учасника до іншої особи тягне за собою зміну складу учасників товариства. Ч. 5 ст. 41 Закону України «Про господарські товариства» передбачає, що такі зміни вносяться загальними зборами учасників товариства. Відповідно до ст. 7 Закону України «Про господарські товариства», зміни, які сталися в установчих документах товариства і які вносяться до державного реєстру, підлягають державній реєстрації. А відомості про склад засновників вносяться до державного реєстру, що передбачено ч. 2 ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців». Однак, це не свідчить про те, що до моменту внесення змін до статуту загальними зборами учасників товариства та державної реєстрації цих змін відсутні корпоративні правовідносини між набувачем частки і товариством.

Так, відповідно до ч. 5 ст. 89 Цивільного кодексу України, зміни до установчих документів юридичної особи набирають чинності для третіх осіб з дня їх державної реєстрації, а у випадках, встановлених законом, - з моменту повідомлення органу, що здійснює державну реєстрацію, про такі зміни. Тобто, законодавець наголошує, що факт реєстрації змін до установчих документів товариства має юридичне значення лише для правовідносин з третіми особами, а правовідносини між набувачем частки, іншими учасниками і товариством виникають незалежно від цього факту.

Крім цього, відповідно до ч. 5 ст. 89 Цивільного кодексу України та ч.3 ст. 18 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», навіть якщо відомості, які підлягають внесенню до Єдиного державного реєстру, не були до нього внесені, але третя особа знала ці відомості, вона може діяти з їх урахуванням, а у разі виникнення спору юридична особа та її учасники не мають права посилатися на відсутність державної реєстрації таких відомостей.

Тобто, корпоративні права, що випливають з частки в статутному капіталі відповідного товариства, переходять в момент укладення договору відчуження частки, якщо інший момент не встановлений в самому договорі.

Використані джерела:

1. *Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. – М.: Статут, 2008. – 511с.*
2. *Кравчук В.М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: Монографія. – Львів: Край, 2009. – 464 с.*
3. *Корпоративное право/отв.ред. И.С.Шиткина. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 648 с.*
4. *Саракун І. Особливості купівлі-продажу корпоративних прав учасників господарських товариств // Підприємництво, господарство і право. – 2006. - №12. – с. 137-141.*

Отраднова Олеся Олександрівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Київського Національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ

Деліктні зобов'язання історично вважаються першими цивільно-правовими зобов'язаннями, що отримали судовий захист ще за часи дії римського права. З тих пір пройшло чимало часу, і бачення деліктних зобов'язань з тих пір значно змінилося. На

сьогодні зобов'язання із заподіяння шкоди вважаються більш стабільними, ніж договірні зобов'язання, але і в цій сфері можна простежити певні тенденції зміни, розвитку.

Особливі зміни відбулися в Українському деліктному праві з прийняттям ЦК України 2003 р., який закріпив чимало новел в сфері відшкодування шкоди. Виходячи з цього можна виділити такі сучасні тенденції у розвитку правового регулювання деліктних зобов'язань:

А) Однією з тенденцій є переміщення сфери дії норм деліктного права. З однієї сторони спостерігається розширення сфери дії деліктного права за рахунок права договірного. Конфлікти між нормами деліктного та договірного права вирішуються на користь деліктів. Як приклад можна навести ст. 928 ЦК України (Відповідальність перевізника за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажира), а також ст. 1196 ЦК, відповідно до якої шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи під час виконання нею договірних зобов'язань (договір перевезення тощо), підлягає відшкодуванню на підставах, встановлених статтями 1166 та 1187 цього Кодексу. З іншої сторони сфера дії деліктного права звужується у зв'язку із розвитком відносин страхування відповідальності та соціального страхування.

Б) Тенденцією розвитку деліктних зобов'язань на сьогодні також є поява нових спеціальних деліктів та розширення розуміння змісту існуючих деліктів. Причиною цього є науково-технічний прогрес, поява нових, невідомих раніше видів діяльності, а також напрацювання судової практики вирішення спорів щодо відшкодування шкоди, заподіяної певними видами діяльності. Так у ЦК України з'явився § 3 Глави 82, відповідно до якого здійснюється відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок недоліків товарів, робіт, послуг. Спеціальним законом (Закон України «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення») регулюється порядок відшкодування ядерної шкоди. По-іншому сформовані підходи до відшкодування шкоди, заподіяної правоохоронними та судовими органами. В майбутньому можлива поява спеціальних норм у сфері заподіяння шкоди медичною діяльністю (невдале лікування, косметичні операції, трансплантація тощо).

В) Ще однією сучасною тенденцією розвитку правового регулювання деліктних відносин є зміна підходів щодо встановлення суб'єктів деліктних відносин (потерпілого та боржника (деліквента). У цивільному праві з'явилися випадки, коли шкода відшкодовується за рахунок осіб, які в силу загальних правил не можуть бути суб'єктами деліктної відповідальності. Так, наприклад, відповідно до ч. 5 ст. 1178 ЦК після досягнення повноліття особа може бути зобов'язана судом частково або в повному обсязі відшкодувати шкоду, завдану нею у віці до чотирнадцяти років життю або здоров'ю потерпілого, якщо вона має достатні для цього кошти, а особи, які визначені частиною першою цієї статті, є неплатоспроможними або померли. Подібне положення міститься і у ч. 2 ст. 1184 стосовно відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого, коли заподіювачем шкоди є недієздатна особа.

Почастішали випадки залучення держави до відшкодування шкоди. Так держава зобов'язана відшкодувати шкоду, заподіяну органами державної влади (ст. ст. 1173-1175 ЦК), незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду (ст. 1176 ЦК), за шкоду, заподіяну особі, що є потерпілою від злочину якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин, або якщо вона є неплатоспроможною (ст. ст. 1177, 1207 ЦК).

В певних випадках по-іншому визначається і коло потерпілих у деліктних зобов'язаннях. Так корінним чином змінився підхід до встановлення кола потерпілих у правовідносинах із заподіяння шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я. На сьогодні при визначенні розміру відшкодування не береться до уваги наявність у особи полісу соціального страхування. Головним критерієм є діяльність та вік особи (особливі правила встановлені щодо відшкодування шкоди особам, які працюють за трудовим договором, особам, що займаються підприємницькою діяльністю, малолітнім, неповнолітнім особам).

г) Певні зміни торкнутися і такого інституту деліктного права, як моральна шкода. На сьогодні в праві спостерігається презумпція наявності моральної шкоди в разі заподіяння

шкоди каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого. На законодавчому рівні така презумпція поки не закріплена, але в судовій практиці вже часто застосовується.

Таким чином, деліктне право на сьогодні також є динамічним. Розвиток суспільства здійснює великий вплив на деліктні зобов'язання, збагачуючи цей правовий інститут новими підходами та тенденціями.

Павліченко Катерина Володимирівна
студентка 4-го курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА КОРПОРАТИВНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Актуальність теми дослідження обумовлена тим, що господарські товариства та інші господарські організації корпоративного типу відіграють впливову роль у ринковій екоміці нашої держави. Вивченню їх сутності та правої природи на сучасному етапі приділялась значна увага. Разом із тим недостатньо дослідженими залишаються питання корпоративного управління цими організаціями, питання розпорядження корпоративними правами та питання відповідальності учасників господарських організацій. Ці питання майже не врегульовані національним законодавством, лише окремі норми містять ГК України, ЦК України, ЗУ «Про господарські товариства» від 19.08.1991 р., «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб підприємців» від 15.05.2003 р., роз'яснення вищих судових органів. Одним із надзвичайно цікавих та малодосліджених питань інституту корпоративних прав є питання корпоративно-правової відповідальності, зокрема, її правової природи.

Науково-теоретичну основу дослідження складають роботи вітчизняних і зарубіжних учених-юристів: Вінник О. М., Щербина В. С., Коссак В. М., Лукач В. І, Євтушевський В. А., Кібенко Е. Р., Смітюх А. В., Спасібо-Фатєєва І. В., Глусь Н. С., Кравчук В. М., Шиткіна І. С., Харенко О. В., Котлер Ф. та ін.

В юридичній літературі розкрито різні аспекти, правової природи корпоративно-правової відповідальності. Зокрема, її пропонують розглядати, як спільну відповідальність всіх засновників (учасників) певної компанії перед своїми клієнтами та перед суспільством, наприклад за надані послуги чи якість обслуговування тощо (Ф. Котлер), або ж як добровільну ініціативу власника компанії чи засновників організації з розробки і реалізації певних соціально-спрямованих, неприбуткових заходів, що мають на меті якісне покращення зовнішнього для компанії або організації середовища. На нашу думку більш доцільним буде розглядати корпоративно-правову відповідальність як різновид господарсько-правової, бо вони мають єдину правову природу. До цього ми можемо прийти, проаналізувавши характерні ознаки господарсько-правової відповідальності та порівнюючи їх з ознаками корпоративно-правової. Зокрема вони є спільними: це сфера застосування (господарські правовідносини), юридичні підстави (акти господарського законодавства, господарські договори, установчі документи суб'єктів господарювання), суб'єкти господарсько-правової та корпоративно-правової відповідальності (учасники господарських правовідносин), комплексний характер, (спрямованність як на майно, так і на особу порушника). У зв'язку з тим, що легального визначення корпоративно-правової відповідальності чинне національне законодавство не передбачає, в науці існують доктринальні визначення цього поняття, як наприклад: корпоративна відповідальність є санкцією, вживаною в межах корпоративних правовідносин господарських організацій до її учасників або учасниками до господарської організації за порушення корпоративних обов'язків (Беліков О.). Проте на підставі наведених вище спільних ознак, та беручи за основу визначення господарсько-правової

відповідальності, на нашу думку, більш правильно буде визначити її, як відповідальність, що виникає за порушення у сфері корпоративних правовідносин на підставі та в порядку передбачених законами та установчими документами організації. Тут виникає необхідність визначення поняття корпоративних правовідносин. Так у п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК України зазначено, що справи, що виникають з корпоративних відносин, у спорах між господарським товариством та його учасникам (засновником, акціонером), а також між учасниками господарських товариств, що пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів віднесено до підвідомчості господарських судів. Тому весь масив санкцій, які застосовуються за порушення правових норм, що регламентують порядок створення, діяльності, припинення юридичних осіб, їх взаємостосунки з учасниками і учасників між собою, з'єднані в межах одного загального поняття - відповідальність за правопорушення у сфері корпоративних правовідносин. Характерними (видовими) ознаками корпоративно-правової відповідальності, на нашу думку, є те, що вона в більшій мірі спрямована не на майно, а скоріше на особу порушника. Корпоративна відповідальність за своїм змістом полягає в позбавленні правопорушника певного права або покладанні на нього додаткових обов'язків. Для прикладу наведемо ст. 64 ЗУ «Про господарські товариства», що передбачає найбільш сувору міру відповідальності, а саме виключення зі складу ТОВ учасника, який систематично не виконує чи неналежним чином виконує обов'язки, або перешкоджає своїми діями досягненню цілей ТОВ, за рішенням загальних зборів всіх учасників окрім нього чи його представника. Підставою корпоративно-правової відповідальності є порушення норм, які можуть бути встановлені не лише в законодавчих актах, а й у так званих корпоративних правових актах. Важливою особливістю корпоративно-правової відповідальності також є спеціальні суб'єкти господарських правовідносин, а саме учасники господарського товариства чи іншої господарської організації корпоративного типу або ж сама така господарська організація по відношенню до свого учасника. Крім для такого виду юридичної відповідальності характерною в більшій мірі є відновлююча функція, ніж каральна. Таким чином, на підставі викладеного, а також внаслідок того, що інститут корпоративних прав належить до галузі господарського права, корпоративні правовідносини врегульовуються переважно нормами господарського права, можемо зробити висновок, що корпоративно-правову відповідальність є різновидом господарсько-правової. Відсутність чіткого регулювання вітчизняним законодавством питань корпоративно-правової відповідальності породжує численні проблеми в теорії та на практиці, зокрема при вирішенні господарськими судами корпоративних спорів. Тому пропонуємо доповнити Розділ V ГК України, а саме закріпити легальне визначення корпоративно-правової відповідальності як різновиду господарсько-правової відповідальності, її підстави, порядок застосування. В основу корпоративно-правової відповідальності слід покласти не лише державний примус. Слід враховувати економічну доцільність її застосування, щоб це мінімально позначалося на господарській діяльності відповідних організацій, справляло відновлюючий (компенсаційний) вплив у випадку майнових втрат, а самих же учасників господарських організацій стимулювало до належного виконання своїх корпоративних зобов'язань.

Використані джерела:

1. *Господарський кодекс України від від 16.01.2003 № 436-IV ВВР, 2003, N 18, N 19-20, N 21-22, ст.144.*
2. *Господарсько-процесуальний кодекс від 06.11.1991 № 1798-XII, ВВР, 1992, N 6, ст.56.*
3. *Закон Ураїни «Про господарські товариства» від 19.08.1991 р., ВВР, 1991, N 49, ст.682.*
4. *Вінник О. М. «Деякі питання здійснення та захисту корпоративних прав в Україні», К.: Вісник господарського судочинства» № 1/2008.*
5. *Щербина В. С. Суб'єкти господарського права. – К.: Юрінком, 2008.*
6. *Котлер Филип, Ли Нэнси. Корпоративная социальная ответственность. Как сделать как можно больше добра для вашей компании и общества / Пер. с англ. С. Яринич. – К.: Стандарт, 2005.*

7. *Беліков О. Майнові суперечки в корпоративних правовідносинах. - Х.: Юридичний журнал, #2/2007.*

Панченко Дмитро Вікторович
студент 5 курсу юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ОБ'ЄКТІВ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ

Сьогодні надто серйозна небезпека, зумовлена новими феноменами, притаманними нашому часові, загрожує культурній спадщині, яка є істотною частиною спадщини людства і джерелом збагачення і гармонійного розвитку нинішньої та майбутньої цивілізації.

Кожний здобуток культурної спадщини є унікальним і що зникнення будь-якого з них є безповоротною втратою і непоправним збідненням цієї спадщини. Кожна країна, на терені якої розташовані здобутки культурної спадщини, повинна зберігати цю частину спадщини людства і забезпечити її передачу наступним генераціям. Вивчення культурної спадщини, знання про неї, її захист у різних країнах світу сприяють взаєморозумінню між народами.

Спільно продумана і сформульована політика захисту культурної спадщини обумовлює постійну взаємодію між Державами-членами ООН та здатна рішуче вплинути на діяльність, здійснювану у цій галузі Організацією Об'єднаних Націй з питань освіти, науки та культури.

Правовий режим культурної спадщини встановлюється Конвенцією про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини від 16 листопада 1972 року, Європейською конвенцією про охорону археологічної спадщини від 16 січня 1992 року, а також Конвенцією про охорону підводної культурної спадщини від 6 листопада 2001 року. На виконання своїх міжнародних зобов'язань прийнято Закони України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» від 21 вересня 1999 року, «Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 року, «Про охорону археологічної спадщини» від 18 березня 2004 року, Загальнодержавну програму збереження та використання об'єктів культурної спадщини на 2004 – 2010 роки, затверджену Законом України від 20 квітня 2004 року, Закон «Про тимчасову заборону приватизації пам'яток культурної спадщини» від 1 лютого 2005 року.

Потрібно відзначити, що Генеральна Конференція вже прийняла міжнародні акти про захист культурної спадщини, зокрема Рекомендацію, що визначає міжнародні принципи стосовно археологічних розкопок (1956), Рекомендацію щодо охорони краси та характеру краєвидів і мальовничих місць (1962) та Рекомендацію щодо охорони культурних здобутків, яким загрожує небезпека внаслідок проведення суспільних або приватних робіт (1968).

Кожна держава в міру можливостей і відповідно до положень своєї конституції та свого законодавства має формулювати, розвивати і здійснювати загальнонаціональну політику, основної метою якої є координування і використання усіх наукових, технічних, культурних та інших можливостей з тим, щоб забезпечити дійовий захист, зберігання і повернення достоїнств своєї культурної спадщини. Сьогодні слід розгортати активну політику зберігання культурної спадщини та її органічного включення у життя суспільства.

Закон України «Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 року регулює правові, організаційні, соціальні та економічні відносини у сфері охорони культурної спадщини з метою її збереження, використання об'єктів культурної спадщини в суспільному житті, захисту традиційного характеру середовища в інтересах нинішнього і прийдешніх поколінь. Об'єкти культурної спадщини, які знаходяться на території України, охороняються державою.

Відповідно до Закону України « Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 року культурна спадщина являє собою сукупність успадкованих людством від попередніх поколінь об'єктів культурної спадщини.

За типами об'єкти культурної спадщини поділяються на:

♦споруди (витвори) - твори архітектури та інженерного мистецтва разом з природними чи створеними людиною елементами, твори монументальної скульптури та монументального малярства, археологічні об'єкти, печери з наявними свідченнями життєдіяльності людини, будівлі або приміщення в них, що зберегли автентичні свідчення про визначні історичні події, життя та діяльність відомих осіб;

♦комплекси (ансамблі) - топографічне визначені сукупності окремих або поєднаних між собою споруд різного призначення, що відзначаються своєю архітектурою та органічним зв'язком з ландшафтом;

♦визначні місця - топографічне визначені зони або ландшафти, природні, природно-антропогенні витвори, що донесли до нашого часу цінність з антропологічного, археологічного, естетичного, етнографічного, історичного, мистецького, наукового чи художнього погляду.

За видами об'єкти культурної спадщини поділяються на:

археологічні - городища, кургани, залишки стародавніх поселень, стоянок, укріплень, військових таборів, виробництв, іригаційних споруд, шляхів, могильники, культові місця та споруди, мегаліти, наскельні зображення, ділянки історичного культурного шару, поля давніх битв, рештки життєдіяльності людини, що містяться під водою;

історичні - будинки, споруди, їхні комплекси (ансамблі), окремі поховання та некрополі, визначні місця, пов'язані з важливими історичними подіями, з життям та діяльністю відомих осіб, культурою та побутом народів;

монументального мистецтва - твори образотворчого мистецтва, як самостійні (окремі), так і ті, що пов'язані з архітектурними, археологічними чи іншими пам'ятками або з утворюваними ними комплексами (ансамблями);

архітектури та містобудування - історичні центри, вулиці, квартали, площі, архітектурні ансамблі, залишки давнього планування та забудови, окремі архітектурні споруди, а також пов'язані з ними твори монументального, декоративного та образотворчого мистецтва;

садово-паркового мистецтва - поєднання паркового будівництва з природними або створеними людиною ландшафтами;

ландшафтні - природні території, які мають історичну цінність.

Власник пам'ятки або уповноважений ним орган, особа, яка набула права володіння, користування чи управління, зобов'язані за погодженням з органами охорони культурної спадщини організувати такий доступ. Порядок цього доступу встановлюється охоронними договорами.

Укладення охоронних договорів здійснюється відповідно до Порядку укладення охоронних договорів на пам'ятки культурної спадщини, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 1768 від 28 грудня 2001 року. Охоронний договір установлює режим використання конкретного об'єкта культурної спадщини. Власник такого об'єкта земельної ділянки зобов'язаний не пізніше одного місяця з дня одержання його у власність укласти охоронний договір з органами Державної служби з питань національної культурної спадщини Міністерства культури і туризму України.

Якщо об'єкт культурної спадщини має загальнодержавне значення (на ньому розташована пам'ятка національного значення), то місцевий орган охорони культурної спадщини підписує охоронний договір за погодженням з Державною службою з питань національної культурної спадщини Міністерства культури і туризму України. Якщо перебуває в управлінні будь-якого центрального органу державної влади (за винятком Державної служби з питань національної культурної спадщини), то охоронні договори укладаються між таким органом і Державною службою з питань національної культурної спадщини Міністерства культури і туризму України.

Об’єкти культурної спадщини незалежно від форм власності відповідно до їхньої антропологічної, археологічної, естетичної, етнографічної, історичної, мистецької, наукової чи художньої цінності підлягають реєстрації шляхом занесення до Державного реєстру нерухомих пам’яток України за категоріями національного та місцевого значення пам’ятки. Порядок визначення категорій пам’яток встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Законом України «Про охорону культурної спадщини» вирішуються такі головні питання як:

відповідальності за порушення пам’яткоохоронного законодавства. Від цих порушень страждають і пам’ятки і суспільство. Законом встановлені серйозні штрафні санкції за такі дії.

Закон також передбачає відрахування 10% від прибутків туристичних фірм та організацій, які експлуатують пам’ятки, на реставрацію та утримання цих пам’яток.

Закон покладає керівництво справою охорони культурної спадщини на Кабінет Міністрів України і на центральний орган виконавчої влади у цій сфері.

у Закон України «Про охорону культурної спадщини» є деякі розбіжності з законами про ліцензування. В нашому Законі записано, що реставрацією пам’яток і проектуванням реставраційних робіт мають право займатись тільки організації, які отримали відповідну ліцензію. В Законі «Про ліцензування окремих видів господарської діяльності» це не зазначено.

Отже, правовий режим об’єктів культурної спадщини визначається великою кількістю нормативних актів як вітчизняного законодавства, так і міжнародними актами, але проблема законного та правомірного порядку користування, володіння та розпорядження ними як приватними особами так і державними органами існує, оскільки вони не дотримуються норм закону, що створює загрозу їх правової охорони та знищенню.

Пастернак Олег
студент 3 курсу юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ

В сучасному індустріалізованому суспільстві, яке пропонує великий вибір товарів і послуг, захист прав споживачів відіграє дедалі важливішу роль. Захист прав споживачів охоплює багато сфер діяльності, включаючи політику, норми та законодавство, а також стандарти, добровільно взяті на себе виробниками, продавцями та надавачами послуг. Фактором, що об’єднує усі ці види діяльності, є ефект захисту, який вони надають (або мають на меті надавати) споживачам, що купують товари та послуги для власного користування або сім’ї, для відпочинку або транспортування.

Законодавство України у сфері захисту прав споживачів є досить розвиненим. Основою захисту прав споживачів є положення Розділу ІІ Конституції України [1], яким визначено права, свободи та обов’язки людини та громадянина і, зокрема, частина 3 статті 42, де передбачено, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів. Крім того, стаття 50 Конституції України передбачає право на безпечне для життя і здоров’я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди; також гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення.

Загальні положення про захист прав споживачів також містяться в новому Цивільному кодексі України [2]. Він містить мінімальний набір правил захисту прав споживачів, оскільки прописує договірні питання та відповідальність за їх неналежне виконання.

Господарський кодекс України [3] також містить одну статтю з одним дуже загальним положенням про захист прав споживачів, яка повторює ст. 3 Закону України «Про захист прав споживачів» [4].

Важливим актом у сфері захисту прав споживачів є Закон України «Про захист прав споживачів», який регулює загальні та конкретні питання: поняття «споживач»; безпеку товарів, інформування споживачів; судовий захист, об'єднання в громадські організації споживачів тощо, — тобто норми Закону слугують тій самій меті, що закладено в ст. 153 Договору про заснування ЄС. Поняття «споживач» за своєю суттю відповідає поняттю, яке використовується в праві ЄС.

Друга глава «Права споживачів та їх захист» цього закону регулює права споживачів, зокрема право на інформацію про товари (роботи, послуги), належну якість та безпечність продукції, їх гарантії, а також відповідальність в разі порушення прав споживачів. Хоча право споживача на інформацію краще прописано в Україні, ніж в ЄС, проте на практиці воно не завжди дотримується.

Що ж стосується інших прав споживачів, то вони потребують свого удосконалення. Про що свідчать постійні внесення змін до Закону України «Про захист прав споживачів».

Захист прав споживачів, відповідно до ст. 24 Закону здійснюється судом. Проте на практиці майже відсутні судові справи з цього приводу. Але це проблема не стільки в законодавстві, скільки в самій судовій системі, оскільки фізичні особи не зовсім вірять в можливість свого реального захисту відповідними структурами [5].

Разом з тим практика свідчить, що все ж таки тут залишається немало невирішених питань. Серед них слід вказати на незавершеність формування нормативної бази, що регулює цю сферу відносин; недостатніми вбачаються заходи, здійснювані державою, для забезпечення захисту прав споживачів; в країні відсутні система всеохоплюючої освіти споживачів, незалежна експертиза товарів. Це все обумовлює необхідність проведення наукового дослідження з метою подолання наявних проблем правозастосування і теоретичного обґрунтування шляхів удосконалення чинного законодавства.

Використані джерела:

1. *Конституція України від 26 червня 1996 р. // ВВРУ. — 1996. — №30 — Ст. 141.*
2. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. // ОВУ. — 2003. — №11. — Ст.461*
3. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // ОВУ. — 2003. — № 11. — Ст. 462.*
4. *Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 року // ВВРУ. — 1991. — № 30. — Ст. 379*
5. *Ханик-Посполітак Р., Херрнфельд Х. Захист прав споживачів // Український правовий часопис. — 2004. — № 5 (10). — С. 130*

Петен Яна Леонідівна
здобувач кафедри господарського права
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНОЇ ПОСЛУГИ

Сфера житлово-комунальних послуг є важливою складовою частиною господарського механізму країни. У зв`язку з переходом нашої країни до ринкової економіки, виникають нові відносини, притаманні ринковим умовам господарювання. Виникає необхідність у

реформуванні житлово-комунального господарства. Тому, актуальним є визначення поняття житлово-комунальної послуги.

В правовій літературі вітчизняними та іноземними вченими приділяється значна увага дослідженню сутності та правового регулювання житлово-комунальних послуг. Однак, не всі проблеми є вирішеними.

Саме поняття «житлово-комунальна послуга» або «комунальна послуга» у законодавстві вживається досить часто. Так, у ст. 66-68 Житлового кодексу Української РСР йде мова про комунальні послуги і плату за користування житлом [1], у Цивільному кодексі України у ст. 815 [2] - про плату за житло. Про житлово-комунальні послуги зазначається також у постановах Кабінету Міністрів «Про затвердження Порядку погашення реструктуризованої заборгованості та внесення поточних платежів за житлово-комунальні послуги» (№ 976 від 27 червня 2003 року) [3], «Про спрощення порядку надання населенню субсидій для відшкодування витрат на оплату житлово-комунальних послуг, придбання скрапленого газу, твердого та рідкого пічного побутового палива» (№ 1703 від 12 грудня 2006 року) [4], «Про затвердження Порядку забезпечення виконання комунальними підприємствами, що надають житлово-комунальні послуги, боргових зобов`язань в рамках реалізації «відкритого компонента» спільного з Міжнародним банком реконструкції та розвитку проекту «Розвиток міської інфраструктури» (№ 1088 від 17 грудня 2008 року) [5].

Однак визначення самого змісту поняття «житлово-комунальна послуга» дається тільки у декількох нормативно-правових актах. Так, відповідно до Держстандарта Р 51617-2000 житлово-комунальними послугами є дії або діяльність виконавця щодо підтримання та відтворення технічного або санітарно-технічного стану будинків споруд, обладнання, комунікацій та об`єктів житлово-комунального призначення, вивезення побутових відходів, постачання електричної енергії, питної води, газу, теплової енергії та гарячої води [6]. Більш досконале, на мою думку, визначення поняття житлово-комунальних послуг міститься у Законі України «Про житлово-комунальні послуги», у ст. 1 зазначеного Закону, житлово-комунальні послуги визначаються як результат господарської діяльності, спрямованої на забезпечення умов проживання та перебування осіб у жилих і нежилих приміщеннях, будинках і спорудах, комплексах будинків і споруд відповідно до нормативів, норм, стандартів, порядків і правил [7]. Також у зазначеному Законі надається визначення і поняття комунальної послуги, як результату господарської діяльності, спрямованої на задоволення потреби фізичної чи юридичної особи у забезпечення холодною та гарячою водою, водовідведенням, газо- та електропостачанням, опаленням, а також вивезення побутових відходів у порядку, встановленому законодавством.

Як видно з наведеного, у визначеннях термінів «житлові послуги» та «комунальні послуги» є певні відмінності. Для їх з`ясування слід виділити основні компоненти, з яких складаються ці поняття.

Так, до складу комунальних послуг відносять: водозабезпечення і каналізацію, подачу електричної та теплової енергії, газу, вивіз побутових відходів [8, с.17]. На мою думку, даний перелік комунальних послуг не є вичерпним. Наша країна перебуває в постійному розвитку усіх сфер суспільних відносин. Отже з подальшим розвитком людства та новітніх технологій будуть виникати нові види та форми житлово-комунальних послуг. Але, на даний момент вищезазначені комунальні послуги цілком відповідають потребам населення. Таким чином, під визначенням поняття «комунальної послуги» слід розуміти діяльність, що забезпечує реалізацію послуги безпосередньо споживачеві, а також забезпечення подальшої експлуатації та відновлення інженерних систем по каналізуванню, водо-, тепло-, електро- та газозабезпеченню.

За своєю природою житлово-комунальна послуга має дві функції: корисну та забезпечувальну. Сутність першої полягає в сукупності ознак, що повністю характеризують корисний ефект послуги, який повинен обов’язково бути присутнім при наданні житлово-комунальних послуг. Забезпечувальна функція означає забезпечення споживачів всіма необхідними житлово-комунальними ресурсами - теплом, газом, водою.

Також до житлових послуг необхідно віднести, зокрема, й послуги по утриманню та ремонту житла. Таким чином, під визначенням поняття «житлові послуги» слід розуміти діяльність щодо організації технічного обслуговування житлового фонду, що включає утримання та експлуатацію конструктивних елементів житлових будинків, місць загального користування та придомової території, утримання та ремонт ліфтового обладнання, сміттєпроводу, збір та вивезення сміття, побутових та продовольчих відходів [9, с. 353].

Позитивним для визначення поняття житлово-комунальної послуги є наведена у ЗУ «Про житлово-комунальні послуги» класифікація житлово-комунальних послуг. Важливе значення має поділ житлово-комунальних послуг за функціональним призначенням. Так, відповідно до ст. 13 Закону України «Про житлово-комунальні послуги», залежно від функціонального призначення житлово-комунальні послуги поділяються на: комунальні послуги; послуги з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій; послуги з управління будинком, спорудою або групою будинків; послуги з ремонту приміщень, будинків, споруд. Зазначена класифікація житлово-комунальних послуг не є досконалою та потребує подальшого доопрацювання.

На підставі вищевикладеного, житлово-комунальну послугу можна визначити як різновид суспільних відносин між постачальником суспільного блага та його споживачем за відповідну плату, в результаті чого задовольняються потреби населення у підтриманні належного санітарно-гігієнічного та технічного стану будинків, споруд і прибудинкових територій.

Необхідно зазначити, що проблеми сутності та особливостей житлово-комунальних послуг, юридичної природи договору про надання житлово-комунальних послуг, особливостей його правового регулювання є досить складними і потребують нагальної уваги з боку юридичної науки.

Використані джерела:

1. *Житловий кодекс УРСР від 30.06.1983р. //http://zakon. rada. gov. ua.*
2. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар /За заг. ред. д. ю. н. Е. О. Харитонова. - 4-е вид., доповн. і переробл.-Х.:ТОВ «Одіссей», 2008 – 1200с.*
3. *Постанова Кабінету Міністрів «Про затвердження Порядку погашення реструктуризованої заборгованості та внесення поточних платежів за житлово-комунальні послуги» № 976 від 27 червня 2003р. //http://zakon. rada. gov. ua.*
4. *Постанова Кабінету Міністрів «Про спрощення порядку надання населенню субсидій для відшкодування витрат на оплату житлово-комунальних послуг, придбання скрапленого газу, твердого та рідкого пічного побутового палива» № 1703 від 12 грудня 2006р. //http://zakon. rada. gov. ua.*
5. *Постанова Кабінету Міністрів «Про затвердження Порядку забезпечення виконання комунальними підприємствами, що надають житлово-комунальні послуги, боргових зобов`язань в рамках реалізації «відкритого компонента» спільного з Міжнародним банком реконструкції та розвитку проекту «Розвиток міської інфраструктури» № 1088 від 17 грудня 2008р. //http://zakon. rada. gov. ua.*
6. *Держстандарт Р 51617-2000 //http://zakon. rada. gov. ua.*
7. *Закон України «Про житлово-комунальні послуги» із змінами і доповненнями, внесеними Законом України від 15 січня 2009р. № 882-VI //http://zakon. rada. gov. ua.*
8. *Кирсанов С.А. Жилищно-комунальные услуги в системе муніципального управления: Дис. канд. экон. наук. С-Пб., 2000*
9. *Мирза С.С. Національний університет внутрішніх справ. Щодо питання про визначення поняття житлово-комунальної послуги //Вісник Національного університету внітрішніх справ. Вип. 27. – Х.: Нац. ун-т внутр. справ, 2004. – с.350-355.*

Петруненко Ярослав Вікторович
член Тендерного комітету, асистент кафедри господарського права і процесу
Одеської національної юридичної академії,
Одеса, Україна

СТАДІЇ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Питання теоретичного і методологічного забезпечення державозакупівельного процесу, визначення та виокремлення стадій державних закупівель і практичного застосування в рамках цих стадій норм і правил оновленого тендерного законодавства є дуже актуальними в процесі реформування системи державних закупівель в сучасних умовах ринкових перетворень в Україні, оскільки державні закупівлі являють собою одну зі стратегічно важливих форм ринкової діяльності будь-якої держави, могутній господарсько-правовий засіб макроекономічного регулювання, інструмент попередження кризових явищ в економіці і забезпечення економічного зростання.

Відмітимо, що управління державними закупівлями – це досить складний і тривалий цикл, який включає етапи формування, розміщення та виконання державного договору. Тому доцільним вбачається детально розглянути і виокремити етапи державозакупівельного процесу та їх послідовність, оскільки вони більш глибоко розкривають сутність самого механізму управляння. В контексті означеної проблематики цікавим вбачається визначення переліку дій, вивчення і закріплення певного алгоритму, за яким повинні діяти учасники тендерних процедур в рамках державозакупівельного процесу задля забезпечення найвищого рівня його ефективності та дотримання в найбільшій мірі інтересів усіх зацікавлених суб'єктів господарювання. Саме ці моменти й окреслюють коло питань дослідження, його цілі і завдання та виправдовують необхідність комплексного всебічного вивчення інституту державних закупівель і окремих його складових в доктрині господарського права.

Наукові розвідки за даною проблематикою представлені в роботах російських вчених К.В. Кузнецова та А.О. Храмкіна, у вітчизняній науці найбільшої уваги заслуговують роботи Н.Б. Ткаченко. Результати їх досліджень втілені в декількох публікаціях, де започатковано аналіз даної проблематики в загальному вигляді і на які спирається автор при формуванні власних наукових висновків.

З точки зору методології управління проектами, процес закупівель принципово можна розділити на чотири фази: визначення, підготовка, реалізація та аналіз. Кожну фазу складають певні кроки, які визначають проведення необхідних заходів та дій.

Виходячи із загальної теорії управління проектами, можна дійти висновку, що державні закупівлі як модель представляють собою взаємопов'язану систему, яка включає наступні ланки: планування закупівель, поточний моніторинг потреб і визначення доцільності закупівель, регламентування закупівель, проведення закупівель та контроль за їх здійсненням.

Отже, будь-яку закупівельну кампанію необхідно розпочинати із розробки плану закупівель. Чим ретельніше буде опрацьовано цей план, тим ефективнішою буде кожна окрема закупівля та раціонально витрачені кошти з максимальним рівнем віддачі. В рамках реалізації даного етапу необхідно визначити і сформулювати предмет закупівлі; встановити необхідний об'єм продукції, що закуповується, її якісні характеристики і час поставки; вивчити відповідні ринки і потенційних постачальників (провести кон'юнктурні дослідження); визначити функції, коло обов'язків відповідальних осіб; підготувати всю необхідну попередню службову документацію для здійснення закупівельної операції (встановити кваліфікаційні вимоги для відбору учасників, сформулювати критерії та способи оцінки заявок і пропозицій); спланувати сам процес проведення процедури закупівлі та здійснити інші дії. Важливими питаннями, які повинні бути вирішені на даному етапі, є моніторинг потреб та оцінка доцільності здійснення конкретної закупівлі. Доцільність тієї чи іншої закупівлі повинна бути підкріплена відповідним обґрунтуванням від підрозділу, який є так званим «кінцевим користувачем». Таке обґрунтування повинно давати відповіді на

наступні запитання: які потреби будуть задоволені шляхом закупівлі даної продукції; хто є споживачем продукції і яка їх кількість; чи закуповувалась раніше подібна продукція, якщо так, то обсяг поточної закупівлі потрібно скоригувати із урахуванням залишків закупленої раніше продукції; чи існують альтернативні шляхи і можливості задоволення даної потреби замовника, якщо так, то якою є орієнтовна вартість альтернативного варіанту і які причини відмови від нього.

У зв'язку із тим, що планування закупівель здійснюється на досить тривалий період («стандартний» термін виконання плану закупівель становить один фінансовий рік), державні замовники повинні вести моніторинг своїх потреб і вносити корективи в затверджений план закупівель. Коригування можуть обумовлюватись як об'єктивними обставинами зникнення потреб у закупівлі тієї чи іншої продукції, так і коригуванням об'ємів відповідного державного фінансування.

Наступною необхідною умовою здійснення ефективних закупівель є чітка регламентація державозакупівельної діяльності, що передбачає використання зовнішніх (загальнодержавна та міжнародна нормативно-правова база, підзаконні нормативні акти, інструктивні матеріали) та внутрішніх (які розроблюються самими державними замовниками) регламентуючих документів.

Міжнародній практиці відомий досить широкий спектр процедур державних закупівель. Зазвичай, вибір тієї чи іншої процедури розміщення державного замовлення обумовлюється певними параметрами або їх сукупністю: вартісні показники та об'єм замовлення, предмет закупівлі, спеціальні умови (наприклад, виникнення обставин непереборної сили, ліквідація наслідків стихійних лих і техногенних катастроф тощо).

В зв'язку із тим, що державні закупівлі здійснюються за рахунок коштів платників податків, ефективність витрачання цих коштів і протидія їх розкраданню є загальнодержавним завданням, яке вимагає чіткої і злагодженої системи державного фінансового контролю та аудиту. Відмінною особливістю державних закупівель є те, що окрім державних контролюючих органів в процесі контролю участь також бере громадськість, в першу чергу в особі учасників тендерних процедур. Право учасника, який не переміг у тендері, на оскарження результатів є невід'ємною частиною системи державних закупівель. В усьому світі поширеною є практика оскарження правомірності розміщення державного замовлення в адміністративному або судовому порядку.

Таким чином, як бачимо, кожна державозакупівельна процедура складається із окремих пов'язаних між собою стадій, на яких учасниками вчиняються певні дії. Тому автор, виходячи із загальної теорії управління проектами та спираючись на досліджений алгоритм стандартних дій учасників тендерних процедур, наголошує на необхідності законодавчого закріплення стадій державних закупівель у такій послідовності: затвердження програми фінансування (кошторису, плану використання державних коштів); розробка і затвердження річного плану державних закупівель; обрання і проведення процедур закупівель; визначення переможця процедури закупівлі; укладення договорів; складання звіту про результати здійснення процедури закупівлі; виконання договору про закупівлю; контроль за виконанням договорів та здійсненням тендерних процедур. Важливість законодавчого закріплення етапів державних закупівель в рамках сучасного процесу реформування системи державних закупівель та розробки нового тендерного законодавства України продиктована необхідністю вироблення певної стандартної моделі державної закупівлі, створення методологічної основи державозакупівельного процесу та упорядкування відносин між суб'єктами господарювання-учасниками тендерних процедур.

Піхурець Олена Вікторівна
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Харків, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАСОБІВ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНОГО ОБІГУ, ТОВАРІВ ТА ПОСЛУГ (РОБІТ), ЯКІ ВОНИ ВИГОТОВЛЯЮТЬ ЧИ НАДАЮТЬ

Головна цінність засобів індивідуалізації учасників цивільного обігу, товарів та послуг (робіт), які вони виготовляють чи надають, на відміну від творів науки, літератури і мистецтва, полягає не в них самих, а в створенні з їх допомогою відповідного конкурентного середовища шляхом індивідуалізації, як окремих підприємців, так і товару, що виготовляється ними, виконуваних робіт або послуг, що надаються. Даний правовий інститут відповідно до положень Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року, віднесено до права промислової власності, тобто до виключних прав, що реалізуються у сфері виробництва, товарообігу, надання послуг і таке інше.

Виходячи з правозастосовчої практики, забезпечувана охорона інтересів осіб, яким належать зазначені виключні права, будується на дещо інших засадах і принципах, ніж охорона прав патентоволодільців і винахідників. Цивільний кодекс України (книга IV) серед результатів творчої (інтелектуальної) діяльності передбачає і комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів та послуг) та географічні зазначення (зазначення місця походження товару). Також основні міжнародні акти у сфері інтелектуальної власності, наприклад, Конвенція, що засновує Всесвітню організацію інтелектуальної власності поміж інших об’єктів інтелектуальної власності, містить положення і про засоби індивідуалізації. Але, виходячи з положень глави 43 – 45 книги четвертої Цивільного кодексу, Закону України «Про охорону знаків для товарів та послуг», та Закону України «Про охорону права на зазначення походження товарів» засоби індивідуалізації мають низку істотних відмінностей у порівнянні з іншими результатами творчої (інтелектуальної) діяльності.

По-перше, для охороноздатного результату творчої (інтелектуальної) діяльності обов’язкова наявність творчості, тобто створення нового, раніше невідомого, ідеального результату. Під творчістю зазвичай розуміють духовну (інтелектуальну) діяльність людини, в результаті якої створюється дещо нове, неповторне, оригінальне та унікальне Для визнання засобу індивідуалізації в якості охороноспроможного об’єкта, наявність творчих елементів не потрібна, оскільки основним критерієм є дистинктивність позначення, тобто здатність розрізняти (індивідуалізувати) суб’єктів господарюванні, товарів чи послуг. Взагалі то, позначення, які використовуються в якості засобів індивідуалізації правоволодільцями, можуть створюватись іншими особами, чи є загальновживаним словом, власним іменем, малюнком, літерами, цифрами тощо. Головне – це здатність позначення індивідуалізувати, вирізнити з поміж інших однорідних суб’єктів господарювання їх товарів або послуг (робіт).

По-друге, поняття новизни об’єкту застосовується у патентному праві, причому під новизною розуміється об’єктивна (абсолютна) новизна, а саме невідомість винаходу (або корисної моделі, промислового зразка) рівню техніки в порівнянні з тим, що існує на певну дату (пріоритет). Новизна у патентному праві може бути втрачена або спростована вже відомими джерелами. Відповідно для засобів індивідуалізації вимога про новизну може взагалі не застосовуватись (напр., комерційне найменування ч. 4 ст. 489 ЦК), або має відносний характер. Так, торговельній марці протиставляються за новизною не всі відомі тотожні чи схожі позначення, які раніше були введені в господарський обіг, а лише ті з них, що застосовуються у відношенні тотожних або однорідних товарів.

По-третє, на результати інтелектуальної діяльності закріплюється право авторства, за авторами закріплюються особисті немайнові права отже, первинним правоволоділець визнається, творець ідеального результату. Відносно засобів індивідуалізації авторство взагалі не встановлюється, тому ніяких особистих немайнових прав, заснованих на праві авторства, не виникає, а правоволоділець є особа, яка першою зареєструвала або почала фактично використовувати засіб індивідуалізації в своїй господарській діяльності, чи здійснила певні підготовчі дії для використання позначення.

По-четверте, вищезазначені об'єкти виключного права виконують різні функції. Якщо в першому випадку забезпечується, перш за все, правове визнання, охорона і захист прав творця на нематеріальний результат розумової праці, то в другому – на перше місце виходить функція індивідуалізації, тобто забезпечення вирізнення комерційної діяльності даного суб'єкта від аналогічної (однорідної) діяльності інших суб'єктів господарювання, або товарів (послуг), які вони виготовляють чи надають. Саме в цьому полягає їх функціональне призначення.

В якості висновку можна зазначити, що є всі підстави для законодавчого розмежування інститутів правової охорони результатів творчої інтелектуальної власності і правової охорони засобів індивідуалізації учасників цивільного обігу, товарів та послуг (робіт), які вони виготовляють чи надають. Також потрібно доповнити на законодавчому рівні термін «об'єкти права інтелектуальної власності» наступним фразою «прирівняні до них засоби індивідуалізації суб'єктів цивільного обороту, товарів та послуг (робіт), які вони виготовляють чи надають». Це необхідно для підкреслення різної правової природи засобів індивідуалізації і результатів інтелектуальної (творчої) діяльності в межах спільного правового режиму, що полягає в тому, що і ті і інші відносяться до категорії виключних прав.

Пленюк Мар'яна Дмитрівна
старший викладач кафедри цивільного права
Львівського державного університету внутрішніх справ,
здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України, Львів, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРОКІВ (ТЕРМІНІВ) У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Проблематикою строків у цивільному праві займалося багато вчених, але незважаючи на це вона залишається актуальною і на сьогоднішній день. Так, відповідно до ст. 251 ЦК України строком є певний відрізок у часі, із спливом якого пов'язана дія чи подія, що має юридичне значення. Слід зауважити те, що від строку потрібно відрізняти термін, котрим є певний момент у часі, з настанням якого пов'язана дія чи подія, що має юридичне значення [1, 450].

У науковій літературі немає єдиної точки зору щодо поняття строків та термінів, їх юридичної природи. Строки розглядаються за їх місцем у системі юридичних фактів цивільного права. За своєю правовою природою строки належать до юридичних фактів, а саме – до подій, оскільки перебіг чи настання строку має об'єктивний характер і не залежить від волі суб'єктів цивільних правовідносин. Професор Луць В.В. стверджує, що строком визначаються часові межі існування самого договору і в цих межах моменти (періоди), в які повинно відбутися виконання зобов'язання контрагентами. Строк має значення і для одноразових дій, і для дій багаторазових. Тобто, строки породжують юридичні наслідки лише у зв'язку з діями і подіями [2, 318]. На думку Н. Растеряева строк означає відомий відрізок часу, до закінчення якого повинно відбутися виконання відповідного зобов'язання,

або відповідний момент часу з якого вступають в силу юридичні наслідки. Вчений стверджував, що з настанням певного строку пов'язні відповідні правові наслідки. Тобто, строки виконують регулятивну функцію норм цивільного права [3, с.153].

Дещо по - іншому питання строків вивчав О.А. Красавчиков. На його погляд системі юридичних фактів строк відноситься до подій, оскільки настає і припиняється нежалежно від волі людей. Таким чином вчений стверджував те, що строки є абсолютними юридичними подіями, де людина не може протиставити свою діяльність, оскільки сама існує у часі [4, с.166]. Під іншим кутом зору В.М. Грибанов доводив, що людина, здійснюючи свою діяльність, активно використовує час. Люди можуть приурочити здійснення тієї чи іншої діяльності до певного моменту в часі або до певного відрізку часу, можуть встановлювати певні строки для тих чи інших дій, а з цього видно, що строк як юридичних факт має вольовий характер. Юридичні строки в системі юридичних фактів цивільного права посідають самостійне місце поряд з юридичними подіями і юридичними діями, але за своїм характером становлять щось середнє між ними [5, с.8-10]. Т.В. Боднар зазначає, що строк являється тим мірилом відліку часу зі спливом якого виникають або припиняються певні обов'язки, а це означає, що до закінчення строку кредитор не має права вимагати виконання, а боржник не зобов'язаний виконувати, але при настанні даного строку боржник уже зобов'язаний виконати ті чи інші умови, а кредитор в свою чергу не має права відмовлятися прийняття належного йому виконання обов'язку [6, с.113].

В юридичній літературі висловлюється така точка зору, відповідно до якої строк необхідно відрізняти від часу, так як він визначається згідно закону, або сторонами правовідносин, і тому строки в системі юридичних фактів займають особливе місце так як їх не можливо віднести ні до дій, ні до подій [5, с.9-10]. З цією думкою не погоджується професор Луць В.В., він зазначає, що цивільно-правові строки є часовою формою руху цивільних правовідносин, формами існування і розвитку суб'єктивних прав та обов'язків, що становлять їх зміст. Змістом строку є або дія, або подія, що мають юридичне значення. Тому настання або закінчення строку набуває значення не само по собі, а в сукупності з діями або подіями, для вчинення або утримання від вчинення яких цей строк встановлено [7, с.19-21]. В свою чергу О.С. Іоффе характеризуючи відмінність юридичних подій від юридичних дій писав, що події носять не вольовий характер у своєму процесі, незалежно від причин їх виникнення, тоді як дії являються вольовими не тільки по своїй природі, але і в процесі [8, с.120]. На нашу думку вдалий підхід до цієї проблеми знайшов В.С. Толстой. Він стверджує, що строки в законодавстві і в інших актах визначаються по - різному. Але якими вони б не були дотримання, а також і порушення їх повинно мати юридичний характер. В іншому випадку не має змісту говорити про строки як про одну із характеристик обов'язків [9, с.145-146].

Отже, підсумовуючи варто зазначити, що на нашу думку, законодавче вирішення цього питання є дуже вдалим. Згідно ст. 251 ЦК строком визначається період у часі, із закінченням якого пов'язана певна дія або подія, що має юридичне значення. У цьому разі строк визначається періодом, що обчислюється роками, місяцями, тижнями, днями, годинами. А також, слід зауважити, що в ЦК України передбачено і таке поняття як термін. Терміном же визначається момент у часі, із настанням якого пов'язана певна дія або подія, що має юридичне значення. Термін визначається календарною датою або ж вказівкою на подію, яка має неминуче настати.

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О.В.Дзери, (кер.авт.кол.), Н.С.Кузнецової, В.В. Луця.- К.: Юрінком Інтер, 2005.-Т.ІІ.-1088с.*
2. *Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. Посібник.-К.: Юрінком Інтер, 1999.- 560 с.*
3. *Растеряев Н. Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и часть особенная: Догматическое исследование. 1900.*

4. *Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958.*
5. *Грибанов В.П. Сроки в гражданском праве.-М.1967.*
6. *Боднар Т.В. Исполнение договорных обязательств (сравнительный анализ законодательства Республики Казахстан, Российской Федерации и Украины) // Гражданське законодательство: Статьи. Коментарии. Практика. Вып. 21 / Отв.Ред. А.Г. Диденко, С. 113.*
7. *Луць В.В. Строки в цивільних правовідносинах.- Львів: ЛДУ, 1992.*
8. *О.С.Іоффе. Правоотношение по советскому гражданському праву. Изд.ЛГУ, 1949,*
9. *Толстой В.С. Исполнение обязательства., М., 1973.*

Подовоцька Наталія Олександрівна
викладач кафедри «Правознавство»
Одеського державного економічного університету,
Одеса, Україна

ЛІЦЕНЗУВАННЯ ЯК ЗАСІБ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Велике значення та актуальність для розвитку підприємницької діяльності в умовах переходу до ринкової економіки в Україні має створення ефективної системи регулювання легітимації суб'єктів підприємництва.

Однією з основних умов здійснення підприємницької діяльності є її легітимність, тобто державне підтвердження законності входження суб'єктів у господарський оборот. Для позначення вищевказаної процедури вживається поняття «легітимація». До елементів легітимації підприємництва слід віднести не тільки державну реєстрацію, а й ліцензування окремих видів діяльності, оскільки без нього участь суб'єктів підприємництва в більшості сфер економіки часто є неможливою [1, с.35].

Встановлені державою і закріплені в законодавстві необхідні вимоги проходження певних процедур, як-то, державної реєстрації, ліцензування і патентування деяких видів підприємництва, - є умовами здійснення підприємництва.

Виходячи з Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» єдиним документом дозвільного характеру, що дає право на заняття певним видом підприємницької діяльності, яка підлягає обмеженню відповідно до законодавства, є ліцензія [2, с.43].

Нерідко в юридичній літературі, а частіше у публічних виступах в засобах масової інформації, висловлюються критичні зауваження на адресу ліцензування взагалі. Висловлюється думка, що ліцензування йде на користь тільки бюджету і чиновникам. З таким підходом важко погодитись, адже ліцензування необхідне, в першу чергу, для перешкоджання вступу до ринку осіб, не здатних через відсутність відповідної кваліфікації та інших можливостей грамотно займатися певним видом діяльності [1, с.37].

Однак не можна підтримати і надмірну кількість видів діяльності, що підлягають ліцензуванню за чинним законодавством, оскільки ліцензування обмежує можливості підприємців займатися відповідною діяльністю, ускладнює участь на конкретному ринку тощо.

Одні вчені визначають ліцензування як форму державно-правового регулювання різних форм господарювання та забезпечення життєво важливих інтересів особистості, держави і суспільства, другі - як вид державного контролю, треті - як правовий режим здійснення окремих видів діяльності тільки за наявності спеціальних дозволів (ліцензій), що видаються уповноваженими органами публічної влади при дотриманні визначених вимог, четверті - як адміністративно-правовий регулятор підприємницьких відносин, призначення якого - у

встановленні: особливого державного контролю за здійсненням таких видів підприємництва, які в силу властивих їм особливостей пов'язані з реалізацією найбільш важливих публічних інтересів, що має метою, забезпечення нормального співвідношення приватних інтересів комерційної організації з публічними інтересами суспільства в цілому [3, с.136].

Всі зазначені вище визначення ліцензування мають право на існування, адже розкривають різні аспекти та прояви цього правового явища. Але вважаємо, що ліцензування – це, передусім, однин із засобів державного регулювання підприємницької діяльності. І в цій сфері державного регулювання існують як свої переваги, так і недоліки.

Наприклад, Ліцензійна палата України, провівши численні перевірки міністерств і відомств, що видають ліцензії, виявила, що всі вони грішать порушеннями ліцензійного законодавства. Серед найбільш поширених зловживань:

• вимога документів, не передбачених законодавством, що сприяє виникненню хабарництва;

• включення до інструкції, що регламентує вид діяльності, робіт, які не мають до цієї діяльності ніякого відношення;

• вимога обов'язкового страхування ліцензії.

Поряд з вищевказаними причинами слабкого забезпечення процесу легітимації суб'єктів підприємництва, існують і інші причини - нескоординованість та неузгодженість нормативних актів, наявність внутрішніх суперечностей та неузгодженостей у законодавстві, що регулює цей процес тощо [4, с. 125].

Важливість спрощення на законодавчому рівні порядку реєстрації суб'єктів підприємництва і скорочення переліку видів підприємницької діяльності, не викликає сумніву. До того ж аналіз нормативної бази легітимації суб'єктів підприємництва в Україні показує, що існує безліч підзаконних нормативних актів, які регулюють легітимацію суб'єктів підприємництва, окремі положення яких суперечать один одному, а також містять додаткові вимоги, не передбачені законом, що ускладнює процес легітимації. Особливо це стосується прийнятих різними міністерствами, державними комітетами та іншими відомствами нормативних актів щодо ліцензування окремих видів підприємницької діяльності, які регулюють його не одноманітно для всіх, а з позиції відомчих інтересів [5 с. 93].

Суперечливість законодавства про ліцензування створює сприятливі умови для безконтрольної діяльності ліцензійних органів і свавілля посадових осіб, що тлумачать на свій розсуд ці акти. Існування невиправданої кількості підзаконних нормативних актів, що регулюють питання державної реєстрації і ліцензування, а також відсутність їх взаємопов'язаності та узгодженості, тобто системного зв'язку нормативних актів, набуває свого прояву в неповному і недостатньо урегульованому процесі легітимації.

Отже, законодавство про державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, ліцензування і патентування окремих видів цієї діяльності потребує систематизації на законодавчому рівні. Необхідна розробка єдиного нормативного акта, що регулює всю процедуру легітимації підприємництва. Вирішення цього питання на законодавчому рівні дасть змогу усунути внутрішню суперечливість численних відомчих нормативних актів, які вводять ускладнені умови і вимоги подання додаткових документів.

Використані джерела:

1. *Подсолонко В. А., Процай А. Ф., Миронова Т. Л., Василенко В.О. Підприємництво. - К.:ЦНЛ,- 2003. – 204 с.*
2. *Про державну службу: Закон України від 16 грудня 1993 р. . // Відомості Верховної Ради України. – 1996 р. - № 25. – ст. 76*
3. *Романова Л. В. Управління підприємницької діяльності: Навчальний посібник.- К.:ЦНЛ,- 2006. – 272 с.*
4. *Ніколаєва Л.В., Старцев О.В., Пальчук П.М., Іваненко Л.М. Підприємницьке право. — К.: Істина, 2005. - 111 с.*

5. *Коліушко І.Б. Виконавча влада та проблеми адміністративної реформи в Україні: Моногр. — К.: Факт, 2000. – 248с.*

Поєдинок Валерія Вікторівна
кандидат юридичних наук,
доцент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ІНВЕСТИЦІЇ ТА КРЕДИТУ

Як інвестування, так і надання кредитів належать до господарських операцій, пов'язаних з рухом капіталу. У вітчизняній юридичній літературі тривалий час дискутується питання про можливість застосування до кредитних правовідносин спеціальних норм інвестиційного законодавства.

Позиція, що визнає можливість здійснення інвестицій у позиковій формі (на підставі кредитного договору), доволі поширена серед вітчизняних правників [1; 2,135-136; 5,122-124]. Іншої точки зору дотримується В.Ю. Полатай, який наполягає на неприпустимості ототожнення кредиту та інвестицій: «Невизначеність та негарантованість прибутку від вкладеної інвестиції суттєво відрізняє її від кредиту, повернення якого зі заздалегідь обумовленими відсотками є його суттєвою ознакою» [4,6].

Протиставлення інвестування та надання коштів або іншого майна у позику знаходимо і в економічній літературі. Відомий економіст Френк Г. Найт у роботі «Ризик, невизначеність та прибуток» (1921 р.) вказував: «…Первинний власник капіталу, замість того, щоб позичати гроші, міг би з тим самим успіхом сам його інвестувати та здавати в оренду створені таким чином засоби виробництва. У світі, де майбутнє повністю передбачуване, інвестиції були б даровою операцією. Однак… неминучий мінімум невизначеності й занепокоєння – вже достатній привід для того, щоб спеціалізувати функцію інвестування та відокремити її від надання капіталу» [3,168]. Власник капіталу надає перевагу наданню його у позику (кредит), оскільки не впевнений у майбутній корисності капітальних благ; таким чином, кредитування є менш ризиковим, аніж інвестування. Різною є і економічна природа доходу кредитодавця та інвестора: процент є платою за користування чужими грошовими коштами, а інвестиційний дохід (прибуток) – результатом господарського використання інвестицій або зростання їх вартості.

Втім, провести чітку межу між позикою та інвестицією проблематично з огляду на ряд чинників.

1. До традиційних і широко поширених об'єктів інвестування належать боргові цінні папери, передусім, облігації. Останні «засвідчують відносини позики» згідно з легальним їх визначенням (п. 2 ч. 5 ст. 3 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок»). Закон «Про оподаткування прибутку підприємств» придбання боргових цінних паперів прямо називає «кредитом під цінні папери» (п. 1.11.3). Відносини облігаціонера та емітента облігацій ближчі до відносин позикодавця і позичальника, порівняно з відносинами власника так званих «інвестиційних» (тобто, пайових) цінних паперів та їх емітента. Як власник боргових цінних паперів, так і позикодавець є кредиторами суб'єкта господарювання-реципієнта капіталовкладень; у разі ліквідації останнього їх вимоги задовольнятимуться в рамках однієї (четвертої) черги (ст. 112 ЦК). Тимчасом, вимоги власника пайових цінних паперів, як учасника суб'єкта господарювання, підлягають задоволенню лише після задоволення вимог кредиторів (ч.4 ст.61 ГК, ч.3 ст.111 ЦК).

2. Твердження про те, що у порівнянні з інвестицією кредит «є чимось чужим, тимчасовим для особи, яка його отримала» [4,6], не завжди справджується. Поширеною, у

тому числі в Україні, є практика, коли материнські підприємства (зазвичай іноземні) віддають перевагу наданню кредитів дочірнім підприємствам замість інвестування в їх статутні капітали. Коли строк користування кредитом формально спливає, борг підлягає рефінансуванню. Тут кредитування пов'язане з відносинами прямого інвестування, тож у статистиці платіжного балансу наданий кредит враховуватиметься в складі прямих інвестицій у дочірнє підприємство.

Підхід, за яким умовою визнання позик інвестиціями є зв'язок з іншими операціями, які передбачають «безспірне» інвестування, характерний для міжнародного права. Так, Північноамериканська угоди з вільної торгівлі (NAFTA) відносить до інвестицій, що охоплюються дією угоди, позику підприємству у разі, якщо підприємство є афілійованою особою інвестора або первинний строк погашення позики не менший ніж три роки (ст. 1139). Номенклатура руху капіталів, на яку посилається ст. 1 Директиви Ради від 24 червня 1988 р. про імплементацію Статті 67 Договору (88/361/EEC), різновидом прямих інвестицій визначає довгострокові позики, що передбачають участь (of a participating nature), тобто, позики на період більше ніж 5 років, які здійснюються з метою встановлення або підтримання тривалих економічних зв'язків, наприклад, позики, які надаються компанією її дочірнім підприємствам або пов'язані з угодою про розподіл продукції. Надання капіталу у позику строком не менше як п'ять років визнається ознакою інвестиційного позикового/кредитного договору і у вітчизняній юридичній літературі [1,5].

Втім, Стандартне визначення прямих іноземних інвестицій ОЕСР (п. 23) рекомендує включення до обсягу прямих інвестицій також і короткострокових позик та торговельних кредитів прямого інвестора підприємству прямого інвестування, оскільки часто неможливо чітко розрізнити короткострокове фінансування, як-от позика, що підлягає поверненню на вимогу, але насправді ніколи не повертається, і довгострокове фінансування.

3. Вагома роль у наданні позик з метою фінансування інвестиційної діяльності в Україні належить міжнародним фінансовим організаціям, як-от: Міжнародний банк реконструкції та розвитку, Європейський банк реконструкції та розвитку, Європейський інвестиційний банк та ін. Ці установи здійснюють широкі повноваження щодо контролю за цільовим використанням вкладених коштів, що характерно саме для інвестиційної діяльності.

На підставі викладеного, вважаємо, що умовами віднесення позик до інвестицій є здійснення їх з «інвестиційною метою»: а) встановлення або підтримання довгострокових господарських відносин з реципієнтом; б) фінансування інвестиційної діяльності реципієнта. Очевидно, що не повинні вважатися інвестиціями ні позики, що залучаються урядами і не «прив'язані» до конкретних інвестиційних проектів (наприклад, позики stand-by МФВ), ні кредити, що залучаються юридичними чи фізичними особами під цілі здійснення операційної діяльності чи споживчі цілі.

Використані джерела:

1. *Виноградова Г.В. Міжнародне приватно-правове регулювання іноземного інвестування в позиковій формі в Україні: Ареф…дис. канд. юрид. наук.– К.,2002.– 17с.*
2. *Кибенко Е.Р. Особенности правового регулирования иностранных инвестиций в Украине (международно-частно-правовой аспект): Дис... канд.юрид.наук. – Х., 1998. –192 с.*
3. *Найт Ф.Х. Риск, неопределённость и прибыль. – М.: Дело, 2003. – 352 с.*
4. *Полатай В.Ю. Правове регулювання інвестиційної діяльності: Ареф. дис… канд. юрид. наук. – Донецьк, 2000. – 18 с.*
5. *Симсон О.Е. Правовое регулирование договоров инвестиционного характера: Дис ... канд. юрид. наук. - Х., 2001. – 208 с.*

Поліщук Тетяна Володимирівна
аспірантка Інституту політології та права,
Національний педагогічний університет імені М.П. Драгоманова,
Київ, Україна

ЗМІСТ І СКЛАДОВІ ЦИВІЛЬНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ

В юридичній літературі радянського періоду довго тривали дискусії стосовно виокремлення правової категорії «правосуб'єктність». Наприклад, М.І.Матузов вважав, що краще б зовсім не вводити категорію правосуб'єктності, бо це ускладнює і без того складні питання та викликає нові суперечки. [1, с. 84] такі вчені, як Н.О.Чечіна, В.І.Корецький погоджувалися із застосуванням цієї категорії в деяких галузях права, але не цивільного [2, 3]. Ці твердження не одержали підтримки, оскільки правосуб'єктність пов'язана з суб'єктом права, є його властивістю, без неї неможливо уявити механізм правового регулювання, вона є узагальнюючою категорією. З точки зору цивільного права, вона є правовою (юридичною) можливістю особи бути учасником цивільного правовідношення. Але з іншої точки зору, - може бути реалізована тільки в суспільстві (соціумі), тому є і соціальною можливістю. Отже, правосуб'єктність – це соціально-правова можливість суб'єкта права.

Не досягнуто єдиної думки в радянській літературі і щодо юридичного змісту даної категорії. Так, А.В. Венедиктов стверджував, що особи наділені правоздатністю, що є тою ж правосуб'єктністю, тобто здатністю мати права і обов'язки»[4, с. 615]. Про тотожність правосуб'єктності та правоздатності говорили Братусь С.М., Александров М.Г., Кечекьян С.Ф., Толстой Ю.К. прихильники другої концепції стверджували, що до складу правосуб'єктності входить не лише «можливість мати цивільні права і нести відповідні обов'язки, а й можливість створювати їх для себе своїми діями»[5, с. 11]. Поєднання в структурі правосуб'єктності двох елементів - правоздатності і дієздатності поділяли такі вченні, як О.С.Йоффе, С.С.Алексєєв, Л.Г.Кузнєцова та ін.

Ми підтримуємо позицію останніх і схиляємося до визначення правосуб'єктності як передбаченої нормами права можливості фізичної особи виступати суб'єктом правовідносин, в яких правоздатність і дієздатність є «базовими категоріями». [6, с. 24]

Сучасна юридична наука нових концепцій, ідей щодо теорії правосуб'єктності не висуває, але інтерес до цієї проблеми не згасає. Сьогодні ряд вчених, визнаючи правосуб'єктність самостійною правовою категорією, виділяють з її складу все більше і більше елементів(правочиноздатність, деліктоздатність, бізнес дієздатність та інші). Залишається питання визначення особливостей (специфіки) правосуб'єктності окремих суб'єктів цивільних правовідносин.

Торкнемося окремих питань щодо змісту і складових правосуб'єктності неповнолітніх осіб. Цивільна правосуб'єктність визнається за всіма фізичними особами з моменту народження, але чи буде вона при цьому рівною за змістом для неповнолітніх і повнолітніх осіб? Щоб визначити це розглянемо окремі складові правосуб'єктності неповнолітніх осіб.

Правоздатність. Відповідно до ч.1 ст.25 ЦК України здатністю мати цивільні права та обов'язки наділені всі фізичні особи. Деякі ж особливості правоздатності неповнолітніх осіб вказують на відмінність її від правоздатності повнолітніх осіб. Так, неповнолітні наділяються законом можливістю мати право приватної власності, але правомочність розпорядженняя об'єктами права власності вони реалізують за згодою законних представників (крім дрібних побутових та деяких інших правочинів); неповнолітні поряд з повнолітніми є рівними спадкоємцями [7, с. 12], але вони не в змозі заповідати своє майно (складати заповіт). В розглянутих випадках мова йде про неможливість володіти деякими правами, яка поширюється на окрему категорію осіб (неповнолітніх). На це прямо вказує законодавець у ч.3 ст.25 ЦК України, що здатність мати окремі права і обов'язки може

пов'язуватися з досягненням фізичною особою відповідного віку, але при цьому рівність правоздатності не буде суперечливою.

Дієздатність. Враховуючи психологічний, фізіологічний, розумовий розвиток неповнолітніх, який впливає на їхню можливість здійснювати і захищати права, законодавець наділяє їх неповною дієздатністю. Вона характеризується тим, що за особою визнається право самостійно вчиняти не всі, а лише окремі дії, передбачені законом (ст. 31, ч.1 ст.32 ЦК України), інші правочини (ч.2 ст.32 ЦК України) за згодою батьків(усиновлювачів) або піклувальника. Отже, бачимо що правосуб'єктність неповнолітніх осіб буде неповною у частині дієздатності.

Поряд з цим, дієздатність неповнолітніх можна характеризувати й за способом здійснення [8, с. 7]. Так, з досягненням 14 років особа може самостійно, своїми діями здійснювати передбачені ст.31, 32 ЦК України суб'єктивні права, а батьки(усиновлювачі), піклувальники лише контролюють їх, а відповідно ч.2 ст.32 ЦК України ще дають згоду на здійснення ними передбачених прав.

Деліктоздатність. Відповідальність неповнолітніх за завдану ними шкоду регулює ст.1179 ЦК України, а за порушення укладеного такими особами договору -ст.33 ЦК України, які визначають, що неповнолітня особа у віці від 14 до 18 років несе самостійну відповідальність на загальних підставах, а у разі відсутності майна, достатнього для повного відшкодування шкоди, збитків за порушення умов договору – додаткову відповідальність несуть її законні представники. Отже, цивільна відповідальність неповнолітніх осіб носить самосійно-субсидіарний характер.

Виходячи із специфіки суб'єктивних прав неповнолітніх можна дати таке визначення їхньої правосуб'єктності – це закріплена нормами права можливість бути носієм цивільних прав і обов'язків, можливість здійснювати їх самостійно і за погодженням із законними представниками, нести самостійно-субсидіарну відповідальність за неправомірну реалізацію цивільних прав і обов'язків. Складовими правосуб'єктності неповнолітньої особи є – рівна правоздатність, неповна дієздатність, самостійно-субсидіарна деліктоздатність.

Використані джерела:

1. *Матузов Н.И. Субъективные права граждан СССР / Матузов Н.И. – Саратов: Приволжюкнюизд-во,1966. – 190 с.*
2. *Чечина Н.А. Гражданские процессуальные отношения / Чечина Н.А – Л.: Изд.Лен-го ун-та,1962. – 68 с.*
3. *Корецкий В.И. Гражданское право и гражданские правоотношения в СССР / Корецкий В.И – Душанбе: Ирфон, 1967. – 128 с.*
4. *Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность / Венедиктов А.В. – М.-Л.: Изд. АН СССР,1948 – 839 с.*
5. *Правовые проблемы гражданской правосубъектности : сб. ст. / отв.ред. О.А.Красавчикова. – Свердловск.:УрГУ, 1978 – 156 с.*
6. *Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве / Веберс Я.Р – Рига.: Латвийский государственный университет им. П.Стучки, 1976 – 231 с.*
7. *Кузнецова Л.Г. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних. / Л.Г Кузнецова, Я.Н. Шевченко. – М.: «Юридическая литература», 1968 – 136 с.*
8. *Чефранова Е.А. Правосубъектность несовершеннолетних по советскому гражданскому праву /. Автореферат дис. … канд. ю. н. – М., 1978 – 19 с.*

Полянек Катерина Михайлівна
старший викладач юридичного факультету Буковинського університету,
Чернівці, Україна

ГЕНЕЗИС РЕЧОВОГО ПРАВА НА НЕРУХОМІСТЬ

Речові права – вид майнових прав, які оформляють та закріплюють належність речей суб'єктам цивільних правовідносин. Вони відображають статику майнових правовідносин. Право власності є найважливішим речовим правом, його зміст становить володіння, право користування і право розпорядження.

Поділ об'єктів цивільних відносин на нерухому та рухоме майно, генезис речового права веде свою історію з часів римського права. Якщо об'єктом права були речі, вказує проф. О.А. Підопригора, то це і називалось речовим правом. До речових римське приватне право відносило такі інститути, як володіння, право власності, сервітути, інші права на чужі речі (емфітевзис, суперфіцій, заставне право). Володілець речового права у процесі їхнього здійснення вступав у правові відносини з усіма, хто його оточує. Суб'єкт речового права пов'язаний з річчю ніби невидимою ниткою – куди б річ не пішла від її володільця, він має право вимагати її повернення від будь-кого, хто її незаконно утримує. Римське право знало так звану необмежену віндикацію, за якою власник міг витребувати свою річ від кожного, у кого вона знаходилась [1, с. 146-150].

В українській науці проблематика речового права висвітлюється як в теоретичних роботах правознавців так і в історико-правових джерелах України. Питання речового права розглядалися в таких історичних правових документах, як «Руська Правда», «Статутах Великого князівства Литовського» (1529, 1566, 1568 рр.). Джерелами, в яких було закріплено речове право, були стародавні звичаї у Запорізькій Січі, «Права, за якими судиться малоросійський народ» - 1743 р. У Конституції Пилипа Орлика 1710 р. заборонялися втручання у майно та його конфіскація за будь-яку провину: «… чинити … насильства захопленням ґрунтів чи примусом до невигідного їх продажу і не конфісковувати за ледь-яку провину усе майно – рухоме і нерухоме». Універсали УНР визначали положення суспільної власності, особливо що стосувалося власності осіб на землю [2, с. 29-30].

В період існування Радянського Союзу розподіл речей на рухоме та нерухоме майно на законодавчому та доктринальному рівні не було. Так, ЦК УРСР 1922 р. визнавав весь земельний фонд новоствореної республіки надбанням держави і зазначав, що земля не може бути предметом приватного обороту. Володіння землею допускалося радянською владою лише на правах користування. У примітці до ст. 21 ЦК УРСР 1922 р. було вказано, що із скасуванням приватної власності на землю поділ майна на рухоме та нерухоме відмінений. Що стосується ЦК УРСР 1963 р., то в ньому про нерухоме майно не було навіть згадки [3, с. 141].

Після тривалої перерви термін «нерухоме майно» з'являється спочатку в Основах цивільного законодавства СРСР та республік 1990 р., потім у законах України «Про заставу» від 2 жовтня 1992 р., «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р., «Про приватизацію державного житлового фонду» від 19 червня 1992 р. та деяких інших законодавчих актах. Але у жодному з них не містилося розгорнуте визначення цього поняття і не були наведені критерії розподілу речей на рухомі та нерухомі. Лише з прийняттям нового ЦК України цю прогалину у праві було усунуто [4].

В зарубіжних правових системах проводиться певна класифікація об'єктів речового права. Класифікація проводиться в залежності від природних властивостей об'єктів, і основним її критерієм виступає поділ речей на рухомі і нерухомі. Практичне значення даної класифікації полягає у встановленні різного правового режиму відносин з даними об'єктами, враховуючи те соціальне, фізичне та економічне значення землі, яке важко переоцінити. Разом з тим, в національних системах права є і відмінності в цій класифікації. В основному це стосується визнання нерухомістю деяких речей, що є за своїми природними

властивостями рухомими, а також прав на такі речі. Так, французьке право виходить із найбільш широкої концепції нерухомих речей (ст. 517-526 Цивільного кодексу Франції). Стаття 517 зазначає: «Майно є нерухомим за своєю природою, або в силу його призначення, або внаслідок предмета, приналежність якого воно складає». До нерухомості по самій природі речей відносяться земля і пов'язані із нею будівлі, врожай на корені, ліси і т. ін. До нерухомих речей за їх призначенням французьке законодавство відносить: машини, інструменти і сировину, які використовуються на підприємстві, сільськогосподарські знаряддя і худоба в маєтку для обслуговування і експлуатації, хоча за своєю природою вони є рухомими. Якщо ці об'єкти виділяються зі складу маєтку, то вони розглядаються як рухомість. Також нерухомістю в силу їх призначення визнаються всі рухомі речі, приєднані власником назавжди до земельної ділянки.

У німецькому праві використовується значно вужче поняття нерухомості. Нерухомістю, згідно з § 96 Німецького цивільного уложення, вважається земля і складові частини земельної ділянки, під якими розуміються речі, нерозривно пов'язані з землею, - будівлі, рослини на корені тощо, а також права, пов'язані з правом власності на дану ділянку. Рухомістю визнається все те, що не є земельною ділянкою чи її складовою частиною. Схоже поняття дає швейцарський ЦК, - ст. 655. ЦК Португалії, перераховуючи окремі види майна, зазначає, що нерухомістю вони будуть у випадку «нерозривного зв'язку з землею». Як бачимо, скрізь при визначенні нерухомого майна вирішальне значення надається нерозривному зв'язку зазначеного майна з землею, але разом з тим законодавець відносить до нерухомості деяке майно, що є за своєю природою рухомим, але внаслідок його особливою цінності та значення на це майно бажано поширити правовий режим нерухомого. Так, наприклад, ЦК Нідерландів визнає нерухомістю також космічні об'єкти, морські та повітряні судна [5, с. 141].

В речовому праві нерухомість є особливим об'єктом права власності, оскільки наділена специфічними рисами – сталий зв'язок із землею, особлива цінність, неможливість переміщення без знецінення та зміни її призначення, непоживність у процесі використання. Саме вони вимагають визначення спеціальних правил, що регулюють участь таких об'єктів у майновому обороті.

Українське законодавство виявляє тенденцію до детального регламентування і встановлення особливого правового режиму речових прав на нерухоме майно. Це зумовлено особливим значенням цього майна і тією функцією, що здійснюється за допомогою права власності та інших речових прав на нерухомість і на її основу – землю. Докладна регламентація ніяк не заперечує й не обмежує самого права приватної власності та інших речових прав на землю та нерухомість, а, навпаки, - визнає і захищає ці права, якщо це не суперечить соціальним, суспільним інтересам.

Використані джерела:

1. *Підопригора О.А. Римське приватне право: К.: «Ін Юре», 2001.*
2. *Мармазов В.Є., Мірошниченко А.М., Пушкар П.В. Актуальні проблеми захисту права власності в практиці Європейського суду з прав людини та її вплив на правову систему України. К.: «Зовніторгвидав України», 2009.*
3. *Бойко О.О. Особливості купівлі-продажу нерухомого майна // Цивільне право України: підручник у 2 кн. / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – К.: «Юрінком Інтер», 2002 р.*
4. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV зі змінами та доповненнями. www.rada.gov.ua.*
5. *Гончаренко М.І. Речові права на нерухомість в зарубіжних правових системах // Українське право, № 1. 1998.*

Присяжнюк Валерій Павлович
здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Національного університету Державної податкової служби України,
начальник УМВС України в Житомирській області,
Житомир, Україна

МЕТОДОЛОГІЯ ВРЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЩО ЗАВДАНА СПІВРОБІТНИКУ ОВС

Насамперед йдеться про те, що методологія – підходи до вирішення тієї чи іншої проблеми. При її встановленні слід враховувати пріоритети та особливості об'єкта правового регулювання суспільних відносин.

Конституція України в ст.3 встановила, що людини, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність і безпека визнані в Україні найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Одним із напрямків забезпечення такої діяльності держави є врегулювання відносин із відшкодування завданої шкоди чому слугують деліктні зобов'язання які сконструйовані на основі генерального делікту та спеціальних його проявів в залежності від особливостей правового становища деліквента та потерпілого. Інколи на конструкцію спеціального делікту впливає особливість підстави виникнення цих правовідносин (наприклад при завданні шкоди джерелом підвищеної небезпеки).

На загально методологічному рівні генеральний делікт, як ми вважаємо, сконструйовано на певних презумпціях, які забезпечують відшкодування завданого збитку та шкоди:

презумпція неправомірності завдання майнової шкоди як підстави виникнення цих деліктних зобов'язань. При тому законодавець в ст.1166 ЦК абстрагувався від понятійного апарату, який він використав в ст. 22 ЦК України. В ній йдеться про збитки, як правову категорію яка більш влучно характеризує втрати у майні потерпілих. Навіть якщо зважати, що законодавець використав категорію «шкода» як абстракцію, що охоплює майнові так і моральні втрати потерпілого,то виникає слушне питання чому він їх розмежував у статтях 22-23 ЦУ і відмовився від того у подальшому. Можна було б застосувати легальне тлумачення і не конструювати статей-як норми-дефініцій. Принаймні, логіку відокремленого використання цих понять та наступного об'єднання у ст. 1166 ЦК України зрозуміти досить складно. Проте тут є й інші наслідки, які проявляється про поглибленому аналізі зазначеної та інших презумпцій;

презумпція відшкодування шкоди у повному обсязі є центральною в конструкції деліктних зобов'язань. Проте, з огляду на вище зазначене, не досить є зрозумілою практика судів щодо зменшення заявленого потерпілим розміру відшкодування моральної шкоди. Виходить, що не потерпілий визначає розмір відшкодування, як таких що має право співвідносити наслідки неправомірності діяння деліквента та глибину страждань і переживань в залежності від його темпераменту, ментальності, стану тощо, а суд та деліквент, який виставляє заперечення зазвичай буде доводити інше. Тож логічні несуперечності зазначеного більш ніж очевидні. Фактично йдеться про заперечення першої презумпції особливо стосовно відшкодування моральної шкоди, особливо шкоди яка завдана працівникам міліції при виконанні ними службових обов'язків та застосування примусу щодо осіб, які поводять себе неадекватно;

Недоречності в універсалізації категорії шкода є досить очевидними і на наш погляд не слугують охороні прав потерпілих, а скоріше деліквентів, особливо коли йдеться про відшкодування моральної шкоди. Чи не тому практика судів розгляду цієї категорії справ є досить неоднозначна і рішення по ним зводяться або до відмови у відшкодуванні такої шкоди, або її суттєвому зменшенні. Така можливість закладене уже у методологічному підході. Ми переконані, що об'єднувати категорію «збиток» із категорією «моральна шкода» недопустимо.

презумпції вини деліквента, що проведено в ч. 2 ст. 1166 ЦК України і на жаль не завжди забезпечується, особливо стосовно протидії працівникам міліції. На жаль склалось так, що надмірне тлумачення свободи особистості та права на недоторканність, інколи важить більше чим вимоги працівників міліції дотримуватися правомірної поведінки. Чи не тому у нас як належне сприймається нецензурщина у громадських місцях в тому числі й серед майбутніх правників?;

презумпції застосування відшкодування завданої шкоди каліцтвом, іншим ушкодження здоров'я або смертю фізичної особи у випадках,якщо це передбачене законом. Іншими словами, на наш погляд, тут йдеться про підвищену правову охорону саме цих цінностей;

Презумпції застосування цивільно-правового механізму відшкодування завданої шкоди, якщо законом не встановлене інше.

Для того створені державні інституції в структурі яких органам внутрішніх справ відводиться чи не ключове місце в забезпеченні прав та свобод, здебільше засобами публічного права, членів громадянського суспільства. В той же час охорона прав самих співробітників органів внутрішніх прав, які перебувають на «передньому краї» охорони правопорядку і стикаються з небезпеками для життя, здоров'я та майна бажає кращого. Лише за офіційними даними МВС щорічно гине, отримує пошкодження здоров'я, професійні захворювання значна кількість співробітників МВС. Не враховуються ще стільки, які не звертались ні з рапортами про погрози на їх сторону чи стосовно їхніх близьких, які за суб'єктивних причин відмовилися від претензій до своїх кривдників.

Після вирішення загальних методологічних підходів відшкодування заподіяних збитків та моральної шкоди доцільно переходити до конструкції окремих деліктів. В них особливо проявляється специфіка правового становища деліквентів та менше потерпілих, юридичної підстави виникнення правовідносин, взаємодії між елементами завдання шкоди.

Прудко Антоніна Віталіївна
здобувач кафедри галузевих правових наук ФПвН
Національного Університету «Києво-Могилянська Академія»,
Київ, Україна

ПРЕДМЕТ, ЗМІСТ ТА ФОРМА Ф'ЮЧЕРСНОГО КОНТРАКТУ ЯК ОСОБЛИВОГО ВИДУ БІРЖОВОГО ДОГОВОРУ

Ф'ючерсний контракт («ф'ючерс») можна визначити як стандартизований строковий біржовий договір, який встановлює зобов'язання придбати чи продати базовий актив визначеної кількості та якості у встановлений час у майбутньому за ціною, що встановлена на централізованому регульованому біржовому аукціоні.

Предметом ф'ючерсного контракту є так званий «базовий актив» (біржові товари такі як цінні папери, товари, гроші, фондові індекси, відсоткові ставки за кредитами, банківські метали). О. М. Сохацька виділяє чотири групи біржових товарів, що можуть бути предметом ф'ючерсного контракту.

1. Сільськогосподарська сировина, лісові товари та продукти: зернові (пшениця, кукурудза, овес, жито, ячмінь, рис); масло-сім'я та продукти його переробки (льон, бавовна, соя, соєве масло, соєвий шрот); жива худоба (велика рогата худоба, живі свині, бройлери, м'ясо свиней, бекон, свинячі стегна); текстильні товари (джут, натуральний та штучний шовк, промита вовна та прядиво, бавовна); харчові товари (цукор, кава, какао /боби/, рослинні масла, яйця, картопля, арахіс, концентрат апельсинового соку); пиломатеріали та фанера; натуральний каучук.

2. Промислова сировина: нафта-сирець та продукти її переробки (дизельне паливо, мазут, пропан, газолін, бензин); кольорові та коштовні метали (алюміній, мідь, свинець, цинк, олово, нікель, золото, срібло, платина, паладій).

3. Цінні папери та відсоткові ставки: облігації, векселі, депозитні сертифікати; акції; відсоткові ставки: (30-денні, LIBOR); фондові індекси.

4. Валюта: євро, японська ієна, австралійський та канадський долари, швейцарські франки, мексиканське песо; вклади в євродоларах [1, 29-30].

Перші дві групи базових активів (біржових товарів) використовуються при укладанні ф'ючерсних контрактів на товарному ринку, третя група – на фондовому ринку і четверта, відповідно – на валютному.

Отже, предметом ф'ючерсних контрактів зазвичай є цінні папери, товари (матеріальні активи), індекси фондових бірж, валюти. П.3 Правил випуску та обігу фондових деривативів зазначає, що базовим активом ф'ючерсів можуть бути тільки товарні ресурси або кошти (валютні цінності). В той же час, п. 2 цих же Правил зазначає, що біржі, на яких здійснюється торгівля опціонами та ф'ючерсами, базовим активом яких є цінні папери, повинні забезпечити доступ учасників ринку до регулярної та особливої інформації про емітента цих цінних паперів. На жаль, знову бачимо протиріччя вже між нормами одного і того ж нормативно-правового акту.

У зв'язку з тим, що предметом строкового контракту є базовий актив (товар, валюта, інші фінансові інструменти), а ціна такого строкового контракту встановлюється залежно від очікуваних змін вартості його базового активу, його також називають похідним активом або похідним інструментом.

Науковці та практики виділяють декілька видів ф'ючерсних контрактів, залежно від виду базового активу, який лежить в його основі. Зокрема, існують товарні ф'ючерси (commodity futures), базовим активом яких є такі товари як зерно, кукурудза тощо та фінансові ф'ючерси (financial futures), базовим активом яких є фінансові інструменти такі як відсоткові ставки, валюта, акції, казначейські облігації, фондові індекси тощо. Наприклад, відповідно до визначення International Accounting Standard IAS 32 «Financial instruments: disclosure and presentation» «фінансовим ф'ючерсом є договірне зобов'язання про майбутню поставку / купівлю стандартизованої кількості фінансових інструментів або проведення взаєморозрахунків в стандартизовану дату виконання контракту за ціною, заздалегідь узгодженою в ході вільного біржового торгу» [5, 11].

Серед характерних особливостей ф'ючерсних контрактів необхідно обов'язково виділити такі: по-перше, ф'ючерси укладаються лише на фондовій чи товарній біржі [13], по-друге, ці контракти укладаються не з метою фактичної поставки основних товарних валютних чи інших фінансових ресурсів у майбутньому, хоча така і передбачається в умовах контракту, а з метою управління ціновими ризиками, по-третє, всі ф'ючерсні контракти є стандартизованими за всіма параметрами. Стандартизація ф'ючерсного контракту означає уніфікацію таких його умов, як вид базового активу, його споживча вартість, кількість, базова якість, розмір доплат за відхилення від вимог якості, умови та строки поставки, форма оплати, санкції за порушення умови контракту, порядок здійснення арбітражу тощо. Єдина умова, яка змінюється в процесі проведення біржових торгів протягом строку дії контракту, є ціна ф'ючерсу.

Отже, якщо говорити про зміст ф'ючерсу, то кожна біржа, на якій укладаються ф'ючерсні контракти, розробляє та затверджує так звані, специфікації ф'ючерсних контрактів на різні базові активи (біржові товари), відповідно до яких і укладаються контракти. «Специфікації» можна визначити як встановлені стандартні умови виконання зобов'язань за строковими біржовими контрактами. Правила випуску та обігу фондових деривативів закріплюють обов'язкову реєстрацію, затверджених специфікацій, Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку [3, 33]. Звичайно ж специфікації розробляються з урахуванням економічних показників, зацікавленості учасників біржової торгівлі у тому чи іншому базовому активі тощо.

Окрім цього Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів визначає умови, які повинен містити ф'ючерсний контракт:

назва контракту;

вид контракту (з поставкою або без поставки базового активу);

сторони контракту;

базовий актив контракту та його характеристики (емітент, вид та кількість цінних паперів, його номінальна вартість, термін обігу та інші відомості для цінних паперів; вид та кількість валюти - для грошей; кількість, асортимент - для інших товарів);

обсяг контракту (встановлені у специфікації для окремого ф'ючерсного контракту якість та кількість (об'єм, вага) базового активу);

розмір початкової маржі;

механізм визначення ціни на момент виконання;

ціна виконання (ціна базового активу);

одиниця виміру ціни;

термін виконання;

відповідальність сторін у разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язань, встановлених цим контрактом;

порядок розгляду спорів, що виникають під час укладення та виконання контракту;

адреси, підписи, печатки, реквізити банківських рахунків (для юридичних осіб) та паспортні дані (для фізичних осіб) сторін контракту (п.12 Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів).

Одиниця контракту. Кожний ф'ючерсний контракт має стандартну, встановлену біржею, кількість базового активу, яка називається одиниця контракту (contract unit), як бачимо у Положенні про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів одиниця контракту визначається як обсяг контракту. Наприклад, в контрактах на зернові (кукурудза, пшениця, соя-боби) на біржах США одиниця контракту становить 5 тис. бушелів, в контракті на мідь на Лондонській біржі металів – 25 тон. Контракт на золото, зазвичай, передбачає поставку 100 унцій золота. Ф'ючерсний контракт на 3-місячні векселя Казначейства США передбачають поставку векселя вартістю 1 млн. доларів. Одиницею контракту на швейцарські франки на Чиказькій товарній біржі є 125 тисяч швейцарських франків. Треба зазначити, що встановлення торгових одиниць (унції, фунти, бушелі) та кількість таких одиниць в контрактів базується на торговій практиці.

Якість товару. При розробці контрактної специфікації біржа визначає сорт (сорти) товару, який буде прийнятним для даного контракту. Визначається також базовий сорт який стає основним ціноутворюючим сортом, тобто біржові ціни утворюються орієнтуючись на даний сорт. Наприклад, Нью-Йоркська біржа бавовни та цитрусових встановила якість товару у ф'ючерсному контракті на заморожений концентрат апельсинового соку таким чином: «Сорт А за стандартом США, з числом Брікс, що показує вміст корисної речовини не менше 57 відсотків співвідношення коефіцієнта числа Брікс до кислоти не менше 13 до 1 та не більше 19 до 1, з факторами кольору та запаху кожних 37 пунктів та вище, для дефектів – 19 пунктів, з мінімальним рівнем 94» [4, 49]. Тобто бачимо, що якість товару прописується до найменших дрібниць, також вказуються можливі та допустимі відхилення від такої якості.

Ціна ф'ючерсу базується на ціні відповідного базового активу і змінюються відповідно до зміни ціни цього активу на ринку спот. Орієнтиром для ф'ючерсних контрактів є котирувальна (поточна) ціна контракту. Способи котирування цін на різні товари також встановлюються відповідно до звичаїв, а також фізичних властивостей товару. Наприклад, золото та платина котируються в доларах та центах за унцію. Срібло також котирується за унцію, але оскільки це дешевий метал, то котировка містить додаткові знаки: срібло котирується в доларах, центах, та десятих долях цента за унцію. Зернові котируються в доларах, центах та четвертих долях цента за бушель. Деякі товари котируються в десятих та сотих долях центів за фунт (мідь, алюміній, цукор тощо).

Котировка валютних ф'ючерсів встановлюється так само, як і на фізичні товари. Ф'ючерсні котировки на біржах США являють собою співвідношення між одиницею іноземної валюти та 1 доларом США. Існує, так звана, американська система котировки валюти та європейська. Перша полягає в тому, що наприклад, котировка 0,6000 ф'ючерсного контракту на швейцарські франки означає, що 1 швейцарський франк дорівнює 60 центам (0,6 доларів США). Або, котировка 1,6000 ф'ючерсного контракту на англійський фунт стерлінгів означає, що 1 фунт стерлінгів дорівнює 160 центів (1,6 доларів США). Європейська система котировок базується на зворотному принципі. Ціни на міжбанківському валютному ринку являють собою число іноземної валюти за 1 долар США. Обидві системи котировки пов'язані між собою. Зокрема, якщо на біржі в Чикаго котировка контрактів на німецьку марку складає 40,00 центів (0,40 доларів США), то міжбанківська котировка буде 1:0,40 = 2,50 німецької марки.

Яким же чином визначається ціна всього ф'ючерсного контракту? Знаючи одинцю контракту та спосіб котировки ціни, можемо досить легко визначити ціну всього контракту. Наприклад, ціна ф'ючерсного контракту на мідь (одиниця контракту 25 тисяч фунтів при ціні 60 центів за фунт), буде складати 15 тисяч доларів США (25000 * 0,60 доларів США).

Як вже зазначалося, ціна ф'ючерсного контракту може змінюватися протягом строку дії ф'ючерсного контракту. Мінімальний розмір коливання ціни кожного ф'ючерсного контракту встановлюється відповідною біржею та називається «мінімальне коливання ціни» або «тік» (minimum fluctuation or tick). Наприклад, для ф'ючерсних контрактів для зернові мінімальне коливання складає ¼ цента за бушель. Якщо останній договір на пшеницю був укладений за ціною 2,50 ½ долари США, то з урахуванням мінімальної зміни наступна ціна буде або 2,50 ¼ , або 2,50 ¾ долари США. Справа в тому, що брокерам забороняється робити пропозиції, називаючи ціни, що не є кратними до цих мінімальних коливань ціни. Крім того, з метою уникнути різких коливань цін на ф'ючерсних ринках на багатьох біржах США встановлюються денні ліміти (обмеження) коливання цін. Денні ліміти визначають межі, в яких ціну на базовий актив ф'ючерсного контракту можна підняти або знизити протягом дня, відносно до розрахункової ціни (settlement price) попереднього дня торгівлі на біржі. Така процедура також впорядковує процес клірингових розрахунків та збору депозитів, оскільки великі коливання цін призводять до різкого збільшення об'ємів варіаційної маржі, яка переводиться між покупцем / продавцем та клірингової палатою.

Отже, разом з коливанням ціни на одиницю контракту змінюється і ціна всього ф'ючерсного контракту. При збільшенні цієї ціни після укладення контракту його покупець отримує прибуток, а продавець має збитки. При зниженні ф'ючерсної ціни навпаки - продавець контракту отримує прибуток, а покупець має збитки.

Серед умов ф'ючерсного контракту важливу роль відіграє встановлення строків (позицій), за якими біржею дозволяється укладання таких контрактів та поставка базового активу. Наприклад, на ф'ючерсному ринку бавовни США укладання контрактів ведеться за 5 позиціями (березень, травень, липень, жовтень, грудень). Зазвичай кількість позицій коливається від 4 до 8 місяців в межах року. Конкретні місяці вибираються з урахуванням особливостей товарів та фінансових інструментів.

Одна з характеристик ф'ючерсного контракту – строк його дії («глибина контракту») тобто період з початку торгівлі базовим активом на біржі до її завершення. Тут практика є відрізняється на різних біржах та щодо різних базових активів. Зокрема, на Нью-Йоркській товарній біржі строк ф'ючерсного контракту на нафту складає 48 місяців, на бензин – 18 місяців. На Лондонській біржі металів максимальні строки ф'ючерсних контрактів збільшені до 27 місяців [4, 50].

Відповідно до чинного законодавства форма для ф'ючерсних контрактів передбачається письмова [5, 56]. І це є ще однією з проблем нашого законодавства, оскільки на сьогодні документарної форми ф'ючерсів майже не існує; як правило, договори фіксуються в електронних торгових системах бірж, тобто в бездокументарній формі.

Ф'ючерсний контракт укладається на відкритому подвійному аукціоні або в електронній системі торгівлі в особливому порядку, що встановлюється кожною ф'ючерсною біржею з урахуванням торгівельних традицій. Ф'ючерсний контракт вважається укладеним з моменту його реєстрації у клірінговій палаті.

Підсумовуючи, можемо сказати, що за своєю природою ф'ючерсний контракт є строковим контрактом та особливим видом біржових договорів, який повинен регулюватися нормами цивільного та господарського права.

Використані джерела:

1. *Сохацька О.М. Ф'ючерсні ринки. – Тернопіль: Економічна Думка, 1999. – 408с.*
2. *Лемішевська Т. Аналіз чинного законодавства України з регулювання деривативів та пропозиції ЗАТ «УМВБ» щодо його наближення до загально-прийнятної світової практики – К.: ЗАТ «УМВБ», 2003. – 36с.*
3. *П.19 Правила випуску та обігу фондових деривативів, затверджені рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 24 червня 1997 року №13 // Офіційний вісник України - 1997. № 20. –*
4. *Дегтярева О. И. Биржевое дело: Учебник для вузов. – М.: Юнита-Дана, 2001. – 680с.*
5. *П. 7 Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 19.04.1999 р. №632 // Офіційний вісник України. - 1999. № 16.*

Ракова Елена Геннадьевна

доцент кафедры гражданского права и процесса

Санкт-Петербургского филиала Государственного Университета – Высшей школы экономики, Санкт-Петербург, Российская Федерация

ДОГОВОР В КОНТЕКСТЕ ТЕОРИИ ПРАВООТНОШЕНИЙ: СУЩНОСТНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ, СУБЪЕКТНЫЙ СОСТАВ И ОСОБЕННОСТИ ПРОЦЕДУРЫ

Договор традиционно рассматривается в рамках теории правоотношений и юридических фактов. Общим местом стало определение договоров как вида юридических фактов (актов) – правомерных действий субъектов права, совершаемых с намерением установить конкретные правоотношения. Но даже поверхностный анализ содержания договоров показывает, что значение договоров выходит далеко за рамки «правомерного деяния, запускающего правоотношение». На это неоднократно обращали внимание многие отечественные правоведы.

«Являясь основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношений, договор определяет и содержание этих правоотношений… Договор… непосредственно регулирует поведение сторон…», – констатировала. Р. О. Халфина [1, с. 106]. Б. И. Пугинским предложено следующее определение договора – «соглашение двух или большего числа лиц об осуществлении определенных действий и установлении регулирующих такие действия взаимных прав и обязанностей» [2, с. 263]. Таким образом, согласовывая свои интересы, вырабатывая общие условия, в первую очередь программы своих действий, субъекты договора регулируют отношения: конкретное правоотношение или множество возможных правоотношений. Правовой результат договора, таким образом, имеет регулятивную природу.

Многие авторы отмечают, что понятие «договор» имеет несколько смыслов, в которых оно употребляется в законодательстве. Как пишет В. В. Витрянский: «В законодательстве и в гражданско-правовой доктрине термин «договор» употребляется в трех различных смыслах: как основание возникновения правоотношения (договор-сделка); как само правоотношение,

возникающее из этого основания (договор-правоотношение); как форма существования правоотношения (договор-документ)»[3]. Такое троякое значение понятия «договор» как юридического факта (сделки), правоотношения и документа отмечают также Е. А. Суханов, Н. И. Клейн, А. Ю. Кабалкин, Н. Д. Егоров, А. М. Мартемьянов и др.

В сфере частноправовых отношений договор является основой правового регулирования. Однако понимание его в юридической литературе также не отличается единообразием. В целом частноправовой договор можно определить как соглашение, то есть юридический акт свободной и сознательной воли двух или более лиц, оформленный посредством диспозитивного метода и включающий правовое предписание локального характера, регламентирующего корреспондирующие права и обязанности сторон в определенной сфере общественной жизнедеятельности. При этом содержание договора составляет совокупность согласованных сторонами условий, определяющих перечень прав и обязанностей контрагентов, порядок их осуществления, последствия нарушения договорных обязательств, а также обстоятельства, обусловливающие изменение и прекращение договора, и процедурный порядок соответствующих действий.

Предписания, закрепленные в частноправовом договоре, отличаются от правовых норм в их классическом понимании. Главное отличие в круге субъектов – предписания договорного характера распространяются исключительно на субъектов, заключивших договор, то есть носят персонифицированный характер.

Отличие договорного предписания от правовой нормы общего действия не означает того, что частноправовой договор не является формой права. Частноправовой договор является «правовым» в силу того, что выступает средством правового регулирования (также как и любая иная форма права), действует в пределах юридически значимых отношений, регулирует поведение субъектов права, устанавливая обязательные для них права и обязанности, невыполнение которых может повлечь меры юридической ответственности.

Ограничение роли частноправового договора юридическим фактом неприемлемо в связи с тем, что сам по себе договор (соответствующим образом оформленный акт) может непосредственно и не порождать правоотношения между субъектами, а лишь закреплять взаимные права и обязанности, возникновение которых связывается с каким-либо событием или действием, оговоренным в договоре (например, брачный договор, договор страхования и т. д.). В связи с этим можно сделать вывод, что надлежаще заключенный субъектами права частноправовой договор является формой права, так как содержит правовые нормы, но нормы индивидуальные (локальные, «микронормы»), то есть касающиеся конкретных и точно определенных индивидов и рассчитанные на них.

Субъектами договорных правоотношений, а, следовательно, участниками процедуры договора, могут быть индивиды (граждане государства, иностранные граждане, лица без гражданства, лица с двойным гражданством), а также организации и социальные общности (например, трудовой коллектив), права и обязанности которых осуществляются их представителями – физическими лицами.

Процедура всегда «вращается» вокруг определенного (основного) отношения, которое является стержнем взаимодействия. «Без этого, – пишет В. Н. Протасов, – нельзя понять природу юридической процедуры, характер ее разновидностей, наконец, сам механизм функционирования процедуры»[4, с. 19].

Процедура связана с правоотношением в разных аспектах. Ее роль можно оценить с учетом того, что зарождение, жизнь и прекращение существования правоотношения связаны с действием различных элементов правовой нормы, и процедура может быть формой опосредования любого из них и соответственно любого этапа в развитии правоотношения.

Материальная процедура применительно к своему основному (регулятивному) правоотношению может быть средством:

а) формирования юридико-фактической основы его возникновения;

б) установление существования отношения;

в) его непосредственной реализации;

г) прекращения отношения.

Процессуальная же процедура имеет две цели:

а) выявление (установление существования) охранительного правоотношения;

б) его непосредственную реализацию.

Необходимо, однако, иметь в виду, что, во-первых, формой бытия юридических фактов могут быть, как процесс, так и материальная процедура – это зависит от сферы, во-вторых, бытие юридических фактов в процедуре есть одновременно и бытие закона.

Всегда ли реализация правовых норм и отношений нуждается в процедуре? Несмотря на некоторое преувеличение роли процедуры в правовом регулировании, ее нельзя недооценивать.

Изначальная постановка проблемы договора лежит в плоскости исследования форм выражения волеизъявлений субъектов права в рамках правовых процедур.

Любые правовые акты необходимо рассматривать в первую очередь как действия субъектов права (акты-действия), направленные на установление правовых результатов. Кроме того, определенные правовые акты, а правильнее сказать – определенные правовые результаты, требуют документального оформления. «Волеизъявление управомоченного субъекта права, регулирующее общественные отношения путем установления (изменения, отмены, изменения сферы действия) правовых норм, а также установления (изменения, прекращения) конкретных правоотношений, результаты которых в виде велений, обращений, соглашений и т. п. в установленных законом случаях фиксируются в документальной форме (акте-документе)» [5, с. 25]. Таким актом может быть договор. В этом случае между субъектами возникает правовая связь, обращающая либо слияние нескольких волеизъявлений в единое общее волеизъявление (волеслияние), либо в согласование волеизъявлений (волесогласование).

Использованные источники:

1. *Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском гражданском праве. М., 1954.*
2. *Российская юридическая энциклопедия. М., 1999.*
3. *Витрянский В. В. Существенные условия договора // Хозяйство и право. 1998. № 7.*
4. *Протасов В. Н. Юридическая процедура. М., 1991.*
5. *Васильев Р. В. О понятии правового акта // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1998. № 5.*

Рєзнікова Вікторія Вікторівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри трудового, земельного та господарського права
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ЗНАЧЕННЯ ТА СУТНІСТЬ БІРЖІ

Як свідчить світова практика, біржі займають одне з ключових місць в інфраструктурі розвинутої ринкової економіки. Проте на сучасному етапі біржова діяльність в Україні характеризується низькою ефективністю. Аналіз законодавчого регулювання діяльності біржових посередників свідчить про недостатній на сьогодні рівень правового регулювання та забезпечення даної сфери господарювання. Як в економічній, так і в правовій доктрині вже тривалий час точиться дискусія щодо розуміння біржі як оптового ринку, її значення на товарному ринку. Аналізуючи основні тенденції та підходи щодо розуміння сутності біржі, можна звести їх до наступного.

1. Біржа – особливий, специфічний посередник, що функціонує на товарному ринку, і саме в посередницькій діяльності полягає сутність, функціональне призначення біржі.

Товарна біржа розглядається, передусім, як торгівельний посередник, що є одним із невід'ємних елементів ринкової інфраструктури, без якого об'єктивно не може існувати ринкове господарювання. Товарні біржі фактично замінили собою систему державного розподілу, оскільки виступають посередницькою ланкою характерною для розвитку товарного виробництва. Біржа –специфічний посередник між тим, хто шукає застосування капіталу, з одного боку і тим, хто має потребу в капіталі, з другого. Біржа – це великий ринок для обороту капіталів, для правильного встановлення цін на товари, вона виступає посередником між тими, хто шукає куди вкласти капітал, і тими, хто потребує його, тобто регулює кредитні, грошові, платіжні відносини як в країні розміщення, так і між державами. Зміст біржового посередництва за аналізованим підходом розкривається у широкому та у вузькому значеннях. Так, у широкому значенні біржове посередництво – це діяльність із здійснення торгово-посередницьких операцій в інтересах реальних та потенційних клієнтів. А у вузькому значенні біржове посередництво – це правовий інститут, що регулює діяльність біржі та учасників біржової торгівлі з надання учасниками господарського обороту оплатних (комерційних) послуг при укладенні господарсько-правових угод в сфері торгівельного обороту. Біржове посередництво, таким чином, навіть у його вузькому значенні тлумачиться широко, тому в рамках біржового посередництва за аналізованим підходом вирізняють посередництво біржі та брокерське посередництво. Біржове посередництво відноситься також до сфери представницької діяльності (в т.ч. комерційної) з врахуванням специфічних ознак: 1) представницька діяльність біржового посередника носить оплатний характер, оскільки йому виплачується за надані посередницькі послуги обумовлена винагорода; 2) біржові посередники можуть одночасно представляти інтереси різних сторін за угодою, і ця ознака є характерною особливістю діяльності біржових посередників, оскільки вони можуть не тільки виконувати доручення кількох своїх клієнтів одночасно, а й скуповувати при цьому біржові товари у своїх власних комерційних інтересах; 3) представництво вимагає від біржового посередника збереження комерційної таємниці щодо змісту біржової угоди, суті здійснених біржових операцій в інтересах клієнта (це може бути пов'язано з небажанням останнього розголошувати інформацію щодо себе та щодо змісту укладених біржових угод). В рамках біржового посередництва, таким чином, розрізняють біржове посередництво та брокерське посередництво, що співвідносяться між собою як загальне та особливе. При цьому посередництво біржі (біржове посередництво) розглядається як різновид торговельного посередництва. Біржа, по суті своїй, виступає в торгівельному обороті в якості простого посередника, оскільки переслідує одну ціль – сприяти укладенню біржових угод. Сутність біржі, як посередника, полягає не в переміщенні товарів «через біржу», а в організації цього переміщення засобом створення умов для укладення біржових угод. Така організація полягає в постійному зведенні інформації через працюючих в рамках біржі посередників. Тому сама біржа визначається як простий посередник. Послуги, що надаються біржею як посередником пов'язані передусім з організацією та проведенням торгів. Сутність посередництва біржі полягає в організації та сприянні укладенню договорів (біржових угод), - біржа надає посередницькі послуги, пов'язані з організацією і проведенням торгів, наданням учасникам необхідної інформації, розв'язанням конфліктів. Брокерське посередництво є, в свою чергу, складовою частиною біржового посередництва, здійснюється професійними біржовими посередниками, що є членами біржі, в процесі біржової торгівлі.

2. Біржа – це передусім організований і постійно діючий ринок замінних цінностей, який функціонує за допомогою діяльності особливої категорії суб'єктів – біржових посередників. За цим підходом, біржа визначається як така форма організації ринку, за якої здійснюються вільна торгівля цінними паперами (фондова біржа), товарами (товарна біржа), наймання робітників (біржа праці) і формуються ринкові (біржові) ціни (курси) на продукцію на основі фактичного співвідношення попиту і пропозиції. При цьому відзначається, що поняття «біржа» досить давно є предметом дослідження економістів та юристів, і найчастіше дослідники розглядають біржу саме як постійно діючий організований оптовий ринок, на якому здійснюється торгівля біржовими товарами (сировиною, продуктами харчування,

промисловими товарами й т.д.). Будь-яка біржова торгівля являє собою торгівлю замінними цінностями, в біржовому залі немає ні товарів, ні грошей. При цьому біржа – це організація, що має за мету не тільки торгівлю замінними цінностями, а й встановлення цін. Встановлення цін на біржі відбувається регулярно й під загальним контролем. Де такого офіційного котирування цін нема, там немає й біржі. Утворення цін є вагомою функцією торгівлі, служить основним завданням біржі. З викладеного вбачається, що біржа є організованим ринком для замінних цінностей, на якому процес утворення цін протікає під суспільним контролем. У цих пунктах: ринок для замінних цінностей, організація й офіційне котирування цін – полягає вся сутність біржі. Біржа визначається і як саморегулююча некомерційна організація, що сприяє формуванню оптового ринку товарів шляхом організації та регулювання біржової торгівлі, здійснюваної у формі регулярних торгів. І в цьому полягає правова сутність біржі. А економічна сутність біржі полягає у триєдності її основних характеристик: 1) біржа місце проведення регулярних торгів біржовими товарами, 2) об'єднання осіб, що організовують проведення цих торгів та встановлюють правила їх проведення, і, 3) особливий ціноутворюючий механізм. Біржа – це постійно діючий ринок масових замінних цінностей, що функціонує за певними правилами, у конкретному місці, і в призначений час. Основною функцією біржі визнається організація торгівельної діяльності на основі біржового торгу стандартизованими товарами (замінними цінностями), що здійснюється членами біржі, брокерськими конторами чи незалежними брокерами. Біржове посередництво за аналізованим підходом тлумачиться вузько, тому в рамках біржового посередництва вирізняють лише брокерське посередництво (біржове посередництво по суті ототожнюється з брокерським). Останнє характеризують такими ознаками, як: 1) виникає та реалізується в рамках біржової торгівлі і не може існувати поза біржею; 2) брокерське посередництво є підприємницькою діяльністю; 3) брокерське посередництво не обмежується укладенням біржових угод; біржові брокери можуть здійснювати будь-які правомірні дії юридичного та/або фактичного характеру, спрямовані створення рижому максимального сприяння своїм клієнтам; 4) коло суб'єктів брокерського посередництва визначається біржовим законодавством; 5) при здійсненні господарської діяльності з брокерського посередництва, окрім відомих (загальних) посередницьких договорів, застосовується і спеціальний посередницький договір – договір на брокерське обслуговування.

3. Біржа - це економіко-правова категорія, що має дуалістичну природу, виступаючи одночасно і організованим ринком замінних цінностей, і специфічним торгівельним посередником, хоч і досить умовним, метою якого є не отримання прибутку від здійснення торгівельної діяльності в сфері господарювання, а зведення в одному місці попиту та пропозиції, продавця і покупця біржового товару, визначення біржової ціни на вказаний біржовий товар. Цей підхід є свого роду компромісним щодо перших двох. Так, в структурі посередницьких відносин у сфері біржової торгівлі товарну біржу пропонується розглядати у двох іпостасях. Оскільки, 1) товарна біржа сама виступає своєрідною посередницькою структурою (біржа – це специфічний, умовний, торгівельний посередник, метою якого є не отримання прибутку від здійснення торгівельної діяльності в сфері господарювання, а зведення в одному місці попиту та пропозиції, продавця і покупця біржового товару, визначення біржової ціни на вказаний біржовий товар), та, 2) товарна біржа надає право займатися біржовим посередництвом своїм членам як професійним біржовим посередникам в процесі біржової торгівлі. З огляду на це в структурі посередництва на товарній біржі вирізняють біржове посередництво та брокерське посередництво як дві його невід'ємні складові, що дозволяють повно відобразити сутність біржі, її значення в системі функціонування товарного ринку.

Посередництво біржі не є її основним цільовим та функціональним призначенням. Біржу можна кваліфікувати як посередника на товарному ринку лише зі значним ступенем умовності. З тим же ступенем умовності, нарівні з біржею, як посередник на товарному ринку може бути визначений будь-який пункт оптово-роздрібної торгівлі, оскільки це місце де зустрічаються попит з пропозицією, це «посередницька ланка» між виробником товарів та

їхнім покупцем. В магазині чи іншому пункті торгівлі попит шукає пропозицію і не завжди знаходить його, на ярмарку, виставках – пропозиція шукає попит, оскільки товаровиробники шукають споживача, пропонуючи свій товар, а біржа об'єднує і те, і інше. Біржа – це вища форма ринку, що є постійно діючим та організованим, де шукають один одного та зустрічаються попит з пропозицією. А значить посередництво не є економічною та правовою сутністю біржі. Сама по собі біржа – це передусім організований та постійно діючий ринок для торгівлі замінними цінностями. Як правило, під терміном «біржа» розуміють: ринок для замінних цінностей (постійно діючий та організований); місце торгів: біржові угоди укладаються лише у визначеному місці та визначений час; об'єднання комерційних посередників. Визначення сутності біржі через категорію організованого (впорядкованого) ринку означає, що їй властиві такі ознаки, як: наявність організації, яка керує ринком; концентрація попиту та пропозиції в просторі та часі; наявність правил торгівлі щодо укладення угод та розрахунків за ними; регулювання з боку держави та саморегулювання. Сутність біржі як організованого ринку полягає і в тому, що, по-перше, на біржі торгують не виробники товарів та їх покупці, а їх посередники (передусім брокери), по-друге, біржові угоди, як вже відзначалось, укладаються лише в приміщення біржі та у встановлений час. Якщо цей принцип на дотримується, то біржі немає, так як своєї основної функції (регулювати ринок) вона не виконує. Тому функціонування біржі все ж нерозривно пов'язано з системою посередництва і таких її суб'єктів, як посередники (біржа надає змогу займатися біржовим посередництвом своїм членам та брокерам). Біржовий ринок – це ринок професіоналів. Біржа – це один з елементів ринкової інфраструктури. Головна перевага біржового ринку полягає у його високій ліквідності та можливості швидкої торгівлі – швидко укладати та виконувати біржові угоди, для чого біржа повинна виступати у якості інституту самоорганізації брокерів – біржових посередників. Основною метою біржі повинно бути створення умов для біржових брокерів та інших учасників біржової торгівлі, що, в свою чергу, вже діють з метою отримання прибутку від біржової торгівлі. Біржа є ринком, на якому через біржових посередників здійснюється торгівля товарами з укладенням біржових угод. Біржа є суб'єктом господарювання і веде господарську діяльність (біржову), зводячи попит з пропозицією, продавця з покупцем. В той же час, товарна біржа не має права здійснювати від власного імені операції купівлі-продажу, тобто не має права брати участі в біржових угодах ані у якості продавця, ані у якості покупця. Суть її діяльності полягає в організації торгівлі замінними цінностями, що є біржовими товарами (сировиною, матеріалами, продукцією виробничо-технічного призначення, різноманітними товарами тощо).

Різник Юрій Сергійович
студент Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА ЦІННОГО ПАПЕРУ

Цінні папери відіграють важливу роль в цивільному обороті, забезпечуючи його стабільність, пожвавлюючи його та виконуючи низку інших важливих функцій, детальніше про які мова піде нижче. Разом з тим, питання про правову природу цінних паперів досі залишається дискусійним. Остаточне її з'ясування важливе для послідовного, несуперечливого і повного врегулювання правовідносин в сфері обігу цінних паперів. Тому з'ясування природи цінних паперів є актуальною проблемою.

Поняття цінного паперу сформульоване в Німеччині. У середині 19 ст.,цінним папером називали кожний документ майново-правового змісту.

Згідно з нормою ч. 1 ст. 194 ЦК України « Цінним папером є документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право і визначає взаємовідносини між особою, яка його розмістила (видала), і власником та передбачає виконання забов'язань згідно з умовами його розміщення, а також можливість передачі права, що випливають з цього документа, іншим особам «. Сфера застосування цінних паперів дуже широка: без обігу цінних паперів не обходиться комерційна діяльність ні державних підприємств, ні приватних, ні фізичних осіб; всі вказані суб'єкти використовують цінні папери є одним з видів матеріальних об'єктів, які мають широке застосування як у внутрішньогосподарському обігу, так і в сфері зовнішньоекономічної діяльності. Для цінних паперів характерним є: 1) цивільна оборотоздатність; 2) нерозривний зв'язок із закріпленим у цьому папері майновим правом (реалізувати це право можна лише шляхом самого паперу); 3) формальність і наявність обов'язкових реквізитів (недотримання цих вимого тягне невизнання документу цінним папером (ст. 196 ЦК)). Поняття цінних паперів можна визначити як права на ресурси (паперовий сертифікат), що відокремлені від своєї основи і мають власну матеріальну форму. Розкриваючи поняття цінних паперів, слід зазначити, що не будь-який документ може мати статус цінного паперу. Головним критерієм, за яким одні документи вважаються цінними паперами, а інші ні, є ознаки, які відображені в законодавчому закріпленні видів цінних паперів. Так, згідно зі ст. 195 ЦК в Україні в цивільному обороті можуть бути такі групи цінних паперів: 1) пайові цінні папери, які засвідчують участь у статутному капіталі, надають їх власникам право на участь в управлінні емітентом і одержати частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів, та частини майна при ліквідації емітента; 2) похідні цінні папери, механізм розміщення та обігу яких пов'язаний з правом на придбання чи продаж протягом строку, встановленого договором, цінних паперів, інших фінансових та (або) товарних ресурсів; 3) товаророзпорядчі цінні папери, які надають їхньому держателю право розпоряджатися майном, вказаним у цих документах.

Тому цінний папір може також виконувати легітимаційні функції. З таким випадком ми можем зустрітись, коли маємо справу з цінними паперами, що уповноважують боржника на виконання забов'язання не тільки щодо суб'єкта права, вказаного в праві, але щодо кожного його пред'явника. У юридичній літературі такі папери звичайно іменують легітимаційними цінними паперами. Взявши до уваги цю функцію, можна зробити висновок, що цінний папір може посвідчувати права на матеріальні та (або) інші види права. А також одним з фундаментальних постулатів класичної теорії цінних паперів: визнання єдиної юридичної долі права на цінний папір та права за цінним папером.

Розглядаючи цінні папери як річ, то можна привести приклад, що акція як один із видів цінних паперів має здатність приносити її законному держателю дохід у вигляді дивіденду (згідно ч.1 ст. 6 Закону України « Про цінні папери та фондовий ринок « власник акції (акціонер) право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації). Акція ж за своєю юридичною природою є неподільною. У разі коли одна і та ж акція належить кільком особам, усі вони визнаються одним власником акції і можуть представляти. Наводячи даний приклад, ми бачимо чітко виражене право – цінні папери стають такими внаслідок права втіленого в документі. Папір сам по собі не має цінності (не враховуючи зрозуміло матеріал) стає ж цінним завдяки тому праву, вираженням якого він є. Таким чином, сутність цінних паперів полягає в тому зв'язку, який існує між даним правом і документом. Здається, вже нічого доводити не потрібно, а твердо необхідно зазначити, що цінний папір – це право. Але ретельно дослідивши ЦК України (із змінами та доповненнями), а саме ст. 177 ЦК, у якій викладений зміст – об'єктами цивільних прав є річ, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуг, результатів інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага.

Отже, що ж випливає із співвідношення статтей 177 і 194 ЦК України, де наводиться поняття цінного паперу? Тут в ст. 194 ЦК України йде мова про право взагалі, не згадується

термін річ по відношенню до цінного паперу, а у ст. 177 ЦК України зазначається, що цінний папір належить до речей (адже « об'єктами є речі, у тому числі гроші і цінні папери «). На підставі зазначеного вище можна зробити висновок, що суть цінного паперу перш за все полягає у праві, яке ним закріплене. Разом з тим, такий висновок не суперечить ст. 177 ЦК України, оскільки цінний папір, безсумнівно, є об'єктом матеріального світу, щодо якого можуть створюватися, змінюватися та припинятися цивільні права та обов'язки – тобто річчю, в розумінні ЦК України.

Таким чином, підсумовуючи все вищезазначене, варто зазначити, що існують законодавчі невідповідності, що, у свою чергу, продукують практичні проблеми, обумовлені фактичною відсутністю достатньої науково-теоретичної основи правового регулювання сфери обігу цінних паперів, що особливо відбилося на розумінні правової природи цінних паперів. Тому, актуальним та перспективним, не зважаючи на певне оновлення чинного законодавства України про цінні папери та фондовий ринок, на нашу думку, є проблема формування сучасних цивілістичних вчень про цінні папери у рамках цивільного права України.

Розгон Ольга Володимирівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,
Харків, Україна

ЗНАЧЕННЯ ОСТАННЬОГО МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ СПАДКОДАВЦЯ ДЛЯ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН МІЖНАРОДНОГО СПАДКУВАННЯ

На практиці залишаються певні термінологічні неузгодженості, пов'язані із трактуванням постійного місця проживання, а також останнього місця проживання для їх практичного застосування при спадкуванні.

Регулювання спадкових відносин у міжнародному приватному праві здійснюється декількома шляхами: застосуванням колізійної норми та норми національного матеріального права, до якої вона відіслала; використанням норм, що містяться у міжнародних договорах.

За ст. 70 ЗУ «Про МПП» спадкові відносини з іноземним елементом регулюються правом держави, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання (lex domicilii). Тобто в основу регулювання відносин міжнародного спадкування покладено принцип останнього місця проживання спадкодавця, а не громадянства (lexpatriae) [1, с. 280].

Місцем проживання фізичної особи згідно із законодавством України є житловий будинок, квартира, інше приміщення, придатне для проживання у ньому (гуртожиток, готель тощо), у відповідному населеному пункті, у якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово (ст. 29 ЦК України).

Із аналізу цього визначення можливо виділити три структурні складові місця проживання:

а) приміщення, наприклад, житловий будинок, квартира, готель, гуртожиток тощо), причому вони повинні бути придатними для проживання (приміщення має відповідати вимогам, що містяться у законодавстві. Положення про порядок обстеження стану жилих будинків з метою встановлення їх відповідності санітарним і технічним вимогам та визнання жилих будинків і жилих приміщень не придатними для проживання: затв. постановою Ради Міністрів Української РСР від 26 квітня 1984 р. № 189 // Збірник постанов УРСР. - 1984. - № 5. - Ст.31);

б) населений пункт, наприклад, село, селище, місто (Окрім перелічених існують ще селища міського типу, хоча вони не передбачені ст. 133 Конституції України, яка регулює адміністративно-територіальний устрій в Україні.);

в) певні часові рамки, наприклад, постійно, тимчасово, переважно) [2, с. 65].

Для пояснення постійного місця проживання можливо використовувати ч. 5 п. 6 до Положення про паспорт громадянина України, де зазначається, що на одинадцятій - шістнадцятій сторінках паспорта робляться відмітки про реєстрацію постійного місця проживання громадянина. За абз. 7 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», де під реєстрацією розуміється внесення відомостей до паспортного документа про місце проживання або місце перебування із зазначенням адреси житла особи та внесення цих даних до реєстраційного обліку відповідного органу спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань реєстрації [2, с. 68].

Необхідність з'ясування місця переважного проживання спадкодавця виникає тоді, коли він проживав в двох чи декількох державах, і жодне з них не може із впевненістю бути місцем його постійного проживання. У цьому випадку потрібно насамперед виключити із числа місць переважного проживання ті держави, де спадкодавець тимчасово перебував, а з тих місць, що залишилися, віддати перевагу тій державі, з якою у нього склалися найбільш тісні зв'язки — насамперед з точки зору тривалості проживання спадкодавця та наявності в ній «осілого» характеру проживання (проживання разом із сім'єю, наявність роботи, житла тощо).

За допомогою права держави останнього місця проживання спадкодавця вирішуються, зокрема, такі питання спадкування, як: підстави спадкування (за заповітом, за законом, за спадковим договором), порядок відкриття спадщини, склад спадщини, час відкриття спадщини, заповідальний відказ, заповіт з умовою, виконання заповіту, а також черговість спадкування за законом та визначення часток у спадщині спадкоємців за законом, особливості спадкування окремих видів рухомого майна, зокрема вкладів у банку, страхові виплати тощо.

Проте із загального правила про регулювання спадкових відносин правом держави останнього місця проживання спадкодавця у ЗУ «Про міжнародне приватне право» передбачено виняток - спадкодавець у заповіті має право обирати право держави, громадянином якої він був. Такий вибір права буде недійсним, якщо спадкодавець після складання заповіту змінив громадянство.

Для застосування колізійної норми потрібно встановити останнє місце проживання спадкодавця. В даному випадку «останнє» означає останнє місце проживання спадкодавця на момент відкриття спадщини. Таким останнім місцем проживання може бути держава, де спадкодавець мав місце проживання, яке відповідає вищезазначеним критеріям. Держава, яку він відвідав перед смертю, чи в якій помер, не може розглядатися як держава, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання, за умови, що він не проживав у ній постійно чи переважно.

Відсилка до права держави, де спадкодавець мав останнє місце проживання, потребує правової кваліфікації цього поняття відповідно до права України.

Згідно зі ст. 7 ЗУ «Про міжнародне приватне право» при визначенні права, що підлягає застосуванню, суд чи інший орган керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом. Якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі праву України або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення правом України, то при їх правовій кваліфікації також враховується право іноземної держави.

Визначення останнього місця проживання спадкодавця ускладнюється у тих випадках, коли смерть не може бути підтверджена медичними документами, наприклад, фізична особа пропала безвісти, а засвідчується тільки публічними органами (в Україні - судом) в силу того, що існує висока вірогідність смерті особи.

Оскільки строки відсутності особи у місці проживання, інші умови та порядок оголошення фізичної особи померлою у законодавстві різних держав істотно відрізняються, не виключено, що українському суду для кваліфікації поняття «останнє місце проживання спадкодавця», оголошеного за кордоном померлим, відповідно до ч. 2 ст, 7 ЗУ «Про міжнародне приватне право» потрібно буде врахувати право іноземної держави.

***Використані джерела*:**

1. *Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. доктора юридичних наук, проф. А. Довгерта. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. — 352 с.*
2. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). - Т. 2: Фізична особа. - Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: Страйд, 2009. – 296 с.*

Романова Анжела Олександрівна
студентка 4 курсу, економіко-правового факультету,
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ

Останнім часом у зв’язку із розвитком ринкової економіки у галузі медицини все більшого значення набувають договірні відносини. Незважаючи на наявність великого масиву нормативно-правових актів у сфері охорони здоров’я, багато питань сучасної медицини так і залишаються невирішеними. Це перш за все стосується визначення поняття «договір про надання медичних послуг» та «медична послуга», «медична допомога».

Оскільки медичні послуги є різновидом послуг як об’єктів цивільних відносин, то на договір про надання медичних послуг розповсюджуються загальні положення договору про надання послуг. Так у відповідності до ч.1 ст.901 Цивільного кодексу за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов’язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов’язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлене договором. [1]

Предмет договору про надання медичних послуг є спірним питанням. Загалом, в різних нормативних актах вживаються різні дефініції, що можуть становити предмет даного виду договору – це «медична послуга» та «медична допомога». Однак, ні Конституція України, ні Основи законодавства України про охорону здоров’я хоча й використовують поняття «медична допомога», але до кінця його не розкривають. В Основах законодавства України про охорону здоров’я (ст. 3) вживається термін «медико-санітарна допомога» — комплекс спеціальних заходів, спрямованих на сприяння поліпшенню здоров’я, підвищенню санітарної культури, запобіганню захворюванням та інвалідності, на ранню діагностику, допомогу особам із гострими і хронічними захворюваннями, реабілітацію хворих та інвалідів. [2] Визначення поняття «медична допомога» закріплене і в Постанові «Про затвердження Програми подання громадянам гарантованої державної безоплатної медичної допомоги» від 11.07.2002 р. № 955 : медична допомога — вид діяльності, який включає комплекс заходів, спрямованих на оздоровлення та лікування пацієнтів у стані, що на момент її надання загрожує життю, здоров’ю і працездатності та здійснюється професійно підготовленими працівниками, які мають на це право відповідно до законодавства. Як видно із даних визначень існують суттєві розбіжності в розумінні терміну «медична допомога». [3]

Аналіз рішень Конституційного суду України свідчить про те, що різниця між «медичною допомогою» та «медичною послугою» полягає в оплатності останньої і безоплатності першої. [4]

Сьогодні все частіше при укладанні договорів про надання платних медичних послуг пацієнтові (замовникові) пропонується прийняти (підписати) вже готову форму. За інших обставин ініціаторами можуть бути страхові компанії, які самі пропонують такі форми медичним організаціям. По суті, йдеться про договір приєднання, передбачений статтею 634 ЦК України. Умови такого договору, визначені у відповідному формулярі, можуть бути прийняті іншою стороною не інакше як шляхом приєднання до цих умов. Така ситуація має як позитивні, так і негативні сторони. З одного боку це фактично виключає можливість для однієї із сторін договору формулювати свої умови, які відрізняються від викладених у формулярі або в іншій стандартній формі. Проте такі жорсткі правила суттєво прискорюють та полегшують процес оформлення договірних відносин, насамперед для медичної організації.

З урахуванням аналізу чинного законодавства України та інших країн вважається за доречне прийняти окремий законодавчий акт, в якому б були врегульовані питання, що виникають в сфері медичних правовідносин. Варто було б закріпити наступне визначення поняття договору про надання медичних послуг: «За договором про надання медичних послуг одна сторона (надавач) зобов'язується на прохання другої сторони (споживач) надати необхідні їй медичні послуги, для підтримки її життєвих функцій та здоров'я, а клієнт зобов'язується оплатити виконавцеві медичну послугу, якщо інше не встановлено договором».

Все це, на нашу думку, буде сприяти вирішенню низки питань, які виникають безпосередньо під час укладення договору про надання медичних послуг, а також під час виконання такого договору.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2ч./за заг. ред. Я.М.Шевченка.- К.: Ін Юре, 2004*
2. *Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» №2801-XII від 19 листопада 1992 року./ [Електронний ресурс]// http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2801-12*
3. *Постанова Кабінету міністрів України «Про затвердження Програми подання громадянам гарантованої державної безоплатної медичної допомоги» від 11.07.2002 р. № 955./ [Електронний ресурс]// http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=955-2002-%EF*
4. *Сахацький С.О. Деякі особливості договірних відносин в медичній діяльності/ С.О.Сахацький//Медичне право.- 2008. №2*

Романовская Ольга Валентиновна
кандидат юридических наук,
доцент кафедры частного права
Пензенского государственного университета,
Пенза, Российская Федерация

НОТАРИАТ И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО: ПРОБЛЕМЫ ВЗАИМООТНОШЕНИЙ

В соответствии со статьей 1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате (далее – Основы о нотариате) нотариат выполняет публичные функции и призван обеспечивать защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц путем совершения нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных

действий от имени Российской Федерации. Закрепление правозащитных функций нотариата помноженное на предоставление права осуществления нотариальных действий от имени государства предполагает наличие особого статуса у нотариусов. На это, в частности, обращено внимание в Постановлении Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 года «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» [1]: «Осуществление нотариальных функций от имени государства предопределяет публично-правовой нотариусов статус и обусловливает необходимость организации государством эффективного контроля за их деятельностью, включая деятельность нотариусов, занимающихся частной практикой и в качестве таковых принадлежащих к лицам свободной профессии». В статье 1 Основы о нотариате также подчеркивают, что нотариальная деятельность не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли. В статье 6 дополнительно указывается, что нотариус не вправе заниматься самостоятельной предпринимательской и никакой иной деятельностью, кроме нотариальной, научной и преподавательской. Это означает также, что индивидуальный предприниматель, прежде чем стать нотариусом (в порядке, установленном Основами о нотариате), должен обратиться с заявлением о прекращении деятельности в качестве индивидуального предпринимателя (статья 22.3 Федерального закона от 8 августа 2001 года № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» [2]).

Соотношение нотариата и предпринимательства имеет под собой принципиальную подоплеку: соотношение публичного и частного в нотариальной деятельности. Если исходить из ее публично-правового предназначения, то нотариус должен быть, как минимум, находиться под особым контролем со стороны государства, как максимум – быть интегрированным в систему государственного управления. «Если же рассматривать нотариат как сугубо частноправовой институт, – отмечает В.В. Ярков. – то в этом случае следует снять с нотариусов какую-либо обязательную компетенцию, отменить регулирование тарифов (как и у адвокатов), численности и, конечно же, освободить от обязанности по оказанию бесплатной либо на льготных условиях юридической помощи» [3].

В то же время соотношение предпринимательства и нотариата раскрывает ряд существенных проблем, которые можно систематизировать следующим образом:

1. Введение института частного нотариата повлекло за собой появление нового субъекта экономических отношений, который, с одной стороны, наделен государственно-властными полномочиями, а с другой – доход, полученный от профессиональной деятельности, обращается им в личную собственность. Налицо прямая заинтересованность в получении высокого дохода от результата собственного труда. Законодательство о нотариате не создает гарантий от реального скатывания нотариата в предпринимательство. Практика знает примеры недобросовестной конкуренции, переманивания клиентов, ведения «черных» реестров, неэтичной рекламы, завышения или занижения нотариального тарифа, установления неформальных договорных отношений с клиентами и др.

2. Российское законодательство во многих вопросах отторгает нотариуса как самостоятельного субъекта правоотношений, отождествляя его с индивидуальным предпринимателем. Ярким примером тому служит налоговое законодательство.

3. Третий аспект заявленной проблематики включает в себя анализ деятельности независимого нотариуса как субъекта, обеспечивающего нормальное развитие рыночных отношений, развитие предпринимательства. Нетрудно заметить определенную тенденцию: происходит постепенное «вымывание» значения нотариального удостоверения. Подавляющее большинство нормативных актов идет по пути установления перечня документов, копии которых могут заверяться по месту требования или иными уполномоченными должностными лицами, кроме нотариусов. Нотариус не является монополистом «на селе». Кроме того, можно наблюдать последовательное сокращение видов сделок, требующих нотариального удостоверения. К этому можно добавить вытеснение нотариуса из информационного поля в сфере оборота с недвижимостью. Нотариус

фактически не может служить гарантом надежности сделок данного вида, так как в любом случае он является вторичным получателем информации, а не ее держателем, как регистрационные органы. Ко всему этому добавляется уменьшение финансовой основы нотариальной деятельности.

Исходя из приведенных обстоятельств, следует проанализировать некоторые инициативы Министерства экономического развития России, согласно которым предлагается произвести отмену квотирования должностей нотариусов и установление заявительного доступа к профессии. Изначально отметим, что данный подход является усмотрением государства и в принципе может быть вполне реализован при подготовке нового закона о нотариате. Перевод нотариуса на «рыночные рельсы» будет означать еще одну революцию в масштабе сферы юридических услуг. Нотариальное сообщество оценивает последствия возможного перевода как катастрофические. Авторы же реформы видят в ней продолжение той последовательности, которая наблюдается на протяжении последних лет. Мол, надо придать логическую завершенность постепенному отходу нотариата в предпринимательство. Однако нотариус не оказывает гражданско-правовые услуги, он не заключает сделку с клиентом. Тем самым нотариальная деятельность коренным образом отличается от сферы оказания правовых услуг, в том числе, адвокатской. Если же государство обозначит окончательный переход нотариата в предпринимательство, то придется отказаться от осуществления действий от имени государства, серьезно изменится компетенция (особенно в части территориальной компетенции), следует пересмотреть принципы взаимоотношений нотариата и государства. Вдохнет ли такая реформа новую жизнь в организацию нотариальной деятельности? – вопрос спорный. Нельзя не сказать, что в таком прогнозе есть и объективный момент: нотариат является уникальным институтом, функционирующим на грани частной и публичной сфер. Это, по-видимому, создает некий маятник: придать большей публичности нотариату или отправить его в вольные рыночные стихии?

Использованные источники:

1. *Собрание законодательства РФ. 1998. № 22. Ст. 2491.*
2. *Собрание законодательства РФ. 2001. № 33 (часть I). Ст. 3431.*
3. *Нотариальное право России / Под ред. проф. В.В. Яркова. М., 2003. С. 32.*

Романовский Георгий Борисович
доктор юридических наук,
заведующий кафедрой уголовного права
Пензенского государственного университета,
Пенза, Российская Федерация

СИСТЕМА РЕПРОДУКТИВНЫХ ПРАВ[1]

Репродуктивные права все активнее становятся предметом научных юридических исследований. Ранее сама тема «право и рождаемость» если и не была под запретом, то находилось небольшое количество смельчаков, проводящих исследования на данную тему. Вопросы сексуальности раскрывались в рамках советского семейного права под туманной формулой «личные неимущественные права», без каких-либо интимных подробностей. Неудивительно, что современные достижения в области медицины, перевернувшие устоявшиеся принципы в определении правосубъектности и происхождения детей, натолкнулись на отсутствие значимых юридических исследований. Надо сказать, ситуация

[1] Исследование проведено по гранту Президента Российской Федерации для государственной поддержки молодых российских ученых и по государственной поддержке ведущих научных школ Российской Федерации (проект № МД – 633.2009.6)

сдвинулась с мертвой точки, но до появления концепций, серьезных научных дискуссий, формирования правовых школ еще далеко. Нельзя не отметить, что в данной сфере проявляется феминизация юридической науки: защищаются диссертации в основном исследователями женского пола (Резник Е.С. Право на жизнь: гражданско-правовые аспекты. Екатеринбург, 2007; Перевозчикова Е.В. Конституционное право на жизнь и репродуктивные права человека. Казань, 2006; Павлова Ю.В. Репродуктивная функция организма как форма реализации конституционного права человека на жизнь. М., 2007; Беседкина Н.И. Конституционно-правовая защита прав неродившегося ребенка в Российской Федерации. Москва. 2005 и др.).

На международном уровне отсутствуют кодифицированные акты, посвященные исключительно репродуктивным правам. Нередко упоминаемая Европейская конвенция о биомедицине не закрепляет данную категорию вообще, а регулирует частные случаи проявления «агрессивной медицины». Соответственно в орбиту ее деятельности попадают вопросы регулирования репродуктивных прав, но они формулируются через предоставление соответствующих социальных услуг. В этом случае гражданин обозначен не как обладатель особых репродуктивных прав, а как обладатель основных прав человека, нуждающихся в особой защите в некоторых, установленных Конвенцией случаях. При таком подходе регулируются не репродуктивные права, а медицинская деятельность, затрагивающая, в том числе, репродуктивную функцию человека. Пекинская платформа действий, которая непосредственно использует термин «репродуктивные права», не относится ни к конвенционным, ни к универсальным нормам международного права. Ею нельзя обосновывать юридические претензии.

Российское законодательство в настоящее время также не рассматривает репродуктивные права как особую категорию, выделяя общие правомочия на получение специальной медицинской помощи. Аборт, искусственное оплодотворение, родовспоможение, планирование семьи – часть социальных услуг, осуществляемых государством через сеть создаваемых медицинских учреждений. Законодательное разрешение таких вопросов в Российской Федерации осуществляется в Основах об охране здоровья граждан. В Государственной Думе РФ инициировался проект Федерального закона «О репродуктивных правах граждан и гарантиях их осуществления», который можно оценивать в большей мере как пиар-акцию. Об этом косвенно свидетельствует тот факт, что он был отозван самими авторами законопроекта.

В этой связи необходимо отметить опыт некоторых стран СНГ, в которых уже приняты соответствующие законы: в частности, Закон Республики Казахстан от 16 июня 2004 г. № 565-2 «О репродуктивных правах граждан и гарантиях их осуществления», Закон Республики Молдова № 185-XV от 24 мая 2001 года «Об охране репродуктивного здоровья и планировании семьи», Закон Республики Армения от 26 декабря 2002 года № ЗР-474 «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека», Закон Республики Таджикистан от 2 декабря 2002 года №72 «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах», Закон Кыргызской Республики от 10 августа 2007 г. № 147 «О репродуктивных правах граждан и гарантиях их реализации». Круг основных вопросов, охватываемых данными законами, сводится в основном к следующим: искусственное прерывание беременности, искусственное оплодотворение, суррогатное материнство, планирование беременности, правовая защита материнства. В то же время данные нормативные акты имеют общие ошибки, показывая, что российская политика непринятия аналогичного акта является обоснованной. Их можно классифицировать следующим образом:

1. Закрепление принципов правового регулирования, не подкрепленных реальным содержанием. Например, большинством законов гарантируется свобода репродуктивного выбора Данный принцип не более, чем блеф. С таким же успехом можно провозгласить свободу посещения Луны. Свобода репродуктивного выбора всегда зависит от свободы партнера. Если один гражданин выберет другого, это не значит, что второй должен

подчиниться (поскольку государство гарантировало первому свободу репродуктивного выбора), вступать в интимные отношения и воспроизводить потомство.

2. Открытие новых прав, содержание которых либо декларативно, либо имеет огромное количество внутренних противоречий, нуждающихся в постоянном уточнении. Например, статья 10 закона Республики Казахстан устанавливает, что граждане имеют право на свободное принятие решения относительно количества детей и времени их рождения в браке или вне брака, интервалов между рождениями, необходимых для сохранения здоровья матери и ребенка (аналогичные нормы имеются и в других законах). Формулировать возможность рождения детей вне брака через категорию субъективного права выглядит неверным. Все-таки международные и национальные документы указывают, что защита семьи – одно из приоритетных направлений деятельности государства. Получается, что закон Республики Казахстан предоставляет право на адюльтер. Если внимательно прочитать международные документы, посвященные правам человека, то в них прежде всего указывается на недопустимость дискриминации «незаконнорожденных» детей, но ничего не говорится о праве на ребенка вне семьи. Статья 14 закона Кыргызской республики закрепляет право женщины на материнство, что невольно обусловливает вопрос: обязано ли государство обеспечивать это право при отсутствии постоянного полового партнера?

3. Предмет правового регулирования в большей мере относится к организации здравоохранения, чем регулированию определенных прав человека. Отсутствует его отраслевая особенность, отличающая его от иных законов, принятых в сфере организации и деятельности системы здравоохранения. В большинстве случаев после формального закрепления одного из репродуктивных прав речь идет о деятельности медицинского учреждения или о последствиях данной деятельности. Нередко закон только устанавливает параметры государственной политики в сфере охраны репродуктивного здоровья.

4. Обращает внимание провозглашение либерального подхода к очень серьезным проблемам, в частности, к суррогатному материнству. Так, законы Республики Казахстан, Кыргызской Республики разрешают суррогатное материнство на основе договора, на основании которого суррогатная мать не вправе отказаться от передачи рожденного ею ребенка лицам, заключившим с ней договор, а равно передавать ребенка иным лицам.

Романченко Артем Анатолійович
студент 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПРОДАВЦЯ ЗА ЕВІКЦІЮ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ

Актуальність теми дослідження обумовлена по-перше тим, що в сучасний період дослідженню цього питання не приділялося належної уваги - останні фундаментальні дослідження цієї проблеми відбувалися ще у дореволюційний період в Російській імперії; по-друге в сучасний період існує гостра необхідність захисту прав та інтересів добросовісного набувача речі за договором купівлі-продажу, а не інтересів поліпшення цивільного обігу; по-третє недосконаліть законодавства та судової практики з даного питання, адже дослідження вказують, що практика в більшості випадків не застосовує правила про евікцію, передбаченні в ст. 660 та 661 ЦК України. Нагадаємо основні правила про евікцію. Евікцією речі називається відсудження третьою особою речі від покупця на підставі права, яке в неї було ще до передачі речі продавцем покупцеві [3, с. 390]. Як відомо головною метою договору купівлі-продажу є, звичайно, перенесення права власності на покупця продавцем. Якщо продавець не є власником речі чи не передав право власності на неї, то це ще не тягне його

відповідальність. Підставою відповідальності продавця є саме втрата володіння річчю покупцем внаслідок евікції. Важливою умовою відповідальності продавця є добросовісність покупця [4, с. 39-42]. Ці загальні правила мають специфічні особливості в правових системах зарубіжних держав. Тому з метою визначення напрямків вдосконалення національного законодавства порівняємо правове регулювання питання евікції в Україні, Франції та Німеччині:

1) За ЦК України та ГЦУ право власності переходить з моменту фактичної передачі майна за вийнятками, коли інше встановлене законом чи договором. Не річ слідує за правом, а право за річчю. Допускається також набуття права власності від неправомочного продавця за умови добросовісності набувача. За французьким правом право власності на річ переходить з моменту укладення угоди, тобто досягнення домовленості за всіма істотними умовами. Не право слідує за річчю, а річ слідує за правом. Незалежно від того добросовісний покупець чи ні він не може набути право власності від неправомочного продавця.

2) Права та обов'язки сторін загалом є спільними у ЦК цих держав. До обов'язків продавця відносяться: обов'язок попередити покупця про всі права третіх осіб на річ, що продається; обов'язок вступити у справу на стороні покупця у разі пред'явлення до нього позову третіми особами, обов'язок відшкодувати добросовісному покупцю збитки викликані втратою речі. ЦК Франції та Німеччини вводять поняття гарантії від недоліків у праві на річ та від відібрання речі, яку продавець зобов'язаний надати покупцю за договором. Така гарантія по суті забезпечує спокійне володіння купленою річчю покупцем і включає всі вищезазначені обов'язки. Щодо прав продавця, то варто зазначити, що на відміну від цивільного права України та Німеччини французьке право забороняє продавцю оспорювати продаж чужого майна у будь-якому разі і це є досить прогресивним. Якщо продавець не виконує своїх обов'язків, то покупець має права вимагати у продавця свого захисту та відшкодування збитків в разі евікції. У праві Франції також слід відмітити право покупця оспорювати правочин продажу чужого майна крім випадку, коли власник не має права на віндикацію речі. Щодо обов'язків покупця, то вони спрямовані на залучення продавця до участі у справі за позовом третіх осіб про витребування речі, а також обов'язок доводити наявність недоліків права на річ якщо продавець оспорює наявність таких недоліків.

3) У цивільному праві України та Німеччини відповідальність продавця наступає лише за фактичну втрату володіння річчю покупцем, яка сталася внаслідок відсудження цієї речі третьою особою, тобто внаслідок евікції, а не за відсутність у продавця права власності та не передачу його покупцю. Підставами відповідальності продавця у французькому праві є не лише евікція речі, але й не передача ним права власності на момент укладення правочину щодо продажу чужого майна. Тобто такий правочин є оспорюваним.

4) Відповідальність продавця перед покупцем за евікцію полягає у відшкодуванні завданих збитків у грошовому виразі, розмір яких у цивільних кодексах України та Німеччини не конкретизується. Натомість у Французькому кодексі розмір та види таких збитків деталізується для багатьох конкретних випадків ст. 1630-1639

5) У ЦК України та ГЦУ зазначається, що продавець, який знав про права третіх осіб на річ, яка продається, і не попередив про це покупця, не має права укладати з ним будь-якого правочину про усунення або обмеження своєї відповідальності. Відповідно існує норма, яка зазначає, що правочин щодо звільнення продавця від відповідальності або щодо її обмеження у разі витребування товару у покупця третьою особою є нікчемним. Відповідно до ЦК Франції сторони можуть, шляхом особливих угод, розширити цей законний обов'язок чи обмежити його дію; вони можуть навіть укласти угоду, що на продавця не накладається ніякої гарантії. За наявності вказаної угоди про відсутність гарантії продавець, якщо річ відібрана за рішенням суду, все ж зобов'язаний повернути ціну, крім тих випадків, коли покупець під час продажу знав про те, що є небезпека відібрання речі, чи коли він купив річ на свій страх чи ризик.

6) Згідно норм цивільного права України, Німеччини та Франції продавець звільняється від відповідальності за евікцію перед покупцем якщо він попередив перед укладенням

купівлі-продажу покупця про права третіх осіб на річ і що річ може бути відсуджена або ж доведе, що покупець якимось іншим чином знав про права третіх осіб на відсуджену річ. ЦК України та Франції передбачають ще одну підставу звільнення продавця від відповідальності, а саме якщо покупець не залучив продавця до участі у судовій справі, справа була ним програна, річ відсуджена і при цьому ще «якщо продавець доведе, що взявши участь у справі, він міг би відвернути відібрання проданого товару покупця». ЦК України передбачає ще одну підставу звільнення, про яку не згадують ГЦУ та ЦК Франції, а саме коли невиконання покладеного на продавця обов'язку повідомити покупця про права третіх осіб на товар сталося внаслідок випадку чи непереборної сили. Таким чином ми бачимо, що основні правила про евікцію у цивільному праві України є ближчими до таких положень у праві Німеччини, ніж у праві Франції. Це обумовлено тим, що українська правова система входить до германської підсистеми континентальної сім'ї права, яка сформувались під впливом римського права. В той же час деякі відмінності у регулюванні нашого питання ЦК Франції є досить прогресивними, їх слід враховувати для вдосконалення національного законодавства.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003, ВВР, 2003, NN 40-44, ст.356.*
2. *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України за редакцією Дзери О. В., Кузнєцової Н.С., Луця В. В., том II, 2-ге видання К.: «Юрінком Інтер», 2006.*
3. *Підопригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право підручник, К.: Юрінком Інтер», 2007.*
4. *Митюков А. К. Ответственность продавца за эвикцию в историко-сравнительном освещении - Киев: Тип. Ун-та св. Владимира, АО печ. и изд. дела Н. Т. Корчак-Новицкого, 1906.*
5. *Арисов Н.Н. Французский гражданский кодекс 1804 г. - М., 1972.*
6. *Савельев В.А. Германское гражданское уложение. - М., 1983.*

Саванець Людмила Михайлівна
аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ СТАТУСУ БЕЗДОКУМЕНТАРНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Концепція сучасної теорії права цінних паперів виникла на кінці XX століття, і пов'язана з розвитком світових фондових ринків, процесом дематеріалізації цінних паперів та появою на ринках цінних паперів нової форми їх існування – бездокументарних цінних паперів.

У вітчизняній правовій доктрині питання статусу бездокументарних цінних паперів не порушується, натомість у російських наукових колах носить дискусійний характер, та характеризується множинністю запропонованих підходів, які теоретично можна розділити на бездокументарний та документарний. Одна група науковців, представники бездокументарного підходу, до яких належать Є.Дємушкіна, Д.В.Мурзін, Л.Добриніна, Д.Степанов, Г.Н.Шевченко, М.Крилова, відносить їх до цінних паперів, виділяючи при цьому лише певні особливості їх правої природи, зокрема вказуючи на те, що цінні папери існуючі у формі паперового бланка відрізняються від цінних паперів існуючих у формі електронного запису на рахунку лише способом передачі та набуття прав за цими паперами. Інша ж група вчених, представники документарного підходу, зокрема В.А.Бєлов, Є.О.Суханов, Є.А.Крашенінніков, Є.Ю. Трегубенко, Ф.С.Карагусов, у своїх наукових дослідженнях, вказує на цілковиту відмінність між документарними та бездокументарними цінними паперами, заперечуючи приналежність бездокументарних цінних паперів до цінних паперів, встановлюючи при цьому необхідність формування нового інституту

бездокументарних цінних паперів, з властивою лише їм специфікою правового регулювання. Вважаємо за необхідне зупинитися на більш детальному розгляді даних підходів.

Відстоюючи позицію приналежності бездокументарних цінних паперів до цінних паперів як об'єктів цивільних прав Є.Дємушкіна стверджує, що не тільки документ, який вміщує визначені майнові права, але й інший спосіб фіксації можуть розглядатися як цінний папір [2, с.20]. На думку Д.В.Мурзіна цінним папером як безтілесною річчю є зобов'язальне договірне право, яке регулюється нормами речового права [8, с.79]. Л.Добриніна зазначає, що бездокументарними цінними паперами є інформація про права, засвідчені іменним або ордерним цінним папером, зафіксована особливим чином (з допомогою засобів електронно-обчислювальної техніки) на специфічному матеріальному носії, легальним утримувачем якого є особа, одержавша в установленому порядку спеціальну ліцензію [3, с.72]. Інший російський науковець, Д.Степанов, під бездокументарними цінними паперами має на увазі ідеальну оболонку, те що розуміється як цінний папір [9, с.133]. Аналогічної думки дотримується Г.Н.Шевченко, зазначаючи при цьому, що якщо і класичні документарні цінні папери, і бездокументарні цінні папери є оболонкою виражених в них майнових і немайнових прав, які мають ідентичний характер, то необхідно прийти до висновку, що юридична природа цінних паперів - не залежно від форми їх вираження – однакова [12, с.31]. М.Крилова, досліджуючи зв'язок та взаємозалежність між цінним папером та його матеріальним носієм, документом, дійшла висновку, що між документом та цінним папером як об'єктом цивільного обігу немає рівності чи необхідної залежності, тому визначати цінний папір через поняття документа було б невірним [7, с.60]. Д.А.Калімов вважає, що природа цінного паперу не змінюється і тоді, коли цінний папір існує в формі запису на рахунку [4, с.10].

Одним із яскравих противників бездокументарних цінних паперів як об'єктів цивільних правовідносин в російській цивілістичній доктрині є В.А.Бєлов, який стверджує, що під цінними паперами як об'єктами цивільних правовідносин необхідно розуміти тільки документи, а не вміщенні в них суб'єктивні цивільні права. Науковець вважає, що «цінні папери» і «бездокументарні цінні папери» - це інститути, які мають різну правову природу, і відповідно інститути, які повинні мати різний правовий режим. І саме зовнішня форма вираження майнових прав є фактором, який визначає правий режим цих прав [1, с.23]. Аналогічної думки дотримується Є.О.Суханов, зазначаючи, що цінний папір являючись документом відноситься до рухомих речей, а бездокументарный цінний папір не являється цінним папером в прямому значення слова, а являє собою лише спосіб фіксації майнових прав [10, с.94-95].

Є.А.Крашеніннков також визнає лише документарні цінні папери, констатуючи, що бездокументарні папери не мають нічого спільного із цінними паперами, і виступають щодо них як дещо якісно інше. Свої міркування дослідник обґрунтовував тим, що на відміну від цінного паперу як документу, втілюючого в собі визначене суб'єктивне право, «запис про права в пам'яті ЕОМ» слугує тільки засобом доказу цих прав і не знаходиться з ним в тому взаємозв'язку, який існує між цінним папером і вираженому в ньому праві [6, с.11]. Аналогічної позиції дотримується у своїй праці Є.Ю. Трегубенко [11, с.13].

Ф.С.Карагусов, зауважує, що цінний папір є юридичним документом, який містить встановлені законодавцем необхідні умови, а посвідчувальне ним майнове право неодмінно має бути виражено саме на папері. Вимогу матеріалізованості майнових прав на папері необхідно закріпити законодавчим шляхом, оскільки ідея так званих «дематеріалізованих» цінних паперів не відповідає юридичній сутності і правовій природі цінних паперів [5, с.29].

Таким чином, вище наведені міркування науковців другої групи зводяться до розуміння ними цінного паперу лише як паперового документу, та заперечення можливості існування цінних паперів поза цим матеріальним носієм. Відаючи належне систематичності і наполегливості в доведенні власної позиції даних дослідників, вважаємо все ж таки їх висновок дещо категоричним і таким, що не зовсім відображає специфіку інституту цінних паперів, та не враховує сучасних вимог його розвитку, зокрема існування бездокументарних

цінних паперів, не пов'язаних із паперовим бланком. Безперечно, враховувати знання, зокрема правові конструкції цінних паперів, одержані результатом столітньої наукової діяльності необхідно, проте не варто ототожнювати при застосуванні таких знань рівень життя суспільства, в тому числі розвитку ринку цінних паперів, у час коли дані міркування висловлювалися і в сьогоденні. Зрозуміло, що в XIX столітті, з його розвитком науки та техніки, жоден із цивілістів не міг уявити існування цінних паперів поза паперовим носієм, і саме тому матеріалізованість цінного паперу у папері була необхідною умовою його існування, проте у XXI столітті, з розвитком електронно-обчислювальної техніки це стало цілком можливим, тобто на зміну рівня технічного розвитку суспільства прийшла зміна способу фіксації виражених в цінних паперах прав. Не логічним, вважається, надання гіпертрофованого значення паперу як частини матеріального світу, та перенесення правової доктрини минулого у сучасність без врахування новосформованих правовідносин.

Використані джерела:

1. *Белов В.А. Юридическая природа бездокументарных ценных бумаг и безналичных денежных средств // Рынок ценных бумаг. – 1997. - № 5.- С.23-26.*
2. *Демушкина Е. Становление системы безналичных ценных бумаг в России: правовые проблемы // Экономика и жизнь. – 1995. - № 25. – С.19-25.*
3. *Добрынина Л. Понятие и признаки бездокументарных ценных бумаг // Хозяйство и право. — 1999. — № 6. — С. 49-52.*
4. *Калимов Д. А. Фондовое право: (Правовое регулирование рынка ценных бумаг). — Минск : Вэвэр, 1996. — 221с.*
5. *Карагусов Ф. С. Правовой режим ценных бумаг в Республике Казахстан. — Алматы: Гылым, 1995. — 216с.*
6. *Крашенинников Е. А. Ценные бумаги на предъявителя. — Ярославль, 1995. — 95 с.*
7. *Крылова М. Ценная бумага – вещь, документ или совокупность прав // Рынок ценных бумаг. – 1997. - № 4. – С. 57-60.*
8. *Мурзин Д.В. Ценные бумаги - бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. – М.: Статут, 1998. – 176с.*
9. *Степанов Д. Современное российское правопонимание ценных бумаг // Журнал российского права. – 2000. - № 7. – С. 123-134.*
10. *Суханов Е. Акционерные общества и другие юридические лица в новом гражданском законодательстве // Хозяйство и право. – 1997. - № 1. – С. 90-100.*
11. *Трегубенко Е.Ю. Ордерные ценные бумаги. — Ярославль, 2002. — 104с.*
12. *Шевченко Г.Н. Эмиссионные ценные бумаги: понятие, эмиссия, обращение. — М. : Статут, 2006. — 269с.*

Саврук Софія Михайлівна
здобувач кафедри цивільного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ДЕЯКІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВА НА ЗАБУДОВУ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЇХ ПРАКТИЧНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ

У цивільному законодавстві України право на забудову як різновид суб'єктивного права з'явилося зовсім недавно. Воно завдячує своєю появою Цивільному кодексу України (далі – »ЦК України»), де вперше врегульовані положення, що дозволяють визначати це право як право власника (користувача) земельної ділянки зводити на ній будівлі та споруди, створювати закриті водойми, здійснювати перебудову, а також дозволяти будівництво на своїй ділянці іншим особам. Право власника на забудову здійснюється ним за умови додержання архітектурних, будівельних, санітарних, екологічних та інших норм і правил, а

також за умови використання земельної ділянки за її цільовим призначенням. Особливості здійснення цього права визначені Законом України «Про планування та забудову територій», до якого 16.09.2008 р. були внесені зміни, спрямовані на вдосконалення механізму його реалізації. Однак, незважаючи на те, що механізм реалізації цього права перебуває на стадії вдосконалення, практика останніх років свідчить про те, що забудовники потребують не лише ефективного механізму здійснення, але й дієвих способів захисту свого права на забудову. Серед способів захисту, запропонованих забудовнику чинним законодавством, найбільш дієвими і часто застосовуваними є різноманітні способи судового захисту, перелік яких визначений ст. 16 ЦК України. Ці способи захисту права на забудову можна поділити на такі два види: а) захист права власності чи користування земельними ділянками, відведеними під забудову; б) захист прав забудовника на стадіях оформлення дозвільної документації на будівництво.

Захист прав на земельні ділянки, відведені під забудову.

Забудовники часто стикаються з тим, що в процесі здійснення ними права на забудову, виявляються порушення процедури набуття земельних ділянок у власність, що є підставою для оскарження належного їм права на землю з боку третіх осіб. Так, у разі якщо земельну ділянку було придбано без необхідних погоджень, для захисту своїх прав юридична особа-забудовник може ініціювати позов про визнання права власності. Водночас згідно роз'яснення Вищого арбітражного суду України № 02-5/11 від 12.03.1999 р. у процесі вирішення спору сторони можуть самі усунути порушення, які могли б стати підставою визнання договору недійсним. Зокрема, шляхом укладення нового договору, внесення змін до договору, який не відповідає закону, отримання погодження державного органу, якщо це необхідно для даного договору, але не було здійснено. Однак практика прийняття судових рішень на користь юридичних осіб в таких випадках доволі незначна, оскільки в основному суд не вважає, що відсутність погоджень проектів відведення земельних ділянок уповноваженими органами чи погодження Кабінету Міністрів України при придбанні земельної ділянки іноземною юридичною особою, є порушенням, яке може бути усунено. Тому, якщо процедура придбання земельних ділянок у власність не була дотримана, можливість судового захисту права власності на земельну ділянку юридичних осіб України чи іноземних юридичних осіб-забудовників значно ускладнюється.

В свою чергу при оренді земельних ділянок забудовниками також виникло чимало проблем, зокрема: проблеми пролонгації договорів оренди землі та проблеми порушення процедури надання земельних ділянок в оренду, судовий порядок вирішення яких став досить розповсюдженим.

1. Проблеми пролонгації договорів оренди землі.

Впродовж останніх років юридичні особи забудовники часто стикалися із ситуацією, коли органи місцевого самоврядування відмовляли в укладенні договору оренди землі на новий строк. Разом з тим відповідно до ч. 1 ст. 33 Закону України «Про оренду землі» орендар має переважне право на укладення договору на новий строк за умови належного виконання ним умов договору. Це положення також міститься у договорах оренди, укладених з урахуванням Типової форми. Вищезазначені норми стали правовими підставами для звернення до суду у разі необґрунтованої відмови органу місцевого самоврядування від продовження договору оренди землі [1, с. 58].

2. Проблеми порушення процедури надання земельних ділянок в оренду.

Чинна до 2008 року редакція ст. 124 Земельного кодексу України передбачала, що надання в оренду земельних ділянок із земель запасу під забудову здійснювалося за проектами відведення, які при належному затверджені були підставою для прийняття уповноваженими органами рішень про передачу земельних ділянок в оренду. Однак потенційні орендарі часто стикалися з безпідставною відмовою відповідних рад від затвердження проектів відведення земельних ділянок, прийняття рішень про їх надання в оренду, та укладення договорів оренди, що спонукало їх до звернення до суду з позовами про зобов'язання рад вчинити передбачені законом дії. За таких умов склалася певна судова

практика вирішення цих питань, яка була неоднозначною, оскільки зобов'язання органу місцевого самоврядування прийняти рішення чи укласти договір оренди вперше, з правової точки, зору фактично означало виконання судом функції розпорядження землею, що є виключним повноваженням рад.

У зав'язку з цим така практика останнім часом зазнає значних змін. Зокрема, у Постанові від 15.01.2009 р. № 30/117 Вищий Господарський Суд України приходить до висновку, що до компетенції судів може бути віднесено лише розгляд вимог про спонукання ради розглянути відповідне питання на сесії ради, а не прийняття судом замість ради конкретного і бажаного позивачу рішення щодо землекористування.

Захист прав забудовника при оформленні дозвільної документації на будівництво.

На стадії оформлення дозвільної документації на будівництво забудовники також стикаються з рядом проблемних питань. Здебільшого такі проблеми пов'язані з небажанням або необґрунтованою відмовою місцевих органів влади (в тих випадках, коли надання дозволів, погодження чи затвердження входить до їх компетенції) від реалізації своїх повноважень, чи у невиконанні органами архітектурно-будівельного контролю покладених на них функцій. У разі, якщо відмова вказаних органів від виконання їх повноважень є необґрунтованою, забудовники можуть звертатися до суду за захистом своїх прав, що вони донедавна досить успішно здійснювали і будуть здійснювати надалі. Проте після прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» від 16.09.2008 р. процедура оформлення дозвільної документації на будівництво зазнала суттєвих змін. Окремі норми цього Закону набрали чинності нещодавно (у квітні 2009 року), тому практика реалізації права на забудову за новою процедурою досить незначна, як незначна і практика судового захисту такого права на цій стадії.

Таким чином, в умовах, коли правове регулювання здійснення права на забудову перебуває на стадії свого розвитку, найбільш ефективним способом захисту суб'єктивних цивільних прав забудовників при здійсненні забудови був і залишається судовий захист. У даному випадку судова практика є тим індикатором, який вказує на проблеми здійснення права на забудову, що виникають на практиці, та потребують вирішення шляхом законодавчого регулювання.

Використані джерела:

1. *Кузнецов А., Гадомский Д. «Правовые проблемы инвестирования в недвижимость Украины и средства их судебного разрешения» // Commercial Property. - 2006. - № 11.*

Самойленко Георгій Валерійович
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Запорізького національного університету,
Запоріжжя, Україна

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ З ПЕРЕВЕЗЕННЯ

Зобов'язання з перевезень є досить специфічною сферою, яка є об'єктом досліджень невеликої кількості цивілістів. Практичне ж її значення настільки вагоме, що її навіть називають четвертою стадією виробництва.

В даній роботі зупинимося не на всіх аспектах зобов'язань з перевезення, а лише на аналізі сутності транспортної послуги, а зокрема на тому, має вона матеріальний чи нематеріальний характер.

Тут варто зупинитись на наступному. В статті 177 Цивільного кодексу України, яка містить загальний перелік видів об'єктів цивільних прав, передбачено послуги. Традиційно, це стосується і транспортних послуг, як виду послуг взагалі.

Нами вже неодноразово відстоювалася позиція щодо наявності самостійного об'єкту цивільних прав – транспортної послуги, відмінного від послуг взагалі. Даний висновок обґрунтовуємо в тому числі позицією О.С.Йоффе, який стверджував, що природу договору визначає його основна мета. В договорі перевезення нею є переміщення вантажів чи пасажирів [1, с. 28]. При цьому ним була виведена самостійність договору перевезення (а відповідно і перевізного зобов'язання) не через мету, а через його економічну сутність. На його думку транспортна послуга є виробничим процесом, який співпадає у часі з процесом споживання продукції, в якості якої виступає саме перевезення, а робота по переміщенню матеріальних цінностей та пасажирів наскільки специфічна, що вимагає особливого правового регулювання.

Транспортна послуга як вид послуги взагалі, є об'єктом цивільних прав. І це заперечень не викликає. Цілком закономірно, що транспортні правовідносини виникають з приводу надання транспортних послуг. До них відносяться: переміщення вантажів, пасажирів, багажу до певного пункту призначення за певний проміжок часу; переміщення вантажу та багажу без втрат; навантаження-вивантаження; тимчасове зберігання вантажу; здавання вантажу одержувачу та його вивезення та інше.

Юридичним об'єктом зобов'язання визнається певна поведінка зобов'язаної особи, де першість надається позитивним діям. Зупиняючись на моменті співвідношення об'єктів цивільних прав та цивільних правовідносин, варто зазначити, що об'єктом правового регулювання може бути лише поведінка людини, а не об'єкти матеріального світу (наприклад, речі). Тому, на думку Є.О. Суханова саме поведінка людини є об'єктом цивільних правовідносин, а блага в свою чергу є об'єктом поведінки учасників правовідносин [2, с. 294]. Але в будь-якому випадку поведінка (що характеризується певним правовим режимом) не є ізольованою від об'єктів, з приводу яких вона здійснюється. В силу цього, об'єктом цивільних прав можна визнавати правовий режим благ, а не самі блага.

Послуга як така характеризується певними властивостями: не зв'язаність із речами як результатом її надання; нематеріальність отриманого результату; невіддільність результату послуги від діяльності послугонадавача; співпадання у часі надання та споживання послуги. Саме економічна характеристика «нематеріальність отриманого результату» в свою чергу теж викликає уваги та наукового аналізу.

Зобов'язальне правовідношення, як правило, опосередковує процес переміщення майна або результатів праці, які носять майновий характер (в підрядних договорах). Тому у даному разі говорять про матеріальний об'єкт зобов'язання, під яким розуміють певні блага матеріального характеру. Але видається таке розуміння дещо «узагальненим», оскільки саме поведінка людини є об'єктом цивільних правовідносин, а блага, відповідно, є об'єктом (інтересом) поведінки учасників правовідносин.

Шишка Р.Б. у своїй праці зазначає, що у зобов'язаннях, де немає матеріальних благ, відсутній матеріальний об'єкт зобов'язання (надання послуг). Дійсно, в кінці кінців об'єктом поведінки людей є або матеріальне, або нематеріальне благо.

Стосовно досліджуваного нами зобов'язання з перевезення виникає досить чітке питання – чи має воно майновий зміст чи є немайновим зобов'язанням?

Аналіз праць вчених-цивілістів вказує на наявність досить жвавої дискусії стосовно даного питання починаючи ще з Г.Ф.Шершеневича, чия теорія є панівною і в даний час. Його послідовники у даній теорії О.С.Йоффе та Є.О.Суханов обґрунтовують виключно майновий характер зобов'язання, оскільки на їх думку зобов'язаннями називаються лише такі правовідносини, які полягають в обов'язку боржника виконати на користь кредитора певну дію, що має майнову цінність. А те, що не може бути замінене наданням грошової суми, - те з юридичної точки зору не може стати предметом боргу [3, с. 192].

Представники іншої теорії припускають наявності майнового інтересу, вираженого у відповідних санкціях, проте, за такої ситуації майновий інтерес не випливає безпосередньо зі змісту самого зобов'язання.

Інші автори обґрунтовували існування самостійного немайнового інтересу незалежно від зв'язку між майновим характером зобов'язальної дії та юридичною силою самого зобов'язання (Пассек Є.В.) [4, с. 13]. Його прихильники розділяють майновий інтерес в зобов'язанні та майнову цінність предмета зобов'язання.

Р.А.Майданик аргументує позицію щодо самостійного характеру немайнових зобов'язальних відносин тезою про те, що предмет зобов'язання може становити як майнова цінність, так і немайнове благо, що є корисним і відповідно до цього має споживчу цінність. Відповідно до цього метою немайнового зобов'язання є отримання не майнової вигоди, а досягнення іншого соціального ефекту в інтересах кредитора або третіх осіб (вигодонабувачів – одержувачів у договорі перевезення вантажів).

За такого розуміння під соціальним ефектом можна розглядати виробничий процес чи будь-яку користь, що передбачає в тому числі і фінансову вигоду (продаж перевезеного товару з додатковою вартістю, що включає в себе вартість перевезення та інтерес у вигляді очікуваного прибутку). Очевидно, що зазначене дає підстави розділяти «блага» на матеріальні та нематеріальні (людські дії, видом яких є надання послуг з перевезення), що являють собою відповідні підсистеми корисностей – матеріальних благ та корисних людських дій.

Погоджуючись з позицією Р.А.Майданика, зазначимо, що розуміння немайнового блага охоплюється поняттям об'єкта суб'єктивних прав як певного результату предметно-практичної діяльності.

За таким критерієм з певною долею умовності можна характеризувати зобов'язання з перевезення як нематеріальне, проте таке, що має на меті позитивний ефект, що виражається у формі нематеріального, але, соціально цінного блага – дії по переміщенню речей (чи пасажирів) у просторі.

Використані джерела:

1. *Иоффе О. С. Обязательственное право / Олимпиад Соломонович Иоффе. – М.: «Юрид. лит.», 1975. – 880с.*
2. *Гражданское право: В 2-х т. Т.1. Учебник / Отв. Ред.. Е.А.Суханов. 2-е узд., перераб и доп. – М.: Издательство БЕК, 1998. – 816с.*
3. *Аномалії у цивільному праві України: Навч.-практ.посібник // Відп. Ред.. Р.А.Майданик. – К.: Юстініан, 2007. – 912с. (Серія «Аномалії цивільного права»).*
4. *Пассек Е. В. Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве /Е. В. Пассек; Ред. кол. : В. В. Витрянский и др. ; Науч. рук. В. С. Ем. - М: Статут, 2003. - 399 с.*

Самойлова Ілона Анатоліївна
аспірант Інституту держави і права ім.В.М.Корецького НАН України,
Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО СИСТЕМУ РОЗРАХУНКІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Розглядаючи категорію розрахунків у цивільно-правовому обороті варто зазначити, що вони, хоч і не кардинально, відрізняються від того тлумачення, яке пропонується нам вченими-економістами та фінансистами.

Насамперед, поняття розрахунків у широкому цивільно-правовому розумінні, можна розділити на так звані «грошові» і «негрошові» розрахунки. До «негрошових», наприклад, можна віднести окремі договірні розрахунки в натуральній чи відробітковій формі (наприклад договори міни або ренти), залік зустрічних вимог боржника або виконання робіт (послуг) тощо. При цьому «негрошові» розрахунки спрямовані на припинення основного зобов'язання.

Якщо ж розглядати «грошові» розрахунки, то вони становлять основну масу всіх розрахунків і є більш зручними для виконання договорів відносно невисокої вартості. Для всіх «грошових» розрахунків повинна бути визначена конкретна грошова сума, як кількість купівельної спроможності, обчисленої в сумі грошових одиниць. Основна перевага грошових розрахунків укладається в ліквідності засобів платежу для якнайшвидшого задоволення потреб одержувача. При цьому до платіжних засобів при здійсненні «грошових» розрахунків варто відносити наступні:

готівка - готівкова валюта України і готівкова іноземна валюта у вигляді банкнот і монет, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної держави, банкноти та монети, вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обмінові на грошові знаки, які перебувають в обігу (крім монет, що належать до банківських металів), і дорожні чеки [1];

грошовий сурогат - будь-які документи у вигляді грошових знаків, що відрізняються від грошової одиниці України, випущені в обіг не Національним банком України і виготовлені з метою здійснення платежів в господарському обороті, крім валютних цінностей [2] (наприклад, жетони в гральних залах, жетони в метро, жетони для оплати продукції в автоматах тощо);

Однак, абсолютна ліквідність існує лише при розрахунках готівкою в розумінні «грошові знаки національної валюти України - банкноти і монети, у тому числі й обігові пам'ятні та ювілейні монети, які є дійсними платіжними засобами»[3], саме тому реальна ринкова вартість безготівкових грошей є меншою, ніж вартість готівки. Це пов'язано із такими факторами як збільшення часу на здійснення безготівкового розрахунку; обмеженням можливості отримати велику суму готівки на першу вимогу (особливо в умовах тотального введення тимчасових адміністрацій, «замороження» депозитів та встановлення добових лімітів використання коштів). Це призводить до дефіциту готівки і тим самим підвищує її реальну вартість.

Саме тому найбільш доцільно грошові розрахунки варто було б розділити на безготівкові й готівкові.

Основною ознакою безготівкових розрахунків є наявність спеціального суб'єкта - банку або іншої кредитної установи, яка сприяє здійсненню передачі грошей від однієї особи іншій. При безготівкових розрахунках рух грошей не збігається в часі з рухом товарів.

Розрахунки ж готівкою здійснюються грошовими знаками, у ролі яких виступають паперові гроші або монети. Як правило гроші передаються безпосередньо від однієї особи іншій, хоча іноді не виключається і момент наявності посередника (кур'єри, служба інкасації, передача коштів через нотаріуса тощо).

Окрім цього можна виокремити іще одну форму грошових розрахунків, які не мають ознак готівкових і безготівкових розрахунків у класичному їх розумінні. Такі розрахунки здійснюються не у готівковій формі, але при цьому і без залучення банківських або інших фінансово-кредитних установ. У зв'язку із цим ми можемо розділити безготівкові розрахунки на дві групи: безготівкові банківські й безготівкові небанківські розрахунки. До останніх можна віднести розрахунки: 1) за допомогою передачі цінних паперів (не є грішми і не перебувають на банківському рахунку): вексель, акредитив, дорожній чек тощо; 2) з використанням електронних коштів у формі небанківських (дебетових і кредитних) пластикових карток; 3) через комунікаційні системи переказу платежів: через поштовий зв'язок (поштовий переказ), по електронному зв'язку, через телеграфно-телетайпний зв'язок, через міжнародні телекомунікації (Інтернет), тощо; 4) шляхом взаємних розрахунків (клірингу, неттінгу), які, у свою чергу, можуть бути внутрішньогосподарськими (між підрозділами одного підприємства) і міжгосподарськими (внутрішньодержавні й міжнародні); 5) через кредитні союзи, що виступають у ролі споживчих кооперативів, члени яких об'єднують свої заощадження в загальні фонди.

Формами ж безготівкових банківських розрахунків залишаються передбачені цивільним законодавством України розрахунки платіжними дорученнями, за акредитивом, чеками, за

інкасовими дорученнями, а також інші форми, застосовувані в цивільному праві відповідно до звичаїв ділового обороту форми з метою досягнення найбільш вигідного господарського результату для учасників розрахунків.

Використані джерела:

1. *Про переміщення готівки і банківських металів через митний кордон України: Постанова Національного банку від 27.05.2008 // Офіційний вісник України, 2008, №43 (23.06.2008), ст. 1430*
2. *Про Національний банк України: Закон України від 20.05.1' // Відомості Верховної Ради України 1', №29 від 23.07.99, ст. 238*
3. *Про затвердження Положення про ведення касових операцій у національній валюті в Україні: Постанова Національного банку від 19.02.2001 // Офіційний вісник України, 2005, №3 (04.02.2005), ст. 155*

Сараев Александр Геннадьевич
студент 4-го курса социально-гуманитарного факультета
филиала Ульяновского государственного университета в г. Димитровграде,
Российская Федерация

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ КОДИФИКАЦИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В настоящее время в большинстве государств законодательное регулирование в сфере международного частного права (далее – МЧП) осуществляется главным образом двумя путями – посредством межотраслевой и автономной кодификаций, причем автономная кодификация играет доминирующую роль. Стремление государств иметь единый законодательный акт по вопросам МЧП является современной тенденцией в развитии этой отрасли». Наблюдается и тенденция именовать кодификации МЧП кодексами - Кодекс международного частного права Туниса 1998 г., Кодекс международного частного права Бельгии 2004 г. Статус законодательных актов в данной сфере повышается. [2].

Ключевой характер в качестве источника российского международного частного права имеет раздел VI третьей части Гражданского кодекса РФ (далее – ГК) «Международное частное право». Процесс принятия части третьей ГК сопровождался бурными дискуссиями, как среди ученых-правоведов, так и самих законодателей, породив множество разногласий не только среди отечественных правоведов, но и их коллег из других стран. Необходимость принятия данного законодательного акта была обусловлена тем, что до него наследственные отношения и отношения в области международного частного права регулировались Основами гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г. и Гражданским кодексом РСФСР 1964 г. При такой сложной системе источников гражданского права сложно было понять какие нормы какого акта применять в той или иной ситуации. Их систематизация в одном источнике в какой-то мере решило эту проблему.

Представляется необходимым подробнее остановиться на отношениях, регулируемых международным частным правом. При подготовке проекта части третьей ГК поднимался вопрос о том, нужен ли вообще этот раздел в Гражданском кодексе. Напомним, что нынешнее регулирование VI раздела Гражданского кодекса России следует образцу модельного акта, разработанного в рамках СНГ и во многих отношениях составившего его базу, а также основу для гражданских кодексов ряда других государств Содружества, которые также имеют разделы, озаглавленные «Международное частное право». Введенные в действие в нашей стране новые нормы по МЧП не только не устранили существовавшие проблемы, но в определенном смысле усугубили сложности в правоприменении, когда дело касается правового регулирования в целом и конкретного разрешения споров, лежащих в

сфере международного хозяйственного и гражданского оборота. В России продолжает сохраняться положение, когда отношения, подпадающие под сферу действия международного частного права, подчиняются совокупности актов: ГК РФ, Семейному кодексу РФ 1995 г., Кодексу торгового мореплавания РФ 1999 г., Федеральному закону «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г., отдельным правовым актам, регулирующим трудовые отношения, - тогда как подобного рода специфические отношения могут регламентироваться единым всеобъемлющим актом, который более или менее полно охватывает все основные «блоки» общественных отношений, обладающих однородностью по признаку «международности» в качестве отличительной их черты, как это происходит сегодня во многих государствах мира. Помимо этого, наличие в современных условиях в источнике гражданского права России - ее Гражданском кодексе - совокупности положений, объединенных в разделе «Международное частное право», способно внушить превратное мнение о включенности последнего в структуру гражданского права. Как отмечает Л.П. Ануфриева, данный шаг вполне может вызвать новый виток дискуссий о некоторых краеугольных вопросах МЧП, в том числе и о его структурной принадлежности, статусе и месте в юридической системе. [1]. Кстати, опасения подобного рода находят подтверждение в новейших публикациях. В частности, Е.А. Суханов, говоря о наследственном праве и международном частном праве, квалифицирует их «подотраслями гражданского права» и констатирует, что обе эти подотрасли гражданского права получают в третьей части ГК РФ свое логическое продолжение и закрепление.

Раздел VI ГК вводит непосредственно в текст правового акта для определения объекта регулирования МЧП конструкцию «отношения, осложненного иностранным элементом», до этого являвшуюся в нашей стране категорией исключительно доктринальной. Уже цитированная выше Л.П. Ануфриева высказывается по этому поводу следующим образом.

В ряде зарубежных государств специальные законодательные акты, посвященные международному частному праву и принятые в порядке его кодификации (например, § 1 Закона ЧССР 1963 г. о международном частном праве и процессе, действующего ныне в Чехии, § 1 Указа Президиума ВНР № 13 о международном частном праве 1979 г., модель гражданского кодекса для стран СНГ и основанные на ней акты Армении, Республики Беларусь, Киргизии, Казахстана, Узбекистана и др.), оперируют этим понятием без каких-либо оговорок. Однако анализ категориальной основы правовых актов, принятых в области МЧП во многих государствах в последние годы, свидетельствует об отказе законодателя от упомянутой конструкции при формулировании нормативных положений, касающихся объекта международного частного права. Таковы, в частности, законы о международном частном праве Венесуэлы (1998 г.), Грузии (1998 г.), Италии (1995 г.), Туниса (1998 г.) и др.

Понятие «иностранный элемент» не простое и не однозначное. Под ним обычно подразумевают ряд конкретных факторов: либо то, что субъектом данного правоотношения выступает иностранец (иностранное физическое либо юридическое лицо, а в подлежащих случаях - иностранное государство), либо то, что объектом отношения является вещь (движимая или недвижимая), находящаяся за границей, или событие, действие - юридический факт - наступили за рубежом. В силу этого в научных работах распространена следующая классификация: «иностранный элемент» на стороне субъекта; «иностранный элемент» на стороне объекта; «иностранный элемент», характеризующий наступление юридического факта. В юридической литературе данная терминология подверглась обоснованной критике, смысл которой заключался в том, что элементом правоотношения является сам участник (субъект), а не его гражданство; объектом правоотношения выступает не место нахождения вещи, а сама вещь и, наконец, для юридического факта как такового, произошедшего на территории отечественного государства или иностранного, в структуре правоотношения вообще не находится места. В то же время предложения по замене «иностранного элемента» на другой компонент - «иностранные», «международные характеристики» - мало что дают, поскольку сама суть конструкции остается нетронутой.

В реальности общественные отношения, регулируемые МЧП, - это отношения изначально международного характера, хотя и отличающиеся от тех, которые подчиняются международному публичному праву. «Иностранный элемент» как критерий объекта регулирования в МЧП не обладает качеством «универсальности» и «всеобщности».

В современной отечественной доктрине для определения объекта регулирования МЧП указывалось, например, на такой критерий, как проявление юридической связи между конкретным общественным отношением и правопорядками двух или более государств. Но это предложение осталось невостребованным. При этом следует подчеркнуть, что в новейших зарубежных кодификациях международного частного права осуществлен переход на позиции установления специфического признака МЧП через связь его объекта (регулируемых общественных отношений) с правовыми системами нескольких государств. Конструкция же «иностранного элемента» представляет собой в некотором смысле дань прошлому этапу развития научной мысли в области МЧП.

Игнорирование отечественной законодательной практикой научных разработок и отказ от нахождения приемлемого во всех отношениях инструментария выражения понятий для использования их в объективном праве в условиях российской действительности привели к тому, что данная категория получила легальное закрепление в двух ведущих нормативных актах – Кодексе торгового мореплавания РФ 1999 г. (далее КТМ) и ГК РФ. Введение в их тексты терминологического «клише» - «отношение, осложненное иностранным элементом», по-разному сформулированного в каждом из этих документов, привносит путаницу в понятийный аппарат, используемый для идентификации регулируемых данными актами отношений. В частности, ст. 414 КТМ устанавливает перечень оснований для отыскания «права, применимого к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом». Как видно, положения КТМ выводят за рамки «иностранного элемента» иностранных граждан и юридических лиц. Из его формулировок со всей очевидностью вытекает, что отношения с их участием и «отношения, осложненные иностранным элементом», образуют различные категории общественных отношений, по которым надлежит определять применимое право. Отсутствие в нормативных предписаниях уточнений в том, что касается параметров такого «элемента», не позволяет, таким образом, дать исчерпывающие дефиниции применяемых в данном источнике права понятий, что закономерно сказывается на четкости и полноте легального содержания правовых квалификаций [1].

Известную почву для неоднозначных трактовок в правоприменении представляет и ряд других аспектов современного регулирования в области международного частного права Российской Федерации. В качестве одной из важнейших иллюстраций служит краеугольный его институт - «оговорка о публичном порядке». Его нормативное закрепление осуществлялось и прежде. Некоторые из имевшихся ранее подходов воспроизведены в третьей части ГК РФ. Вместе с тем в нынешней российской регламентации этого института присутствуют не только соответствующая юридическая конкретизация, но и принципиально новые элементы. Так, особо акцентируется характер отказа в применении иностранного права: «Норма иностранного права... в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации» (ст.1193). Следовательно, неприменение иностранного права выступает чрезвычайным явлением. При этом рассматривается не сама норма иностранного права, а последствия ее применения с точки зрения основ российского правопорядка. В законе присутствует важное добавление: последствия применения нормы иностранного права должны явно противоречить публичному порядку Российской Федерации. Очевидны попытки достижения объективно возможной меры конкретизации рассматриваемого института и соответствующего совершенствования его нормативного выражения. Однако в нынешних условиях данный шаг имеет и обратную сторону, вызванную включением специальной части, посвященной собственно МЧП, и конкретно приведенных предписаний в

акт гражданского права, к тому же в раздел, трактующий общие положения МЧП. Но если его общие положения признаются таковыми, они должны квалифицироваться как касающиеся всех «блоков» отношений, регулируемых последним, - и семейных, и трудовых, и прочих их разновидностей.

Между тем в Семейном кодексе РФ, других законодательных актах содержится оговорка о «публичном порядке», имеющая иное юридическое содержание, причем более «размытое», следовательно, располагающее большими потенциальными возможностями использования, и другое внешнее (текстуальное) выражение. Возникает вопрос: как надлежит судам и другим компетентным органам применять данный институт после введения в силу третьей части ГК РФ, допустим, при рассмотрении брачно-семейных отношений? Главный мотив для обращения к названным нормам ГК налицо, поскольку речь идет об «общих положениях международного частного права», значит, касающихся и семейных отношений. В этом случае приоритет ст.1193 при сравнении двух одинаковых по юридической силе правил обусловлен известной еще с римских времен максимой lege posteriori derogat lege anteriori («более поздний акт отменяет предыдущий»), в результате сфера действия оговорки о публичном порядке будет закономерно сужена. С другой стороны, Семейный кодекс представляет собой специальный акт, предназначенный для регулирования особой разновидности отношений, который в силу этого должен применяться на основе принципа legis specialis derogat legis generalis («общие законы отменяются специальными»). При этом обосновать сущностное расхождение общих положений МЧП, сформулированных в ГК, и таковых в семейном праве в части регламентации отношений, связанных с «публичным порядком» и действием «оговорки о публичном порядке», весьма затруднительно, поскольку областью, наиболее подверженной применению этого института, являются именно брачно-семейные отношения как традиционная сфера международного частного права.

Всего этого можно было бы избежать, если бы был принят отдельный самостоятельный акт по международному частному праву. В подобной ситуации проблема оговорки о публичном порядке разрешалась бы на совершенно других принципах: положения, ныне присутствующие в ГК РФ, обладали бы качеством и акта специального (lege speciali, содержащего нормы, посвященные МЧП, даже если вопрос касается регулирования семейных или иных отношений, не входящих в сферу действия Гражданского кодекса), и одновременно акта, принятого позднее (lege posteriori). Вследствие этого их приоритет по нескольким направлениям одновременно был бы несомненен. Тем не менее реальность, как известно, сегодня выглядит иначе.[1]

Представляется необходимым принять единый нормативно-правовой акт, в котором будут сосредоточены все нормы регулирующие отношения в области международного частного права, как это сделано во многих странах мира. Нынешний подход к кодификации норм международного частного права с моей точки зрения создает в умах неискушенных юристов неверное мнение о структуре данной отрасли. Может создаться представление, о том, что для всестороннего познания рассматриваемой отрасли достаточно лишь изучить соответствующий раздел ГК РФ. Необходимость в принятии единого закона очевидна. Это поможет решить множество проблем возникающих в правоприменительной деятельности.

Использованные источники:

1. *Ануфриева Л.П. Некоторые проблемы нового российского регулирования по международному частному праву / Журнал российского права. 2003. № 3 // СПС «Гарант»*
2. *Гетьман-Павлова И.В., Ерпылева Н.Ю. Российское законодательство по международному частному праву: проблемы совершенствования / Международное публичное и частное право. 2009. № 1 // СПС «Гарант»*

Свіжа Ольга Олегівна
здобувач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДИТЯЧИЙ БУДИНОК СІМЕЙНОГО ТИПУ В СИСТЕМІ ФОРМ УЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ

У ст. 52 Конституції України закріплено: діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, покладається на державу. Тому в Україні визнано пріоритет сімейного виховання та необхідність забезпечення всебічної підтримки осіб, які виявили бажання взяти на виховання дітей.

Найважливіший крок у цьому напрямку вже зроблено – створено дитячі будинки сімейного типу, які поєднують сімейну турботу про дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, та фінансове забезпечення з боку держави.

Проте, незважаючи на більш ніж п'ятнадцятирічний досвід існування таких будинків, правове регулювання відносин, що виникають під час їх діяльності не можна визнати досконалим.

Привертає увагу той факт, що функціонування дитячих будинків здійснюється на підставі Положення про дитячий будинок сімейного типу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 564 від 26 квітня 2002 року. Хоча, згідно із ст. 92 Конституції України основи соціального захисту, засади охорони дитинства та виховання визначаються виключно законами України. Тому регулювання діяльності дитячого будинку сімейного типу підзаконним актом є порушенням вимог Конституції. Окрім цього, не достатньо визначеною є правова природа дитячого будинку сімейного типу, в результаті чого виникають численні непорозуміння у застосуванні законодавства до даних правовідносин.

Численні проблеми законодавства, що регулює діяльність дитячих будинків сімейного типу, і практики його застосування зумовлюють необхідність їх всебічного наукового дослідження. На жаль на сьогодні в Україні не існує комплексного дослідження сімейно-правових проблем відносин, які виникають у процесі діяльності дитячих будинках сімейного типу. В юридичній літературі спроби подібного дослідження були зроблені І. Жилінковою, В.Москалюк, І.Пєшею, Н.Комаровою та О. Карпенко. Проте, вказані дослідження виконувались в аспекті загальнотеоретичному, або в плані перспективного правового регулювання. Ми ж спробуємо визначити правову природу дитячого будинку сімейного типу, як форми влаштування дитини – сироти, дитини позбавленої батьківського піклування та його місце в системі форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування.

За таких обставин існує необхідність у проведенні аналізу проблем діяльності дитячих будинків сімейного типу в системі інших форм улаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, що є метою нашої статті.

Відповідно до ст. 256-5 Сімейного кодексу України (далі СК) дитячим будинком сімейного типу є окрема сім'я, що створюється за бажанням подружжя або окремої особи, яка не перебуває у шлюбі, для забезпечення сімейним вихованням та спільним проживанням не менш як п'яти дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування.

Тобто метою створення такого будинку згідно із Постановою КМУ від 26 квітня 2002 р. N 564 «Про дитячий будинок сімейного типу» є забезпечення належних умов для виховання в сімейному оточенні дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. При цьому, умовами його створення є згода подружжя, а також наявність не менше як п'яти дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування.

Важливим питанням є визначення правової природи дитячого будинку сімейного типу.

В юридичній літературі відсутній однозначний підхід до визначення правової природи дитячого будинку сімейного типу та його місця серед інших форм влаштування дітей-сиріт та дітей, які залишилися без піклування батьків. Зустрічаються різні теорії класифікації таких форм влаштування дітей. Найбільш відомими є вузьконормативна та класична теорії.

Прихильниками вузько нормативної теорії є І.Пєша, Н.Комарова. О. Мороз., Г.Постолюк., Т.Семигіна, О.Шипіленко, Н.Бервено, І. Мигович та інші. На їх думку форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування слід класифікувати на усиновлення, опіку, піклування, патронат, дитячий будинок сімейного типу та прийомну сім'ю. Тобто вони підтримують законодавчо встановлену конструкцію Сімейного кодексу України в частині форм влаштування дітей.

На нашу думку, така класифікація прихильників вузьконормативної теорії невірна, оскільки вона не дає можливості кожну з названих форм об'єднати у види влаштування дітей, що характеризуються специфічними комплексами юридичних засобів забезпечення прав та інтересів дітей, позбавлених батьківського піклування.

До прихильників класичної теорії належать В.Москалюк, О.Карпенко та ін. Так, на думку В.Москалюк, слід виокремити три форми улаштування дітей-сиріт та дітей, які залишилися без піклування батьків: сімейну форму (улаштування дітей у сім'ю); інтернатну форму (улаштування в навчально-виховні заклади); квазі-сімейну форму (влаштування дітей у сім'ю із збереженням державної підтримки).

На нашу думку, класифікація форм влаштування, запропонована прихильниками сімейної теорії, теж не є безумовною. Дана теорія не може повністю пояснити поняття кожної із форм влаштування, оскільки виключає зв'язок окремої форми із іншими. Якщо виходити з ідеї сімейної теорії, влаштування дітей в сім'ю, державний заклад забезпечується різними способами і здійснюється за допомогою різних правових механізмів. Проте, кожен з них має свої характерні риси, що не дає можливість ураховувати особливості відносин, що виникають між дитиною та особою, яка її виховує.

На нашу думку, визначення правової природи дитячого будинку сімейного типу та його місця серед інших форм влаштування дітей-сиріт та дітей, які залишилися без піклування батьків можливе шляхом виокремлення п'яти видів форм влаштування, а саме:

1) батьківська форма (включає усиновлення);

2) назване батьківське (включає фактичне виховання);

3) державне піклування (включає будинки дитини - для дітей від народження до трьох років; інтернатний заклад для дітей дошкільного віку; інтернатний заклад для дітей шкільного віку; інтернатний заклад змішаного типу для дітей дошкільного та шкільного віку; загальноосвітню школу-інтернат для дітей-сиріт та дітей, які залишилися без піклування батьків (може бути з дошкільним відділенням);

4) змішана форма (включає опіку та піклування);

5) професійне (фостерне) виховання (включає прийомну сім'ю, патронат).

У межах кожної із перелічених форм влаштування можна виділити окремі види влаштування дітей, кожен з яких має свої особливості.

Для того, щоб з'ясувати правову природу дитячого будинку сімейного типу та його місця серед інших форм влаштування слід виділити такі критерії здійснення порівняльного аналізу: підстави влаштування дитини на виховання, обсяг та межі здійснення прав і обов'язків учасників даних правовідносин, правовий статус дитини-вихованця, вимоги до віку особи, яка може бути вихователем; вимоги до віку особи, яка може бути вихованцем; встановлення таємниці влаштування дитини на виховання тощо.

Дослідження особливостей юридичних фактів, необхідних для влаштування дитини на виховання, обсягу та меж здійснення прав і обов'язків учасниками даних правовідносин, кореспондентність (взаємність) та тривалість (строковість) їх прав і обов'язків, правовий статус дитини, яку влаштовують на виховання, законодавче встановлення кількості вихованців, які влаштовуються на виховання дає підстави для наступних висновків.

Дитячий будинок сімейного типу не має ознаки, властиві батьківській формі влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування.

Дитячий будинок сімейного типу має ознаки, властиві названому батьківству як формі влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування:

обсяг і межі здійснення прав і обов'язків учасниками правовідносин,

правовий статус дитини, яку влаштовують на виховання.

Дитячий будинок сімейного типу має ознаки, властиві державному піклуванню, як формі влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування :

обсяг і межі здійснення прав і обов'язків учасниками правовідносин,

- правовий статус дитини, яку влаштовують на виховання,
- кореспондентність (взаємність) прав і обов'язків учасників правовідносин,
- відплатність виконання обов'язків батьками-вихователями.

Дитячий будинок сімейного типу має ознаки, властиві змішаній формі влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування:

- обсяг і межі здійснення прав і обов'язків учасниками правовідносин

кореспондентність (взаємність) прав і обов'язків учасників правовідносин,

комплекс юридичних фактів, що є підставою виникнення правовідносин.

Дитячий будинок сімейного типу має ознаки, властиві професійному вихованню як формі влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування:

- комплекс юридичних фактів, що є підставою виникнення правовідносин,

обсяг і межі здійснення прав і обов'язків учасниками правовідносин,

кореспондентність (взаємність) прав і обов'язків учасників правовідносин,

відплатність виконання обов'язків батьками-вихователями,

строковість правовідносин,

правовий статус дитини, яку влаштовують на виховання.

6. Можна дати наступне визначення дитячого будинку сімейного типу.

Дитячий будинок сімейного типу - це окремий вид професійної форми виховання, яка є окремою сім'єю, що створюється за бажанням подружжя або окремої особи, яка не перебуває у шлюбі, для забезпечення сімейним вихованням та спільним проживанням не менш як п'яти і не більш як 10 дітей сиріт і дітей позбавлених батьківського піклування; із отриманням згоди дитини (якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити), із позачерговим наданням їм обладнаного індивідуального житлового будинку або багатокімнатної квартири; що створюється на підставі рішення компетентного органу виконавчої влади та договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу; із організацією контролю за виконанням батьками – вихователями своїх обов'язків щодо виховання та утримання дітей; фінансування якого здійснюється за рахунок видатків державного бюджету.

Таким чином, дитячому будинку сімейного типу притаманні особливості названого батьківства, державного піклування, змішаної форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Проте, найбільше ознак дитячого будинку сімейного типу збігається із професійною формою виховання. Тому, дитячий будинок сімейного типу слід віднести до професійного виховання як форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Використані джерела:

1. *Байдалакіна А. Теоретичні проблеми визначення поняття «сім'я» в умовах розвитку суспільних наук // Підприємництво, господарство, право.- 2002. - С.52.*
2. *Москалюк В. Ю.Дитячий будинок сімейного типу як форма улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування (цивільно-правовий аспект)// автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук .-Харків – 2003 .*
3. *Москалюк В. Щодо поняття «відмова від дитини» та суміжних понять у Сімейному кодексі України// Право України.-2008.-№5.С.78.*

4. *Пєша І.В. Дитячий будинок сімейного типу як особлива форма // Український соціум.-2003.-№1 (2).С.72.*
5. *Сімейний кодекс України: Науково – практичний коментар / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – 1248 с.*
6. *Червоний Ю.С. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України. - К.: Істина, 2003. - С.11.*

Сергійко Олена Вікторівна
науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України,
Київ, Україна

ДЕРЖАВНА ДОПОМОГА СУБ'ЄКТАМ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЯК ОДИН ІЗ ЗАСОБІВ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Державне регулювання господарської діяльності носить комплексний характер. Воно спрямоване на забезпечення державних та суспільних потреб, формування державного бюджету, захист оточуючого середовища та збереження природних ресурсів, забезпечення зайнятості населення, реалізація свободи підприємницької діяльності.

Для того, щоб виконати ці завдання, є велика кількість засобів державного регулювання господарської діяльності. Серед них можна виділити правові та організаційні, а також такі, які прямо або опосередковано впливають на господарську діяльність. Статтею 12 Господарського кодексу України перелічено засоби державного регулювання господарської діяльності. Серед них визначено надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій. На нашу думку, ці засоби державного регулювання є такими, що прямо впливають на здійснення господарської діяльності, допомагають їм втриматись на плаву або покращити конкурентоспроможність та самостійно здійснювати господарську діяльність.

Саме тому у Господарському кодексі України містяться ряд положень, які регулюють надання державної допомоги суб'єктам господарювання. Так, ст. 16 ГК перелічує напрямки діяльності, коли надаються дотації суб'єктам господарювання. Так, вони надаються на підтримку виробництва життєво важливих продуктів харчування, на виробництво життєво важливих лікарських препаратів та засобів реабілітації інвалідів, на імпортні закупівлі окремих товарів, послуги транспорту, що забезпечують соціально важливі перевезення, а також суб'єктам господарювання, що опинилися у критичній соціально-економічній або екологічній ситуації, з метою фінансування капітальних вкладень на рівні, необхідному для підтримання їх діяльності, на цілі технічного розвитку, що дають значний економічний ефект, а також в інших випадках, передбачених законом. Держава може здійснювати компенсації або доплати сільськогосподарським товаровиробникам за сільськогосподарську продукцію, що реалізується ними в державі [1,12].

Зважаючи на вплив державної допомоги на стан конкуренції на ринку товарів та послуг, в ст. 26 ГК визначаються випадки, коли рішення органів державної влади про обмеження конкуренції є обґрунтованими. Зокрема, у випадках надання допомоги соціального характеру окремим суб'єктам господарювання; подання допомоги за рахунок державних ресурсів з метою відшкодування збитків, завданих стихійним лихом або іншими надзвичайними подіями; подання допомоги, в тому числі створення пільгових економічних умов окремими регіонам з метою компенсації соціально-економічних втрат, викликаних важкою екологічною ситуацією; здійснення державного регулювання, пов'язаного з реалізацією проектів національного значення.

Обмеження щодо надання державної допомоги передбачені також с.15 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Так, в статті встановлюється загальна заборона на

рішення органів влади, які окремими суб'єктам господарювання чи їх групам надають пільги чи інші переваги, тим самим ставлячи їх у привілейоване становище відносно інших конкурентів, що призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції [2].

Отже, наведеними вище нормами встановлені підходи щодо надання державної допомоги суб'єктам господарювання. Визначені напрями діяльності, випадки, в яких державна підтримка є обґрунтованою. Встановлені обмеження при наданні державної підтримки, коли вона несумісна із конкуренцією. Але правове регулювання надання державної допомоги не обмежується наведеними вище нормами.

Як зазначається в ст. 25 ГК, підстави і порядок застосування засобів державної підтримки суб'єктів господарювання визначається законом. Сьогодні правове регулювання надання державної підтримки суб'єктам господарювання визначено в цілому ряді законодавчих актів. Серед них Декрет Кабінету Міністрів України «Про акцизний збір» від 26 грудня 1992 р. № 18-92, Закони України «Про стимулювання виробництва автомобілів в Україні» від 19 вересня 1997 р. № 535/97 – ВР, «Про єдиний митний тариф» від 5 лютого 1995 р. № 2097 – XII, «Про оподаткування доходів підприємств і організацій» від 21 лютого 1992 р. № 2146 – XII, «Про державну підтримку книговидавничої справи в Україні» від 6 березня 2003 р. № 601 – IV, «Про державну підтримку космічної діяльності» від 16 березня 2000 р. № 1559 – III, «Про державну підтримку літакобудівної промисловості в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2660 – III, «Про стимулювання розвитку вітчизняного машинобудування для агропромислового комплексу» від 7 лютого 2002 р. № 3023 – III, «Про державну підтримку малого підприємництва» від 19 жовтня 2000 р. № 2063 – III, а також Розпорядженням Кабінету Міністрів України «Про затвердження концепції перебудови системи державних субсидій, що надаються галузям національної економіки» від 31 березня 2003 р. № 182 – р.

Наявність великої кількості законів, які регулюють державну підтримку суб'єктів господарювання, не дозволяє створити систему єдиних підходів правового регулювання[3,15]. Вони спотворюють ринкові відносини, створюють нерівні умови здійснення господарської діяльності та конкуренції на ринку товарів та послуг. Аналізуючи ці закони, не можна створити цілісне уявлення про систему видів державної підтримки суб'єктів господарської діяльності. Зважаючи на це, давно постало питання прийняття єдиного закону про надання державної допомоги суб'єктам господарювання.

Аналізуючи положення законодавства України про надання державної допомоги, можна зробити висновок, що немає єдиної системи заходів державної підтримки, відсутнє автоматичне надання державної підтримки суб'єктам господарювання відповідно до галузевої належності. Немає рівності господарюючих суб'єктів при наданні державної допомоги.

По-перше, велика кількість норм носить суто декларативний характер.

По-друге, існує багато бланкетних норм, які відсилають до інших спеціальних законів, зокрема до Закону України «Про єдиний митний тариф», «Про оподаткування прибутку підприємств», «Про податок на додану вартість» та до інших. Наприклад, Закон України «Про державну підтримку малого підприємництва» в ст. 3 встановлює, що відносини щодо державної підтримки малого підприємництва регулюються цим законом та іншими нормативно-правовими актами[4]. Якими саме, не вказується. Тобто, спостерігається розпорошеність норм про надання державної допомоги серед багатьох законодавчих та підзаконних актів.

По-третє, у деяких законах відсутнє надання допомоги автоматично на підставі належності до певної галузі або здійснення певного виду діяльності. Так, у Законах «Про підтримку космічної діяльності» у прикінцевих положеннях пропонується доповнити ст. 12 Закону України положенням такого змісту «…суб'єкти космічної діяльності згідно з переліком, який щороку встановлюється Кабінетом Міністрів України». Одночасно ця норма є бланкетною.

По-четверте, із аналізу видів державної підтримки, які перелічуються цими законами, не можна створити єдине уявлення про види державної допомоги. Так, якщо проаналізувати Закон «Про державну підтримку малого підприємництва», то перелік видів державної підтримки дещо відрізняється від тих, які встановлені іншими законами, зокрема про державну підтримку літакобудівної промисловості, космічної діяльності, книговидавничої справи та інших.

Деякі норми містять дискримінаційні положення, які несумісні із спільним ринком. Так, ст. 4 Закону Україну «Про державну підтримку малого підприємництва» встановлює, що метою державної підтримки малого підприємництва є державна підтримка вітчизняних виробників. Зрозуміло, що ця норма спрямована те, щоб захистити вітчизняних виробників. Але ця норма несумісна із положеннями СОТ.

Отже, підводячи висновки та аналізуючи наведене вище, необхідно зазначити, що відсутні єдині підходи до надання державної допомоги суб'єктам господарювання. Правила надання державної допомоги, які існують сьогодні, є непрозорими, неавтоматичними і деякою мірою дискримінаційними. Така ситуація суперечить положенням про надання державної допомоги у законодавстві СОТ та ЄС. В умовах корупційних механізмів такий стан речей створює передумови для існування такого негативного явища як протекціонізм, коли вибірково створюються заходи сприяння для окремих підприємств. Це у свою чергу призводить до негативних наслідків в економіці країни, сприяє витоку грошових ресурсів за відсутності економічного ефекту.

Зважаючи на існування великої кількості нормативних актів, які регулюють надання державної допомоги суб'єктам господарювання, на непрозорість процедур державної допомоги, вважаємо за необхідне прийняти єдиний закон про державну допомогу, в якому відображалися би єдині принципи та підходи надання державної допомоги суб'єктам господарської діяльності відповідно до єдиних критеріїв. Визначались би єдині процедури для отримання державної допомоги.

Використані джерела:

1. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436 – IV.-Київ.-2006.*
2. *Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. № 2210-III.*
3. *Т.М. Кравцова Державне регулювання господарської діяльності: адміністративно-правові аспекти. Монографія. Суми.: ВВП «Мрія» ТОВ.-2006. – 50 с.*
4. *Закон України «Про державну підтримку малого підприємництва» від 19 жовтня 2000 р. № 2063 – III.*

Серегина Ольга Леонидовна
кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского права и процесса
Волгоградского государственного университета,
Волгоград, Российская Федерация

ПРИЗНАНИЕ ПРАВА КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ АБСОЛЮТНЫХ ПРАВ

Все чаще к вещно-правовым средствам защиты наука гражданского права относит также и иск о признании права собственности [1]. Однако, до сих пор отсутствует единое мнение относительно природы такого средства защиты.

При этом вопрос видится достаточно сложным. Действительно, в случае виндикационного и негаторного исков намного более однозначным и бесспорным кажется их безусловное отнесение к вещным способам защиты. Как только собственник пытается истребовать вещь у незаконного владельца, но при этом своего контрагента по договору

(если только этот спор вытекает из существа именно данного договора), такой иск сразу становится обязательственным.

Пользуясь такой логикой, возможно разграничить вещно-правовой негаторный иск и обязательственно-правовой иск о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, то есть нарушающих условия договора.

В то же время иск о признании права собственности сам по себе может выступать как вещный, так и как обязательственный способ защиты. В частности, в результате договора купли-продажи продавец должен передать объект договора покупателю. В случае отказа произвести такие действия покупатель зачастую заявляет в суд иск о понуждении продавца исполнить обязанность по передаче вещи и о признании права собственности на это имущество. В таком случае требование о признании права собственности будет вытекать из договорного правоотношения, соответственно его никак нельзя будет отнести к вещно-правовым способам защиты права собственности.

Так, Павлова Н.М. обратилась в суд с исковыми требованиями о признании за ней права собственности на квартиру, мотивируя тем, что в 1966 году с целью улучшения жилищных условий вступила в члены ЖСК «Труд» и получила трехкомнатную квартиру. Паевые взносы ею были выплачены полностью в 1981 году. В 2003 году ей было отказано в государственной регистрации права на спорную квартиру по причине отсутствия учредительных документов ответчика и документов, подтверждающих полномочия председателя и бухгалтера ЖСК. Представитель ответчика в судебном заседании исковые требования признал.

Руководствуясь ст. 218 ч 4 ГК РФ, суд решил признать за Павловой Н.М. право собственности на трехкомнатную квартиру[2].

В приведенном примере признание права собственности за истцом вытекает из договорного отношения. Однако, в конечном итоге данное требование всегда носит абсолютный характер, а следовательно обязывает любого субъекта соблюдать, исполнять или по крайней мере не нарушать права собственника. Таким образом, вне зависимости от основания для заявления такого требования, по природе своей иск о признании права собственности носит абсолютный характер и соответственно имеет основания называться вещно-правовым способом защиты.

При этом многообразие таких исков, вытекающих из договорных отношений, свидетельствует о том, что во многих случаях требование о признании права собственности следует относить к группе обязательственно-правовых способов защиты. Абсолютный характер права собственности не свидетельствует о том, что оно обязательно должно защищаться вещными способами. Во многих случаях защита путем признания права собственности опосредуется договорными или иными обязательственными отношениями.

К отличительным чертам вещно-правовых способов защиты относится непосредственность нарушения. Только при наличии этого признака способ защиты можно с уверенностью относить к группе вещно-правовых. При его отсутствии – способ характеризуется как обязательственный.

Таким образом, в зависимости от того, возникает ли требование из обязательственного правоотношения, такой иск возможно относить к обязательственной группе способов защиты права собственности. В остальных случаях такое требование носит абсолютный характер, не опосредовано иными отношениями, а, следовательно, принадлежит к категории вещно-правовых способов защиты права собственности.

Закон непосредственно защищает отношения собственности при помощи конкретных гражданско-правовых способов защиты. В группе мер, направленных на защиту, особое место занимает признание. Его особое значение объясняется тем, что при использовании такого способа защиты предметом спора выступает само право собственности. Кроме того, в литературе отмечается его универсальность, всеобъемлющий характер, а также удобность и практическая эффективность.

В целом вопросам защиты права собственности всегда уделялось и уделяется большое внимание в литературе. Однако, несмотря на постоянный рост числа рассматриваемых судебных дел, связанных с признанием права собственности, и все отмеченные ранее достоинства такого способа защиты, в науке далеко не все, а точнее только некоторые авторы соглашаются с его самостоятельным характером. В связи с этим степень внимания, уделяемого в науке исследованию собственно признания права собственности, представляется нам недостаточной.

Малая изученность данного иска в рамках теории гражданского права в том числе влечет за собой отсутствие научных рекомендаций законодателю дополнительной регламентации этого способа защиты права собственности в законе. В этих условиях актуальность исследования гражданско-правового института признания права собственности в теории и его места в законе возрастает. Исследование места признания права собственности может позволить выработать обоснованный научно-теоретический подход к выбору собственником наиболее приемлемого или единственно возможного способа защиты своего нарушенного или оспоренного права.

Невозможности в ряде случаев осуществить защиту оспоренного или нарушенного права собственности, в значительной мере способствует несовершенство современного российского законодательства, в частности, отказ от регламентации на уровне Гражданского кодекса такого способа защиты, как признание права собственности. Видится, что следствием изложенного является несогласованность в деятельности арбитражных судов и судов общей юрисдикции, отсутствие единообразия в практике применения исследуемого способа защиты права собственности.

Анализ современной цивилистической литературы позволяет говорить о том, что большинство авторов только упоминают в своих работах такой способ защиты права собственности как признание, давая ему краткую характеристику. Однако, эти исследователи, рассматривая всю совокупность способов защиты права собственности, уделяют недостаточно внимания собственно иску о признании права собственности. Ряд авторов освещает некоторые аспекты данной темы.

Несмотря на рассмотренные выше спорные вопросы теории и практики применения исков о признании права собственности, последние весьма часты в судебно-арбитражной практике. Требование о признании права собственности предъявляется в суд общей юрисдикции либо в арбитражный в соответствии с правилами подведомственности согласно общим нормам, установленным процессуальным законодательством [3, с. 49].

Использованные источники:

1. *См., например: Люшня А.В. Признание права собственности как способ защиты гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М., 2005. 30 с.; Серокурова У.В. Судебно-арбитражная защита права собственности на недвижимое имущество :: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М., 2003, 27 с.; Трофименко А.В. Право собственности на ценные бумаги :: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Саратов, 1997, 201 с.*
2. *Дело № 2-1491/2003г. от 13.12.2003 г. // Практика Кировского районного суда г. Волгоград.*
3. *Зевайкина А. Н. Иски о признании права собственности // Российская юстиция, 2001, № 8, М., Юрид. лит. С. 49-50.*

Ситницький Артем
студент 3 курсу юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ДОГОВОРУ ПРОСТОГО ТОВАРИСТВА

В правовому регулюванні простого товариства явно прослідковується вплив римського права. Ще в інституціях Гая, найменованих II ст. н.е., цілком детально були викладенні основні положення договору товариства (societas). Внесення вкладів в спільну діяльність, правовий режим власності товариства, розприділення прибутків і збитків – ці та інші конструкції римського права багато в чому переважає сучасне законодавство регулююче просте товариство в Україні. Но якщо в римському праві увага приділялась аспектам внутрішніх взаємовідносин між самими учасниками, то на рубежі XIX – XX ст. стало активно розвиватись регулювання зовнішньої сторони діяльності товариства – відносини його учасників з третіми особами. В дореволюційному російському законодавстві широко використовувалось поняття як договірного об'єднання осіб, наслідуючи загальну ціль. Однак запитання про правосуб'єктності таких об'єднань (наявності чи відсутності властивостей юридичної особи) викликав серйозні спори цивілістиці і неоднозначно вирішувався судовою практикою.[1]

Значення договору простого товариства, його місце в цивільному обороті в першу чергу обумовлене тим, що це – єдиний передбачений ЦК договір, регулюючий спільну діяльність його учасників. Така діяльність може бути направлена на досягнення любих законних цілей: будівництво будинку, кооперативне товариство, благодійність, реалізація різних комерційних проектів і т. п. В всіх випадках, коли досягнення того чи іншого результату неможливо поодинці чи надмірного навантаження для однієї особи, договір простого товариства незамінний інструмент координування спільної діяльності декількох сторін. Через це спільна діяльність не являється особистою метою для учасників договору, вона - лише засіб досягнення визначеного результату, зі спільною для всіх учасників метою.[2]

За договором простого товариства сторони (учасники) беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти з метою одержання прибутку або досягнення іншої мети (ст.1132 ЦК України).[3]

В цивільному праві під зобов'язанням розуміють правовідношення, в якому протиставляються інтереси двох сторін: кредитора і боржника (купити – продати і т. п.). І лише в договорі простого товариства інтереси його учасників не протилежно направлені, а направленні для досягнення спільної для всіх мети. Але не означає, що в зобов'язанні із договору простого товариства взагалі відсутні особи кредитора і боржника. Кожний із учасників виступає одночасно і кредитором і боржником по відношенню до всіх і до кожного із учасників договору, котрий відповідно є взаємним. Тому головна особливість зобов'язання із простого товариства полягає в тому, що жодна із сторін не має права вимагати виконання по відношенню до себе особисто і відповідно не повинна призводити виконання щодо іншої сторони. Вся діяльність учасників договору, їх взаємні права і обов'язки переломлюються крізь призму спільної мети, обумовленні необхідністю її досягнення.

Наявність спільної для всіх власників мети – головна кваліфікуюча ознака договору простого товариства – дозволяє бути учасником договору необмеженій кількості осіб, кожен з яких є його самостійною стороною. Тому договір простого товариства може бути і двостороннім, і багатостороннім, що також відрізняє його від інших договорів цивільного права.[1]

Відплатний характер договору простого товариства визнається далеко не всіма юристами, тому що ні один із учасників не зобов'язується здійснити яку-небудь дію безпосередньо в

інтересах іншої (особи кредитора і боржника в даному випадку відсутні). Однак сторони взаємно зобов'язуються внести вклади в спільну справу, що можна вважати свого роду зустрічним задоволенням. І крім того, основою участі в такому договорі для кожного із учасників є участь в ньому інших сторін, а виконання зобов'язання по досягненню спільної мети обумовленої аналогічними зобов'язаннями інших учасників. Це і дозволяє кваліфікувати договір як відплатний.

Договір простого товариства є консенсуальним, він вважається вчиненим з моменту, коли сторони досягли згоди за всіма його істотними умовам: про предмет, вклад учасників в спільну справу і обов'язки по веденню спільної діяльності.

Порівнюючи правове регулювання договору простого товариства за ЦК України та ГК України, слід відмітити наступне. Господарські договори укладаються за правилами, встановленими Цивільним кодексом України з урахуванням особливостей, передбачених ГК України, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів.[4]

Відповідно до ч.1 ст.1132 ЦК України, вкладом учасника простого товариства вважається все те, що він вносить у спільну діяльність (спільне майно), в тому числі грошові кошти, інше майно, професійні та інші знання, навички та вміння, а також ділова репутація та ділові зв'язки. При цьому зазначено, що вклади учасників вважаються рівними за вартістю, якщо інше не випливає із договору простого товариства або фактичних обставин. Грошова оцінка провадиться за погодженням між учасниками.

Щодо письмової форми то вона обов'язкова, якщо в ньому бере участь хоча б одна юридична особа (підп. 1 п. 1 ст. 161 ЦК). Складніше вирішується питання про форму договору простого товариства, укладеного одними тільки громадянами (індивідуальними підприємцями). Якщо сума такого договору не менш ніж у десять разів перевищує мінімальний розмір оплати праці, то письмова форма для договору є обов'язковим (підп. 2 п. 1 ст. 161 ЦК). Але що розуміти під сумою договору простого товариства? У відплатних договорах під сумою операції традиційно розуміється ціна зустрічного майнового надання. Однак таке трактування засноване на аналізі відплатних двосторонніх угод, в яких обидва зустрічних надання презюмуються еквівалентними. У договорі простого товариства таке допущення неправомірно. По-перше, саме поняття зустрічного надання в багатосторонньому договорі неадекватно суті відносин між сторонами. З цієї точки зору зустрічним наданням по відношенню до кожного окремого товаришеві виступатимуть надання всіх інших товаришів, разом узяті. По-друге, навіть у двосторонньому договорі простого товариства вклади учасників можуть бути (і часто бувають) нерівними. Який з них - менший або більший - вважати ціною договору? По-третє, договірні обов'язки товаришів не вичерпуються внесенням вкладів у спільне майно (що підлягають оцінці), але також включають і власне ведення спільної діяльності. Грошовий еквівалент останньої обов'язки навряд чи може бути визначений з необхідною точністю. [5]

Виходячи з цілей введення в ГК правил, під сумою договору простого товариства слід розуміти ціну найбільшого за вартістю внеску у спільне майно товаришів. При цьому можлива грошова оцінка обов'язків сторін щодо безпосереднього ведення спільної діяльності (крім внесення вкладу) не повинна прийматися до уваги. Отже, договір простого товариства між фізичними особами повинен укладатися в письмовій формі, якщо ціна найбільшого за вартістю внеску у спільне майно товаришів не менш ніж у десять разів перевищує встановлений законом мінімальний розмір оплати праці. У всіх інших випадках громадяни можуть укласти цей договір і в усній формі.

Чинним ГК України не передбачено жодних особливостей укладення і такого виду господарського договору, як договір про спільну діяльність, а тому суб'єкти господарювання та негосподарюючі суб'єкти — юридичні особи при укладенні господарського договору про спільну діяльність керуються правилами, встановленими ЦК України та спеціальними нормативно-правовими актами, які, здебільшого, суперечать чинному ЦК України, що зумовлює існування у вітчизняному законодавстві ряду правових колізій, які потребують розв'язання.

Використані джерела:

1. *Гражданское право. Том 2. Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. толстого. – М., Велби, 2003. С. 763*
2. *Гражданское право. В 2-х т. / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1993. Т. 2. С. 370.*
3. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. (зі змінами та доповненнями) // ОВУ. – 2003. - № 11. – Ст. 461.*
4. *Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. (зі змінами та доповненнями) // ОВУ. – 2003. - № 11. – Ст. 462.*
5. *Рєзнікова В.В. Правові форми здійснення спільної господарської діяльності // Університетські наукові записки. – 2005. - № 4 (16). – С. 168-175*

Сіроштан Юлія Василівна
студентка 3-го курсу, факультету міжнародної економіки і права
Криворізького економічного інституту
Київського національного економічного університету імені В. Гетьмана,
Кривий Ріг, Україна

ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КОНСЕНСУАЛЬНОГО ДОГОВОРУ ДОРУЧЕННЯ В РИМСЬКОМУ ПРАВІ ТА В СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

На сучасному етапі розвитку нашої держави, як демократичної, з посиленням принципу диспозитивності, римське право та його положення, не втратили своє актуальне значення. Римське право, навіть після падіння Римської імперії, зберегло свій потенціал, і стало «материнським» практично для всіх європейських правових систем [4].

Слід також зазначити, що дуже тривалий час Римське право було, нажаль, безпідставно, радянськими юристами ігноровано. Однак зі зміною економічної формацйї,виникла гостра потреба в грунтовних змінах національної цивілістиці, яка б закріпила доктрину «Pacta Sunt servanta» (договір повинен виконуватись).

У даній роботі, автор використовуючи порівняльно-правовий метод, разом з історичним та формально юридичним методами, навести порівняльну характеристику змісту договору доручення (mandatum) у римському приватному праві та сучасному цивільному праві України.

Договір доручення (далі - mandatum), у римському праві представляє собою, угоду відповідно до якої довіритель доручав, а інша особа (повірений) зобов'язується виконати безкоштовно певні дії. Цивільне право України, також вивчає інститут договору доручення, однак зміст даного договору дещо модифіковано до сучасних цивільно-правових відносинах, а саме.

По-перше, у класичному римському праві не були відомі такі учасники договору, як довіритель та повірений, вони називалися дещо по-іншому: мандат - довіритель та мандаторій - повірений.

Так, якщо договір доручення в сучасному вигляді використовується, зокрема для вчинення юридичних дій, то римський mandatum використовувався, як для виконання мандаторієм юридичних дій, так і для послуг фактичного характеру («лагодження, обробка плаття»), тобто предмет mandatumu мав розширений характер.

В римському приватному праві, істотною умовою mandatum було саме безкоштовне виконання зобов′язання. Щодо оплати договору, зокрема ст. 1002 Цивільного Кодексу (надалі ЦКУ), встановлює, що повірений має право на оплату за виконання, свого обов'язку [1].

Mandatum, за думкою римських юристів, веде своє походження від «ex oficio atgue amicitia» (суспільний борг та дружба), а виконання боргу і отримання за це плату, за думкою

римлян, було несумісним. Якщо за виконання договору доручення призначалась плата, тим самим договір доручення вважався договором найму.

Тому відповідно до ідеології римлян mandatum – це догвір, який вважався договором дружби, тому плата за виконання такого договору була неприпустима, і це було основним критерієм для розмежування договору доручення та найму [4].

Інші істотні умови договору практично збереглися і в цивільному праві України. Наприклад, обов'язки повіреного (мандаторія) не змінилися:

повірений зобов'язаний вчинити дії відповідно до змісту даного йому доручення;

повідомляти довірителю на його вимогу всі відомості про хід виконання його доручення;

передати довірителю все одержане у зв'язку з виконанням доручення.[1;1006]

Також можна вважати рецепійованими і норми відповідно до яких в сучасному договорі доручення повірений має право особисто виконати доручення, а також залучати третіх осіб, в римському mandatum повірений мав право передоручити виконання договору третій особі, але відповідав особисто перед довірителем за субститута.

Обов'язки довірителя (мандата) також по суті не піддалися змінам:

Довіритель зобов'язаний видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, передбачених договором дорученням.

Довіритель зобов'язаний, якщо інше не встановлене договором:

забезпечити повіреного засобами, необхідними для виконання доручення;

відшкодовувати повіреному витрати, пов'язані з виконанням доручення.

Довіритель зобов'язаний негайно прийняти від повіреного все одержане ним у зв'язку з виконанням доручення.

Довіритель забов'язаний виплатити повіреному плату, якщо вона йому належить.[1;1007]

В припиненнях порівнювальних договорів теж є тотожності:

відмови довірителя або повіреного від договору;

визнання довірителя або повіреного недієздатним, обмеження його цивільної дієздатності або визнання безвісно відсутнім;

смерті довірителя або повіреного;

довіритель або повірений мають право відмовитись від договору доручення у будь-який час, відмова від права на відмову від договору доручення є нікчемною;

якщо повірений діє як підприємець, сторона, яка відмовляється від договору, має повідомити другу сторону про відмову від договору не пізніше як за один місяць до його припинення, якщо триваліший строк не встановлений договором.[1]

Дослідивши основні істотні умови mandatum, можна зробити висновок, що основні елементи змісту його були рецепційовані у цивільне право України. Але все ж таки зміна суспільного ладу в бік ринкових відносин та зміцнення принципу «все продається, що має вартість», mandatum втратив свій «оригінальний» зміст, як договір дружби.Це обгрунтовується тим,що суспільство Риму мало дещо інший, більш високу правову культуру та міцні соціальні цінності. Сподіваємось,що із формуванням України, як правової держави, дозволить закріпити в національній цивілістиці правочини, що також будуть здійснюватися на принципі дружби.

Використані джерела:

1. *Цивільний Кодекс України: У 2 т./За відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В. В. Луця – К.: Юрінком Інтер, 2005 – Т. ІІ. – 1088 с.*
2. *Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник/За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688.*
3. *Підопригора О.А., Харитонов Є.О. Римське право: Підручник – К.: Юрінком Інтер, 2003 – 512 с. – Бібліогр. с. – 477 – 481.*
4. *Новицкий И. Б. Основы римского права, М., «Юридическая литеретура», 1972. ст. 296.*

Слипченко Святослав Александрович
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры гражданского права и процесса
Харьковского национального университета внутренних дел,
Харьков, Украина

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРАВА НА ИЗОБРАЖЕНИЕ ФИЗИЧЕСКОГО ЛИЦА

Право на изображение, как и все личные неимущественные права, в науке гражданского права, учебной литературе, традиционно характеризуются личным характером, т.е. тесной связью с субъектом1, невозможностью их передачи и заключения каких-либо сделок по этому поводу2; отсутствием экономической ценности, экономического содержания3.

Вместе с тем, использование такого метода научного исследования, как метод априорной фолибильности, позволяет прийти к выводу, что право на изображение: на основании гражданско-правового договора, может быть предоставлено третьим лицам; не исчезает со смертью своего носителя, а переходит, в порядке правопреемства, к определенному кругу лиц; может иметь экономическое содержание, т.е. носить имущественный характер. Указанные выводы основываются на следующих положениях:

Изображение – это отображение на материальном носителе индивидуального облика человека в определенный момент времени. По своей сути, оно представляет собой совокупность сведений, внешних признаков о человеке, которые, через материальную форму, зрительно воспринимаются другими субъектами и позволяют воссоздать в сознании воспринимающих индивидуальный облик изображенного лица.

Изображение, как благо, обладает своей определенностью и обособленностью, а благодаря материальному носителю может не только существовать после смерти лица, которое изображено, но и быть предоставленным для использования третьими лицами при жизни.

При этом, передача материального носителя не может рассматриваться как факт отчуждения индивидуального облика. Изображение продолжает индивидуализировать человека, индивидуальный облик которого отражен.

Обладая объективной формой выражения, изображение способно к обороту – через оборот материального носителя, и может, как благо, быть оценено в деньгах. При этом, цена изображения определяется не через его стоимость (себестоимость), а соотношением спроса и предложения, того насколько «спрос» заинтересован в этом благе и сколько готов за не предложить, а «предложение» готово за это его предоставить.

Учитывая приведенную выше характеристику изображения, как объекта гражданского права, право на изображение может быть охарактеризовано следующим образом.

Право использовать изображение физического лица может быть предоставлено третьим лицам.

К такому выводу нас наталкивает не только исследование эмпирического материала, но и толкование гражданского законодательства. Так ч. 1 ст. 308 Гражданского кодекса Украины

---

[1] Флейшиц Е.А. Личные права граждан в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран. Ученые труды Всесоюзного института юридических наук НКЮ СРСР. Выпуск VI. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СРСР, 1941. – С. 5-14; Вилейта А.П. Личные неимущественные правоотношения по советскому гражданскому праву. Автореф. дис. … канд.. юрид. наук: 12.712/ Вильнюсский гос. Унт. им. В.Капсукаса. –Вильнюс, 1967. –С. 12; Суховерхий В.Л. Личные неимущественные права граждан в советском гражданском праве: Автореф. дис. … канд. юрид. наук.: 12.712/ Свердловский юридический институт. — Свердловск, 1970. — С. 5; Красавчикова Л.О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве РФ. / Л.О. Красавчикова. — Екатеринбург. — 1994. – С. 11.

[2] Ромовская З.В. Личные неимущественные права граждан СРСР (понятие, виды, классификация, содержание и гражданско-правовая защита): Автореф. … канд. юрид. наук: 12.712/ Киевский гос. унт. –К., 1968. – С.8-10;

[3] Вилейта А.П. Личные неимущественные правоотношения по советскому гражданскому праву. Автореф. дис. … канд.. юрид. наук: 12.712/ Вильнюсский гос. Унт. им. В.Капсукаса. –Вильнюс, 1967. –С. 12; Ромовская З.В. Личные неимущественные права граждан СРСР (понятие, виды, классификация, содержание и гражданско-правовая защита): Автореф. … канд. юрид. наук: 12.712/ Киевский гос. унт. –К., 1968. – С.8-10

(далее – ГК Украины) указывает на то, что управомоченое лицо может предоставить согласие на использование (публичный показ, воспроизведение, распространение) своего изображения третьим лицам.

Предоставление изображенным лицом согласия на использование своего изображения иному лицу является договором, что свидетельствует о возможности заключения сделки в отношении данного неимущественного права. Такое утверждение основано на следующем.

Возможность использования одним лицом изображения другого лица является, по своей сущности, пределами дозволенного поведения, обеспеченного (гарантированного) государством (законом) и подпадает под понятие субъективного права. В свою очередь, возникновение у лица, получившего согласие, субъективного права на использование чужого изображения, относится к определенным юридическим последствиям. Это дает возможность утверждать, что законодательство с получением согласия на использование изображения, как причиной, связывает возникновение определенных правовых последствий, т.е., получение предоставленного согласия является основанием возникновения гражданских правоотношений.

Учитывая то обстоятельство, что проявление воли на использование изображения только со стороны изображенного лица, или только со стороны лица, которое имеет намерение использовать чужое изображение, т.е. без взаимосогласованной встречной воли, не может порождать никаких правовых последствий, за исключением случав прямо предусмотренных действующим законодательством, приходим к выводу, что предоставление согласия на использование изображения – это двусторонняя сделка, т.е. договор.

Право на изображение не прекращается со смертью своего носителя, а может переходить, в порядке правопреемства, к детям, вдове (вдовцу), а при их отсутствии, - родителям, братьям и сестрам управомоченного лица. Они могут не только защищать его смерти изображенного человека, но и осуществлять путем предоставления согласия на использование третьими лицами или отмены предоставленного согласия.

Право на изображение может иметь имущественное (экономическое) содержание. Данное утверждение основывается на следующих обстоятельствах:

право на использование изображения может быть предоставлено третьему лицу и в основе такого предоставления лежит гражданско-правовой договор;

изображение, как объект, способно к обороту – через оборот материального носителя и может быть оценено в деньгах.

Таким образом, выводы, сделанные на основании примененного метода познания, позволяют поставить под сомнение категоричность доктринального подхода в характеристике не только права на изображение, но и личных неимущественных прав в целом. Это указывает на необходимость проведения дальнейших исследований в данной сфере отношений.

Слободян Олена Миколаївна
студентка магістратури юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ БІОЕТИКИ У СФЕРІ ЗАСТОСУВАННЯ БІОТЕХНОЛОГІЙ

Біоетика права – це самостійний напрям в сучасній юриспруденції, основним завданням якої є виявлення існуючих в правознавстві прогалин і по можливості відвернення останніх.

Одним з центральних правових питань біоетики, пов’язаних з медичними біотехнологіями, є питання про статус ембріону. Головною етичною проблемою є те, чи

можуть вважатися ембріони людськими істотами з притаманними їм якостями і правами (наприклад, правом на життя, на повагу людської гідності), а також те, з якого моменту вони набувають таких якостей і прав. В різних державах склалися свої традиційні погляди на початок життя. Так, представники християнства вважають початком життя індивідуума момент зачаття, тобто злиття статевих клітин. Представники іудаїзму наполягають на тому, що ембріон набуває людських якостей в постімплантаційний період – через 7 днів. Особи, що сповідують іслам, займають найбільш ліберальну позицію, стверджуючи, що душа вселяється в ембріон на 40-й день його існування [1, с. 132].

Визначення статусу ембріону – питання не лише релігійне, але й медичне і юридичне. Однак і в наукових колах немає однозначного його розуміння. Загалом, виділяють три основні позиції відносно нормативного статусу людського ембріону:

ембріон з самого початку запліднення є повноцінною людською істотою, яка має право на такий самий захист з боку закону, як і доросла людина;

ембріон є простою біологічною сукупністю клітин і тому може виступати об'єктом власності;

ембріон є своєрідним утворенням, що заслуговує на певний правовий захист, оскільки є потенційною формою людського життя, однак не є таким життям з моменту запліднення [1, с. 132].

Варто зауважити, що деякі вчені виділяють дві концепції виникнення права на життя – ембріональну та натусіальну [2, с. 38]. Ембріональна концепція виходить із того, що право людини виникає до моменту народження, правда, невідомо, з якого саме моменту (тут погляди вчених розходяться). Натусіальна концепція пов'язує момент виникнення права на життя з моментом народження фізичної особи, а саме з моментом живонародження, під яким розуміють вигнання або вилучення з організму матері плода, який після вигнання/вилучення (незалежно від тривалості вагітності, від того, чи перерізана пуповина і чи відшарувалась плацента) дихає або має будь-які інші ознаки життя, такі як серцебиття, пульсація пуповини, певні рухи скелетних м'язів [3].

Оскільки від визначення статусу ембріону залежить визнання правомірності таких медичних біотехнологій, як терапевтичне клонування, трансплантація ембріональних стовбурових клітин, гермінативна генна інженерія, серйозною правовою проблемою є те, чи можливо зрівняти у статусі ембріон, створений в результаті процедури штучного запліднення або за допомогою методу клонування, з ембріоном, зачатим природнім шляхом [4]. Тобто якщо закон визнає ембріон людською істотою, то він повинен передбачити однаковий захист для ембріонів in vivo та ембріонів in vitro. А це означає, що знищувати «зайві» ембріони, які залишаються «невикористаними» в результаті проведення процедури штучного запліднення, – неправомірно. Виникає логічне питання: що з ними робити?

Також викликає занепокоєння практика здійснення редукції ембріонів при проведенні процедури екстракорпорального запліднення. Іншими словами, якщо після переносу в матку одночасно прижилися більше трьох ембріонів, частина з них абортується з метою запобігання негативних наслідків для здоров'я жінки. Хоча за бажанням пацієнтки дана процедура може і не проводитись. Для підтвердження наведемо приклад. В кінці січня в Каліфорнії 33-річна американка родила вісім здорових дітей. Спочатку до цього відносилися як до тріумфу сучасної медицини, проте дуже скоро цю подію ознаменували соціально-деструктивними наслідками медичних біотехнологій. Молода мама – вже мати шістьох дітей у віці від двох до семи років. Троє з них є інвалідами. Жінка не одружена і не працює. Живе за рахунок соціальної допомоги. Всі її 14 дітей – результат екстракорпорального запліднення [5]. Виникає цікаве запитання: як взагалі могло так статися, що лікарі раз за разом провели екстракорпоральне запліднення неадекватній, соціально безвідповідальній людині, яка абсолютно не переймається результатами своїх маніпуляцій? І їй спокійно залишили всі вісім плодів, так як і вона хотіла? А як щодо медичної етики і соціальної відповідальності лікарів?

Інша проблема – хто при донорстві яйцеклітини під час здійснення процедури екстракорпорального запліднення повинен вважатися матір'ю дитини? З цього приводу немає єдиної думки. Одні вважають, що матір'ю є жінка, яка народила дитину, інші – яка дала свою яйцеклітину [6].

Окремо слід сказати про практику проведення преімплантаційного скринінгу для виявлення спадкових «дефектів» в ембріонів до їх імплантації в матку. Так, є декілька ембріонів, а майбутня мати може виносити, як правило, одного-двох. Якого з них вибрати? Саме цього вибору стосується Біль про людське запліднення і ембріологію, який розглядався в Палаті громад британського парламенту. Навколо даного закону спалахнули серйозні спори, в яких активну участь беруть громадські організації. Одне з положень стверджує: якщо відомо, що даний ембріон має деякий спадковий «дефект», і при цьому є інший ембріон, «недефективний», то вибирати ембріон з «дефектом» не дозволяється. В цілому звучить непогано: кто ж захоче, аби родилася дитина зі спадковою аномалією? Проте найшлися люди і громадські організації, які стали активно протестувати проти даного положення. Справа в тому, що в список серйозних спадкових захворювань, ембріони з якими не можна вибирати для імплантації, потрапила глухота. Виявляється, що глухі від народження люди не вважають свою глухоту хворобою. Вони утворюють свою окрему спільноту, спілкуються на своїй мові і мають свою унікальну культуру. Заборона вибирати ембріон, з якого виросте глуха дитина, організації глухих вважають проявом дискримінації і навіть геноциду. Багато сімей хочуть, аби їх діти обов'язково народжувалися глухими. На їх думку, дитина, яка має слух, не розуміє своїх батьків і є чужою в їх особливому світі [7]. Звичайно, такі аргументи звучать дещо егоїстично, проте кожен має свою точку зору.

Багато питань виникає при здійсненні сурогатного материнства. Так, в дитини, яка народилася завдяки таким маніпуляціям, може бути аж 5 (!) батьків: три біологічних (чоловік-донор сперми, жінка-донор яйцеклітини і жінка-донор матки) і два соціальних – ті, хто виступає в якості замовників [8].

Ідемо далі. У зв'язку з потенційно можливою перспективою клонування людини виникає питання юридичного статусу клона [9]. Деякі дослідники пропонують вважати, що клон повинен мати увесь спектр прав і обов'язків, котрі може мати звичайна людина, без жодних обмежень. Також виникають питання, пов'язані з ідентифікацією батьківства, оскільки в клонуванні беруть участь три особи: донор клітини, донор яйцеклітини і сурогатна мати [10, с. 14]. Добре, коли клітина береться в чоловіка (в такому випадку зрозуміло, хто батько), але й можна клонувати і жіночу клітину [11, с. 19]. А як бути з майновими правами клонованих людей?

Ще одна невирішена проблема полягає в тому, як узгодити «конкуруючі» права: право ембріона на життя та репродуктивні права, зокрема, право жінки на аборт.

І це ще не весь спектр правових проблем біоетики. Ми намагалися зупинитися на найбільш болючих і актуальних проблемних питаннях.

***Використані джерела*:**

1. *Медведєва М.О. Міжнародне право та біотехнології / Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин. – К.: Видавничий дім «Промені», 2006. – 256 с.*
2. *Стефанчук Р.О. Визначення моменту виникнення права на життя: продовжуючи дискусію // Юридична Україна. – 2005. – № 10. С. 38-43.*
3. *Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості: Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29 березня 2006 року № 179.*
4. *Жиганова Л.П. Биомедицина и стволовые клетки // Інтернет видання «Bestreferat.Ru» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.bestreferat.ru/referat-80506.html.*
5. *Чеснокова Т. Биотехологии на службе безумцев // Інтернет видання «Vlasti.net» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vlasti.net/news/39805.*

6. *Молчанов А.О. Юридические проблемы генома и клонирования человека // Інтернет видання «Cbio.ru» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.cbio.ru/modules/news/article.php?storyid=293.*
7. *Авилов С. Преимплантационная диагностика: выбираем лучших // Інтернет видання «Фонд Вечная молодость» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vechnayamolodost.ru/predivylu.html.*
8. *Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Тюмень, 2006.*
9. *Биомедицинские технологии зачатия человека // Інтернет видання «Единое отечество» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.otechestvo.org.ua/main/20073/2317.htm.*
10. *Грищенко О. Проблема клонування: суспільний та правовий аспект // Юридичний журнал. – 2005. – № 10.*
11. *Короткий Т. Правові аспекти клонування людини // Вісник НАН України. – 2002. – № 3.*

Смірнова Ірина Сергіївна
студентка 5 курсу, юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

КОНЦЕСІЯ НА БУДІВНИЦТВО ТА ЕКСПЛУАТАЦІЮ АВТОМОБІЛЬНИХ ДОРІГ

Процеси побудови ефективної господарської системи в Україні характеризуються значним збільшенням приватних суб'єктів господарювання та активним пошуком ефективних систем управління публічною власністю. З метою забезпечення національних інтересів, безпеки держави, гарантування прав громадян на достатній життєвий рівень законодавством України визначено ряд об'єктів державної і комунальної власності, які не підлягають приватизації (об'єкти публічної власності із статусом природних монополій, об'єкти, що мають велике соціальне значення та орієнтованість на задоволення громадських потреб тощо). Разом з тим, у сучасних економічних умовах держава та територіальні громади не завжди в змозі підтримувати належний рівень функціонування зазначених об'єктів, насамперед через нестачу бюджетних коштів. Вирішення цього та ряду інших питань щодо підвищення кількісних та якісних показників діяльності об'єктів публічної власності в умовах економічних змін та кризових явищ має здійснюватися за допомогою концесій.

Ст..1 ЗУ «Про концесії» дає нам таке визначення цьому поняттю, а саме: концесія – це надання з метою задоволення громадських потреб уповноваженим органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування на підставі концесійного договору на платній та строковій основі юридичній або фізичній особі (суб'єкту підприємницької діяльності) права на створення (будівництво) та (або) управління (експлуатацію) об'єкта концесії (строкове платне володіння), за умови взяття суб'єктом підприємницької діяльності (концесіонером) на себе зобов'язань по створенню (будівництву) та (або) управлінню (експлуатації) об'єктом концесії, майнової відповідальності та можливого підприємницького ризику. Аналізуючи різні точки зору на поняття концесії, хотілося б навести визначення к.ю.н. Медведєвої О. А.: « як заснованого на договорі делегування державою та/або територіальною громадою повноважень створення та/або управління чи експлуатації об'єктів державної та комунальної власності, що є вилученими з вільного економічного обороту, та/або прав здійснення певних видів господарської діяльності приватним суб'єктам господарювання з метою поліпшення задоволення громадських потре».

Досліджуючи питання «концесія на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг» ми виділили три наступних стадії: 1) включає в себе підготовчі моменти щодо прийняття рішення про надання концесії та призначення відповідного органу виконавчої влади або

органу місцевого самоврядування концесієдавцем. 2) складається з організаційних заходів, спрямованих на організацію та проведення концесієдавцем концесійного конкурсу, визначення за його результатами переможця та прийняття рішення про укладення договору концесії. 3) встановлення концесійних відносин, яку можна назвати договірною, являє собою безпосередньо укладення договору концесії.

Аналізуючи правовий статус учасників концесійних відносин відповідно чинного законодавства в якості концесієдавця виступають держава та територіальні громади, а в якості концесіонера – лише недержавний суб'єкт господарювання. Проаналізувавши ЗУ «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг», можна зробити висновок, що повноваженнями концесієдавця наділяється виконавчий орган, який здійснює безпосереднє управління об'єктом права державної власності, щодо якого прийнято рішення про передачу в концесію. Така невизначеність призводить до ускладнення процедури встановлення концесійних відносин та затягування її строків.

Доцільно створити в системі органів державної виконавчої влади спеціальний орган з питань концесійної діяльності із статусом державного комітету і передбачити положення, яким би він керувався в своїй діяльності. Згідно чинного законодавства рішення щодо будівництва та/або експлуатації автомобільних доріг на умовах концесії приймає Кабінет Міністрів України на підставі техніко-економічного обґрунтування. Існує спеціальне Положення про проведення концесійного конкурсу та укладення концесійних договорів на об'єкти права державної і комунальної власності, які надаються у концесію. Цим положенням передбачено порядок утворення та роботи конкурсної комісії по проведенню концесійного конкурсу, яка складається не менш як із п'яти осіб – представники відповідних місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, можуть входити фахівці заінтересованих міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, експерти. Комісія визначає строки проведення, умови конкурсу, реєструє заявки на участь, визначає переможця конкурсу. Комісія є правомочною за умови участі не менш 2/3 членів комісії. Обов'язково робиться оголошення про конкурс в газетах «Урядовий кур'єр», «Голос України» або у друкованому ЗМІ органу місцевого самоврядування. Заявки на участь у конкурсі подаються протягом 60 днів з дня оголошення конкурсу і розглядаються протягом 45 календарних днів з останнього дня їх подачі. Переможцем концесійного конкурсу визнається претендент, який запропонував найкращі умови здійснення концесії, відповідно до умов конкурсу. У п'ятиденний строк з дня прийняття рішення про визнання переможця концесійного конкурсу комісія за дорученням концесієдавця повинна надіслати повідомлення переможцю і запрошення на переговори для узгодження кінцевого варіанта концесійного договору та його підписання і протягом 10 робочих днів

опублікувати ці результати.

З метою прискорення впровадження концесійної форми використання об'єктів державної та комунальної власності приватними суб'єктами господарювання запропоновано передбачити більш гнучкі можливості встановлення строків процедури встановлення концесійних відносин, щоб інформація про проведення конкурсів надавалася не тільки через офіційні ЗМІ, але і через офіційний сайт КМУ в мережі Інтернет. Доцільно також створити в системі виконавчої влади державного комітету чи іншого органу влади з питань концесійної діяльності.

***Використані джерела*:**

1. *ЗУ «Про концесії» від 16.07.1999*
2. *ЗУ «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг» від 14.12.1999*
3. *Положення про проведення концесійного конкурс та укладення концесійних договорів на об'єкти права державної і комунальної власності, які надаються у концесію. Від 12.04.2000 № 642*
4. *Медведєва О.А. Концесія як правова форма використання державного майна у господарській діяльності недержавними суб'єктами. Автореф. Дис.. – Х.,2005.-19с.*
5. *Ніколаєв І. Участь держави у концесійних відносинах. – право України.- 2004.- № 10.- с. 44*
6. *Вінник О.М. «Інвестиційне право», К.- Юридична думка.- 2005,- 567с.*

Солтис Ніна Борисівна
науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України,
Київ, Україна

СПАДКУВАННЯ НЕПОДІЛЬНОЇ НЕРУХОМОЇ РЕЧІ

Житло як майновий об'єкт є річчю неподільною. Речі, які внаслідок поділу у натурі не втрачають свого господарського або іншого призначення, називаються неподільними (ст. 183 ЦК). До неподільних належать речі, які при їх поділі втрачають своє первісне призначення або істотно знецінюються. З приводу подільності чи неподільності житлового будинку ще в дореволюційній доктрині існували різні думки. Так, К. П. Побєдоносцев відносив будинки до неподільних речей, аргументуючи це тим, що в разі появи у кожної кімнати свого власника право власності кожного з них буде неповне, оскільки без згоди інших він не в змозі буде здійснити будь-які будівельні роботи у стінах, які фізично не підлягають розподілу [1]. Іншої позиції щодо подільності будинків дотримувався Г. Ф. Шершеневич, який вважав, що залежно від наявності ряду характеристик конкретний дім може бути визнаний як подільним, так і неподільним. Він стверджував, що більшість будинків є за своєю природою неподільними, тому при поділі їх окремі частини, які позбавлені необхідних приналежностей, кухні, погреба, сараїв, дров'янників, нерідко і двору, не будуть відповідати тій цілі, для якої існує дім. Але ця обставина може і не зустрітися – великий будинок може мати багаточисленні служби і прибудови, так що при розподілі кожна частина була б наділена всім необхідним [2]. Слід зазначити, що оскільки будинок являє собою єдину, індивідуально-визначену річ – юридично неподільний об'єкт, то його технічна можливість розподілу на окремі поверхи, кімнати, підвали, приміщення і т.д., як правило виключає самостійну, окрему експлуатацію при наявності спільних для всіх несучих конструкцій, санітарно-технічного обладнання тощо. Таким чином, багатоквартирний будинок як об'єкт цивільного обороту, створений для проживання в ньому фізичних осіб, − є комплексною неподільною нерухомістю. З іншого боку, Закон України «Про приватизацію державного житлового фонду» об'єктами права власності визнані не тільки квартири у багатоквартирному житловому будинку, але й окремі жилі кімнати. В результаті об'єктами деяких обмежених речових прав стали частини будинків, які технічно не призначені для самостійної експлуатації.

У разі спадкування житлового приміщення (квартири, будинку і т. д.) декількома спадкоємцями постає питання про розподіл спадкового житла між ними. У цьому разі при припиненні існування первісної нерухомої речі виникає право власності на її окремі частки у самостійних суб'єктів права. Звісно, що розділити квартиру на рівні частки, як це передбачає ч. 1 ст. 1267 ЦК, неможливо, не змінивши її первісне призначення, оскільки кімнати в квартирі мають різні за своїми технічними характеристиками визначені квадратні метри, і щоб частки зрівняти, потрібно робити перепланування. Крім того, виокремити саму кімнату в натурі окремо від всієї квартири разом з її допоміжними приміщеннями (кухня, ванна кімната, коридори і т.д.) неможливо. Тому в даному випадку при спадкуванні кімнати доречним було б застосувати дефініцію, яка застосовується у спільній частковій та спільній сумісній власності – «виділ частки з майна», що переходить у спадщину двох і більше спадкоємців (статті 364, 370 ЦК). Так, наприклад, якщо до складу спадщини входить трьохкімнатна квартира з розміром кімнат − 12м², 16м², 20м² і її спадкують за законом троє спадкоємців, кожний із спадкоємців отримає свідоцтво на 1/3 спадщини. Подальше проживання або виділ часток залежить від людського фактору та взаємовідносин між спадкоємцями. Це стосується і наданої можливості спадкоємцям за письмовою згодою між собою, посвідченою нотаріусом, змінити розмір часток у спадщині когось із них (ч. 3 ст. 1267 ЦК). У разі якщо спадкоємці не дійдуть згоди про розподіл часток у спадщині, що досить часто і відбувається на практиці, дане питання вирішується у судовому порядку. Як

альтернатива виходу із рівності часток спадкоємців відповідно до ч. 2 ст. 364 ЦК: якщо виділ частки із спільного майна у натурі не допускається законом або неможливий у разі неподільності речі (посилаючись при цьому на ст. 183), − співвласник, який бажає виділу, має право на одержання від інших співвласників грошової чи іншої матеріальної компенсації у розмірі вартості його частки. На жаль, ст. 367 ЦК визначає можливість поділу житла, що є спільною частковою власністю, але не визначає особливостей його здійснення як неподільної речі. Тому на практиці неподільна річ може бути відчужена за договором купівлі-продажу, а одержані кошти розподіляються між спадкоємцями.

Це дає підстави стверджувати, що якщо нерухомість розглядати через призму категорій «абстрактне» і «уявне», то житловий будинок є річчю неподільною, а квартира чи кімната, виділена в результаті приватизації в об'єкт власності − є річчю подільною, яка може бути об'єктом спадкування. Таким чином, виділ частки у нерухомій речі не є її поділом, а випливає з призначення оборотоздатності речі − вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування, що витікає із зобов'язальних відносин, відносин власності та спадкових правовідносин.

Виходячи з вище викладеного, вбачається за доцільне внести доповнення до ЦК України в наступні статті:

ст. 183 ЦК «Речі подільні та неподільні» доповнити частиною 3, та викласти в наступній редакції: «У неподільній речі можуть бути виділені частки відповідно до статтей 364, 370 цього Кодексу.»;

ст. 1278 ЦК «Поділ спадщини між спадкоємцями» доповнити ч. 4, та викласти в наступній редакції: «У разі якщо поділ спадщини у натурі неможливий в силу неподільності речі, поділ спадщини між спадкоємцями здійснюється відповідно до ч.ч.2, 3 ст. 364 цього Кодексу».

***Використані джерела*:**

1. *Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 1: Вотчинные права. – М.: Статут, 2002. – С. 25.*
2. *Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). – М.: Спарк, 1995. – С. 95.*
3. *Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І., Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. Ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 170.*
4. *Харитонов Є. О. Вступ до цивільного права України: Навч. посіб. − К.: Істина, 2006. − С. 235.*
5. *Степанов С. А. Недвижимое имущество в граждаснком праве. − М.: Статут, 2004. − С. 154.*

Спирина Евгения Олеговна
студентка 5 курса юридического факультета
Волгоградского филиала АНОО ВПО «Международный славянский институт»,
Волгоград, Российская Федерация

ДОГОВОР КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ: ПРОБЛЕМЫ И ПРЕИМУЩЕСТВА ЕГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ (НА ПРИМЕРЕ СОЗДАНИЯ И РАЗВИТИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ САЛОНОВ КРАСОТЫ)

В современный период времени договор коммерческой концессии становится все более широко распространенным в России. В нашей стране законодательное регулирование этой деятельности осуществляется на основе ГК РФ. Термины «коммерческая концессия» и «договор коммерческой концессии» по своему содержанию соответствует зарубежным

определениям «франчайзинг» и «франшиза». Предметом договора коммерческой концессии является предоставление одной стороной – правообладателем другой стороне – пользователю права использовать в своей деятельности комплекс исключительных прав правообладателя: право на фирменное наименование и/или коммерческое обозначение, коммерческую информацию, а также на товарный знак и знак обслуживания (п.1. ст.1027 ГК РФ).

Заключение договора дает возможность правообладателю расширить свое влияние на рынке без необходимости открывать филиалы или организовывать дочерние общества, нанимать дополнительных работников, изучать незнакомый рынок. При этом правообладатель сохраняет действенный контроль над пользователем.

Франшиза позволяет вести деятельность под именем и по технологии известной компании, что не требует значительных затрат на организацию своего или нового дела, снижает предпринимательский риск, ускоряет окупаемость капиталовложений. Дополнительные возможности дает и право на предоставление субконцессии, то есть право пользователя передавать третьим лицам (вторичным пользователям) комплекс прав, полученный от правообладателя. Если предприниматели, оказывающие качественные услуги, никому неизвестны на рынке, то договор коммерческой концессии предоставляет им возможность успешно работать под маркой широко известной фирмы.

Исполнение договора коммерческой концессии контролируется правообладателем, который следит за качеством услуг или продукции, оказывает консультационную, организационную, техническую коммерческую помощь пользователю своей марки, наименования.

Договор коммерческой концессии является возмездным. Допускаются различные формы вознаграждения правообладателю: фиксированные разовые (паушальные платежи) или периодические платежи (роялти); отчисления от выручки; наценки на оптовую цену передаваемых для продажи правообладателю товаров или в иной форме. Например, роялти устанавливаются путем привязки к производству, объему продаж или размерам прибылей от использования данной технологией. Также может использоваться сочетание с первоначального платежа с последующей выплатой роялти.

Изучение практики приобретения франшизы на рынке салонов красоты показало, что общее количество салонов красоты, открытых подобным путем очень мало, несмотря на то, что, приобретая франшизу, предприниматель покупает практически готовый бизнес. Абсолютное большинство франчайзеров вместе со своим брэндом предлагает и «пакет интеллектуальной собственности». В тоже время тенденции развития российского рынка салонов красоты таковы, что из 30 тысяч салонов и парикмахерских наибольший спрос наблюдается в среднем сегменте и бизнес-классе. Однако большинство предлагаемых франшиз не попадает в этот диапазон, относясь к премиум-классу, либо к бизнес-классу.

Проблемы вызывают и условия договоров с франчайзи, которые в абсолютном большинстве случаев оказываются крайне жесткими, например, навязывают партнерам ограниченный список компаний-разработчиков технологических и дизайн-проектов, устанавливают жесткое требование приобретать оборудование и материалы только у одобренных поставщиков. В процессе работы непреложным правилом выступает соблюдение всех технологических процессов и перечня предоставляемых услуг, принятых в салонах компании-франчайзера. Обеспечивая защиту репутации франчайзера, это требование существенно ограничивает возможность реализации творческого начала в работе франчайзи.

Приобретая франшизу, франчайзи не только надеется получить «пакет интеллектуальной собственности», который избавит его от множества проблем, но и стремится воспользоваться торговой маркой, которая гарантировала бы ему такой же коммерческий успех, как у прототипа. При этом громкие названия салонов, предлагающих франшизу, далеко не всегда настолько узнаваемы, чтобы платить за их использование десятки тысяч долларов. В

результате, несмотря на всю свою теоретическую привлекательность, франчайзинг оказывается практически не востребован на российском рынке салонов красоты.

Примеры успешного использования договора коммерческой концессии (салон красоты «Иночи») показывают, что востребованными являются условия договора, позволяющие взимать роялти не в виде фиксированной суммы, а с оборота партнерского салона красоты. Франчайзер предоставляет шестимесячные «каникулы» с момента открытия нового салона (стандартная европейская схема), а также предоставляет франчайзи значительную свободу – творческую и экономическую, возможность выбора поставщиков материалов и оборудования.

Развитие данной сферы невозможно без снижения договорной цены при передаче прав, а также рекламы договора коммерческой концессии как вида деятельности. Обязательным условием активизации продаж салонных франшиз является, по нашему мнению, разработка и внедрение в гражданско-правовую практику моделей договоров коммерческой концессии, значительно конкретизирующих положения ГК РФ и позволяющих гарантировать защиту интересов обеих сторон договора.

Стусенко Максим Леонидович
студент Одесского национального университета имени И. И. Мечникова,
Одесса, Украина

ФОРС-МАЖОРНЫЕ ОГОВОРКИ

Стремление к совершенству в правоотношениях между сторонами договора как стремление к идеалу относится к роду невыполнимых. Одним из проявлений такого стремления и является по нашому мнению форс-мажор.

Практически во всех странах право допускает согласование контрагентами таких условий, которые могут как расширять, так и сужать применение в конкретном случае концепции освобождения от ответственности, вытекающих из норм действующего права. Обычно в этих условиях в договорах перечисляются примеры освобождения от ответственности, предусматривается порядок удостоверения соответствующего «форс-мажорного» события и устанавливаются последствия, которые сводятся обычно к освобождению должника от исполнения обязательства на время, пока продолжает действовать событие, препятствующее исполнению договора. Довольно часто в «форс-мажорных оговорках» также предусматривается, что по истечении определенного времени после наступления обстоятельства одна из сторон или оба контрагента вправе отказаться от договора.

При этом решающую роль играет то, что обстоятельство вызвавшее невозможность исполнения договора должны быть неизвестны ни одной из сторон договора в момент его составления. Например, не будет признан форс-мажором страйк, если о его проведении было достоверно известно.

В Украине о форс-мажоре вспоминается в таких законах: «О порядке ввоза(пересылки) в Украину, таможенного оформления и налогообложения личных вещей, товаров и транспортных средств», в Правилах пользования електроэнергией, Порядке выдачи, учета, отсрочки и оплаты (погашения) векселя (письменного обязательства). Именно по схеме, которая просматривается в данных документах и следует разрабатывать положения о форс-мажоре при составлении договоров. Но перечисленные в них обстоятельства не представляется возможным считать полными. Самой дефиниции о том, что собой представляет форс-мажор, его составляющие элементы в нашем законодательстве не указаны.

Содержание форс-мажорных оговорок различается в зависимости от многих обстоятельств, как фактических, так и юридических. Среди них в первую очередь следует назвать правовой режим договора, т.е. нормы применимого права, которые должны регулировать невозможность исполнения. Нет сомнения, что чем более ясные положения по данной проблеме содержит позитивное право, тем в меньшей степени стороны вынуждены уточнять свои взаимоотношения в договоре на случай наступления обстоятельств «непреодолимой силы».

Так, особенности регулирования в англо-американском праве проблемы «тщетности» или «неосуществимости» договора, связанные с ней многовариантность и широкие возможности судейского усмотрения при правовой квалификации отношений контрагентов, предопределили чрезвычайную детализацию содержания «форс-мажорных оговорок».

Примером «форс-мажорной оговорки», применяемой в коммерческой практике в США, является следующее условие, включаемое в типовые договоры купли-продажи: «Ни одна из сторон не будет нести ответственности за любое неисполнение обязанности поставить или принять поставку (или часть), возникшее из необходимости соблюдать любой закон, постановление, указ, инструкцию, приказ, предписание или другую правительственную меру или появившееся в результате действия сил природы (Acts of God), пожара, наводнения, войны, саботажа, несчастных случаев, трудовых конфликтов, недостатка или срыва поставок сырья, материалов или оборудования, перерыва или задержки в транспортировке, или любых других обстоятельств подобного рода вне контроля сторон, у которых они возникли».(4, стр.195)

На практике встречаются договоры, в которых стороны ограничиваются простой ссылкой на обстоятельства «форс-мажора», не перечисляя конкретных событий, которые они считают таковыми. Такое договорное условие в большинстве случаев не создает большей определенности во взаимоотношениях сторон.

Наиболее типичными событиями, включаемыми в перечень «форс-мажорных»представляются следующие: забастовки, локауты, трудовые конфликты, ненормальные условия труда, выход из строя машин и оборудования, задержки в пути, правительственные меры и ограничения, в том числе ограничения экспорта и другое лицензирование, или любое другое событие, находящееся вне контроля продавца, включая войну.

На основе обобщения опыта международной коммерческой практики ведущая международная предпринимательская организация - Международная торговая палата (МТП) - предложила для использования весьма детально разработанную оговорку о «форс-мажоре» и затруднительных обстоятельствах (hardship). Принимая во внимание авторитет МТП в деловых кругах, который является залогом широкого применения подготовленных ею рекомендаций, необходимо более подробно проанализировать этот документ. Хотя, нужно сделать оговорку, что предлагаемые МТП формулировки о «форс-мажоре», хотя и могут быть инкорпорированы в договор путем прямой отсылки к ним, носят все-таки довольно общий характер и должны быть приспособлены к конкретным условиям заключаемого договора.

В этом документе говорится, что сторона не отвечает за неисполнение любого из ее обязательств постольку, поскольку она докажет:

- что неисполнение явилось результатом препятствия, находящего вне ее контроля;
- что нельзя было разумно ожидать, что при заключении договора будет предвидена возможность исполнить обязательство при наличии препятствия и его последствия;
- что она не могла разумно предотвратить или преодолеть это препятствие или по крайней мере его последствия. [1, ст.1]. Далее разъясняется: а) объявленная или необъявленная война, в том числе - гражданская, беспорядки, пиратство, саботаж;

б) стихийные бедствия, такие, как ураганы, циклоны, землетрясения, цунами, наводнения, разрушения в результате молнии;

в) взрывы, пожары, выход из строя (разрушение) машин и оборудования, фабрик, или любых видов установок;

г) бойкоты, забастовки и локауты любых видов, замедление работы, оккупирование фабрик и помещений и остановки в работе, происходящие на предприятии стороны, претендующей на освобождение от ответственности;

д) законные или незаконные действия властей

Использованные источники:

1. *«Форс-мажорные обстоятельства», публикация № 421(E), серия: «Издания Междуна родной торговой палаты», М., АО «Консалтбанкир», 1997*
2. *Юридична газета №5 (5) 20 вересня 2003 року \ Форс-мажор у договорі*
3. *Типовая форс-мажорная оговорка Международной торговой палаты*
4. *Uniforms Laws Annotated. Vol. 4. Uniform Commercial Code. Forms and Materials.*

Стусяк Віталій Іванович

здобувач Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України,
Київ, Україна

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ НА ВОДОПОСТАЧАННЯ ОБ'ЄДНАННЯМ СПІВВЛАСНИКІВ БАГАТОКВАРТИРНОГО БУДИНКУ

Основні засади організаційних, господарських відносин, що виникають у сфері надання та споживання житлово-комунальних послуг з водопостачання визначають Закон України «Про житлово-комунальні послуги» та «Про питну воду та питне водопостачання».

Стаття 19 Закону України «Про питну воду та питне водопостачання» визначає, що послуги водопостачання та водовідведення надаються підприємством питного водопостачання на підставі договору з споживачами: підприємствами, установами, організаціями, що безпосередньо користуються централізованим питним водопостачанням; підприємствами, установами або організаціями, у повному господарському віданні або оперативному управлінні яких перебуває житловий фонд і до обов'язків яких належить надання споживачам послуг з питного водопостачання та водовідведення; об'єднаннями співвласників багатоквартирних будинків, житлово-будівельними кооперативами та іншими об'єднаннями власників житла, яким передано право управління багатоквартирними будинками та забезпечення надання послуг з водопостачання та водовідведення на підставі укладених ними договорів; власниками будинків, що перебувають у приватній власності.

Згідно із ст. 1 Закону України «Про житлово-комунальні послуги», балансоутримувачем будинку, споруди, житлового комплексу або комплексу будинків і споруд є власник або юридична особа, яка за договором з власником утримує на балансі відповідне майно, а також веде бухгалтерську, статистичну та іншу передбачену законодавством звітність, здійснює розрахунки коштів, необхідних для своєчасного проведення капітального і поточного ремонтів та утримання, а також забезпечує управління цим майном і несе відповідальність за його експлуатацію згідно з законом. Особливими учасниками відносин у сфері житлово-комунальних послуг є балансоутримувач та управитель, які залежно від цивільно-правових угод можуть бути споживачем, виконавцем або виробником (Стаття 19 Закону).

Ст. 1 Закону «Про житлово-комунальні послуги» визначає поняття власника будинку, споруди, житлового комплексу або комплексу будинків і споруд, як фізичну або юридичну особу, якій належить зареєстроване у встановленому порядку право володіння, користування та розпорядження приміщенням, будинком, спорудою, житловим комплексом. Із зазначеного випливає, що тільки власники будинків, право власності яких зареєстроване, мають право бути споживачем за договором про надання послуг з водопостачання та водовідведення.

Із змісту ст. 1 Закону «Про житлово-комунальні послуги», ст. 19 Закону «Про питну воду та питне водопостачання» можна зробити висновок, що власники квартир та нежилих приміщень не можуть вважатися власниками багатоквартирного будинку.

Стаття 179 Господарського кодексу України встановлює, що укладення господарського договору є обов'язковим для сторін, якщо він заснований на державному замовленні, виконання якого є обов'язком для суб'єкта господарювання у випадках, передбачених законом, або існує пряма вказівка закону щодо обов'язковості укладення договору для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування.

Відповідно до ч. 3 ст. 20 Закону «Про житлово-комунальні послуги» споживач зобов'язаний укласти договір на надання житлово-комунальних послуг, підготовлений виконавцем на основі типового договору. Тому укладення договору про надання житлово-комунальних послуг є не правом, а обов'язком споживача. Об'єднання співвласників будинку має право стати балансоутримувачем або управителем відповідно до ст. 11 Закону «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку», а отже зобов'язане укладати договір на водопостачання

Сук Олег Володимирович
здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін Академії праці і соціальних відносин, Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗМІСТУ ДОГОВОРУ БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

У науковій літературі різних періодів неодноразово підкреслювалось те, що договір будівельного підряду відноситься до одних із найскладніших за своїм змістом договорів, що обумовлено структурою складних договірних зв'язків [1, с. 120], особливим нормативним регулюванням [2, с. 47-48], опосередкування договором елементів цілого ряду інших видів відносин: поставки, найму тощо [3, с. 66].

Погоджуючись із наведеними висловлюваннями, які не втратили актуальності до сьогодні, зауважимо, що сучасні соціально-економічні реалії внесли додаткові корективи у нормативне регулювання відносин у будівництві. Передусім це знайшло вираження у встановлені уніфікованого режиму цивільно-правового регулювання, що означає застосування до договору будівельного підряду загальних положень Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) про підряд.

Сучасною наукою майже не приділено уваги проблематиці співвідношення загальних норм про підряд із спеціальними нормами про будівельний підряд. А між тим аналіз відповідних норм ЦК України свідчить про значні недоліки у класифікації підрядних договорів. Ігнорування особливостей в організації і проведенні будівельних робіт призвело до втрати цілісності структури цивільно-правового регулювання змісту договору будівельного підряду. Різниця між організацією, порядком проведення, переданням та прийняттям робіт виявилась настільки великою, що більшість загальних та спеціальних норм про підряд та будівельний підряд є неузгодженими, що ускладнює їх практичне застосування та є причиною численних конфліктів і непорозумінь між суб'єктами будівельної діяльності.

Викладене дозволяє зробити висновок про необхідність перегляду структури норм § 3 глави 61 ЦК України.

На нашу думку, побудова норм ЦК України повинна бути здійснена таким чином, щоб вона представляла собою, так би мовити, ідеальну модель договору будівельного підряду. Вважаємо, що в якості зазначеної моделі необхідно взяти за основу таку форму організації

будівництва, як метод «під ключ». Сутність цього методу полягає у тому, що на підрядника покладається виконання циклу: проектування, – будівельні, монтажні та спеціальні будівельні роботи, передбачені будівельними нормами та правилами, – здача об'єкта в експлуатацію [4, с. 103]. При такій організації будівельних робіт, замовник практично не приймає участі в будівництві і його головне завдання полягає у пошуку належного джерела фінансування для покриття витрат генерального підрядника, придбанні земельної ділянки та інше [5, с. 63]. Організація робіт цим методом представляє собою відносно просту та зрозумілу структуру відносин замовника та підрядника за договором, в основу якого покладене чітке розмежування прав та обов'язків сторін. Підрядник повинен виконати всю обумовлену договором роботу та вчинити всі необхідні для цього супутні дії, а замовник зобов'язаний прийняти результати робіт і оплатити їх.

Вважаємо, що така система норм ЦК України про будівельний підряд має значні переваги у порівнянні з існуючою. По-перше, це дозволить побудувати стрункy систему норм про будівельний підряд, якою будуть передбачені основні права та обов'язки сторін на всіх стадіях виконання договору. Єдина концепція відносин за договором будівельного підряду забезпечить усунення невизначеності у нормативному регулюванні та «очистить» договір від формалізму. Сторони, нарешті, матимуть можливість визначати зміст договору на умовах, які дійсно мають для них значення, а не включати у нього гіпертрофовані положення заради дотримання безлічі істотних умов, що на сьогодні встановлені законодавством. По-друге, така система норм про будівельний підряд повинна посилити договірну дисципліну. Невипадково, ще за радянських часів, на підрядника покладався імперативний обов'язок по складанню тексту договору. Це є закономірним, оскільки підряднику, як фахівцю у будівництві, краще відомі всі особливості організації та проведення робіт, що дозволяє більш якісно підготувати проект договору. Тому, нормативне розширення кола обов'язків підрядника на всіх стадіях виконання договору, що передбачає метод «під ключ», повинно стимулювати його до більш уважної і ретельної підготовки договору, правильно зважувати свої сили та можливості щодо якісного та своєчасного виконання робіт, визначати умови участі замовника у вирішенні організаційних та інших питань на будівництві.

На нашу думку, для запровадження методу «під ключ» у нормативній побудові змісту договору будівельного підряду, не має жодних перешкод.

Для того, щоб норми ЦК України про будівельний підряд дійсно стали головними серед великого масиву нормативних актів, у першу чергу, необхідно внести зміни до ч. 3 ст. 875 ЦК України, виклавши її в наступній редакції: «До договору будівельного підряду застосовуються норми цієї глави, а також закони та інші нормативно-правові акти у частині, що не суперечать цьому Кодексу». Як видно, це істотно змінює порядок застосування норм ЦК України про будівельний підряд. У чинному законодавстві тепер повинно бути чітко зафіксовано, що норми ЦК України про договір будівельного підряду мають пріоритет над іншими нормативними актами. Це правило також було б спрямоване проти тих негативних фактів у законотворчості, коли безсистемно приймаються численні нормативні акти.

Наступним кроком повинен бути перегляд норм § 3 глави 61 ЦК України, за результатами якого коло обов'язків замовника повинне скоротитись за рахунок розширення обов'язків підрядника, зокрема, в частині забезпечення будівництва проектно-кошторисною документацію. Для цього обов'язок по її наданню, за загальним правилом, повинен бути покладений на підрядника.

У той же час, вважаємо, що обов'язок по організації передання та прийняття робіт не потрібно змінювати і він повинен бути покладений на замовника. Такий висновок має практичні підстави і пов'язаний із тим, що замовник у більшій мірі зацікавлений в якості результату робіт, а тому, краще за підрядника організує його прийняття.

Одночасно необхідно доповнити § 3 главу 61 ЦК України такими умовами, які б дозволили забезпечити повне та достатнє нормативне регулювання змісту договору будівельного підряду: від організації робіт до передачі їх результату замовнику з наступною гарантійною експлуатацією. Звичайно, що конкретний зміст договору залежить від багатьох

чинників: масштабу будівництва, порядку організації робіт тощо, і передбачити у ЦК України норми на всі випадки не можливо [6, с. 25]. Тому цивільно-правове регулювання будівельного підряду повинно містити багато диспозитивних норм, що забезпечить гнучкість норм ЦК України та можливість їх адаптування до практичних потреб учасників будівництва.

Як наслідок, нова структура норм ЦК України про будівельний підряд дозволить сформувати єдину концепцію нормативного регулювання договірних відносин у будівництві, що позитивно вплине на подальший розвиток цієї галузі.

***Використані джерела*:**

1. *Брагинский М.И. Совершенствование законодательства о капитальном строительстве. – М.: Стройиздат, 1982. – 144 с.*
2. *Картужанский Л.И. Правовая организация капитального строительства в СССР. – Л.: Издательство ленинградского государственного ордена Ленина университета имени А.А. Жданова, 1952. – 100 с.*
3. *Верб С.А. Структурные особенности гражданского правоотношения по капитальному строительству // Гражданские правоотношения и их структурные особенности: Сборник ученых трудов. Выпуск 39. – Свердловск, 1975.*
4. *Брагинский М.И. Договор строительного подряда // Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2005. – 1055 с.*
5. *Кузнєцова Н.С. Підрядні угоди в інвестиційній діяльності в будівництві. Російською мовою. – К.: видавництво «Наукова думка», 1993. – 160 с.*
6. *Юшкевич С.П. Договор строительного подряда. – М.: Ось-9, 2002. – 240 с.*

Тараненко Людмила Станіславівна

здобувач відділу проблем аграрного, земельного та екологічного права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України,
Київ, Україна

ІСТОРИЧНИЙ РОЗВИТОК ДОРАДЧИХ СЛУЖБ У ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Вирішення значних проблем, які є в сільському господарстві зарубіжних країн покликані аграрні (сільськогосподарські) дорадчі служби. їхніми завданнями є сприяння розвитку сільськогосподарських товаровиробників та здібностей їх керівників і спеціалістів, щоб вони могли краще розуміти проблеми і робити обгрунтований вибір та із доступними методами навчання, здійснювали консультування й інформаційне забезпечення.

Дорадчі аграрні служби діють в багатьох країнах світу з розвинутим сільським господарством. Ці дорадчі служби: налічують багатолітню історію; відрізняються підходами у реалізації головної мети - служити товаровиробникам для задоволення їх потреб; мають різні переваги та недоліки.

Наприклад, для подальшого розвитку дорадчих служб в Канаді та в провінціях створено відповідний структурний підрозділ міністерства сільського господарства і продовольства, який повністю фінансується з державного бюджету цієї країни. Дорадчі служби західних провінцій Канади відрізняються від східних європейською орієнтованістю, підходами та методами дорадництва останніх [3].

Дорадчі служби в Сполучених Штатах Америки - це в основному підрозділи університетів, які займаються дослідництвом, навчанням та впровадженням передових технологій у сільськогосподарське виробництво при частковому фінансуванні через

федеральне міністерство сільського господарства, а також частково з бюджету конкретного штату.

Цікавим являється європейський досвід розвитку дорадництва. Найбільш різносторонній та неординарний європейський варіант назви дорадчої служби -Advisory Service. Кожна країна Європейського союзу має особливі характерні риси дорадчих служб. Болгарія, Естонія, Латвія, Литва, Польща, Угорщина мають також цінні надбання у сфері функціонування сільськогосподарських дорадчих служб, враховуючи їхні, подібні з Україною.

Повчальна історія формування сільськогосподарських дорадчих служб в Великобританії. Вона бере свій початок з 1900 року, коли були створені перші дорадчі служби, що базувались при сільськогосподарських інститутах. Пізніше в 1946 році була створена Національна сільськогосподарська дорадча служба (National Agricultural Advisory Service - NAAS) для надання безкоштовних порад фермерам з питань технологій в Англії. З 1971 року діє державна дорадча компанія ADAS. Починаючи з 1986 року і в подальші роки, державна компанія ADAS була приватизована за ініціативи Уряду Великобританії.

В Північній Ірландії та Шотландії були використані інші організаційні схеми дорадництва. Зокрема, в Шотландії дорадча служба побудована на базі Шотландського аграрного коледжу (SAC), в якому тісно поєднані три основні функції: дослідження, навчання та здійснення дорадництва.

Унікальнішою системою надання дорадчих послуг у світі визнана Датська дорадча служба. Дорадництво в Данії представлено Датським аграрним дорадчим цен гром та близько 80 дорадчими центрами по всій країні. Датський аграрний дорадчий центр належить Сільськогосподарській раді Данії та Датській асоціації

сімейних ферм. Держава фінансує приблизно 10 відсотків всіх витрат, пов'язаних в основному з реалізацією певних державних програм у сільському господарстві, решту 90відсотків - оплачують користувачі дорадчих послуг, тобто фермери [4; 5].

В Голландії і Німеччині дорадчі служби представлені приватними консалтинговими структурами та консультаційними відділами аграрних палат. Консалтингові структури в Німеччині дуже різноманітні і, як правило, вузькоспеціалізовані [3].

Цікаво організована дорадча служба в Латвії. Вона представлена Латвійським навчальним та консультаційним центром (ЛНКЦ). Ця служба є неприбутковим товариством з обмеженою відповідальністю. ЛНКЦ має 26 районних офісів. Система управління товариством представлена установчими зборами засновників (один представник міністерства землеробства і один представник асоціації фермерів). Збори, як правило, збираються один раз на рік, вони вирішують основні напрямки діяльності ЛНКЦ. Невелика частка голосів асоціації фермерів (1 %) в установчих зборах захищена правовим засобом - статутом неприбуткового ТзОВ «ЛНКЦ». Згідно з цим статутом асоціація фермерів може бойкотувати рішення загальних зборів. Така схема певною мірою захищає роботу ЛНКЦ від можливих непродуманих дій з боку працівників Латвійського міністерства землеробства.

Загальна кількість працівників латвійської дорадчої служби складає приблизно 200 фахівців. Фінансування латвійської дорадчої служби здійснюється з трьох джерел: з коштів державного бюджету, донорство та проекти технічної допомоги, доходи від платних послуг фермерам. За роки свого існування Латвійська дорадча служба досягла значних позитивних результатів: співвідношення бюджетних коштів та коштів, отриманих від платних послуг, складає приблизно 45 % і 55 % відповідно. На початку створення, дорадча служба була державним підприємством і утримувалась виключно за рахунок Міністерства землеробства Латвії [3].

Слід звернути увагу на невдале створення дорадчої служби в Естонії. Міністерством сільського господарства цієї держави було підтримано різні моделі створення цієї служби. Тому сьогодні в Естонії фактично не існує дорадчої служби, але є деяка випадкова діяльність [5].

В Польщі дорадча служба представлена Національним Дорадчим центром з розвитку сільського господарства і села, двома відділами НДЦРСГС в Познані та Кракові, сімома

регіональними дорадчими центрами з розвитку сільського господарства і села. Вони фінансуються за рахунок державних коштів Міністерства сільського господарства та розвитку села Польщі, а також тринадцятьма резиденціями воєводських дорадчих центрів з розвитку сільського господарства з відділами та дорадчими центрами, які також фінансуються з державного бюджету, але місцевого рівня.

Так як дорадчі служби в Польщі повністю державні та на повному державному утриманні, вони не надають платних послуг товаровиробникам, окрім розробки бізнес-планів для фермерів з метою отримання кредитів та інвестицій. Державні видатки на утримання дорадчої служби скорочуються, що спричиняє скорочення штату дорадчих служб, зниження заробітної плати дорадників. Це в свою чергу призводить до зниження можливостей та ефективності дорадчих служб. У зв'язку з цим сьогодні польська дорадча служба перебуває в стані реструктуризації та реорганізації [3].

Таким чином сільськогосподарські дорадчі служби у різних формах існують у 120 країнах світу [6]. Вони діють майже в усіх країнах Європи і Північної Америки, Японії, Китаї, Російській Федерації тощо [2].

Аналізуючи досвід зарубіжних країн, де дорадництво має значний практичний досвід, слід зробити наступний аналіз.

Історію сільськогосподарських дорадчих служб багатьох розвинутих країн світу можна умовно розділити на два основних періоди:

- початковий етап формування, за значного фінансування та впливу держави;
- етап приватизації сільськогосподарських дорадчих служб та вивчення можливості надання платних послуг.

Для проведення організації дорадчих служб уряди та фермерські організації вищеназваних країн використовують такі підходи:

- Державне фінансування від платників податків передбачається лише тих послуг, які представляють інтерес для всього суспільства на певному етапі його розвитку.
- Платність деяких індивідуальних дорадчих послуг, які дають пряму віддачу у вигляді підвищення доходів, з можливістю диференціювання розцінок для різних ситуацій чи цільових груп.
- Змішане фінансування окремих послуг державними чи професійним асоціаціями. Це можуть бути інвестиції вкладені в навчання сільськогосподарських товаровиробників та дорадників, а також вдосконалення методів та інструментів дорадчої служби [3].

В цих країнах передові, крупні, високотоварні та вузькоспеціалізовані сільськогосподарські товаровиробники мають можливість не користуватись послугами дорадчої служби і звертатись з відповідного напряму в аграрні університети чи науково-дослідні організації для отримання консультацій з нових технологій та інформації з питань управління сільськогосподарським господарством. Проте, середнім та малим аграрним підприємствам зарубіжних країн майже не реально звертатись до аграрної (сільськогосподарської) науки, чи отримувати інформацію від великих консалтингових структур.

Таким чином, наведені факти підтверджують те, що підтримка дорадчих послуг в Україні повинна бути здійснена державою на законодавчому рівні, що передбачено Законом України «Про сільськогосподарську дорадчу діяльність» [1].

Отже, світові тенденції розвитку дорадчих служб свідчать, що поряд з цими службами, заснованими на виключно державній власності, або тих, що діють при аграрних університетах чи фермерських організаціях, все більш розповсюдженими та перспективними є змішані системи дорадництва. Вони увібрали позитивні елементи кожної з систем, що дає мені змогу стверджувати про мобільність та пристосування до зміни кон'юнктури в аграрному секторі економіки України.

Використані джерела:

1. *Про сільськогосподарську дорадчу діяльність: Закон України від 17.06.2004 року № 1807-IУ // Відомості Верховної Ради України. - 2004. -№ 38 (17.09.2004). - ст. 470.*
2. *Корінець Р. Сільськогосподарське дорадництво. - К, 2003.*
3. *Кравченко 1. Міжнародний досвід функціонування сільськогосподарських дорадчих служб та напрями впровадження його в умовах України // Становлення сільськогосподарських дорадчих служб в Україні За ред. Р. Шмідта. —К., 2002. -с. 73-76.*
4. *Скидан О. В. Консультативне обслуговування сільського господарства в Данії. Економіка агропромислового комплексу. -2006. -№ 10. - с 140-143.*
5. *Хеннінг Л. Фогед. Критерії успіху для розвитку інформаційних та консультаційних послуг в Україні // Становлення сільськогосподарських дорадчих служб в Україні За ред. Р. Шмідта. -К, 2002. -с. 62-65.*
6. *Шевченко О., Корінець Р. Щоб господарям дати раду, не обійтися без поради //Голос України. - 2005. - № 186, 4 жовтня.*

Тарасенко Леонід Леонідович
викладач кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ НАЙМУ ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ

Договір найму майна – це один з класичних договорів, історія якого нараховує багато тисячоліть. Основні риси цього договору формувалися протягом цього часу, адже ще у римському праві виділяли три види найму: найм речей (locatio-conductio rerum); найм робіт (locatio-conductio operarum); найм послуг (locatio-conductio operis) [1, с.187].

Правовому регулюванню відносин оренди було присвячено чимало норм римського права, проте відносини найму транспортних засобів не були врегульовані спеціальними нормами, оскільки практично не було транспортних засобів.

Зокрема, до транспортних засобів, які існували в ті часи, можна віднести – морські судна і фіри (але, знову ж таки, це досить умовно, оскільки в сьогоднішньому розумінні поняття транспортного засобу дещо відрізняється від тогочасного розуміння).

Для регулювання відносин найму транспортного засобу застосовували загальні положення про найм речей. Хоча вже у римському праві виділяли договір оренди транспортного засобу з екіпажем – договір оренди фіри з погоничем. Цей договір було віднесено до змішаних договорів, оскільки цей договір містив ознаки договору найму (найм самого транспортного засобу) і найм роботи погонича [2, с.585].

Крім того, свідченням того, що вищезгаданий договір був саме договором оренди транспортного засобу з екіпажем, а не договором перевезення, є те, що, наприклад, збір за перетин мосту цим возом платив орендар, а не перевізник, оскільки саме орендар визначав маршрут, куди має їхати повозка. Це твердження належить римському юристу Лабеону [2, с.586]. Отже, ще за часів римського права зароджувалося правове регулювання відносин оренди транспортного засобу.

Технічний процес сприяв появі нових транспортних засобів. Отже, виникала потреба врегулювати відносини щодо їх оренди. Значний технічний стрибок було зроблено у 19 сторіччі. Власне у цей час значний розвиток отримала й правнича наука.

Зокрема, заслуговують на увагу теоретичні позиції щодо оренди, висловлені такими науковцями як Шершеневич Г.Ф., Победоносцев К.П., Мейєр Д.І. тощо. Хоча знову ж таки вони практично не приділяли уваги безпосередньо оренді транспортних засобів, а розвивали загальні положення про найм. Зокрема, Победоносцев К.П. зазначав, що до зобов'язань щодо передачі речей у користування правильно також відносити і фрахтові договори – тобто договори про перевезення речей і вантажів (Frachtkontract, Contr. de voituriers par terre et eau,

Affrêtement, Charter party). На даний час договір фрахтування багато науковців теж відносять до договорів орендного типу [3, с.3; 4, с.5; 5, с.396].

Крім того, Победоносцев К.П. виділяв найм коней для тяги судна з вантажем [6, с.342]. Основним обов'язком власника коня (погонича) було забезпечення постійного перебування коней біля судна, що перевозилося. Очевидно, можна вбачати в цьому договорі певні ознаки договору найму транспортного засобу.

Мейєр Д.І. також не виділяв в окремий різновид договору найму договір оренди транспортного засобу. Він, як і інші науковці того періоду, лише присвячували свої праці загальним положенням про найм – предмет договору найму, сторони договірних відносин найму, права та обов'язки сторін тощо. Але Мейєр Д.І. виділяє найм рухомих речей, що називає прокатом. До рухомих речей, які можуть передаватися у найм, Мейєр Д.І. відносить меблі, одяг та інше рухоме майно [7, с.549].

За радянських часів значну увагу регулюванню відносин найму транспортних засобів приділяли Левенсон Д.С. та Красавчіков О.А. Натомість в законодавстві УРСР та СРСР містилися лише загальні положення про найм.

Проте вже у ЦК України від 16.01.2003р. міститься окремий параграф, який визначає особливості правового регулювання договору найму транспортного засобу. Крім того, положення про найм окремих видів транспортних засобів також містяться і в інших законодавчих актах, зокрема, в Кодексі торговельного мореплавства України (найм морського судна), у Повітряному кодексі України (найм повітряного судна) тощо.

***Використані джерела*:**

1. *Орач Є.М. Тищик Б.Й. Основи римського права. Навчальний посібник. – Л: В-во ЛНУ., 2000.*
2. *Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов / Под общ.ред. акад. РАН, д.ю.н., проф.В.С.Нерсесянца. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Норма, 2006.*
3. *Клепікова О.В. Правове регулювання перевезень вантажів морським транспортом. Автореф. дис.на здоб.к.ю.н. – Київ, 2003. – 19с.;*
4. *Стельцова Є.Д. Договір морського перевезення вантажу (порівняльний аспект). Автореф. дис.на здоб.к.ю.н. – Одеса, 2002. – С.7; Діковська І.А. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві. Автореф. дис.на здоб.к.ю.н. –Київ, 2002. – 18с.*
5. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2т. – 3-е вид., перероб. і доп. / За ред. О.В.Дзери (кер.авт.кол.), Н.С.Кузнєцової, В.В.Луця. – К.:Юрінком Інтер, 2008. – Т.ІІ. – 1088с.*
6. *Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. - М.: <Статут>, 2003. – 622 с.*
7. *Мейєр Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. М.: «Статут», 2003. – 831 с.*

Тарасюк Надежда Валерьевна
младший научный сотрудник
Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

ОСНОВАНИЯ ПРЕКРАЩЕНИЯ ОПЕКИ И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВА: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Опека, попечительство, наряду с усыновлением, рассматриваются как наиболее приоритетные и наиболее часто используемые способы устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на воспитание в семью. Однако согласно статистическим данным имеет место достаточно большое количество случаев отмены опеки (попечительства).

В законодательстве установлены следующие основания прекращения опеки (попечительства): автоматическое прекращение опеки (попечительства); освобождение опекунов (попечителей) от выполнения ими своих обязанностей; отстранение опекунов (попечителей).

Автоматическое прекращение опеки (попечительства) в соответствии со ст. 178 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС) происходит при достижении подопечным определенного возраста: опека над малолетним прекращается по достижении им возраста четырнадцати лет, трансформируясь в попечительство (при этом лицо, осуществлявшее обязанности опекуна, автоматически становится попечителем несовершеннолетнего без вынесения дополнительного решения); попечительство над несовершеннолетним – по достижении возраста восемнадцати лет. Кроме этого, приобретение полной дееспособности до достижения возраста совершеннолетия в случае эмансипации либо вступления в брак также является основанием прекращения попечительства. Законодательство Российской Федерации наряду с указанными случаями прекращения опеки (попечительства) содержит также такие основания, как смерть опекуна (попечителя) или подопечного, истечение срока действия акта о назначении опекуна или попечителя (пп. 1, 2 п. 1 ст. 29 Федерального Закона Российской Федерации от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» (далее – Закон РФ об опеке и попечительстве)). Не возникает сомнений в том, что со смертью одной из сторон отношения по опеке (попечительству) фактически прекращаются, однако в настоящее время в законодательстве Республики Беларусь, также как и в законодательстве Украины, не урегулирован вопрос прекращения опеки (попечительства) по данным обстоятельствам.

Освобождение опекуна (попечителя) от выполнения им своих обязанностей в соответствии с ч. 1 ст. 167 КоБС происходит в случаях изменения формы попечения: возвращение ребенка на воспитание родителям, передача на усыновление (удочерение), помещение в соответствующее учреждение (воспитательное, лечебное, социальной защиты населения или другое аналогичное учреждение) на полное государственное обеспечение. В соответствии с ч. 2 ст. 167 КоБС основанием освобождения опекунов (попечителей) может также служить их личная просьба, однако лишь в случае, если орган опеки и попечительства сочтет причину просьбы уважительной. В то же время представляется нецелесообразным при выражении такой просьбы оставлять ребенка в семье помимо воли опекуна (попечителя), так как это может негативно сказаться на положении подопечного. Данное мнение подтверждается нормами, закрепленными в Законе РФ об опеке и попечительстве, а также изменениями, принятыми в 2008 г. в Гражданский кодекс Российской Федерации, согласно которым оценка уважительности причин просьбы опекуна (попечителя) не требуется. Законодательство Украины также предусматривает возможность освобождения опекуна по заявлению подопечного (ст. 75 Гражданского кодекса Украины). В Республике Беларусь предусмотрено право подопечных обратиться в органы опеки и попечительства, которые будут рассматривать вопрос об отстранении опекунов (попечителей).

Спорным является вопрос об освобождении опекуна (попечителя) от выполнения своих обязанностей по личной просьбе в связи с болезнью. КоБС в ст. 153 содержит запрет быть опекунами (попечителями) лицам при наличии заболеваний, содержащихся в постановлении Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 25 февраля 2005 г. № 4 «Об утверждении перечней заболеваний, при наличии которых лица не могут усыновить ребенка, быть опекунами (попечителями), приемными родителями, родителями-воспитателями» (далее – Перечень заболеваний). Следует отметить, что данный Перечень применяется при назначении опекуна (попечителя), и нет обязанности при появлении у опекуна (попечителя) заболевания, предусмотренного данным Перечнем, освобождать его от выполнения обязанностей по опеке (попечительству). Статья 167 КоБС предусматривает возможность освобождения в связи с болезнью лишь по личной просьбе опекуна (попечителя).

Отстранение опекуна (попечителя) от выполнения обязанностей, в отличие от освобождения, предполагает виновность со стороны опекуна (попечителя), санкция за

которое предусмотрена в виде невозможности в дальнейшем быть усыновителем, опекуном и попечителем, приемным родителем.

Органы опеки и попечительства отстраняют опекунов (попечителей) в случае ненадлежащего выполнения возложенных на них обязанностей без уважительных причин, а также при использовании опеки (попечительства) в корыстных целях. В то же время такие значительные основания отстранения, как выявление фактов существенных нарушений правил охраны имущества подопечного и (или) распоряжения его имуществом, нарушение прав и законных интересов подопечных, закрепленные в Законе РФ об опеке и попечительстве, не нашли отражения в законодательстве Республики Беларусь.

Граждане, назначенные опекунами (попечителями), обязаны проживать совместно со своими несовершеннолетними подопечными. В отдельных случаях орган опеки и попечительства может дать разрешение на раздельное проживание попечителя с подопечным, достигшим четырнадцати лет, если раздельное проживание не отразится неблагоприятно на воспитании и защите прав и законных интересов подопечного (ч. 5, 6 ст. 158 КоБС). Например, такое разрешение может быть выдано при зачислении несовершеннолетнего в образовательное учреждение, находящееся в другом населенном пункте. Если же опекун или попечитель допускает длительное раздельное проживание подопечного без уважительных причин, такой факт может быть расценен как ненадлежащее выполнение опекуном (попечителем) возложенных на него обязанностей, в результате чего он будет отстранен от выполнения своих обязанностей в соответствии с ч. 1 ст. 168 КоБС.

Исходя из вышеизложенного, представляется целесообразным:

1) закрепить в ст. 178 КоБС такие основания прекращения опеки (попечительства), как возникновение у опекуна (попечителя) заболевания, входящего в Перечень заболеваний, а также смерть опекуна (попечителя) или подопечного;

2) исключить из ст. 167 КоБС возможность органа опеки и попечительства оценивать уважительность причины просьбы опекуна (попечителя) об освобождении от выполнения его обязанностей по опеке (попечительству).

Тевелева Виктория Николаевна
студентка 4 курса Института управленческих кадров
Академии управления при Президенте Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

ПРОБЛЕМЫ КВАЛИФИКАЦИИ ДОГОВОРА СОЗДАНИЯ ОБЪЕКТА ДОЛЕВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

Правовая природа отношений по привлечению денежных средств для долевого строительства с момента их возникновения была предметом дискуссии среди ученых-цивилистов и практикующих юристов. Договоры, опосредующие такие отношения, квалифицировали как договоры строительного подряда, купли-продажи недвижимости, простого товарищества и др. Но ни один из данных договоров не может в полной мере отразить все особенности данных правоотношений и ответить всем их требованиям.

На данный момент в Республике Беларусь в целях правового регулирования отношений долевого строительства действует ряд нормативных правовых актов: Указ Президента Республики Беларусь «О долевом строительстве многоквартирных жилых домов» от 15 июня 2006 г. N 396 [1], Указ Президента Республики Беларусь «О некоторых вопросах долевого строительства» от 31 января 2008 г. N 55 [2] и др.

Данная ситуация порождает практические трудности, ведь употребление неурегулированного Гражданским кодексом Республики Беларусь (далее – ГК РБ) [3] договора лишает стороны возможности опираться на легальные конструкции и заставляет

всецело полагаться только на текст договора и общие нормы Гражданского кодекса, что порождает недоработки при заключении договоров, и, в свою очередь, ведет к увеличению споров в этой сфере хозяйственной деятельности. Тут возникает вторая проблема: определение правовой природы отношений долевого строительства.

Договор создания объекта долевого строительства имеет ряд сходных черт с другими гражданско-правовыми договорами, но это не говорит о «размытости» его юридической природы. Предмет и существенные условия данного договора уникальны, что не позволяет рассматривать его в качестве смешанного договора. [4, с. 25]

Общими чертами договора долевого строительства и договора строительного подряда является то, что они оба направлены на создание и передачу объекта недвижимого имущества. Но данные договоры различаются по предмету: по договору строительного подряда подрядчик создает объект и целиком передает его заказчику (ст. 696 ГК РБ); по договору долевого строительства дольщик получает только свою долю в построенном объекте. Существуют отличия и по субъектному составу: подрядчиком по договору строительного подряда может быть только лицо, обладающее лицензией на осуществление строительных работ; застройщик в договоре создания объекта долевого строительства может и не иметь указанной лицензии, осуществляя сугубо организаторские функции. Следовательно, к указанным договорам не могут быть применены нормы, регулирующие отношения строительного подряда. [5, с. 19]

Данный договор имеет много общего с договором продажи недвижимости, но продавцом по договору продажи недвижимости является собственник или уполномоченное им лицо, покупатель становится его правопреемником (ст.520 ГК РБ). Договор обусловливает лишь переход права собственности, являясь производным способом приобретения этого права. Договор долевого строительства является первоначальным способом приобретения права собственности. До момента государственной регистрации права собственности Дольщика на созданный объект ни одна из сторон не является обладателем этого права. Следовательно, критерием разграничения данных договоров может быть критерий правопреемства: если сторона договора уже зарегистрировала свое право собственности на объект, заключенный договор будет квалифицироваться как договор продажи недвижимости. [6, с. 34]

Следует также отметить, что и по договору долевого строительства, и по договору простого товарищества участники соединяют свои вклады для достижения не противоречащей законодательству общей цели. Однако сторонами договора просто товарищества, заключаемого для осуществления предпринимательской деятельности, могут быть только индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации (ст.911 ГК РБ). Следовательно, на основании различия субъектных составов данных договоров неправильным будет и их отождествление.

Существует и точка зрения, согласно которой данный договор следует отнести к смешанным договорам. Таковым принято считать гражданско-правовой договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом (ст.391 ГК РБ). К отношениям применяются правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения между ними или существа самого смешанного договора.

Данный анализ позволяет предположить, что договор создания объекта долевого строительства, несмотря на сходство с другими гражданско-правовыми договорами, не относится ни к одному из них, являясь самостоятельным типом договорных обязательств. Поэтому встает вопрос: какие нормы и в каком порядке нужно применять для регулирования данных отношений. Рационально применять сначала специальные нормы Гражданского кодекса, затем специальное законодательство, затем общие положения обязательственного права. Но важнейшее звено – специальная норма Гражданского кодекса – отсутствует. Такая ситуация говорит о недостаточном урегулировании данных отношений, а, значит, и о недостаточной защищенности прав и законных интересов сторон данного договора. В связи с

этим для эффективного правового регулирования рассматриваемых правоотношений договор создания объекта долевого строительства требует специального регулирования в ГК РБ.

Использованные источники:

1. *О долевом строительстве многоквартирных жилых домов: Указ Президента Республики Беларусь, 15 июня 2006 г. N 396: В ред. Указов Президента РБ от 1.03.2007 г., 31.01.2008 г., 23.01.2009 г. //Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электрон. ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр прав. информ. РБ. - Минск, 2009.*
2. *О некоторых вопросах долевого строительства: Указ Президента Республики Беларусь, 31 января 2008 г. N 55 //Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электрон. ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. РБ. - Минск, 2009.*
3. *Гражданский кодекс Республики Беларусь: Кодекс РБ, 7 дек. 1998 г.: В ред. Законов РБ от 14.07.2000 г., от 3.05.2001 г., от 4.01.2002 г., от 25.05.2002 г., от 24.06.2002 г., от 17.07.2002 г., от 11.11.2002 г., от 16.12.2002 г., от 4.01.2003 г., от 26.06.2003 г., от 8.01.2004 г., от 18.08.2004 г., от 04.05.2005 г., 19.07.2005 г., 22.12.2005 г., 5.01.2006 г., 16.05.2006 г., 29.06.2006 г., 19.07.2006 г., 20.07.2006 г., 29.12.2006 г., 7.05.2007 г., 18.05.2007 г., 14.08.2007 г., 26.12.2007 г., 20.06.2008 г., 8.07.2008 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электрон. ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Национальный центр правовой информации РБ. - Минск, 2009.*
4. *Александрова М. О правовой природе договоров долевого участия в строительстве жилья// Кодекс. – 2001. - №5. – С. 23-26.*
5. *Певницкий С.Г. Некоторые практические проблемы договоров участия в долевом строительстве // Недвижимость. Право. – М., 2008. - №4. – С. 18-24.*
6. *Даутов. М. Договор о долевом участии в строительстве и договор купли-продажи // Юридическая наука. - 2000г. - №3. – С. 30-36.*

Терещенко Ирина Владимировна
магистрант, Академии управления при Президенте Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

К ВОПРОСУ ПРИНЯТИЯ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В ЗАКОН РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ «ОБ АВТОРСКОМ ПРАВЕ И СМЕЖНЫХ ПРАВАХ»

Законодательство об авторском праве и смежных правах в Республике Беларусь сформировано с учетом участия нашей страны в Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, Конвенции ООН об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм, Международной конвенции ООН об охране исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, Договоре ВОИС по авторскому праву, Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам [1, с.260] и других международных договорах.

Основными законодательными актами, которые регулируют вопросы авторского права и смежных прав в Республике Беларусь являются Гражданский кодекс Республики Беларусь и Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» 1998 года с изменениями и дополнениями (далее - Закон).

В этот Закон вносилось ряд изменений, необходимость которых была вызвана еще в 1998 году, когда Закон от 16.05.1996 г. № 370-XIII «Об авторском праве и смежных правах» был изложен в новой редакции в целях приведения в соответствие с международными договорами [2, с.16]. Этот уже тогда вызвало обоснованные сомнения, поскольку национальное законодательство адаптировалось к нормам международных договоров, еще не вступивших в силу. В результате в новую редакцию были просто включены положения Договоров ВОИС по авторскому праву, исполнениям и фонограммам, причем без

требуемого осмысления, а также должной детализации и адаптации к отечественной правовой системе. Одновременно с этим в законе появился ряд нововведений, многие из которых оказались юридически некорректными, вызывающими не только критику теоретиков, но практические проблемы. Кроме того, в Законе не была урегулирована деятельность организаций, управляющих имущественными авторскими и смежными правами. В последствии ряд этих вопросов был урегулирован, однако осталось ряд неурегулированных моментов. Последние изменения вносились в закон в 2008 году.

В связи с этим, в Республике Беларусь в рамках реализации государственной программы по охране интеллектуальной собственности на 2008-2010 гг. идет разработка проекта новой редакции Закона об авторском праве и смежных правах.

Новая редакция проекта Закона должна обеспечить баланс интересов авторов, пользователей информации всех видов и государства. Также она должна полностью соответствовать положениям Соглашения Всемирной торговой организации по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности. Однако, при разработке законопроекта, должны быть учтены интересы большого количества групп людей и субъектов хозяйствования.

Авторским советом, Национальным центром интеллектуальной собственности, Министерством информации Республики Беларусь и Министерством культуры Республики Беларусь выработаны предложения, направленные на усиление правовой защиты автора, повышение значимости влияния авторского сообщества на процессы в сфере охраны авторских прав в Республике Беларусь.

Изменения и дополнения в закон будут существенными. Прежде всего, это будет касаться:

изменений и дополнений основных определений, закрепленных в статье 4 закона, в частности, «воспроизведение» будет определяться как изготовление и тиражирование одного и более экземпляров произведения или объекта смежных прав в любой объективной форме и ряд других изменений;

соавторства, а именно, распределения доходов между соавторами и их действий по самостоятельному принятию мер по защите своих прав;

расширения сферы действия смежных прав, в частности, прав исполнителя и прав производителя фонограммы;

расширения прав организаций эфирного и кабельного вещания;

существенных изменений исполнения произведений без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения;

прав на произведения, которые созданы в процессе выполнения служебного задания. В настоящее время согласно статье 14 закона авторские права на произведения, созданные в порядке выполнения служебного задания, принадлежат автору. Имущественные права принадлежат нанимателю, если договором между нанимателем и автором не установлено иное [3, с.119]. Предлагается существующий принцип закрепления имущественных прав за нанимателем сохранить, но усилить нормы об обязательности заключения договора и выплаты авторского вознаграждения и сделать первоначальным обладатель авторских прав и имущественных прав не нанимателя, а автора, так как это позволит повысить творческую активность работников и их заинтересованность в создании произведения и ряд других изменений и дополнений.

Предложенные изменения в действующий закон будут внесены с учетом статей 1273, 1274, 1276, 1277 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Однако еще существует ряд проблемных вопросов в сфере авторского права и смежных прав, которые необходимо решить и законодательно закрепить для более эффективного регулирования данной сферы, а именно не урегулированы: использование музыкальных произведений, фонограмм без выплаты вознаграждения, ответственность за нарушение прав на объекты интеллектуальной собственности в рекламе, правовые основы защиты авторского права и смежных прав в сети Интернет и ряд других.

В целом, можно говорить о том, что новая редакция закона «Об авторском праве и смежных правах», даже, несмотря на присущие ей недостатки, должна стать более эффективным средством защиты прав и законных интересов авторов и создателей объектов смежных прав.

Использованные источники:

1. *Авторское право и смежные права: Законы, конвенции, договоры и соглашения / Бел. ассоц. киновидеопродюссеров и дистрибьютеров. –Мн.: Пейто, 1998. – 271 с.*
2. *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права: Сб. актов законодательства / Ин-т экономики Нац. Акад. Наук Беларуси, Ин-т государства и права Нац. Акад наук Беларуси. –Мн.: Право и экономика, 2004. 383 с.*
3. *Лосев, С.С. Комментарий к Закону Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» / С.С. Лосев. –Мн.: Дикта, 2007.- 286 с.*
4. *Судариков, С.А. Интеллектуальная собственность / С.А. Судариков. –М.: Издательство деловой и учебной литературы, 2007. –799 с.*

Тимчак Анна Дмитріївна
студентка 3-го курсу, економіко-правового факультету,
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

ОХОРОНА ПРАВ НА ФІРМОВЕ НАЙМЕНУВАННЯ

Проблеми правового регулювання відносин зі створення та використання фірмових найменувань в Україні постають у зв’язку з розвитком господарського обігу та гармонізації законодавства, що регламентує дану сферу діяльності, з відповідними нормами Європейського Союзу. Вирішення таких питань стане для України одним із кроків, який не тільки наблизить її до інтеграційного процесу з Європейським Союзом, але й дозволить створити належну правову базу, яка служитиме загальновизнаним демократичним засадам у державі.

Для цього має бути збудована ефективна система охорони та захисту прав інтелектуальної власності, оскільки розвиток ринкових відносин в Україні, активізація підприємницької діяльності, поява великої кількості господарюючих суб’єктів, посилення конкурентної боротьби зумовили зростання значення та ролі спеціальних ідентифікуючих позначень, які використовуються цими суб’єктами для виокремлення себе поміж інших.

На сьогоднішній день у досліджуваній сфері сформувався певний комплекс проблем, що потребує вирішення. Так, дуже важливим вбачається питання розгалуження понять «фірмове найменування (фірма)» та «комерційне найменування». При чому у ЦК зазначені лише положення про комерційне найменування, у ГК ж комерційне і фірмове найменування є синонімами. Навряд чи це можна вважати вірним, оскільки фірма як така уособлює в собі поняття колегіальності, тобто фірмове найменування може мати лише юридична особа, а комерційне найменування – як юридична, так і фізична особа-підприємець. Звідси випливає, що фірмове найменування значно вужче від комерційного. Тому до Цивільного та Господарського кодексів треба внести зміни з приводу суб’єктного складу даних правовідносин та визначити більш конкретно поняття фірмового та комерційного найменування. Фірмове найменування – це найменування юридичної особи, яке ідентифікує її від інших юридичних осіб та дає можливість вільно здійснювати свої права і бути учасником цивільних (господарських) правовідносин.

Також доцільним може бути внесення змін щодо недоречності можливості різних юридичних осіб використовувати одне й те ж саме фірмове найменування у випадку, якщо ці особи діють у різних сферах бізнесу й на різних територіях чи мають різну організаційно-

правову форму. Адже кожна юридична особа має право на розширення сфери бізнесу, а тому у випадку існування іншої юридичної особи з тотожним найменуванням можливе змішування двох суб'єктів цивільних правовідносин. Тому необхідно виключити ч. 4 ст. 489 Цивільного кодексу України, відповідно до якої особи можуть мати однакові комерційні найменування, якщо це не вводить в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють та реалізовують, та послуг, які ними надаються.

Досить різні підходи відображені у ЦК та ГК України щодо необхідності реєстрації комерційного найменування. Так, відповідно до частин 2 та 3 ст. 489 ЦК право інтелектуальної власності на комерційне найменування є чинним з моменту першого використання цього найменування та охороняється без обов'язкового подання заявки на нього чи його реєстрації і незалежно від того, чи є комерційне найменування частиною торговельної марки. Відомості про комерційне найменування можуть вноситися до реєстрів, порядок ведення яких встановлюється законом. Комерційне найменування охороняється незалежно від його реєстрації чи подання заявки на нього.

Водночас ст. 159 ГК вказує на запровадження реєстраційного принципу набуття прав на комерційні найменування. Так, відповідно до ч. 2 вказаної статті суб'єкт господарювання, комерційне найменування якого було включено до реєстру раніше, має пріоритетне право захисту перед будь-яким іншим суб'єктом, тотожне комерційне найменування якого включено до реєстру пізніше.

Ця норма не узгоджується як із положеннями ст. 459 ЦК, так і з положеннями ст. 8 Паризької конвенції про охорону промислової власності 1883 р., яка є частиною національного законодавства. Згідно із конвенцією «фірмове найменування охороняється без обов'язкового подання заявки чи реєстрації і незалежно від того, чи є воно частиною товарного знака» [1, с.12]. Моментом виникнення в особи прав інтелектуальної власності на комерційне найменування є початок фактичного використання вказаного найменування. Тобто виходить, що факт державної реєстрації юридичної особи під відповідним найменуванням і набуття нею прав на певне комерційне найменування не пов'язані між собою. Але з цим складно погодитись, оскільки усі ці положення суперечать ч. 1 ст. 80 та ч. 4 ст. 91 ЦК України. Бо юридична особа має право на зайняття певною діяльністю лише після її реєстрації, а початок фактичного використання комерційного найменування (тобто початок діяльності юридичної особи) не повинен передувати у часі державній реєстрації юридичної особи, цивільна правоздатність якої ще не виникла. Отже, потрібно вносити зміни як до ГК, так і до ЦК про те, що реєстрація фірмового найменування, як і юридичної особи, має бути обов'язковою. Тоді зникнуть проблеми, що стосуються тотожних фірмових найменувань.

Вищевикладене свідчить про те, що хоча на сьогодні правовідносини щодо фірмових найменувань в Україні врегульовані недостатньо, але за умови внесення відповідних змін у законодавство нашої країни можливо наближення нормативної бази з досліджуваних питань до європейських стандартів, що позитивно позначиться на розвитку ринкових відносин.

***Використані джерела*:**

1. *Кривошеїна І.В. Фірмове найменування: регулювання та правова охорона за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.03) / І.В.Кривошеїна. – К., 2007. – 16с.*

Тітарчук Олександр Ігорович
студент 3-го курсу, економіко-правового факультету
Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова,
Одеса, Україна

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ОКРЕМИХ ВИДІВ ЗАСТАВИ

Цивільне законодавство України передбачає ряд спеціальних заходів, які виступають в якості достатнього гаранта виконання боржником свого основного зобов'язання та стимулюють його належну поведінку. Дані заходи називаються способами забезпечення виконання зобов'язання. Одним із таких способів є застава.

Суть застави полягає в тому, що кредитор – заставодержатель набуває права у разі невиконання боржником зобов'язання, забезпеченого заставою, отримати задоволення за рахунок заставленого майна [11, с. 571].

На основі аналізу законодавства, Мальцев Д.О. в залежності від предмета виділяє такі види застави: застава рухомого майна (включаючи заставу майнових прав); застава нерухомого майна (іпотека); застава однієї речі і застава сукупності речей; застава наявного предмета і застава предмета, який набувається у майбутньому [8, с. 10].

Погоджуючись з можливістю класифікації за такою ознакою як предмет застави, вважаємо за доцільне заставу майнових прав виділяти в окремий вид, оскільки в запропонованій Мальцевим класифікації поняття «майнове право» включається в поняття «рухоме майно», хоча сутність цих понять різна і не можна стверджувати, що майнове право є рухомим майном.

Автором було досліджено деякі особливості застави рухомого майна і застави майнових авторських прав.

Застава рухомого майна. Відповідно до ст. 576 ЦК України, предметом застави може бути будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення.

Важливою ознакою договору застави є його письмова форма, обов'язковість якої закріплена частиною 1 статті 13 Закону України «Про заставу». В свою чергу, ч.1 ст. 15 даного закону і ч. 3 ст. 577 ЦК України закріплюють можливість реєстрації договору застави рухомого майна. Дана реєстрація проводиться на підставі заяви заставодержателя або заставодавця і полягає у внесенні запису до Державного реєстру обтяжень рухомого майна в порядку, передбаченому Законом України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 року і Порядку ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна, затвердженого Постановою КМУ від 5 липня 2004 року № 830.

Проаналізувавши положення цього Закону і Порядку, можна дійти висновку, що реєстрація договорів застави нерухомого майна здійснюється, по-перше, для захисту прав та інтересів боржника за основним зобов'язанням, забезпеченим заставою, і, по-друге, для захисту прав і законних інтересів третіх осіб, які можуть вступати з боржником в цивільно-правові відносини з приводу предмету застави нерухомого майна.

Однак існування вказаного реєстру досить неоднозначно оцінюється як науковцями, так і практичними працівниками. Пов'язується така позиція, насамперед, з тим, що правило про перевагу вимог заставодержателя, який є стороною в договорі, що зареєстрований у реєстрі, перед заставодержателем незареєстрованої або зареєстрованої пізніше застави цього самого рухомого майна, суперечить принципу привілею права першого заставодержателя порівняно з наступними заставодержателями. Вказана норма була внесена законодавцем з метою зацікавлення, насамперед, заставодержателів звертатися за реєстрацією застав рухомого майна [9, с. 15]. З іншого боку, важливість ведення такого реєстру не підлягає сумніву. Так, наприклад, Буркова А. вказує на те, що реєстрація застави легкових транспортних засобів у Російській Федерації не здійснюється. З однієї сторони, відсутність процедури реєстрації застави спрощує процедуру передачі автомобіля в заставу. З іншого боку, відсутність

реєстрації автомобілів погіршує позицію кредитора, надаючи додаткові можливості для заставодателя для зловживань. Наприклад, кредитор не має можливості перевірити, чи відсутні на автомобілі інші застави; не має гарантій того, що позичальник не зробить відчуження без відома кредитора [7, с. 49].

Внаслідок відсутності процедури реєстрації застав рухомого майна, банки по-своєму вирішують питання захисту своїх прав кредитора: одні – забирають автомобіль у заставодателя та ставлять його на свою стоянку, інші – вилучають паспорт транспортного засобу [7, с.49].

Отже, можна зробити висновок, що процес реєстрації застав рухомого майна необхідний, в першу чергу для захисту прав кредитора і для не допущення зловживань з боку боржника. Однак, на нашу думку, для більш ефективного регулювання даних відносин було б доцільно ввести обов'язкову реєстрацію застав рухомого майна і обмежити або зовсім заборонити заставляти рухоме майно, яке вже є предметом не припиненої застави.

У зв'язку з тим, що суб'єктивне право має майнову цінність, воно почало залучатися в цивільний оборот і виступати в ролі об'єкту застави. Право, яке має свою майнову цінність, відповідає цілям застави. Кредитор, на користь якого встановлена застава права, отримує можливість задовольнити свою вимогу із вартості заставленого права шляхом його продажу так, як це спочатку здійснювалось тільки по відношенню до речей [6, с. 168].

Застава майнових авторських прав. В цивільному законодавстві України встановлена можливість застави майнових прав, які можуть бути відчужені і на яке може бути звернене стягнення. З прийняттям Закону «Про авторське право та суміжні права» майнові авторські права стали відчужуваними (за винятками, встановленими законодавством) за дотриманням низки таких умов, як укладення договору, виплата авторської винагороди тощо. Причому почали виникати питання з приводу можливості відчуження авторських прав не лише за авторським договором, а й за іншими цивільно-правовими угодами. Зокрема, чи можуть авторські права забезпечувати зобов'язання? [10, с. 14].

Тлумачення норм Закону «Про авторське право та суміжні права» наводить на думку, що використання (відчуження) майнових прав автора може виступати у трьох формах:

1. за авторським договором, в якому вказуються розмір і порядок виплати авторської винагороди за створення та використання твору;

2. позадоговірне використання майнових прав автора без його згоди, але з обов'язковою виплатою авторської винагороди;

3. неправомірне використання твору, що дає можливість (право) автору на відшкодування збитків (моральної шкоди), завданих у результаті порушення авторського права, включаючи упущену вигоду або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права або виплату компенсацій [10, с. 14].

В свою чергу частина 2 статті 49 ЗУ «Про заставу» закріплює положення, що у договорі застави прав повинна бути вказана особа, яка є боржником по відношенню до заставодавця.

Проаналізувавши дані положень, доходимо висновку, що предметом застави можуть бути лише такі види майнових прав автора, які випливають із зобов'язально-правових відносин, а саме майнові права автора на авторську винагороду, що закріплюються у авторському договорі [10, с. 14], оскільки саме в таких правовідносинах є чітко визначена особа, яка є боржником по відношенню до автора твору.

Отже, незважаючи на відсутність прямої вказівки в законодавстві на можливість використання авторських прав як предмету такого способу забезпечення зобов'язання як застава, шляхом тлумачення ЦК, ЗУ «Про заставу» та ЗУ «Про авторське право та суміжні права», можна дійти висновку, що предметом застави можуть бути лише окремі майнові права автора (зокрема, право на авторську винагороду), що випливають з авторських договорів [10, с. 14].

Наприкінці хотілося би відмітити, що інститут застави відіграє важливу роль в забезпеченні своєчасного та належного виконання зобов'язання. З огляду на це, вивчення особливостей окремих видів застави має важливе практичне значення. Так, в даній роботі

була доведена необхідність обов'язкової реєстрації застав рухомого майна з метою захисту прав і законних інтересів як кредитора, так і третіх осіб. Також було досліджено можливість застави такого виду майнових прав як авторські. Даний вид застави має практичний інтерес, тому що майнове авторське право на винагороду за використання твору в деяких випадках може бути реалізоване з більшою вірогідністю, ніж деякі інші майнові права. А цей факт, в свою чергу, може зіграти вирішальну роль при погодженні кредитора на укладання договору застави майнових авторських прав.

***Використані джерела*:**

2. *Цивільний кодекс України // Комп'ютерна система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА: – Закон.*
3. *Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2654-XII «Про заставу» // Комп'ютерна система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА: – Закон.*
4. *Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII «Про авторське право і суміжні права» // Комп'ютерна система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА: – Закон.*
5. *Закон України від 18 листопада 2003 р. № 1255-IV «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» // Комп'ютерна система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА: – Закон.*
6. *Порядок ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна, затв. Постановою КМУ від 5 липня 2004 року № 830 // Комп'ютерна система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА: – Закон.*
7. *Актуальные проблемы гражданського права: Сборник статей. Вып. 4 / Под ред. проф. М.И. Брагинского. – М.: Издательство НОРМА, 2002. – 432 с.*
8. *Буркова А. Залог транспортних средств // Юрист. – 2007. – № 7. – С. 48-49.*
9. *Мальцев Дмитро Олександрович. Застава як спосіб забезпечення банківського кредиту за цивільним законодавством України: Автореф. дис…. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Д.О. Мальцев; ОНЮА. – Одеса, 2005. – 20 с.*
10. *Ніжний С. Договір застави: проблеми оформлення // Юридичний вісник України: Загальнонаціональна правова газета. – 2003. - № 30(422). – С. 15.*
11. *Ніжний С. Застава майнових авторських прав // Юридичний вісник України: Загальнонаціональна правова газета. – 2003. - № 32(424). – С. 14.*
12. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. Видання четверте, перероблене та доповнене. – Х.: ТОВ «Одісей», 2008. – 1200 с.*

Томилова Людмила Николаевна
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры гражданского права Кубанского государственного университета,
Краснодар, Российская Федерация

К ВОПРОСУ О ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ

В настоящее время в России на правительственном уровне, в предпринимательских кругах, правовой и экономической литературе активно обсуждаются вопросы так называемого «государственно-частного партнерства», анализируются его преимущества и недостатки. Авторы статей и публикаций говорят об этом социальном явлении как активно развивающемся сегодня. В его содержание вкладывается политический, экономический и юридический смысл.

В. В. Путин, выступая на XIV съезде Российского союза промышленников и предпринимателей 16 ноября 2004 года, заявил: «Еще одно перспективное направление — это участие бизнеса в реализации инфраструктурных проектов государства, таких как крупные транспортные, магистральные проекты, энергообеспечение, укрепление приграничной инфраструктуры. Считаю, что уже в самое ближайшее время следует создать правовую базу для совместной работы по приоритетным программам, и государство должно

обеспечить стабильность условий работы частных инвесторов.»[1]. Подобное заявление руководителя государства отражает невозможность «ухода» государства из экономики.

Рассмотрение основополагающих теоретических проблем сохранения, управления и использования государственной собственности Российской Федерации в предпринимательской сфере является предметом всестороннего изучения гражданской доктрины[2, с. 5 – 18; с. 18-20; с. 20-25].

Таким образом, вопросы управления государственной собственностью актуальны всегда, а сегодня, в частности, в отраслях, которые раньше всегда находились в государственной собственности и государственном управлении: недропользовании, электроэнергетике, автодорожном, железнодорожном, магистральном трубопроводном транспорте, портах, аэропортах, коммунальном хозяйстве.

О новых формах «регулятивно-партнерского» сотрудничества государства с субъектами частного предпринимательства уже активно говорится и в научной юридической литературе. Предполагается, что в связи со значительными институциональными изменениями в отраслях, которые раньше всегда находились в государственном управлении, государству выгодно передать временно в долгосрочное пользование бизнесу объекты этих отраслей, оставляя за собой право управления и контроля за их деятельностью[3, с. 3-5].

Подчеркивается, что в хозяйственной практике за рубежом используется концепция государственно-частного партнерства (ГЧП, Public-Private Partnership — PPP), которое представляет собой альтернативу приватизации жизненно важных объектов государственной собственности и дает возможность пополнять государственную казну[4].

Считается, что термин «государственно-частное партнерство» появился в начале 90-х гг. XX в. и связан, главным образом, с «британской моделью» госдарственно-частного партнерства. В 1992 г. правительство Д. Мейджора объявило о т. н. «частной финансовой инициативе» (Private Finance Initiative - PFI), которая представляла собой модернизированную концепцию управления госсобственностью. Суть PFI состояла в том, чтобы в рамках соглашений о государственно-частном партнерстве передать частному сектору функции финансирования (строительства, реконструкции, эксплуатации, управления и т. п.) объектов социально-культурной и производственной инфраструктуры, находящихся в государственной собственности. Данное кардинальное изменение системы государственного управления в Великобритании повлекло за собой существенную трансформацию во взаимоотношениях госаппарата и частного бизнеса.[5]

В. Варнавский считает, что в современном понимании государственно-частное партнерство - это институциональный и организационный альянс между государством и бизнесом в целях реализации национальных и международных, масштабных и локальных, но всегда общественно значимых проектов в широком спектре сфер деятельности: от развития стратегически важных отраслей промышленности и научно-исследовательских конструкторских работ до обеспечения общественных услуг. Как правило, каждый такой альянс является временным, поскольку создается на определенный срок в целях осуществления конкретного проекта и прекращает свое существование после его реализации[6].

Однако, Д.М.Амунц предполагает, что вряд ли термин «альянс» (от франц. alliance - союз, объединение) с адекватной точностью отражает сущность государственно-частного партнерства. Современный толковый словарь русского языка трактует понятие «союз» в качестве «тесного соединения», ставя знак тождества между терминам «союз» и «содружество».

Принимая во внимание менталитет современного российского общества, он предполагает, что трактовка сущности государственно-частного партнерства в качестве альянса (союза, тесного соединения) будет ассоциироваться в сознании широкой общественности как «сращивание» государства (власти) и частного капитала[7, с. 3-7].

Исходя из смысла данного словосочетания - государственно-частное партнерство - следует сделать вывод, что это определенные отношения между государством и субъектами

предпринимательской деятельности. Они требуют создания необходимой для них теоретической основы. Обратимся к действующему в России законодательству, регулирующему, на наш взгляд, подобные отношения.

Гражданский кодекс Российской Федерации в специальной главе содержит всего четыре статьи (124-127) об особенностях участия государства в отношениях, регулируемых гражданским законодательством. Статьи 214, 215, 217 и гл. 19 ГК РФ о праве хозяйственного ведения и праве оперативного управления дополняют эти правила. Исходя из смысла гл. 5 ГК РФ государство - Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования являются субъектами гражданского права и могут выступать в отношениях, регулируемых гражданским законодательством. Таким образом, фундаментальный кодифицированный нормативный акт, регулирующий имущественные отношения, определяет только некоторые принципиальные основы участия государства в этих отношениях, не называет правовые формы этих отношений и, следовательно, не ограничивает участие публично-правовых образований в данных правоотношениях в каких-то определенных формах.

Вместе с тем, в таких федеральных законах, как «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений», «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», «О концессионных соглашениях», «О соглашениях о разделе продукции», «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» достаточно подробно регулируются отдельные отношения с участием государства.

Например, правоотношения, возникающие на основе ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» российская доктрина именует «прямыми» или «косвенными». Прямое участие государства в данной деятельности предполагает прежде всего разработку, утверждение, финансирование инвестиционных проектов, осуществляемых Российской Федерацией, финансируемых за счет средств федерального бюджета; размещение средств федерального бюджета для финансирования инвестиционных проектов субъектов предпринимательской деятельности; предоставление концессий российским и иностранным инвесторам и т.д. Иное, косвенное участие государства влечет за собой создание благоприятных условий для развития инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений.

Федеральный закон «О концессионных соглашениях» создает правовую основу взаимодействия государства и субъектов предпринимательской деятельности с временным использованием объектов государственной собственности. Данные правоотношения названы в гражданской доктрине концессионными отношениям[8, с. 3-8; с. 3-15]. По концессионному соглашению субъект предпринимательской деятельности обязуется за свой счет создать или реконструировать определенное государственное недвижимое имущество и осуществлять деятельность с использованием этого имущества, а государство обязуется предоставить ему права владения и пользования этим имуществом на определенный срок.

В Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», государство выступает гарантом прав иностранных инвесторов при вложении ими инвестиций и осуществлении ими предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, например, им обеспечиваются гарантии использования на территории Российской Федерации и перевода за пределы Российской Федерации доходов, прибыли, а также гарантии права иностранного инвестора на беспрепятственный вывоз за пределы Российской Федерации имущества и информации в документальной форме или в форме записи на электронных носителях, которые были первоначально ввезены на территорию России в качестве иностранных инвестиций.

Кроме того, государство вправе быть участником приоритетных инвестиционных проектов с участием иностранного инвестора.

В соответствии с Федеральным законом «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» государство осуществляет функции: по нормативно-правовому регулированию в сфере создания и функционирования особых экономических зон; управления особыми

экономическими зонами посредством участия государства в соглашениях о ведении предпринимательской деятельности с резидентами особой экономической зоны; контрольные функции за деятельностью резидентов в особых экономических зонах. Следовательно, данный закон предусматривает возможности как прямого, так и косвенного участия государства в отношениях с субъектами предпринимательской деятельности в особых экономических зонах.

Федеральный закон «О соглашениях о разделе продукции», принятый в развитие отношений в области недропользования российскими и иностранными инвесторами на территории Российской Федерации, регулирует отношения, возникающие в процессе заключения, исполнения и прекращения соглашений о разделе продукции. Сторонами данного соглашения являются Российская Федерация и субъект предпринимательской деятельности – инвестор. Российская Федерация предоставляет инвестору на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на определенном участке недр, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск. На основании данного закона государство является участником соглашения о разделе продукции, имеющего гражданско-правовой характер. Таким образом, в данной правовой форме отношений государство выступает прямым участником, т.е. стороной гражданско-правового договора, тогда как с другой стороны выступают частные лица.

Анализ данных законодательных актов позволяет выявить ряд тенденций в регулировании участия государства и бизнеса в рассмотренных правоотношениях.

Во-первых, ни один из этих законов не дает определение государственно-частного партнерства или его признаков.

Во-вторых, проявилась закономерность, заключающаяся в предоставлении государству максимального количества правовых возможностей для осуществления определенного вида деятельности в интересах государства.

В-третьих, проявилась закономерность участия государства в предпринимательских правоотношениях, выраженная в зависимости от политических, идеологических, экономических факторов.

В-четвертых, правовые возможности участия государства могут быть договорными, организационными, контрольными, гарантийными в зависимости от интересов государства.

В-пятых, четко просматривается закономерность передачи государством

своего имущества во временное владение, пользование субъектам предпринимательской деятельности на возмездной основе.

В-шестых, основополагающей чертой этих отношений является необходимость сбалансированности интересов, прав и обязательств государства и субъектов предпринимательства в процессе их закрепления и реализации.

В-седьмых, просматривается явная закономерность по вложению частного капитала – инвестиций в объекты государственной, муниципальной собственности.

И наконец, каждый из этих законов регулирует отдельные специфические отношения между государством и бизнесом в форме специального соглашения.

Следовательно, действующее сегодня в России законодательство о правовом обеспечении экономики не ограничивая участие публично-правовых образований в данных правоотношениях в каких-то определенных формах, не имеет принципиальных гражданско-правовых основ такого взаимодействия, для которого характерно сочетание публично-правового и частно-правового механизма.

На основании изложенного напрашивается вывод о необходимости принятия на федеральном уровне закона, регламентирующего понятие, признаки так называемого государственно-частного партнерства, его принципы и гарантии урегулирования взаимных интересов государства и бизнеса, его предполагаемые формы. Наличие таких определенных гражданско-правовых основ несомненно будет выгодно обеим сторонам, Экономическое, социальное предназначение государственного имущества предопределено его формой и

функциональной значимостью, что вызывает необходимость установления особого правового режима по его формированию, управлению и невозможности «перетекания» его в частные руки. Это упрочит позитивное отношение российских деловых кругов к государственной собственности и к концентрации отечественного капитала в России.

Использованные источники:

1. *http://premier.gov.ru/*
2. *Скловский К.И. Проблемы собственности владения в гражданском праве России. Автореф. дисс… д-ра юрид. наук. М., 1999.*
3. *Суслов В.Н. Развитие системы рыночных правоотношений недвижимости в России: опыт межотраслевого исследования. Автореф. дисс… д-ра юрид. наук. М., 2007.*
4. *Сметанин А.В. правовой режим недвижимого имущества Российской Федерации а рубежом, используемого в предпринимательской сфере. Автореф. дисс… канд. юрид. наук. М., 2006.*
5. *Майор И.Г. Гражданско-правовое регулирование концессионных отношений. Автореф. дисс… канд. юрид. наук. Краснодар, 2009.*
6. *Lobbying_ru Государственно-частное партнерство как форма отношений власти и бизнеса в России.mht*
7. *Lobbying_ru Государственно-частное партнерство как форма отношений власти и бизнеса в России.mht*
8. *Варнавский В.Г. Частно-государственное партнерство // Сайт «Экспертный канал «Открытая экономика»« http://www.opec.ru*
9. *Амунц Д.М. Справочник руководителя учреждения культуры. 2005. №12. С. 16-24.*
10. *Налетов К.И. Еще раз о правовой природе концессионного соглашения // Право и политика. 2005, №3.; Савинова О.Н. Договорное регулирование концессионных отношений по законодательству Российской Федерации: автореф. дис. канд. юр. наук., Казань, 2006; Сосна С.А. концессионное соглашение: теория и практика. М., 2002.*

Тристан Анна Володимирівна
магістр першого року навчання юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРАВО ОСОБИ НА ЗОБРАЖЕННЯ ЯК ОСОБИСТЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО ОСОБИ В ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Особисті немайнові права особи розглядаються сьогодні як найважливіші Конституційні права, а особисті немайнові права фізичних осіб розташовані в структурі ЦК України у Книзі II, відразу після книги «Загальні положення», що підкреслює їх значення для демократичного суспільства.

Чинне законодавство України не містить визначення такого поняття, як «фотографічний твір». Глосарій термінів з авторського права і суміжних прав Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі - ВОІВ) дає наступне визначення: «фотографічне зображення – зображення реальних об'єктів, яке отримується на поверхнях, чутливих до світла та інших випромінювань». Група спеціалістів ВОІВ дає наступне визначення: «фотографія – нерухоме зображення, яке отримується на поверхні, чутливих до світлового та іншого випромінювання, незалежно від технічної природи процесу отримання зображень (хімічного, електронного чи іншого)». Поняття термінів «показ», «відтворення» та «розповсюдження» можна встановити зі змісту Закону України «Про авторське право і суміжні права». Одночасно фотографію можна розглядати як специфічний вид візуальної інформації.

Охорона інтересів особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх творах, за радянських часів отримала назву «право громадянина на зображення», і посідала місце у

розділі ЦК, який містить норми про авторське право. Але, право громадянина на власне зображення навіть тоді вважалось таким, що не має безпосереднього відношення до авторських правомочностей, але випливає із них, і тягне за собою їх певні обмеження.

Охорона індивідуального вигляду особи та її зображення переслідує ті самі цілі, що і охорона ім'я особи. Фізична особа повинна мати можливість здійснювати суспільно-корисну діяльність без побоювань, що її з кимось сплутають, присудять її досягнення іншій особі, або навпаки, присудять їй чиїсь недоліки. Так само особа повинна бути впевненою, що ніхто не зможе без її згоди «заробляти» на її зображенні.

Той факт, що конкретна особа за життя мала індивідуальний вигляд, в тому числі зафіксований за допомогою тих чи інших її зображень, є об'єктивним і неоспорюваним. Отже, права на індивідуальний вигляд та зображення «переживають» свого власника та можуть бути предметом використання, охорони і захисту з боку зацікавлених третіх осіб.

Норми ст. 308 ЦК врегульовують порядок охорони інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх торах. Зміст даної статті доволі близький до змісту ст. 307 ЦК, оскільки вона також спрямована на повну, всебічну охорону інтересів фізичної особи, зовнішнє зображення якої фіксується на матеріальному носії. Відмінність між наведеними видами охорони інтересів фізичної особи полягає, насамперед, у тому, що фіксація зображення фізичної особи, яка є об'єктом правової охорони, має різну природу. Якщо у випадках, які передбачені у ст. 307 ЦК, мається на увазі механічне відтворення зображення фізичної особи, то у випадках, передбачених ст. 308, рівень фіксації носить суто творчий підхід. Тобто, перед нами художній твір, що суттєво впливає на рівень працеємкості, а відповідно, і на вартість зазначеної роботи.

Фотографії, інші художні твори, на яких зображено фізичну особу, можуть бути публічно показані, відтворені, розповсюджені лише за згодою цієї особи, а в разі її смерті – за згодою осіб, визначених ч. 4 ст. 303 ЦК України, тобто за згодою їх дітей, вдови/вдівця, а у випадку, якщо їх немає – батьків, братів та сестер. Останнє доповнення дозволяє охороняти після смерті також інтереси як бездітних, так і неодружених осіб. Із зазначеного можна також зробити висновок, що у раз смерті самої зображеної особи та кола осіб, визначених законом, які мають право охорони індивідуального вигляду та зображення померлої особи, художні твори, що містять зображення померлої особи, можуть бути безперешкодно показані, відтворені і розповсюджені. Публічний показ, відтворення, розповсюдження зазначених художніх творів не завжди пов'язані з порушенням права на честь, гідність, ділову репутацію фізичної особи, але їх певне розміщення, співставлення, місцерозташування або інші обставини можуть викликати небажані асоціації, які призводять до порушення особистих немайнових прав фізичної особи, якими вона володіє довічно. Тому слід було б передбачити додаткову згоду таких організацій, як творчі спілки чи спеціально створених організацій, які зберігають і примножують наукову та культурну спадщину України (частиною якої є і фотографії та інші художні твори, що зображують відомих людей), шляхом введення відповідних положень їхніх статутах та установчих документах.

Закінчення строку дії авторського права чи перехід твору образотворчого мистецтва до іншого володільця не припиняє охорони права особи на зображення, тому на законодавчому рівні необхідно вирішити також питання про охорону інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх творах після смерті останньої та її спадкоємців. Зображена фізична особа, реалізуючи свої права, може одночасно дати згоду на опублікування, відображення і поширення твору образотворчого мистецтва. Якщо згода була дана тільки на опублікування, то в кожному конкретному випадку необхідна згода особи, яка зображена, на поширення і відтворення. Після смерті фізичної особи, яка дала згоду на її зображення на фотографіях та в інших художніх торах, діти, вдова/вдівець, а якщо їх немає – батьки, брати, сестри можуть відкликати цю згоду. Однак, в цьому випадку вони будуть зобов'язані відшкодувати витрати особі, яка здійснювала публічний показ, відтворення чи розповсюдження фотографії, іншого художнього твору. Як виключення із правила, у ЦК

України вказується, що без згоди особи фотографія або інший художній твір може бути публічно показаний, відтворений або розповсюджений, у двох випадках:

- якщо фізична особа позувала авторові за плату (ч.2 ст. 308 ЦК);
- якщо це викликано необхідністю захисту її інтересів або інтересів інших осіб (ч.3 ст. 308 ЦК).

В першому випадку особа, яка позувала за плату, а після її смерті – її діти, вдова/вдівець, батьки, брати та сестри можуть вимагати припинення публічного показу, відтворення чи розповсюдження фотографії, іншого твору. Проте вимога такої фізичної особи про припинення названих дій тягне за собою відшкодування автору або іншій особі пов'язаних з цим збитків.

В другому випадку мова іде лише про фотографію. Проте формулювання, використане в чинному ЦК, носить досить неконкретний характер, і може тлумачитись неоднозначно, в тому числі не на користь особи. Тому в даній статті необхідно було б зробити додаткове уточнення «у випадках, передбачених законом».

Таким чином, аналіз чинного законодавства дає можливість зробити висновок про досить широкі можливості реалізації особистих немайнових прав фізичними особами. Проте, прогалини законодавства у цій сфері потребують подальшого дослідження і законотворчої діяльності в цьому напрямку.

***Використані джерела*:**

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003р.//Офіційний Вісник України, 2003, N 11, ст. 461.*
2. *Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.93р.// Відомості Верховної Ради України, 1994, N13 від 29.03.94. - В ред. Закону N 2627-III від 11.07.2001, Відомості Верховної Ради України, 2001, N 43, ст.214.*
3. *Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996р.*
4. *Белов В.А. «Гражданское право: Общая и Особенная части» – М., 2003. – С. 622 – 625.*
5. *Кохановська О.В. «Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві» – К., 2006. – С. 227 – 343.*

Тріскач Вікторія Сергіївна
студентка Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ВІДЧУЖЕННЯ ЧАСТКИ В ПРАВІ СПІЛЬНОЇ ЧАСТКОВОЇ ВЛАСНОСТІ У ВИПАДКУ СМЕРТІ ОДНОГО ЗІ СПІВВЛАСНИКІВ

Актуальність теми дослідження обумовлена складністю вирішення питання про дотримання правил переважної купівлі частки в спільній частковій власності в випадку смерті одного зі співвласників.

Відповідно до чинного законодавства, у разі якщо один з учасників спільної часткової власності продає належну йому частку сторонній особі, нотаріус повинен упевнитись у тому, що продавець у письмовій формі повідомив решту учасників спільної часткової власності про намір продати свою частку сторонній особі із зазначенням ціни та інших умов, на яких продається ця частка. Призначення переважного права полягає в забезпеченні приоритетних інтересів співвласників із тим, щоб не допустити розширення суб'єктного складу відносин спільної власності.

Відповідно до п. 54 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України доказом повідомлення учасників спільної часткової власності про подальший продаж частки в спільному майні може бути свідоцтво, видане нотаріусом, про передачу їм

заяви продавця згідно зі ст. 84 Закону України «Про нотаріат» або заява учасників спільної часткової власності про відмову від здійснення права переважної купівлі частки майна, що продається (із зазначенням ціни та інших умов, на яких продається ця частка). Цей перелік не є вичерпним, дотримання приписів ст. 362 ЦК України може бути підтверджене і в інший спосіб.

Цивільне законодавство України передбачає повідомлення саме співвласника, а не інших осіб, про намір продати частку в праві спільної часткової власності. У разі смерті особи — учасника спільної власності на нерухоме майно — у його спадкоємців право власності на частку щодо нерухомого майна виникне лише з моменту державної реєстрації, що імперативно визначено цивільним законодавством (ч. 2 ст. 1299 ЦК України). Відповідно, з цього моменту виникає і переважне право купівлі частки в праві спільної часткової власності, яке не може виникнути раніше моменту виникнення права власності.

Одже з моменту смерті співвласника й до моменту державної реєстрації

його спадкоємцями успадкованого нерухомого майна за собою, у розумінні ст. 362 ЦК України відсутня особа, яку необхідно повідомляти про намір продати частку в праві спільної часткової власності на нерухоме майно.

З огляду на викладене, при відчуженні частки в праві спільної часткової

власності на нерухоме майно в період із моменту смерті співвласника

і до часу державної реєстрації майна за спадкоємцями, нотаріусом не вимагається подання доказів повідомлення співвласника про намір продати частку в праві спільної часткової власності. У такому разі нотаріусові подається копія свідоцтва про смерть співвласника або інший відповіднийдокумент.

По-іншому виглядає ситуація в випадку відчуження за договором купівлі-продажу частки в праві спільної часткової власності щодо рухомого майна. Нотаріусу слід мати на увазі, що в цих випадках строк здійснення співвласником переважного права становить десять днів від дня отримання ним повідомлення про намір здійснити купівлю-продаж. У тому разі коли на момент відчуження частки в праві спільної часткової власності на рухоме майно нотаріусу стане відомо, що співвласника немає в живих, він за відповідним реєстром перевіряє наявність спадкової справи щодо цього співвласника, з'ясовує наявність спадкоємців, які прийняли спадщину. Оскільки відповідно до ч. 5 ст. 1268 ЦК України незалежно від терміну прийняття спадщини, вона належить спадкоємцеві з часу її відкриття, а також ураховуючи ту обставину, що відсутність свідоцтва про право на спадщину не позбавляє спадкоємця прав на неї, про намір відчуження частки в праві спільної часткової власності необхідно поінформувати

спадкоємців, які прийняли спадщину. Незалежно від того, чи отримали

вони свідоцтво про право на спадщину щодо рухомого майна, вона вважається такою, що належить їм з моменту відкриття спадщини, тому з цього часу в них виникає і переважне право купівлі частки в праві спільної часткової власності на рухоме майно.

Труба Вячеслав Іванович
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Одеського національного університету імені І.І.Мечникова,
Одеса, Україна

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ВИРІШЕННЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ МАЙНА ПОДРУЖЖЯ ПРИ РОЗІРВАННІ ШЛЮБУ

Сучасне правове регулювання розірвання шлюбу є надбанням правознавства та інших суспільних наук. Не заперечуючи роль сім'ї як для її членів, так і для суспільства і держави в цілому, на сьогодні вкрай важливим є вирішення проблем, пов'язаних з розірванням шлюбу, цивілізованим вирішенням сімейних конфліктів правовими засобами.

Вітчизняне сімейне і цивільне законодавство дає можливість захищати права та інтереси подружжя в шлюбі, а також після його розірвання, однак право застосовна практика виявляє багато питань, які потребують подальшого вирішення в законодавстві.

Донедавна майно подружжя було досить незначним і складалося, головним чином, із споживчих речей, речей індивідуального користування та речей професійних занять кожного з подружжя.

З розвитком ринкових відносин, до складу майна подружжя можуть входити нерухомість, цінні папери, частки у складеному капіталі товариств, права інтелектуальної власності. Тому вирішення майнових спорів потребує більш досконалої, порівняно з сучасною, законодавчої бази.

На сьогодні відповідно до ч. 3 ст. 106 СК України шлюб розривається незалежно від наявності між подружжям майнового спору. Це значно пришвидшило процес розірвання шлюбу, однак на вирішення майнових спорів майже не впливає. Судовий розгляд справ про вирішення майнових спорів колишнього подружжя може тягтися роками.

Статтею 57 СК України визначено майно, що є особистою приватною власністю дружини, чоловіка, яким є: майно, набуте нею, ним до шлюбу; майно, набуте нею, ним за час шлюбу, але на підставі договору дарування або в порядку спадкування; майно, набуте нею, ним за час шлюбу, але за кошти, які належали їй, йому особисто.

На практиці зустрічається багато спорів щодо визначення правового режиму майна, набутого за час шлюбу, але на кошти, отримані від відчуження майна, набутого до реєстрації шлюбу. При вирішенні спору суди виходять з положень ч. 1 ст. 60 СК України, відповідно до яких майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності, а також ч. 2 цієї ж статті - кожна річ, набута за час шлюбу, крім речей індивідуального користування, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя.

Це питання залишилося поза увагою законодавця, а також нормативно-правових актів правозастосовних органів, зокрема Постанови Пленуму Верховного Суду України № 11 від 21 грудня 2007 р. «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя».

Вважаємо, що правовий режим майна, набутого одним з подружжя за час шлюбу, але на кошти, отримані від відчуження майна, набутого ним до реєстрації шлюбу, потребує свого вирішення в законодавстві (СК України), а також в зазначеній Постанові Пленуму Верховного Суду України.

Ушакова Юлія Андріївна
аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ПОНЯТТЯ ПРАВА КОРИСТУВАННЯ

Право користування як елемент змісту права власності посідає значне місце у теорії правовідносин власності. Цій проблемі у своїх працях приділили увагу Ю. К. Толстой, І. В. Спасибо-Фатєєва, Я. М. Шевченко, О. С. Яворська. Однак поки що не існує універсального визначення цього поняття. Суть права користування в науці розкривається різними за значенням термінами. Тому метою цього дослідження є визначення сутності права користування.

Особа набуває річ (майно) у власність з метою задоволення своїх інтересів. Цей інтерес власника полягає в отриманні користі, вигоди від користування річчю (майном). Саме через користування реалізується призначення речі. Термін «користування» означає використовувати що-небудь для власних потреб, у своїх інтересах, діставати вигоду з чогось [1, 455]. Тобто, це дії особи заради вигоди.

У радянський період домінувала позиція, за якою право користування розглядалось як вилучення з речі корисних властивостей, в тому числі отримання плодів і доходів. Прихильниками такої точки зору були С. М. Корнєєв [2, 127], В. П. Маслов [3, 379] та інші. Трактування права користування через терміни «вилучення», «видобування» є актуальним і сьогодні. Цю точку зору поділяють ряд вчених, серед яких І. В. Спасибо-Фатєєва [4, 314-315], Є. О. Харитонов [5, 215], О. С. Яворська [6, 275].

Але чи дійсно терміни «вилучення», «видобування» повно і чітко розкривають суть права користування, щоб ними послуговувалась значна частина науковців? Значення цих термінів розкривається як «вибирати, видаляти що-небудь звідкись, із складу чогось» [1, 93, 100]. Тобто цими термінами характеризуються дії по «видаленню» користі з середини речі. Якщо, для прикладу, взяти такий об'єкт як надра землі, з яких видобуваються природні ресурси, то термін «вилучення» чітко передасть зміст права користування. Але, коли об'єктом є земля сільськогосподарського призначення, то для характеристики права користування терміни «вилучення», «видобування» будуть невдалими. Адже в цьому випадку з землі нічого не видобувають, а лише отримують корисні властивості землі для вирощування плодів. Користування такими об'єктами як хліб, молоко (споживні речі) зводиться до вилучення корисних властивостей, так як корисна суть закладена в середині цих об'єктів. Тобто, застосування термінів «вилучення», «видобування» є характерними щодо споживних речей. Для визначення ж дефініції до уваги повинні братись лише ті ознаки, що є властивими для усіх випадків. При застосуванні ж термінів «вилучення», «видобування» не охоплюються речі неспоживного характеру .

Існує також точка зору, за якою право користування – це можливість використовувати корисні властивості речі [7, 433], можливість експлуатації речі, здобуття з неї корисних властивостей для задоволення не лише особистих, але й суспільних потреб [8, 92]. Термін «експлуатація» означає «використання» [1, 259].

Цивільний кодекс УРСР 1963р. визначення права користування не містив. Не було його і у Законі України «Про власність». Дефініція права користування була сформульована в редакції проекту Цивільного кодексу від 25 серпня 1996 р.: «право користування – це юридично забезпечена можливість власника здобувати з майна, що йому належить, його корисні властивості для задоволення своїх особистих та майнових потреб».

У наведених дефініціях суть права користування розкривається такими термінами як «вилучення», «видобування», «використання», «здобування», «експлуатація».

На мою думку, найбільш вдало суть права користування можна розкрити, послуговуючись терміном «отримання», що є синонімом терміна «одержання». Адже користуючись столом, картиною, отримуючи користь від тварини, власник ніяким чином не

може ні «вилучити», ні «видобути» користь з середини цих речей. Користь в даному випадку власник може лише отримати. Споглядаючи картину, особа отримує внутрішнє духовне задоволення. Власник собаки також отримує користь від собаки, а не вилучає її. Слід звернути увагу, на те, що у статті 189 ЦК України, для розкриття суті продукції, плодів та доходів використовуються відповідно терміни «виробляти», «добувати», «одержувати» або «приносити»: «Продукцією, плодами та доходами є все те, що виробляється, добувається, одержується з речі або приноситься річчю». Тобто, відповідно до цієї норми «продукція – виробляється», «плоди – добуваються», «доходи – одержуються».

Однак термін «отримання» («одержання») користі розкриває суть права користування не лише неспоживними речами, але й споживними. Адже терміном «отримання» («одержання») охоплюється термін «добування». Тому, на мою думку, суть права користування слід розкривати саме через термін «отримання» («одержання»). А право користування – варто визначати як можливість власника отримувати (одержувати) користь, корисні властивості від належної йому речі.

Право користування річчю передбачає отримання користі у різних формах. Користуючись продуктами харчування, паливно-мастильними речовинами, тобто речами споживного характеру, власник отримує користь у формі корисних властивостей, що закладені «всередині самої речі». Отримання корисних властивостей у цьому випадку можливо лише шляхом споживання речі.

Здійснення права користування неспоживними речами може приносити користь у формі доходу, плодів (приплоду), корисних властивостей відповідно до призначення речі. Здійснюючи право користування будинком, власник може отримати користь, здавши будинок або його частину в оренду, у вигляді орендної плати, що є доходом. У випадку погіршення речі, зокрема будинку, переданого в найм, з вини наймача і неможливості його відновлення власник має право вимагати відшкодування завданих йому збитків (реальних збитків та упущеної вигоди) (ст.22 ЦК). Відшкодування збитків у вигляді упущеної вигоди є для власника речі також доходом. Користь від будинку власник отримує і у випадку використання його за призначенням. Користь, що полягає в особистому проживанні у будинку.

Формою отримання користі є отримання плодів та приплоду тварин.

Тобто, право користування – це можливість власника отримувати користь від речі у формі корисних властивостей, плодів (приплоду), доходів (у формі орендної плати, відшкодування збитків, відсотків).

***Використані джерела*:**

1. *Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004. –1426 с.*
2. *Корнеев С.М. Право государственной собственности в СССР. - М.: Изд-во Моск. Ун-та., 1964. – 268 с.*
3. *Маслов В.Ф. Найболее общее понятие собственности. / Академічна юридична думка / Укладачі: І.Б.Усенко, Т.І.Бондарук; За заг. ред. Ю.С.Шемшученка. – К.: Ін Юре, 1998. – 504 с.*
4. *Цивільне право України: Підручник: У 2 т. Т.1.: підручник / Міністерство освіти і науки України; За заг. ред. В.І.Борисової, І.В.Спасибо-Фатєєвої, В.Л.Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 480 с.*
5. *Цивільний кодекс України: Коментар. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2003. – 856 с.*
6. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. – Вид. 2, змінене і доп. / За ред. В.М.Коссака. – К.: Істина, 2008. – 992 с.*
7. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я.М.Шевченко. – К.: Концерн « Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – Ч.1. – 692 с.*
8. *Толстой Ю.К. Понятие права собственности / Сборник статей / Л., 1962. – 340 с.*

Файєр Олена Анатоліївна
головний спеціаліст шостого інспекційного відділу Інспекційного департаменту Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України, здобувач кафедри цивільного права № 1 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна

ДОГОВІР СТРАХУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Договір є найбільш поширеною підставою для виникнення більшості цивільно-правових зобов'язань. Відповідно до статті 626 ЦК України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [1].

Законодавець статтею 980 ЦК Україні та статтею 4 Закону України «Про страхування» закріпив положення щодо предмету договору страхування, а саме: предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з:

1. життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування);
2. володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування);
3. відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником (страхування відповідальності) [2].

При страхуванні професійної відповідальності предметом договору страхування є майнові інтереси особи, про страхування якої укладено договір, пов'язані з її обов'язком відшкодувати шкоду, завдану третім особам у зв'язку із допущенням професійних помилок при здійсненні нею професійної діяльності.

Основою професійної відповідальності становить порушення умов договору про надання про надання професійних послуг у відповідній сфері професійної діяльності, укладеного між особою, яка здійснює професійну діяльність та її клієнтом. Якщо клієнтові завдано шкоду, він має право притягти до професійної відповідальності особу, яка здійснює професійну діяльність в судовому порядку. Зауважимо, що в європейській практиці відповідальність поширювалась спочатку лише на осіб, котрі перебували із особою, яка надає певний вид професійних послуг у договірних стосунках. Сучасне тлумачення охоплює й відповідальність за шкоду, заподіяну особою, яка здійснює професійну діяльність третій стороні [3, с. 395-396].

Головним джерелом претензій до осіб, які здійснюють професійну діяльність є упущення, помилки або хибні дії, які призвели до збитків клієнтів або третіх осіб. Природа завданої шкоди залежить від характеру професійних послуг, які надавались особою, яка здійснює професійну діяльність.

Отже, за договором страхування професійної відповідальності одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату) за будь-яким позовом третьої особи за шкоду, заподіяну їй страхувальником через допущення особою, яка здійснює професійну діяльність професійної помилки, упущення або недбалості, а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору.

Обов'язкові умови договору страхування професійної відповідальності визначені статтею 16 Закону України «Про страхування» [2].

Слід зазначити, що при укладанні договору страхування професійної відповідальності обидві сторони реалізують свою зацікавленість у вступі до цивільно-правових відносин, що розглядаються. При цьому страховим інтересом страхувальника є його бажання уникнути неблагоприємних майнових наслідків в результаті завдання шкоди клієнту або третім особам через допущення професійної помилки, а інтересом страховика є отримання страхової премії. Виходячи з цього страховик, спираючись на статистичні дані, визначає вірогідність

настання страхового випадку та розраховує розмір страхової премії, яка також залежить і від розміру страхової суми, встановленої стронами в договорі страхування.

Окрім узгодження обов'язкових умов договору страхування професійної відповідальності, страховик при укладанні договору повинен володіти знаннями, які можуть мати суттєве значення для встановлення вірогідності настання страхового випадку та розміру можливих збитків від його настання. Такі дані повинен повідомити страховику страхувальник, тобто, особа, яка здійснює певний вид професійної діяльності та має намір укласти договір страхування своєї професійної відповідальності. Однак, ризик невідомості страхувальнику певних обставин щодо здійснення професійної діяльності, в тому числі і тих, які мають суттєвий характер для укладання договору страхування, несе сам страховик.

За загальним правилом, виключеннями із страхових випадків в договорі страхування професійної відповідальності є дискредитація та наклеп, поговір і нечесність, шахрайство, кримінальні дії страхувальника [3, с. 397].

Розвиток суспільних відносин породжує нові види та напрямки здійснення професійної діяльності, і встановлює нові критерії, стандарти та вимоги до осіб, які здійснюють професійну діяльність. Але допущення помилок, недодержання необхідної обережності, уважності та майстерності під час надання особою, яка здійснює професійну діяльність професійних послуг викликає великі суми позовів з боку її клієнтів та третіх осіб, а відсутність фінансових резервів для компенсації збитків, завданих особою, яка здійснює професійну діяльність становить загрозу як для її фінансового стану, так і для клієнтів та третіх осіб. Тому, укладання договору страхування професійної відповідальності є надійною гарантією вирішення фінансових проблем і особи, яка здійснює професійну діяльність, і її клієнтів.

***Використані джерела*:**

1. *Цивільний кодекс України : від 16.01.2003 р. № 435-IV // ВВР України. – 2003. - №№ 40-44. – Ст. 356.*
2. *Закон України «Про страхування» : від 07.03.1996 р., № 85/96-ВР // ВВР України. – 1996. - № 18. – Ст. 78.*
3. *Осадець С.С. Страхування: Підручник. – К.: КНЕУ, 2006. – 604 с.*

Фёдорова Елена Петровна
студентка 5 курса факультета Право
Государственного университета – Высшая школа экономики,
Российская Федерация

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА АКЦИОНЕРНОГО СОГЛАШЕНИЯ: СООТНОШЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ И КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Вопрос об акционерных компаниях до такой степени сложный, что едва ли одному человеку по силам исчерпать его весь, во всех частях в равной степени.[1]

В настоящее время многие исследователи отмечают положительную динамику развития рынка слияний и поглощений, на котором постоянно растет число сделок, связанных с объединением капиталов в рамках совместно создаваемых (управляемых) партнерами акционерных обществ. Проект по созданию нового совместного акционерного общества всегда уникален и неудивительно, что зарубежные партнеры российских компаний, вступая с ними во взаимоотношения, желают отразить данную специфику, закрепить ее на договорном уровне.

Именно в силу указанных потребностей рынка в последнее время в практике корпоративных отношений российских компаний стал использоваться такой институт как акционерное соглашение. Однако на практике специалисты сталкиваются с

неопределенностью положения данного института в российской правовой системе (что не было смягчено вступлением в силу Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» и ст.30 Федерального закона «О рынке ценных бумаг»« от 03 июня 2009г. №115-ФЗ, далее – ФЗ об акционерных соглашениях), вызванного проблемами понимания его правовой природы. В данной работе сделана попытка анализа правовой природы института акционерного соглашения в российском праве.

Для достижения названной цели, автор предлагает ввести следующее разграничение: акционер обладает двумя категориями прав, которые предоставляет ему акция. Во-первых, это права собственности, связанные с владением, пользованием и распоряжением акцией и, во-вторых, это права, связанные с управлением обществом – право на получение информации о деятельности общества, право голосования на общем собрании акционеров.

Первая группа прав (условно назовем ее «права на акции») имеет, очевидно, вещно-правовой характер.

Что касается второй группы прав (условно назовем ее «права из акций»), то выяснению ее правовой природы и возможности заключения акционерного соглашения относительно этих прав и посвящено дальнейшее рассуждение.

Акционерное соглашение – это разновидность договора, необходимой предпосылкой заключения которого является факт обладания его сторонами акциями. Следовательно, установление правовой природы акционерного соглашения необходимо начать с использования законодательных положений об акции. Из положения ст. 147 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК) следует, что ценная бумага, а значит и акция, удостоверяет обязательственные права участников общества по отношению к нему, а абз.1 п.1 ст.2 Федерального закона «Об акционерных обществах» прямо устанавливает это.

Статья 307 ГК РФ дает определение обязательства, в соответствии с которым в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Следует отметить, что автор не поддерживает сложившуюся в литературе точку зрения, согласно которой акционерные соглашения повторяют конструкцию неимущественных обязательств, в связи с невозможностью предъявления требования об исполнении такого обязательства в натуре и затруднений с обеспечением его исполнения.

Как уже было отмечено, природа акционерного соглашения, по нашему мнению, двойственна, поэтому для того, чтобы определить, относится ли акционерное соглашение к инструментам регулирования корпоративных отношений, как предполагает автор работы, необходимо более подробно раскрыть их структуру. «Как и всякое гражданское правоотношение, корпоративное правоотношение позволяет выделять: (1) основание (источник) возникновения; (2) объект; (3) субъектный состав; (4) юридическое содержание.

К основаниям (источникам) возникновения корпоративных отношений следует отнести первостепенной важности юридический факт - создание корпорации. До создания корпорации корпоративных отношений нет и быть не может» [2]. Применительно к интересующему нас вопросу мы можем утверждать, что без создания корпорации (акционерного общества) отношения, возникающие из акций появиться не могут.

Следующим элементом корпоративного правоотношения заявлен его объект, под которым принято понимать то, по поводу чего возникает и осуществляется деятельность субъектов всякого гражданского правоотношения. Под объектом корпоративных отношений следует понимать участие в управлении и ведении дел корпорации (с целью достижения определенных экономических результатов). Так, например, согласно п. 2 ст. 31 Федерального закона «Об акционерных обществах», акционеры - владельцы обыкновенных акций общества могут в соответствии с настоящим Федеральным законом и уставом общества участвовать в общем собрании акционеров с правом голоса по всем вопросам его компетенции, а также имеют право на получение дивидендов, а в случае ликвидации

общества - право на получение части его имущества. Таким образом, реализуется цель именно корпоративных отношений – ведение совместных дел корпорации, сопряженное с удовлетворением имущественного интереса участника корпорации.

К субъектному составу корпоративного отношения различные авторы, как правило, относят:

членов корпорации (физических и юридических лиц);

органы корпорации, формируемые в соответствии с законом и учредительными документами членами корпорации (физическое лицо или группу физических лиц).

Нельзя не принимать во внимание, что согласно конструкции неимущественного обязательства его субъектом лишь со значительными оговорками может быть юридическое лицо, в то время как в акционерных обществах юридические лица играют очень значительную роль.

Таким образом, можно говорить о том, что корпоративное правоотношение - относительное гражданское правоотношение, в котором обязанности конкретного органа корпорации осуществлять управление и ведение дел корпорации корреспондирует право участников этой корпорации (персональный состав которых может неоднократно изменяться) на получение информации и участие в управлении и ведении дел.

Возвращаясь к разграничению прав акционера на «права на акции» и «права из акций», нам хотелось бы изложить свою точку зрения на проблему предмета регулирования акционерного соглашения.

«Права из акций» предоставляют владельцам акций возможность вступления в корпоративные правоотношения. Такие отношения носят относительный характер, касаются организации управления конкретным акционерным обществом и, следовательно, могут быть урегулированы положениями акционерного соглашения.

«Права на акции» имеют вещно-правовую, а, следовательно, абсолютную природу, императивно урегулированы нормами законодательства, не затрагивают организационных правоотношений в рамках акционерного общества и поэтому не могут регулироваться предписаниями акционерного соглашения.

***Використані джерела*:**

1. *Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях – М.: Статут, 2000. Серия: Классика российской цивилистики. С. 5.*
2. *Рожкова М.А. Корпоративные отношения и возникающие из них споры // Вестник Высшего Арбитражного Суда. №9, 2005. С. 21.*

Фок Юлія Володимирівна

студентка 3-го курсу, юридичного факультету

Тернопільського національного економічного університету,

Тернопіль, Україна

ЕВТАНАЗІЯ:ПРАВОВІ ТА ЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Людина смертна, і смерть її неминуча.

У філософії є такі теми, які історично завжди привертали і донині привертають до себе пильну увагу і мислителів, і простих людей. До цих тем і належать дійсні права людини на достойне помирання і смерть.

В цій темі особливо манять такі її моральні і правові аспекти, за якими споглядаються проблема евтенії(помирання) і евтаназії(легкої смерті) [5, с.17].

Однак, осмислення цієї проблеми і до нині залишається досить не лише актуальним, але й неоднозначним як з моральної, так і з правової точки зору. З приводу евтаназії у філософів,

медиків, юристів досить різні погляди та позиції – від абсолютного заперечення до повної легалізації принципів і методів легалізації.

Питання евтаназії досліджували такі вчені як М.Є. Петросян, Т.О. Щукіна, Л.Л. Карп, І.І.Котюк , В.К. Грищук, Н.Е. Крилова, Р.О. Стефанчук та інші.

Бувають ситуації, де дії лікаря протирічать поняттю неминучості смертельного кінця. І все ж лікар намагається продовжити кожний день і кожну годину хворого, хоча це часто суперечить логіці, але він керується клятвою Гіпократа.

Одні говорять про Бога, який єдиний людині дав життя і має право будь-коли його забрати, інші – про право людини розпоряджатися своїм життям.

Конституції і закони багатьох країн світу категорично засуджують і переслідують усіх тих, хто застосовує на практиці евтаназію.

Проблема осмислення права людини на легку і добровільну смерть має доволі давню історію. В тій чи іншій формі вона обговорювалась фактично з моменту зародження самої медицини і на Сході, і в античній Європі [2, с. 19]. Проте, на сприйняття евтаназії до цього часу падає чорна тінь нацистської «евтанезійної програми».

Чи має право людина на допомогу лікаря у забезпеченні їй легкої і безболісної смерті? Ні, як правило, заявляє офіційна медицина. Так, і на законодавчому рівні евтаназія забороненна. Згідно Основ законодавства України про охорону здоров'я: медичним працівникам забороняється здійснення еутаназії – навмисного прискорення смерті або умертвіння невиліковно хворого з метою припинення його стаждань. Такі дії кваліфікуються ККУ як вбивство.

Осмислюючи проблему надання чи ненадання медичної допомоги помираючій людині, необхідно підкреслити, що розмови точаться про безнадійно хворого, який приречений на мученицьку смерть. А безнадійно хворий – це не психопат, і не фізичний урод, і не прикований до ліжка інвалід, а помираючий від невиліковної хвороби чи несумісної з життям травми, чиє життя підтримується тільки застосуванням штучних методів підтримання життя.

Мабуть, одним із перших випадків свідомого застосування евтаназії була смерть основоложника психоаналізу З. Фрейда [5, с. 23].

Найцинічніший спосіб позбавлення життя винайшов австралійський лікар Філіп Ніцшке (хворому пропонується зіграти з комп'ютером і у випадку програшу на екрані з'являється повідомлення: «Завершити гру?». отримавши позитивну відповідь, комп'ютер дає сигнал мехнізму, який вводить смертельну ін'єкцію хворому) [1, с. 26].

Евтаназію слід відрізняти від інших схожих явищ, зокрема від самогубства з допомогою лікаря.

Розрізняють два види евтаназії – пасивну та активну. Найперше пасивну евтаназію було легалізовано судовим рішенням по справі Квинлан, 1976. Після вирішення цієї справи, суди часто визнавали право на відмову від штучного підтримання життя і за дієздатними невиліковно хворими пацієнтами.

У 1977 р. у Каліфорнії було прийнято перший у світі закон «Про право людини на смерть». 1994 р. евтаназію легалізовано в американському штаті Орегон, 1996 – у Північній Австралії. У Європі ж, з 1994 р. евтаназія діє у Голандії.

У американському кримінальному праві активна евтаназія традиційно розглядається у термінах умисного вбивства чи допомоги в самовбивстві, в залежності від дій, здійснених лікарем [4, с. 55].

Необхідно поставити питання: чому супільство, яке визнає за пацієнтом право відкинути штучне підтримання життя, відмовляє йому в праві прискорити неминучий кінець за допомогою лікаря?

Християнство (як і інші світові релігії) вважає, що самовбивство і евтаназія протирічать божій волі.

Позиція права – життя має рівну цінність на всіх стадіях процесу життєдіяльності навіть до настання природної смерті. Але тут виникає питання: чи мають право недієздатні, особи з

обмеженою дієздатністю, чи особи, що перебувають у камантозному стані на евтаназію? Чи не почнуть лікарі, зацікавлені особи використовувати евтаназію у своїх цілях? Особливої актуальності це може набрати в умовах розширення можливостей трансплантації органів і тканин.

Не важко тоді спрогнозувати і негативні наслідки офіційної легалізації евтаназії в Україні. Це не тільки втрата соціальної довіри до інституту охорони здоров'я та криміналізація медицини, приниження гідності лікаря та спотворення його професійної діяльності, але і зміна соціального статусу лікарів та морально-етична дилема, які докорінно змінять й ставлення медичного персоналу до хворих та лікувального процесу.

А що ж буде з розвитком медичних знань? Хіба існуватиме сенс подальшого пошуку ліків від смертельних хвороб? Та й критерій невиліковності важко встановити...

Тисячоліттями людство обходилось без евтаназії, чи потрібна вона нам тоді зараз?

Необхідно врахувати і те, що ініціатива активної добровільної евтаназії повинна виходити саме від пацієнта, при тому, що в Україні немає правдивого інформування хворого щодо його хвороби [3, с. 26].

Одним з гуманних напрямів розв'язання цієї проблеми є створення хоспісів – стаціонарних медичних закладів для невиліковно хворих, метою діяльності яких є надання можливості таким хворим прожити останні дні свого життя без болю і страждань.

Перший хоспіс було відкрито у Франції 1842 р.

Всесвітнє поширення розуміння гуманного характеру хоспісів зумовило появу нового напряму медичної науки – паліативної медецини [3, с. 28].

Важко відповісти на питання чи можлива і потрібна евтаназія в Україні, як з морально-етичної, правової точки зору, так і з точки зору невиліковно хворого.

Хоча право на життя, на думку багатьох вчених, передбачає можливість особи самостійно розпоряджатись своїм життям, але враховуючи вище наведені негативні моменти легалізації евтаназії, гадаю на даний момент, українське суспільство не готове до її запровадження. Суспільство має змінити свій погляд на невиліковно хворих і повинно ставитись до них не як до «зайвих людей», а з розумінням та повагою.

Використані джерела:

1. *Быть или не быть? Вот в чем вопрос…: (Эвтаназия) // Эхо планеты. – 2000. - №50-51. – С.22-25.*
2. *Грищук В.К. Еутаназія: pro et contra // Бюлетень міністерства юстиції України. – 2003. - №4. – С.29-35.*
3. *Котюк І.І., Мусієнко А.В. Альтернатива евтаназії – паліативна медицина // Бюлетень міністерства юстиції України. – 2003. - №2. – С.23-29.*
4. *Петросян М.Е. Эвтаназия как моральная и правовая проблема // США:Канада:Економика, политика, культура. – 2002. - №2. – С.50-66.*
5. *Хрусталев Ю.М. Эвтаназия: сущность и проблемы, взгляд в будущее // Философские науки. – 2003. - №7. – С.17-28.*

Форитор Тереза Михайлівна
студентка 3-го курсу юридичного факультету
Тернопільського національного економічного університету,
Тернопіль, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ: ІСТОРИЧНИЙ ДОСВІД ТА СУЧАСНІСТЬ

Шлюбний контракт – це добровільна угода, яку укладають люди, що вступають (або вже вступили) у шлюб. Вона закріплює їх права на майно, набуте у шлюбі або до нього, а також розподіл тягаря фінансових витрат у шлюбі. Колізії, які можуть виникнути при укладенні шлюбу, при його розірванні або смерті одного з подружжя, було прийнято обговорювати

наперед вже досить давно. Іудеї завжди гарантували дружині право на власність чоловіка у випадку його смерті. В Європі люди, які брали другий шлюб, намагалися завчасно домовитися про фінансові права дітей від першого шлюбу. А ось аристократи і перший шлюб намагалися не брати доти, поки не порадяться зі своїми адвокатами про те, як розпорядитися фамільними статками. Шлюбні контракти укладали в свій час Наполеон Бонапарт і Вольфганг Амадей Моцарт.

Сучасна мода на контракти почалась на Заході у 80-ті роки минулого століття. До цього вся власність переходила до того, на кого вона була записана, але одного дня нью-йоркський суд постановив, що шлюб – це форма ділових відносин і при його розірванні обидві сторони мають права при розподілі майна, яке було нажито. Такий підхід до шлюбу поступово став загальноприйнятим, і, щоб вберегти себе, забезпечені громадяни почали укладати шлюбні контракти. Одружуватися почали пізніше, вже маючи власність, свою справу або заощадження. Збільшилась кількість ділових жінок, які з самого початку відігравали суттєву економічну роль у сім'ї. На кожні два-три шлюби у нас припадає одне розлучення і, відповідно, зростає кількість других чи третіх шлюбів і дітей від попередніх союзів, інтереси яких батьки хотіли б забезпечити.

До шлюбного контракту не можна включати заздалегідь абсурдні або дріб'язкові вимоги – навіть за спільної згоди. Правильніше, включати можна, але сили ці домовленості мати не будуть. В одному з контрактів говорилось, що дружина залишає собі улюблену кішку, хоча у її чоловіка алергія на шерсть. Деякі обговорюють, хто буде вибирати місця відпочинку, інші зобов'язуються сповіщати про свої любовні пригоди, колишні і майбутні [3, с.40-41].

Минуло вже понад п'ятнадцять років з моменту, як шлюбний договір став правовою реальністю в Україні. Все більше і більше людей почали укладати шлюбні договори. Одна із головних причин цього пов'язана із зростанням кількості розлучень і, відповідно, людей, які прагнуть убезпечити себе, якщо не від моральних, то хоч від матеріальних витрат у випадку, якщо шлюб виявиться невдалим [5, с.12].

Серед науковців досі немає єдності думок щодо визначення єдиного поняття шлюбного договору. Дослідженням цього питання займалися О.Дзера, І.Жилінкова, З.Ромовська, С.Фурса, М.Антокольська та інші. Проте, найвдалішим можна вважати визначення шлюбного договору, яке дала І.Жилінкова. Шлюбний договір – згода осіб, які беруть шлюб або перебувають у ньому, якою встановлюються майнові права та обов'язки подружжя в шлюбі та у разі його розірвання [5, с.12].

Як правило, шлюбний договір – це документ об'ємний і складається з кількох аркушів. У цьому разі відповідно до ч.1 ст.47 ЗУ «Про нотаріат» усі аркуші повинні бути пронумеровані, а сам договір – прошитий і засвідчений печаткою. Шлюбний договір складається не менш як у двох примірниках, один із яких залишається у справах нотаріальної контори (ст.59 ЗУ «Про нотаріат»). При наявності підстав нотаріус може відмовити у включенні в шлюбний договір пунктів, які суперечать законодавству. Наприклад, не може бути включена до договору умова про те, що чоловік може укладати будь-які угоди щодо спільної сумісної власності подружжя (включаючи нерухоме майно) самостійно, не отримуючи на це згоду дружини. Безсумнівно, це положення не тільки суперечить чинному сімейному законодавству, а й обмежує правоздатність дружини (мається на увазі неможливість звернення до суду із приводу визнання недійсності угоди, укладеної без її згоди. Проте, інколи відмови у вчиненні нотаріальних дій можуть бути необґрунтовані. Згідно згаданого закону, коли нотаріус відмовляє у вчиненні нотаріальної дії, він повинен у триденний строк винести постанову про таку відмову, викласти причини відмови і роз'яснити порядок її оскарження.

Розглянуті умови і порядок укладання шлюбного договору мають важливе значення для розуміння його правової природи, а також дають чітке уявлення про шлях, який необхідно пройти, перед тим як договір буде остаточно укладений [7, с.87].

Щодо ознак та особливостей шлюбного контракту можна віднести:

- комплексний характер. Він може включати умови, які становлять зміст окремих видів договорів. Так, сторони можуть включити в шлюбний договір умови щодо правового режиму їхнього майна, умови про надання взаємного утримання та умови, що стосуються утримання дитини;
- вид договорів, предметом якого є майбутнє майно, тобто майно, що буде придбане сторонами в майбутньому, коли ймовірність його придбання є абсурдною;
- має специфічний суб'єктний склад учасників, якими можуть бути не лише дружина і чоловік; подружжям після реєстрації шлюбу – шлюбний договір укладається під час реєстрації шлюбу, а особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу (наречені) – шлюбний договір укладається до реєстрації шлюбу [6, с.32].
- тривалість його дії. Це може викликати необхідність зміни його умов. У Сімейному кодексі України закріплене загальне правило щодо цього. Згідно з ч.1 ст.100 СКУ одностороння зміна умов шлюбного договору не допускається. Це можливо лише у разі, якщо на таку зміну дають згоду обидві сторони. У ч.2 даної статті зазначено, що шлюбний договір може бути змінено подружжям. У зв'язку з тим, що шлюбний договір підлягає нотаріальному посвідченню, всі внесені в нього зміни також мають бути посвідчені нотаріально. СК України передбачає можливість зміни умов за рішенням суду (ч.3 ст.100 СКУ). Той із подружжя, хто вимагає зміни умов у судовому порядку, пред'являє перетворювальний позов [4, с.49].

Ідеальним здається варіант, коли сторони складають умови шлюбного договору разом із своїми адвокатами [7, с.86]. Це дозволить у майбутньому уникнути непорозумінь, а відтак необхідності звернення до суду за вирішенням спору.

Шлюбний договір може укладатися у присутності свідків (за бажанням сторін), про що слід зробити відповідний запис у тексті угоди, і свідки, після встановлення їх особистості та перевірки дієздатності, мають підписатися у даному договорі.

***Використані джерела*:**

1. *ЗУ «Про нотаріат» із змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України (ВВР). - 1993. - N 39. - С.383.*
2. *Сімейний кодекс України із змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України (ВВР). - 2002. - N 21-22. - С.135.*
3. *Біляцький С. Шлюбний контракт як символ людських взаємин / С.Біляцький // Наука і суспільство. – 2005. - №9-10. – С.39-43.*
4. *Гриняк А. Шлюбний договір як підстава виникнення спільної власності подружжя / Андрій Гриняк // Підприємництво, господарство і право. – 2007. - №2. – С.47-49.*
5. *Некрасова О.В. Правова природа шлюбного договору // Адвокат. – 2005. - №5. – С.12-13.*
6. *Розгон О. Укладання шлюбного договору за СКУ / О.Розгон // Юридичний вісник. – 2008. - №4. – С.32-35.*
7. *Ульяненко О. Порядок і умови укладання шлюбного договору (контракту) // Підприємництво, господарство і право. – 2003. - №4. – С.85-88.*

Хабибуллина Альбина Шамиловна
аспирантка Казанского государственного университета им. В.И. Ульянова-Ленина, Казань, Российская Федерация

К ВОПРОСУ О КОРПОРАТИВНОМ УПРАВЛЕНИИ

Категория корпоративного управления имеет фундаментальное теоретическое и практическое значение. Несмотря на это, современные работы, посвященные раскрытию природы управления в организации, не содержат простоты, ясности, которые присущи многим полноценно изученным юридическим конструкциям.

И.С. Шиткина определила корпоративное управление как «совокупность способов воздействия или процесс, с помощью которого управляется и контролируется деятельность корпораций» [1]. В.В. Долинская предложила рассмотреть данный вид управления как «урегулированную нормами права систему организационных и имущественных отношений, с помощью которой организация реализует, представляет и защищает интересы своих инвесторов» [2; С.432.]. Подобное определение было дано А. Килячковым: «это комплекс мер, осуществляемых для защиты интересов собственников и в конечном итоге для повышения стоимости компании и привлечения инвестиций» [3; С.51]. Н.Н. Пахомова понимает под корпоративным управлением в его функциональном значении «форму реализации отношений корпоративной собственности» [4; С.68]. И.Н. Ткаченко рассматривает корпоративное управление как «деятельность, связанную с функционированием корпорации, ее целями и обусловленную отношениями собственности между субъектами и интересами участников корпоративных отношений» [5; С.9]. Можно встретить определения системы корпоративного управления в узком смысле как «системы правил и стимулов, побуждающих управленцев компании действовать в интересах акционеров», в широком – как «системы организационно-экономических, правовых и управленческих отношений между субъектами экономических отношений, интерес которых связан с деятельностью компании» [6; С.11].

Представляется, что корпоративное управление существует лишь в сфере корпоративных отношений. Основой для современного осмысления корпоративных отношений является концепция гражданско-правовых организационных отношений, предложенная в свое время О.А. Красавчиковым, которая до сих пор не теряет своей актуальности [7; С.156-162]. В рамках данной концепции гражданско-правовые организационные отношения представляют собой относительно неимущественные правоотношения, функционально направленные на возникновение или упорядочение иных отношений, как правило, имущественных. «Под организационными понимаются связи, в которые вступают равные субъекты с целью упорядочения своих основных имущественных или неимущественных отношений. Их объектом является определенная работа с целью создать условия для возникновения, исполнения или прекращения основных отношений» [8; С.8]. Особый интерес представляет суждение К.Кирсанова о том, что «понятие «корпоративные отношения» является родовым по отношению к видовым понятиям «имущественные отношения, возникающие в юридическом лице» и «организационные отношения, складывающиеся в юридическом лице». Сами же корпоративные отношения представляют собой имущественные отношения и функционально связанные с ними организационные отношения между корпорацией и ее участниками» [9].

Однозначно говорить о том, какое влияние может оказать на российский правопорядок выделение подобного рода правоотношений, не представляется возможным. Ясно лишь одно, что предлагаемая концепция требует дальнейшего глубокого изучения и теоретического обоснования.

Зачастую в литературе корпоративные отношения относят в отдельную, самостоятельную от имущественных и неимущественных отношений группу [10]. Интерес представляет суждение о том, что в сферу имущественных отношений наряду с вещными отношениями,

связанными с принадлежностью имущества определенным лицам и обязательственными отношениями, опосредующими переход имущества от одних лиц к другим, входят также отношения, связанные с управлением этим имуществом – корпоративные или членские правоотношения. Последние, в свою очередь, Евгений Алексеевич определяет как «относительные имущественные, но отличные от обязательственных правоотношений, правовые связи между корпорацией и ее участниками, содержание которых сводится к предоставлению участникам корпорации обеспеченной законом возможности в какой-либо форме управлять делами корпорации и участвовать в имущественных результатах ее деятельности»[11; С.26]. Можно также встретить точки зрения, согласно которым корпоративные отношения напротив являются вещными [12], либо обязательственно-правовыми [13; С.75]. К неожиданному выводу, рассуждая о месте и роли корпоративных отношений, приходит Д.И. Степанов, указывая, что для корпоративных отношений вне зависимости от субъектов, принимающих в них участие, или существа правовой связи, устанавливающейся в таком случае, нет смысла искать какой-либо третий род за рамками противопоставления вещного и обязательственного, рассматриваемые отношения имеют так много общего с обязательственными, что отдельная специфика корпоративного, то тут, то там проявляющаяся в частных правовых построениях, не дотягивает до уровня самостоятельного рода, точнее, типа отношений [14; с.20 - 75].

Из всех приведенных высказываний, вопрос о корпоративных отношений в науке гражданского права разрешается неоднозначно. Корпоративные отношения, целесообразно рассматривать как комплекс имущественных и личных неимущественных отношений внутри организации (отношения между юридическим лицом и его членами, органами). Корпоративное же управление существует лишь в рамках этих отношений.

Использованные источники:

1. *Шиткина И.С. Корпоративное право: Учебник. М.: Волтерс Клувер, 2007 г.*
2. *Долинская В.В. Акционерное право: основные положения и тенденции. М., 2006. С.432.*
3. *Килячков А. Корпоративное управление как фактор привлечения и защиты инвестиций // Рынок ценных бумаг. - 2003. - №4. - С.51.*
4. *Пахомова Н.Н. Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект). Екатеринбург, 2004. С.68.*
5. *Ткаченко И.Н. Корпоративное управление: Учебное пособие. Екатеринбург, 2001. С.9.*
6. *Шихвердиев А.Л., Гусятников Н.В., Беликов И.В. Корпоративное управление // Акционер. М., 2001. С.11.*
7. *Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения. Антология уральской цивилистики. 1925-1989: Сборник статей. М., 2001. С.156-162.*
8. *Гражданское право: Учебник для вузов. Часть первая / под общ. ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, В.А. Плетнева. М., 1998. С.8.*
9. *Кирсанов К. Корпоративные отношения в свете концепции гражданско-правовых организационных отношений // Арбитражный и гражданский процесс. - 2007. - №9.*
10. *См. например: Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение. М., 1997. С.27.; Степанов П.В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права. Дисс… канд. юрид. наук. М. 1999. С.9.*
11. *Гражданское право: учебник / отв.ред. Е.А. Суханов. М.: БЕК, 2000. С.26.*
12. *См. например: Зинченко С.А. Галов В.В. Собственность и производные вещные права: теория, практика. Ростов н/Д, 2003. С.101.; Сперанский В.К. Именные эмиссионные ценные бумаги в системе корпоративного и акционерного правоотношений: Автореф. дисс… канд. юрид. наук. Краснодар, 2005.*
13. *См. например: Прохоренко В.В. Совет директоров в системе органов акционерного общества. Дисс. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С.75.*
14. *Степанов Д.И. От субъекта ответственности к природе корпоративных отношений // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - 2009. - №1. с.20 - 75.*

Хватик Юлия Александровна
аспирант 1-го года обучения факультета права
Белорусского государственного экономического университета,
Минск, Республика Беларусь

О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА

Согласно действующему законодательству Республики Беларусь кредитный договор - это договор, согласно которому банк или небанковская кредитно-финансовая организация (кредитодатель) обязуются предоставить денежные средства (кредит) другому лицу (кредитополучателю) в размере и на условиях, определенных договором, а кредитополучатель обязуется возвратить (погасить) кредит и уплатить проценты за пользование им [1, ст. 771].

В юридической науке дискуссионным остается вопрос о правовой природе данного вида гражданского договора. Так, по мнению Захаровой Н.Н., в силу того, что банк путем рекламы или иными предложениями, адресованными неопределенному кругу лиц, приглашает заключить кредитный договор, то имеет место заключение публичного договора [2, с. 372]. Если следовать логике данного размышления, то отказ банка от заключения публичного договора при наличии возможностей предоставить кредит потребителю не допускается. В случае уклонения или необоснованного отказа банка от заключения кредитного договора, у заемщика возникает право обратиться в суд с требованием о понуждении к заключению кредитного договора.

Следует отметить, что заключение кредитного договора является для банка лицензируемым видом предпринимательской деятельности, которая осуществляется на свой риск и под свою имущественную ответственность. С точки зрения публичного права, указанная деятельность банков подчиняется законодательству о банковской деятельности, обязательными требованиями которого являются обеспечение определенной степени надежности возврата размещенных денежных сумм и получение платы за пользование заемщиком [2, с. 375], посредством чего формируется стабильность денежно-кредитной политики государства. Таким образом, деятельность банков по заключению кредитных договоров, не является видом хозяйственной деятельности, которая признается необходимым признаком публичного договора.

Общая практика заключения кредитных договоров характерная для Республики Беларусь, России и Украины такова, что в большинстве случаев кредитные договоры заключаются в форме типового документа, требующей подписания уполномоченными сторонами, кредитором и заемщиком. В указанных типовых текстах кредитных договоров заемщику предлагается лишь заполнить недостающую информацию личного характера и подписать данный документ, представляющий кредитные обязательства. Такая практика заключения кредитного договора приводит к тому, что, по мнению ученых и практиков, заемщик лишь присоединяется к предложенным ему банком условиям кредитного договора, и как следствие данный договор представляет собой не что иное как договор присоединения. По нашему мнению, следует обратить внимание на то обстоятельство, что условия данного договора не могли быть приняты второй стороной иначе как путем присоединения к предложенному варианту кредитного договора, в силу большого количества желающих заключить кредитный договор, ограниченных ресурсов (временных и человеческих) банка, данная форма заключения кредитного договора является лишь техникой заключения договоров данного типа.

В свою очередь Конституционный суд Республики Беларусь отмечает, что исходя из конституционной свободы договора, законодатель не должен ограничиваться формальным признанием юридического равенства сторон и должен представлять определенные преимущества экономически слабой и зависимой стороне, с тем, чтобы не допустить недобросовестной конкуренции в сфере банковской деятельности [3].

Таким образом, по нашему мнению, практическая реализация норм, регулирующих порядок заключения кредитных договоров, противоречит принципам гражданского права о равенстве участников гражданских правоотношений и свободы договора, а вопрос об отнесении кредитного договора к тому или иному виду гражданско-правовых договоров нуждается в дальнейшем исследовании.

Использованные источники:

1. *Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят палатой представителей 28.10.1998 г.: одобрен Советом Респ. 19.11.1998 г.: текст Кодекса по состоянию на 01.12. 2008 – Минск, Амалфея, 2009.*
2. *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга пятая.. – М.: Статут, 2006. – 736 с.*
3. *О конституционности уменьшения банками в одностороннем порядке процентных ставок по договорам банковского вклада (депозита): Решение Конституционного суда Республики Беларусь от 6.11.2002 г. 3-150/2002// Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 14.11.2002. - № 126, 6/347.*

Хіміч Світлана Павлівна
молодший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України,
Київ, Україна

САДИБА ЯК ОБ'ЄКТ СПАДКОВОГО ПРАВОНАСТУПНИЦТВА

Об'єктом спадкового правонаступництва є спадщина, тобто майно, яке переходить у порядку спадкування. Спадкове майно не завжди збігається з майном, яке перебувало у володінні чи навіть у власності спадкодавця. Тому в теорії цивільного права і в практичній діяльності нотаріальних та судових органів велике значення має точне визначення меж спадкової маси.

Спадщина складається із сукупності прав та обов'язків померлого громадянина, які належали йому на момент смерті, і, відповідно до чинного законодавства, можуть переходити у порядку спадкування до іншої особи. Іноді спадщину називають спадковою масою або спадковим майном. Якщо ж права й обов'язки виникають внаслідок смерті спадкодавця, то вони не переходять у спадщину, а можуть набуватися спадкоємцем на інших підставах. Як і будь-які цивільні правовідносини, спадкові правовідносини виникають між певними суб'єктами, що спрямовані на певні об'єкти і мають певний зміст. Тобто, смерть спадкодавця є підставою для виникнення певних прав та обов'язків не лише для спадкоємця, а й для інших осіб, які так чи інакше причетні до спадкування: виконавців заповіту, кредиторів і боржників спадкодавця, юридичних осіб, створених за участю спадкодавця, державних органів, які зобов'язані вжити заходів до охорони спадкового майна й управління ним.

Здебільшого спадщина складається з права приватної власності померлого громадянина на різне майно: житловий будинок, квартиру, предмети домашнього користування, дачу, садовий будиночок, предмети домашнього господарювання, продуктивну та робочу худобу, насадження на земельній ділянці, засоби виробництва, вироблену продукцію, транспортні засоби, земельну ділянку тощо.

Найважливішим об'єктом спадкового правонаступництва для пересічного громадянина є нерухомість.

Поняття «садиба» слід розуміти ширше, ніж власне споруда (житловий будинок), призначена для проживання та присадибна земельна ділянка. Це поняття слід розглядати як комплекс споруд із присадибною земельною ділянкою, у тому числі різні господарські

будівлі (літні кухні, сараї тощо). Як зазначено в п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду УРСР від 4 жовтня 1991 р. (із змінами та доповненнями) «Про практику застосування судами законодавства, що регулює право власності громадян на житловий будинок», такі будівлі є підсобними і складають з будинком одне ціле, а отже, і мають долі будинку при спадкуванні.

Законодавець визначає поняття «житловий будинок» як будівлю капітального типу, споруджену з дотриманням вимог, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами, і призначену для постійного у ній проживання (ст. 380 ЦК). У ст. 381 ЦК України вперше в законодавстві введено в обіг легальне визначення поняття садиби. До складу садиби відносять не лише житловий будинок і земельну ділянку, на якій він розташований, а й господарсько-побутові будівлі з необхідними наземними і підземними комунікаціями (тепло-, водо-, газопостачання, очисні споруди тощо), а також багаторічні насадження. Право власності на житловий будинок, збудований громадянином на відведеній йому в установленому порядку земельній ділянці і прийнятий в експлуатацію, виникає з часу реєстрації будинку в бюро технічної інвентаризації або у виконавчих органах місцевих рад.

Державна реєстрація права власності здійснюється відповідно до вимог Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень».

Після реєстрації власнику видається технічний паспорт, в якому містяться відомості про приналежність будинку конкретній особі, про план земельної ділянки, площу присадибної ділянки, поверховий план, оцінка вартості всіх споруд.

Якщо після смерті громадянина залишився недобудований будинок із присадибною земельною ділянкою, то у спадщину переходить не житловий будинок із присадибною земельною ділянкою, а будівельні матеріали, права та обов'язки за договором підряду на будівництво [2,10-12].

Якщо право власності на майно у спадкодавців було відсутнє, то це майно не може входити в склад спадщини. Так, самочинно побудований будинок, тобто такий, що збудований на земельній ділянці, яка не була відведена для цієї мети в установленому порядку або без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил, не включається у спадкову масу, оскільки у спадкодавця право власності на цей будинок не виникає.

Якщо власник (користувач) земельної ділянки заперечує проти визнання права власності на нерухоме майно за особою, яка здійснила самочинне будівництво на його земельній ділянці, або якщо це порушує права третіх осіб, будинок підлягає знесенню особою, яка здійснила самочинне будівництво, або за її рахунок.

Об'єктом спадкування може виступати і право власності на земельну ділянку (ст. 1225 ЦК України). Особливості спадкування цього об'єкта права власності зумовлені його специфікою і встановлені в земельному законодавстві. Громадяни України можуть набути право власності на земельну ділянку внаслідок разової безоплатної приватизації: для ведення товарного сільськогосподарського виробництва (ст. 130 ЗК); ведення фермерського господарства (ст. 32 ЗК); ведення особистого селянського господарства (ст. 33 ЗК); ведення садівництва (ст. 35 ЗК); будівництва та обслуговування житлового будинку, господарських будівель і гаражного будівництва (ст. 40 ЗК).

Відповідно до ст. 121 ЗК громадяни України мають право на безоплатну передачу їм земельних ділянок із земель державної або комунальної власності в таких розмірах: а) для ведення фермерського господарства – у розмірі земельної частки (паю), визначеної для членів сільськогосподарських підприємств, розташованих на території сільської, селищної, міської ради, де знаходиться фермерське господарство. Якщо на території сільської, селищної, міської ради розташовано декілька сільськогосподарських підприємств, розмір земельної частки (паю) визначається як середній по цих підприємствах. У разі відсутності сільськогосподарських підприємств на території відповідної ради розмір земельної частки (паю) визначається як середній по району; б) для ведення особистого селянського господарства – не більше 2,0 гектара; в) для ведення садівництва – не більше 0,12 гектара; г)для будівництва й обслуговування житлового будинку, господарських будівель і споруд

(присадибна ділянка) у селах – не більше 0,25 гектара, у селищах – не більше 0,15 гектара, в містах – не більше 0,10 гектара; г) для індивідуального дачного будівництва – не більше 0,10 гектара; д) для будівництва індивідуальних гаражів – не більше 0,01 гектара. Розмір земельних ділянок, що передаються безоплатно громадянину для ведення особистого селянського господарства, може бути збільшено у разі отримання в натурі (на місцевості) земельної частки (паю) [1,52].

Право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться, а також на простір, що знаходиться над та під поверхнею ділянки на висоту і глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд (частини 2, 3 ст. 79 ЗК України).

При успадкуванні земельної ділянки спадкоємець повинен зберегти її цільове призначення (ст. 1225 ЦК України).

Перехід у спадщину будівлі або споруди можливий лише з одночасним успадкуванням земельної ділянки, яка функціонально забезпечує даний об'єкт, чи з одночасним переходом права користування (оренди) цієї ділянки, чи її відповідної частки до спадкоємця. Слушною є думка, що факт успадкування земельної ділянки не спричиняє виникнення права власності у спадкоємця на будівлі і споруди, які знаходяться на ній, якщо інше не передбачене заповітом [2,976].

Земельні ділянки можуть належати фізичним особам не лише на підставі права власності, а й перебувати у їх постійному або тимчасовому користуванні. Відповідно до ст. 7 Закону України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 р. (в редакції Закону від 2 жовтня 2003 р.) право на оренду земельної ділянки переходить після смерті фізичної особи-орендаря, якщо інше не передбачене договором оренди, до спадкоємців, а в разі їх відмови чи відсутності таких спадкоємців – до осіб, які використовували цю земельну ділянку разом з орендарем і виявили бажання стати орендарями у разі, якщо це не суперечить вимогам Земельного кодексу України та Закону України «Про оренду землі» [4, 167–168].

Ці положення Закону України «Про оренду землі» доповнюють зміст ч. 3 ст. 1225 ЦК України, а також передбачає, що право користування земельною ділянкою, яка необхідна для обслуговування житлових будинків, інших будівель та споруд переходить до спадкоємців усього майна.

Спірною є теза окремих авторів, що норма, яка визначає порядок переходу права на оренду земельної ділянки після смерті фізичної особи орендаря до спадкоємців не відповідає положенням ч. 1 ст. 1225 ЦК про те, що об'єктом спадщини виступає право власності на земельну ділянку [3,976], оскільки склад спадщини визначено ст. 1218 ЦК України як «усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті».

У зв'язку з викладеним вище, хотілось би зазначити, що цивільно-правова природа відносин щодо садиби як об'єкта спадкового правонаступництва полягає у визнанні її не сукупністю нерухомих речей, а складної речі, призначеної для обслуговування житлового будинку, складові якої пов'язані з житлом спільним призначенням. Основною річчю в садибі є житловий будинок, а інша нерухомість із складу садиби – його при належностями.

Отже, спадкування як один із способів отримання права власності на садибу, права і обов'язки щодо садиби як складова частка спадкової маси має розглядатися з урахуванням специфіки об'єкту, що дасть можливість краще усвідомити порядок його спадкування.

***Використані джерела*:**

1. *Заіка Ю. О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток: Монографія. – 2-е вид. – К.: КНТ, 2007. – 288 с.*
2. *Солтис Н. Б. Спадкування житла як спосіб набуття фізичною особою житлових прав. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2006. – 40 с.*
3. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. 2. – 1088 с.*

4. *Правове регулювання житлових відносин в Україні: Навчально-довідкове видання / За заг. ред. Є. О. Харитонова. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – 456 с.*

Ходырев Павел Михайлович
кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры гражданского права
ГОУВПО «Удмуртский государственный университет»,
Российская Федерация

ВЫСШИЕ УЧЕБНЫЕ ЗАВЕДЕНИЯ КАК СУБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Специфика правового положения юридических лиц, оказывающих в Российской Федерации образовательные услуги, закреплена в Законе РФ «Об образовании» [1] и Федеральном законе «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» [2].

В этих же нормативных актах справедливо ожидать закрепление особенностей организационно-правовых форм юридических лиц, оказывающих образовательные услуги. Однако анализ законодательства об образовании позволяет заключить, что вопрос об организационно-правовых формах юридических лиц, оказывающих образовательные услуги, совершенно не разрешен и запутан.

Прежде всего, законодательство об образовании не закрепляет определение общего понятия «образовательная организация» («образовательное юридическое лицо»), предлагая самостоятельно формулировать данное понятие на основе цивилистической конструкции юридического лица и легального определения образовательного учреждения как учреждения, осуществляющего образовательный процесс, то есть реализующего одну или несколько образовательных программ и (или) обеспечивающего содержание и воспитание обучающихся, воспитанников (п. 1 ст. 12 Закона РФ «Об образовании»). Думается, приведенное определение образовательного учреждения есть ничто иное как определение юридического лица различной организационно-правовой формы, осуществляющего образовательный процесс. На это указывает абз. 3 п. 3 ст. 12 Закона РФ «Об образовании», согласно которому «действие законодательства Российской Федерации в области образования распространяется на все образовательные учреждения на территории Российской Федерации независимо от их организационно-правовых форм и подчиненности».

Закон РФ «Об образовании» разграничивает государственные, муниципальные и негосударственные образовательные организации (п. 3 ст. 12). Здесь бы законодателю следовало четко сформулировать критерий приведенного разграничения, а также указать возможные организационно-правовые формы каждого из видов образовательных организаций. Однако, Закон РФ «Об образовании» не придерживается строгой терминологии, называя юридические лица, действующие в образовательной сфере образовательными учреждениям либо образовательными организациями. В то же время, законодатель ограничивается указанием на то, что как государственные, так и негосударственные образовательные организации могут создаваться в организационно-правовых формах, предусмотренных законодательством для некоммерческих организаций. Как справедливо отмечает А.А. Кирилловых, «в данном случае отсылочное определение организационно-правовых форм юридических лиц не вносит ясность в выбор правовой формы деятельности образовательной организации, а Федеральный закон «О некоммерческих организациях» предусматривает достаточно широкий перечень юридических лиц, осуществляющих деятельность некоммерческого характера» [3].

Федеральный закон «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» определяет виды высших учебных заведений без четкой характеристики их организационно-правовых форм. Закрепляя основы правового статуса вузов, ст. 9 данного закона

устанавливает лишь основы их академического статуса. Кроме того, закон оперирует термином «учреждение», что, на наш взгляд, все же не позволяет соотнести высшее учебное заведение именно с этой организационно-правовой формой. Так, например, пункт 1 ст. 14 закона указывает на различные организационно-правовые формы образовательных учреждений высшего профессионального образования. В форме учреждений создаются лишь государственные и муниципальные вузы, о чем говорит вполне определенное указание на принадлежащее им право оперативного управления (п. 1 ст. 27).

Таким образом, ни Закон РФ «Об образовании», ни Федеральный закон «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» не содержат каких-либо ограничений на создание образовательных организаций в тех или иных формах некоммерческих организаций.

Поэтому вряд ли можно согласиться с М.А. Каплюком в том, что «негосударственные вузы могут быть образованы в форме и учреждений, и автономных некоммерческих организаций» [3]. То, что негосударственные высшие учебные заведения могут быть собственниками имущества (п. 2 ст. 27 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании») нисколько не предопределяет конкретные организационно-правовые формы негосударственных образовательных организаций, поскольку собственниками имущества являются все некоммерческие организации, кроме учреждений.

В Концепции проекта федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» (в редакции Министерства образования и науки РФ от 21 ноября 2008 г.) констатируется, что в действующем законе «используется термин «образовательное учреждение», который в зависимости от контекста обозначает либо организационно-правовую форму образовательной организации - «учреждение» либо родовое понятие для любой некоммерческой организации, осуществляющей образовательный процесс, что порождает неоправданную путаницу при правоприменении». В целях устранения данного противоречия и приведения терминологии, используемой в законодательстве об образовании, в соответствие с Гражданским кодексом РФ предлагается использовать в качестве родового понятия термин «образовательная организация». С таким предложением вполне можно согласиться, но с одним уточнением: термин «образовательная организация» должен стать универсальным для всего образовательного законодательства, в том числе посвященного высшему профессиональному образованию. Для этого, возможно, придется отказаться от ставшего привычным понятия «высшее учебное заведение» («вуз») либо легально придать ему значение видового по отношению к родовому понятию «образовательная организация».

Использованные источники:

1. *Закон РФ от 10 июля 1992 г. № 3266-1 // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 150.*
2. *Федеральный закон от 22 августа 1996 г. № 125-ФЗ с изм. и доп. «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» // СЗ РФ.1996. № 35. Ст. 4135.*
3. *Кирилловых А.А. Проблемы регулирования административно-правового статуса высших учебных заведений в условиях реформирования социального сектора // Социальное и пенсионное право. 2007. № 2. Здесь и далее использованы тексты статей, размещенных в СПС «Консультант Плюс».*
4. *Каплюк М.А. Проблемы определения понятия и видов высших учебных заведений // Юридическое образование и наука. 2006. № 3.*

Хомич Тетяна Миколаївна
аспірант кафедри психолого-педагогічних дисциплін
Національного університету «Острозька академія»,
Острiг, Україна

ПРОФІЛАКТИКА КОНФЛІКТНИХ СИТУАЦІЙ ЯК МЕТОД ЗАПОБІГІННЯ НАСИЛЬСТВА В СІМ'Ї

Злочини зазвичай вчиняються в результаті розвитку конфліктної ситуації, тому для ефективної програми попередження насильства в сім'ї необхідним є ретельний аналіз причин та умов виникнення й розвитку конфліктів між членами сім'ї.

Поняття конфлікту не є однозначним [1-4], але в узагальненому вигляді зводиться до протиріччя між сторонами на основі зіткнення протилежних поглядів та бажання їх подолати. Слід наголосити, що конфлікт не є негативним явищем суспільства, оскільки може призводити як до позитивного (виявлення та вирішення проблем, зняття напруження у стосунках), так і до негативного (сварка, взаємна образа, припинення стосунків) результату. Конструктивні конфлікти є необхідними для ефективної життєдіяльності суспільства загалом та сім'ї зокрема. Тому далі мова піде про профілактику саме деструктивних конфліктів, які у процесі ескалації можуть призвести до застосування насильства проти його учасників.

Актуальність такої профілактики посилюється тим, що учасники даних конфліктних ситуацій проживають разом, фактично щодня бачать один одного, пов'язані спільним побутом, а тому ймовірність того, що конфліктна ситуація зникне сама собою є досить низькою порівняно з конфліктними ситуаціями між незнайомими особами, хоча і бажання налагодити взаємини між членами сім'є підкріплюється родинними почуттями, любов'ю та необхідністю продовжувати спілкування.

Насильство в сім'ї зазвичай розвивається циклічно та в загальному вигляді має три стадії:

1. Стадія зростання напруження між суб'єктами, перехід взаємних претензій із прихованої в явно виражену форму;
2. Стадія безпосереднього застосування насильства;
3. Стадія примирення, «медового місяця» сторін [5, 30].

Циклічність розвитку насильства зумовлює повторне настання першої стадії та призводить до безкінечності його розвитку. Щоб розірвати це «замкнене коло» необхідне, перш за все, усвідомлення існування проблеми та бажання її вирішення. Найбільш ефективним способом подолання описаної ситуації є втручання на першій же стадії розвитку насильства, тобто на стадії виникнення конфліктної ситуації.

Причини конфліктних ситуацій є різноманітними та можуть бути поділені на такі групи:

1. Неузгодженості у структурі матеріального забезпечення сім'ї: формування, розмір та контроль за розподіленням сімейного бюджету, матеріально-побутове забезпечення сім'ї, наявність власного житла та можливість спільного проживання з родичами тощо.
2. Соціальні об'єкти конфліктних ситуацій – влада в сім'ї, проблеми розподілу подружніх ролей та лідерство, права та обов'язки членів сім'ї, їх усвідомлення та належне виконання [6, 46].
3. Духовні потреби членів сім'ї: потреба та культура спілкування один з одним та із друзями, потреба в духовному розвитку, у захисті «Я-концепції», у достатній інформованості про діяльність один одного тощо.

Суб'єкти профілактики конфліктної ситуації в сім'ї можуть бути різні. Перш за все, це самі учасники конфлікту або хоча б один із них, який проявив ініціативу не продовжувати чи ігнорувати конфлікт, а спробувати його вирішити. Даний варіант є найбільш бажаним способом розв'язання конфлікту, проте, часто виявляється неефективним через небажання іншої сторони конфлікту допомагати його вирішувати, або через недостатність знань учасників конфлікту про можливі способи його вирішення.

Іншими суб'єктами профілактики є друзі, родичі чи близькі особи суб'єктів конфліктної ситуації. Вони залучаються із власної ініціативи (у випадках набуття конфліктом розголосу) або у зв'язку із проханням самих учасників конфліктної ситуації чи одного з них про допомогу в його вирішенні.

Далі – це спеціалісти з вирішення конфліктних ситуацій: психологи, психотерапевти, працівники правоохоронних органів тощо.

Найоптимальнішим способом профілактики конфліктних ситуацій є їх самоаналіз або звернення до психолога чи психотерапевта за взаємним бажанням учасників конфліктної ситуації. У даних випадках присутні декілька факторів успішного вирішення проблеми: її усвідомлення та взаємне бажання її вирішення. Проте, досить часто учасники або не усвідомлюють існування проблем, або легковажно розраховують на їх самознищення, або, намагаючись розібратися в конфліктній ситуації, невірно її сприймають. Детермінантами викривленого сприйняття можуть бути стрес, високий рівень негативних емоцій, низький рівень інформованості учасників один про одного та про реальні причини конфлікту, особливості когнітивного розвитку учасників, невміння передбачити наслідки, переведення конфлікту в особистісну зону (спір не про причину конфлікту, а про негативні якості учасників), агресивна чи негативна установка на опонента, яка сформувалася ще в доконфліктний період, обмеженість світогляду, стан алкогольного чи наркотичного сп'яніння тощо. Усе це не лише ускладнює можливість конструктивного діалогу, але й часто унеможливлює його без втручання сторонніх осіб.

Проблемними моментами профілактики конфліктних ситуацій є:

- ігнорування конфліктної ситуації її учасниками;
- небажання суб'єктів конфліктних ситуацій їх аналізу та вирішення;
- неможливість самостійного вирішення конфлікту та недопущення варіанту зовнішнього втручання для вирішення проблеми;
- відсутність або недостатність знань про наявність або місце знаходження спеціалістів, які здатні допомогти у вирішенні конфліктної ситуації.

Способами подолання вказаних ситуації можуть бути: загальнодержавна програма інформування суспільства про протиправність, рівень, причини та наслідки насильства в сім'ї загалом та конфліктних ситуацій зокрема; створення та масова пропаганда діяльності загальнодержавних безоплатних «телефону довіри» та кризових центрів, де можна було б отримати інформацію та необхідну допомогу спеціалістів під час кризових ситуацій в сім'ї; зовнішнє втручання як близьких осіб, так і спеціалістів, у перебіг конфліктних ситуацій в сім'ї та законодавче закріплення можливості примусового проходження курсу психологічної допомоги чи психотерапії сім'ї під час гострих конфліктних ситуацій між членами сім'ї; спрямування роботи психологів на підприємствах, в установах та організаціях на виявлення осіб, які можуть мати тривалі конфліктні ситуації в сім'ї та надання таким особам необхідної професійної допомоги.

***Використані джерела*:**

1. *Анцупов А.Я, Шипилов А.И. Конфликтология: Учебник. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2004. – 591 с.*
2. *Ващенко І.В. Конфлікти: сучасний стан, проблеми та напрямки їх вирішення в органах внутрішніх справ. Монографія. – Х.: «ОВС», 2002. – 256 с.*
3. *Гришина Н.В. Психология конфликта. – СПб: Питер, 2003. – 464 с.*
4. *Громова О.Н. Конфликтология: Курс лекций. – М.: ЭКМОС, 2000. – 320 с.*
5. *Емельянова Е.В. Женщины в беде. Программа работы с жертвами домашнего насилия «Достоинство любви». – СПб.: Речь, 2008. – 212 с.*
6. *Кудайбергенов Е.С. Проблема конфликтных отношений как предпосылка совершения насильственных преступлений на почве семейно-бытовых отношений // Экономика и право Казахстана. – 2008. – № 13. – С. 44-50.*

Цегельник Ольга Владимировна
доцент кафедры юридических дисциплин
Военной академии Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

СОДЕРЖАНИЕ НЕКОТОРЫХ КАТЕГОРИЙ ИНВЕСТИЦИОННОГО ПРАВА: СРАВНИТЕЛЬНАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

В данной работе мы хотим остановиться на правовом анализе содержания категорий инвестиционного права, которое отличается в законодательстве и доктрине Республики Беларусь и Украины.

В целом, в развитии экономики решающее значение имеет наличие инвестиций в форме капитальных вложений. Основным отличительным признаком последних является наличие срока между моментом вложения инвестиций и моментом достижения целей инвестирования. В связи с чем, автором предложено закрепление его в законодательном определении инвестиций.

Названный вид инвестиций находит наиболее яркое выражение при реализации инвестиционных проектов, которые оформляются с помощью бизнес-планов, содержащих обоснованные расчеты получаемой прибыли, возможных рисков. Правовой формой таких отношений выступают инвестиционные договоры.

Правовая природа последних обусловлена структурой обязательств, которые возникают на их основе, и, прежде всего, инвестиционных обязательств.

Под инвестиционным обязательством мы предлагаем понимать обязательство, материальным объектом которого со стороны инвестора являются инвестиции, а юридическим – действия инвестора по вложению, использованию инвестиций. Термин «инвестиционное обязательство» следует рассматривать как синоним понятия «договор», так и как обязанность в рамках договора.

При этом термин «инвестиционное обязательство» следует рассматривать как синоним понятия «договор», так и как обязанность в рамках договора». Данный вывод обусловлен тем, что в литературе имеет место отождествление понятий «обязательство» и «договор», в том числе и в работах О. Э. Симсон.

Соглашаясь с таким подходом, мы тем самым проявляем лояльность к точке зрения соответствующих авторов в виде фразы термин «инвестиционное обязательство» следует рассматривать как синоним понятия «договор». Но в то же время, видя ошибочность данного подхода по действующему белорусскому законодательству, указываем, что термин ««инвестиционное обязательство» следует рассматривать и как обязанность в рамках договора», что наиболее верно, и позволяет разработать новый подход при изучении инвестиционных обязательств, возникающих из различных договоров, связанных с осуществлением инвестиционной деятельности. А именно: инвестиционный договор с Республикой Беларусь; договоры о порядке осуществления инвестиционной деятельности на территории СЭЗ, концессионные договоры, договоры, опосредующие продажу объектов приватизации на аукционе с инвестиционными условиями и др.

В Республике Беларусь основными формами инвестиционной деятельности являются предприятия с иностранными инвестициями, инвестиционные договоры с Республикой Беларусь и административно-территориальными единицами, представительства иностранных юридических лиц. Собственно инвестиционные договоры как форма инвестиционной деятельности в законодательстве Республики Беларусь не закреплены.

В доктрине белорусского гражданского, предпринимательского права правовая природа последних исследуется. И здесь уместно провести сравнения с законодательством Украины.

Гражданский кодекс Украины, содержит главу 77 «Совместная деятельность», включающую два параграфа:

1. Общие положения о совместной деятельности. 2. Простое товарищество.

В соответствии со ст. 1130 «Договор о совместной деятельности» по договору о совместной деятельности стороны (участники) обязуются совместно действовать без образования юридического лица для достижения определенной цели, которая не противоречит закону.

Совместная деятельность может осуществляться на основе объединения вкладов участников (простое товарищество) или без объединения вкладов участников.

В украинской литературе О.Э. Симсон выделяет договоры о совместной инвестиционной деятельности, указывает их признаки, не являющиеся договорами простого товарищества.

В то же время в последних исследованиях, посвященных договору о совместной деятельности, в частности О.Е. Блаживской. по такому же критерию выделяют группу совместно-целевых обязательств, (юридическая направленность (цель)) [1]. Эта группа состоит из двух договорных типов: 1) те, которые направлены на создание нового субъекта – юридического лица, и 2) те, которые направлены на организацию совместной деятельности без образования юридического лица. Первый – это учредительный договор, а второй – договор о совместной деятельности.

На основе проведенного анализа юридически значимых признаков договора о совместной деятельности выделены и описаны два вида договора (тип договора) по признаку объединения вкладов: 1) договор, который опосредует осуществление совместной деятельности с объединением вкладов участников (договор простого товарищества), и 2) договор, который обусловливает осуществление совместной деятельности без объединения вкладов (собственно договор о совместной деятельности в узком смысле (с целью получения прибыли; с целью достижения социального эффекта).

Такая же классификация может быть воспринята и в белорусской доктрине, учеными, в частности доктором юридических наук Я.И. Функом, предлагается ввести в Гражданский кодекс Республики Беларусь новый тип договора о производственной кооперации, который также, по-видимому, можно отнести к группе договоров о совместной деятельности (в широком смысле). Также следует указать на инвестиционную сущность данных договоров.

В проведенных автором исследованиях правовой природы договоров о порядке выполнения условий конкурса, заключаемых по результатам продажи акций по конкурсу, установлено, что он является собственно инвестиционным договором и относится к группе договоров о совместной деятельности в широком смысле, т.е. не простого товарищества.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что в доктрине белорусского гражданского права, формируется группа договоров о совместной деятельности, включающая в себя договоры простого товарищества и договоры о совместной деятельности в широком смысле, что, в перспективе, может найти свое закрепление в Гражданском кодексе Республики Беларусь. А сами договоры о совместной деятельности в широком смысле и являющиеся при этом собственно инвестиционными договорами следует рассматривать как отдельную форму осуществления инвестиционной деятельности.

Использованные источники:

1. *Симсон, О.Э. Инвестиционные и инновационные правоотношения: перспективы развития публичной и частной сфер / О.Э. Симсон. – Киев: Ін Юре, 2005. – С. 146.*
2. *Блаживская О.Е. Договор о совместной деятельности: автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. по специальности 12.00.03 Киев, 2007. – С. 8.*

Цимбаленко Вікторія Михайлівна
аспірантка 1-го курсу Інституту політологій та права
Національного педагогічного університету ім. М.П.Драгоманова,
Київ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА КОНКУРСУ ЯК ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Конкурс (лат. concursus – збіг, зіткнення, сутичка) – змагання, яке має на меті виявлення кращих з учасників (кандидатів, здобувачів, претендентів).[1, 378]. Найчастіше в цивільному праві термін «конкурс» використовується у трьох значення: 1) різновид недоговірних зобов'язань; 2) порядок укладення договору; 3) конкурсне провадження – відповідне розподілення майна боржника в разі його неплатоспроможності [3, 103-104]. Конкурс як різновид недоговірних зобов'язань регулюється положеннями статей 1150-1157 ЦК України [3, 104].

Конкурс – це комплексний правовий інститут, що є правовою формою організації вирішення наукового, технічного, архітектурного, художнього або іншого завдання за відому винагороду шляхом публічного запрошення невизначеного числа виконавців, причому засновник конкурсу у випадку виконання зобов'язань по виплаті винагороди з дотриманням авторських майнових і немайнових прав переможця конкурсу отримує право на використання найкращого результату [4, 29].

Конкурс лише тоді здатен виконувати стимулюючу функцію, коли кожен, хто побажає в ньому бути учасником, упевнений, що затрачені трудові та творчі зусилля не пропадуть даром, а будуть оцінені й винагородженні в точній відповідності з досягненнями виконаної роботи і умовами об'явленого конкурсу. На цьому і ґрунтується цивільно-правове регулювання пов'язаних з конкурсом відносин [2, 783-784].

З одного боку, юридична природа конкурсу характеризує його в цивільному праві як умовний односторонній правочин, а з іншого - окремі автори тлумачать оголошення конкурсу як двосторонній правочин.

Своєрідність відносин, що формуються при конкурсі, полягає в тому, що його учасники здійснюють при вирішенні визначеного в умовах конкурсу завдання особливу діяльність. Для виконання умов конкурсу необхідна інтелектуальна, творча діяльність людини. Творча діяльність людей сама по собі є юридичним фактом, який породжує правовідношення інтелектуальної власності. [5, 227].

Аналіз особливостей конкурсу дає підстави стверджувати, що його правова природа обумовлює наявність чотирьох обов'язкових елементів, стадій:

по-перше, оголошення конкурсу, тобто вчинення одностороннього правочину під відкладальною умовою;

по-друге, виконання завдання учасником конкурсу і пред'явлення результату праці засновнику конкурсу;

по-третє, прийняття засновником від учасника конкурсу роботи і передання її на оцінювання журі; оцінка робіт, які надійшли на конкурс і визначення переможця. Ці рішення засновника конкурсу й журі мають адміністративно-правовий характер.

По-четверте, вчинення правочину, за яким переможцю конкурсу виплачується винагорода, а до засновника конкурсу переходить право власності на представлену роботу як на матеріальний предмет, в якому втілений продукт духовної (інтелектуальної) творчості, і частина авторських правомочностей майнового характеру в обсязі, передбаченому умовами конкурсу.

З викладеного слідує висновок про те, що тлумачення конкурсу як одностороннього правочину не відповідає дійсній правовій природі цього феномена. В цивільному праві конкурс слід визначати як складний правовий інститут, причому в якості головної риси цього

правового інституту необхідно розглядати не характер організації конкурсу, а мету, на досягнення якої його спрямовано і яка здійснюється в результаті конкурсу. [4, 28-29]

***Використані джерела*:**

1. *Великий енциклопедичний юридичний словник. За ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка – К., 2007. – 992 с.*
2. *Иоффе О.С. Обязательственное право. М. 1975. – 880 с.*
3. *Ігнатенко В.М. Публічна обіцянка винагороди за результатами конкурсу // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – Випуск 6. – 2003. – С. 103-104.*
4. *Смирнов В.Н. Конкурс в советском гражданском праве. Ленинград, 1964. – 75 с.*
5. *Юрченко А.К. Объект изобретательского права. Очерки по гражданскому праву. Изд. ЛГУ, 1957. – 227 с.*

Цюра В.В.
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ПРИНЦИПИ ІНСТИТУТУ ПРЕДСТАВНИЦТВА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

З прийняттям Цивільного кодексу України норми про представництво посіли самостійне місце в системі правового регулювання особистих немайнових та майнових відносин. Так, на сьогодні дані відносини регулюються главою 17 ЦК України, де у тринадцяти статтях зібрані основні, базові положення про представництво.

Потрібно сказати, що на сьогодні представництво опосередковує доволі значну сферу суспільних відносин. В силу спеціалізації сфери суспільного виробництва виникає безліч видів відносин, де суб'єкт не має змоги (часу, можливостей, засобів, матеріальних ресурсів) для того, аби особисто діяти у своєму інтересі і задовольняти потреби. А тому низка суб'єктів цивільного обороту надають перевагу діяти через представника. Тим самим фактично має місце юридична заміна особи. Правильно відзначав проф. Гордон, що «поняття про юридичну заміну особи складає основну, фундаментальну ідею представництва» [1, 7].

Разом з тим на сьогодні питання постає в іншому: на скільки норми про представництво можуть бути об'єднанні в рамках інституту права. Вбачається, що природа та особливості правового інституту можуть бути правильно кваліфіковані в тому випадку, якщо виходити з того, що інститут це така спільність відносно однорідних норм, які у свою чергу можуть бути елементом наступної структурної частини системи права — галузі (підгалузі). Вбачається, правовий інститут це перша складова галузі і його особливість полягає у тому, що в рамках окреслених предметом правові норми групуються не хаотично, а за їх юридичним змістом, який визначається змістом конкретних суспільних відносин. Вбачається, що представництво та його види як раз і складають відносну самостійну групу норм, які охоплюють регулювання специфічної сфери суспільних відносин в якій суб'єкти цивільного обороту з метою задоволення власних потреб та інтересів використовують юридичну конструкцію «вчинення дій від імені та в інтересах». Інститут представництва забезпечує самостійний регулятивний вплив на певні суспільні відносини, в рамках яких одна особа, представник, сприяє іншій особі, інтереси якої він представляє у набутті та здійсненні суб'єктивних цивільних прав і обов'язків у відносинах з третіми особами.

При цьому потрібно сказати, що система правових норм які регулюють відносини представництва створена об'єктивно в силу необхідності адекватного регулювання суспільних відносин, а тому це не є штучно створений комплекс норм, призначений для

регулювання абстрактних відносин. Крім, цього з точки зору свого місця та функціонального навантаження представництво є загальним інститутом цивільного права в якому відображається механізм правового регулювання майнових та особистих немайнових відносин з допомогою притаманних даному інституту інструментів.

Таким чином, підсумовуючи сказане варто відмітити, що інститут представництва в об'єктивному розумінні варто розглядати як систему правових норм, які регулюють відносини за якими одна особа (представник), в силу наданих їй правомочностей здійснює юридично значимі дії перед третіми особами від імені та в інтересах особи, яку вона представляє створюючи, змінюючи чи припиняючи для неї права та обов'язки.

Слід сказати, що в основі правового регулювання відносин представництва лежать основні, керівні начала — принципи, які є вихідними в системі правового регулювання відносин представництва. Сюди перш за все належать загальні засади цивільного законодавства: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя, неприпустимість позбавлення права власності, свобода договору, свобода підприємницької діяльності, судовий захист цивільних прав та інтересів, а також справедливість, добросовісність та розумність.

Разом з тим, аналіз положень законодавства яке регулює відносини представництва дозволяє також виділити і основні положення які мають інституційне значення і виконують системо утворюючу функцію. З урахуванням соціально-економічного та юридичного значення представництва, можна виділити такі принципи: принцип фідуціарності відносин представництва, принцип конфіденційності та принцип недопустимості здійснення дій які за своїм характером можуть бути вчиненні тільки особисто.

Принцип довірительного характеру закріплений у ст. 240 ЦК України, в силу положень якої представник зобов'язаний вчиняти дії за наданими йому правомочностями особисто. При цьому, хоча передоручення фактично і допускається, однак для його здійснення має бути витримано механізм встановлений для передоручення. У разі коли порядок передоручення не дотримано первинний представник відповідає за дії замісника як за свої власні. Остання теза є прямим наслідком дії принципу фідуціарності.

Принцип конфіденційності передбачає, що уся інформація яка стала відомою у процесі вчинення дій від імені особи має бути збережена у таємниці та не може бути поширена серед інших осіб.

Щодо неможливості вчинення дій які можуть бути вчинені тільки особисто особою, даний принцип не має виключень і зафіксований у ч. 2 ст. 237 ЦК України.

Таким чином, підсумовуючи сказане, варто відмітити, що представництво як інститут цивільного права наділений єдністю регулятивних функції та має у своєму розпорядженні специфічні інструменти правового регулювання, які підпорядковані принципам фідуціарності, конфіденційності та нездійснення дій, які за своїм змістом можуть вчинятися тільки особисто.

Використані джерела:

1. *Представительство в гражданском праве / Гордон А. — СПб.: Тип. Шредера, 1879. — 447 с.*

Черновалюк Юлія Юріївна
аспірантка Одеської національної юридичної академії,
Одеса, Україна

НЕДОЛІКИ ВИХОВАННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ ТА ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ В УМОВАХ ІНТЕРНАТНИХ УСТАНОВ

За останні десять років в Україні збільшилася кількість дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Переважна кількість цих дітей влаштовані в інтернатні заклади. Проте, доведеним є той факт, що первинним у системі опіки над дитиною повинна бути сімейна форма, адже недоліки виховання дітей в інтернатних установах важко перебільшити.

Особливості виховання дітей, позбавлених батьківського піклування, в умовах школи-інтернату вивчали Я.О.Гошовський, Л.С.Дробот, Б.С.Кобзар, І.В. Пєша, В.С.Яковенко.

Мета статті полягає у тому, щоб базуючись на комплексному вивченні та аналізі наукової літератури й практики виховання дітей в інтернатних установах, висвітлити проблемні питання, наслідки та недоліки такого виховання.

Фахівці відмічають, що діти, які утримуються у державних дитячих інтернатних закладах, істотно відрізняються від дітей, які ростуть у сім'ї. Так, імперичні реакції, що формуються у перші дні життя дитини, задовго до того як дитина навчиться відрізняти себе від інших, за відсутності сімейного оточення залишаються нерозвиненими, що впливає в майбутньому на самооцінку. Відсутність у дитинстві досвіду життя в сім'ї негативно впливає на особисті якості людини, її характер.

Навіть у найкращих дитячих будинках та інтернатах у дітей спостерігається не просто відставання у розвитку особистості, а інтенсивно формуються принципово нові риси, що допомагають пристосовуватись до життя в інтернатному закладі. Дитина за час виховання у дитячих закладах перебуває у кількох установах (будинок дитини, дошкільний дитячий будинок, школа-інтернат), що є важким емоціональним навантаженням, пов'язаним із зміною звичних умов життя, постійним пристосуванням до нових умов дитячого колективу та вимог вихователів. У дітей через зміну закладів виховання не сформоване почуття «рідного дому» [1, с.72, 95].

Дослідження підтверджують, що діти, які живуть поза рідною сім'єю, мають уповільнений розвиток, розсіяну увагу, слабку волю, вони відрізняються інертністю, схильні до правопорушень і хуліганства, мають проблеми зі станом здоров'я [2, с.37].

Результати комплексної оцінки стану здоров'я вихованців інтернатних закладів показали, що серед них практично відсутні здорові діти та підлітки з нормальним розвитком та рівнем функціонування організму, деякі мають мають функціональні відхилення, хронічні захворювання та тяжкі порушення психоневрологічної сфери. Спостерігається дисгармонійність фізичного розвитку, низький (нижчий за середній) зріст, порушення постави, залишкові прояви рахіту (деформація кісток черепа та грудної клітини).

Широко розповсюджені розлади психоневрологічної сфери, а також загальна соматична слабкість організму. Кожна 3-5-та дитина страждає на енурез або іншим проявом неврозу. У підлітків спостерігається патохарактерологічне формуваня особистості, а також астеноневротичні стани [3, с.5].

Вихованці і випускники інтернатних установ мають складну соціально-психологічну характеристику. У них існує комунікативна проблема, відсутність навиків спілкування з іншими людьми, невпевненість, комплекс неповноцінності, відчуття соціальної відчуженості; недостатній прояв позитивних соціально-ролевих орієнтирів, підвищена агресивність, нехтування собою як особистістю; проблеми адаптації до нового середовища [1, с.106].

Здійснення опіки в державній установі ускладнюється: недостатнім фінансуванням; перевантаженістю інтернатів; переважно жіночим складом вчителів і вихователів.

На даний момент у державних закладах піклування широко розповсюдженні наступні явища: жорстоке поводження з дітьми (фізичне, психологічне, емоційне тощо), крадіжки, дитяча проституція, зловживання алкоголем і наркотиками та інше.

Отже, існуюча інтернатна система не вирішує проблем сучасних дітей, позбавлених батьківського піклування, і не задовольняє їх природну потребу у фізичному та емоційному благополуччі. Для гармонійного розвитку дитини необхідне сімейне оточення. Адже саме у сім'ї започатковуються світогляд, морально-естетичні ідеали і смаки, норми поведінки, трудові навички, ціннісні орієнтації дитини, тобто те, що згодом становитиме її сутність як особистості.

Насамперед сім'я забезпечує: природність процесу виховання; емоційний контакт дитини з дорослими членами родини, який ґрунтується на довірі; виховання в такому мікросередовищі, яке найповніше відповідає вимозі поступового залучення дитини до соціального життя; тривалість виховного впливу батьків; інтегративний характер виховання; індивідуальний підхід до кожної дитини; взаємозацікавленість у стосунках; контроль за негативними проявами серед дітей, за негативними впливами на них як внутрішніх, так і зовнішніх факторів – однолітків, засобів масової інформації, мистецтва, молодіжної субкультури тощо [4, с.40].

Виховання дитини в сімейному середовищі завжди має бути пріоритетним, адже жоден, навіть найкращий, притулок чи інтернат не можуть замінити дитині маму й тата, їх турботу та сімейне оточення. Тому сучасна система опіки над дітьми-сиротами повинна поєднувати два напрями: реорганізацію інтернатних установ та розвиток форм сімейної опіки.

Отже, не заперечуючи досвіду, досягнутого у справі удосконалення утримання та виховання дітей в інтернатних закладах, необхідно усвідомити, врахувати традиції українського народу щодо обездолених дітей, звернутися до зарубіжних здобутків, зважаючи при цьому на особливості нашого суспільства, держави і надати перевагу сімейним формам утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування.

***Використані джерела*:**

1. *Державна доповідь про становище дітей в Україні за підсумками 2002 року. – К.: Державний ін-т проблем сім'ї та молоді, 2003. – 232 с.*
2. *Хованец В. Обретение надежды: Пер. с словацкого. – М.: Педагогика, 1988. – 176 с.*
3. *Прихожан А.М., Толстых Н.Н. Дети без семьи: (Детский дом: заботі и тревоги общества). – М.: Педагогика, 1990. – 160 с.*
4. *Пєша І.В., Комарова Н.М. Інформованість громадян України щодо причин та наслідків соціального сирітства // Український соціум. – 2004. – № 2 (4). – С. 40-51.*

Черногоренко Ілля Леонідович
студент 2-го курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНОГО ОБОРОТУ, ТОВАРІВ ТА ПОСЛУГ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

В умовах розвитку ринкових відносин та підприємницької діяльності, посилення конкурентної боротьби між суб'єктами господарювання, значно зростає значення ідентифікуючих позначень – засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг(далі засобів індивідуалізації) – нематеріальних активів підприємства, які слугують для того, щоб відрізняти товари одного виробника від аналогічних товарів іншого, з метою виникнення у споживача асоціації, яка пов'язана з рівнем якості послуг чи товарів конкретного виробника.

Режим правової охорони засобів індивідуалізації є вкрай важливим елементом у процесі виробництва та реалізації товарів та послуг, тому виникає необхідність розробки та впровадження адекватних правових механізмів регулювання відносин, пов'язаних з використанням та надійною охороною у даній сфері[6]. Питання правової охорони засобів індивідуалізації висвітлювали у своїх працях О.А. Підопригора, І.Ю. Кожарська, Г.О. Андрощук, в останні роки захищались дисертаційні роботи: О.М.Мельник «Проблеми правової охорони знаків для товарів і послуг в Україні»; Т.С.Демченко «Проблеми гармонізації законодавства України про товарні знаки з міжнародно-правовими нормами». Першими нормативними актами, що врегульовували відповідні відносини були: Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» , безумовно, з прийняттям нового ЦК та ГК, цивільно-правове регулювання відповідного інституту вдосконалилось. Водночас існують деякі суперечності та проблеми режиму правової охорони засобів індивідуалізації, що спричинені незбалансованістю національного законодавства; проблемами гармонізації законодавства України з міжнародно-правовими нормами. Метою даної наукової роботи є: 1)виявлення проблем, суперечностей та прогалин у національному законодавстві; 2) розробка пропозицій щодо удосконалення відповідних положень законодавства.

У ЦКУ зазначено три основних види засобів індивідуалізації: 1) комерційне найменування(глава 43); 2)торгівельна марка(глава 44); 3) географічне зазначення(глава 45). В процесі дослідження природи комерційного найменування, виникає проблема співвідношення комерційного найменування та найменування юридичної особи. ЦК УРСР 1963р. не розрізняв ці два поняття, натомість існувало єдине поняття «фирменное наименование юридического лица» Аналіз норм глави 43 ЦКУ дає підстави зробити наступні висновки: 1) комерційне найменування – це «псевдонім» суб'єкта підприємницької діяльності чи іншого суб'єкта господарювання, який переважно слугує для індивідуалізації відповідного бізнесу, а не для індивідуалізації безпосередньо юридичної особи;2) реєстрація комерційного найменування на відміну від реєстрації найменування юридичної особи не є обов'язковою. Відповідно до вищезазначеного, слід зробити загальний висновок : комерційне найменування – не є найменуванням юридичної особи.

Інша проблема, що виникає у процесі функціонування комерційного найменування пов'язана із визначенням кола суб'єктів, які мають право використовувати відповідний засіб індивідуалізації. Відповідно до ч.1 ст.159 ГКУ суб'єкт господарювання – юридична особа чи фізична особа-підприємець мають право на комерційне найменування. На відміну від ЦК, положення ГК значно розширюють коло суб'єктів, які мають право на комерційне найменування. До них відносяться будь-які суб'єкти господарювання – юридичні особи(ця категорія охоплює всі види юридичний осіб). Таким чином, відповідно до ГК, право на комерційне найменування можуть мати навіть некомерційні юридичні особи. На нашу думку, безумовно, суб'єктами права на комерційні найменування мають бути лише юридичні особи, які займаються підприємницькою діяльністю. Індивідуалізація інших суб'єктів господарювання має здійснюватись на основі їх офіційного найменування (найменування юридичною особи). Відповідне вирішення зазначеної проблеми слід закріпити на законодавчому рівні шляхом внесення змін до відповідних норм ГК та шляхом прийняття спеціального закону про комерційні найменування.

Функціонування такого засобу індивідуалізації, як торгівельна марка зумовило виникнення колізії між правом на торгівельну марку та правом на промисловий зразок. Аналізуючи ч.1 ст.492 ЦКУ можна зробити висновок, що торгівельною маркою можуть бути будь-яке позначення або комбінація позначень…зокрема слова, зображення, цифри зображувальні елементи, які забезпечують ідентифікацію товару, але не відіграють домінуючої ролі в оформленні промислового виробу. Об'єктом промислового зразка може бути форма, розфарбування чи комбінація кольорів, що визначає зовнішній вигляд виробу. Очевидна прогалина національного законодавства полягає у відсутності чіткої заборони на

реєстрацію як торгівельної марки, позначень, що визначають зовнішній вигляд промислового виробу.

Третім видом засобів індивідуалізації є географічне зазначення. Прогалини правового режиму даного засобу полягають у наступному: 1) відповідно до національного законодавства географічним зазначенням, що стали видовими назвами товарів правова охорона не надається; 2) в українському законодавстві відсутні положення щодо специфікації (перелік особливих якостей та специфічних особливостей товарів, обумовлених географічним середовищем місця їх походження) багатьох видів товарів а також щодо можливості зміни специфікації. Також актуальною проблемою цивільно-правового регулювання засобів індивідуалізації є режим співіснування географічного зазначення та торгівельної марки і полягає проблема в тому, що законодавцем закріплено право на реєстрацію географічного зазначення, незалежно від наявності аналогічної торгівельної марки, водночас реєстрація аналогічного географічного зазначення не веде до анулювання реєстрації торгівельної марки. Логічним вирішенням цієї законодавчої колізії є нормативне закріплення положення про те, що реєстрація торгівельних марок, які є аналогічними або схожими на загальновідомі географічні зазначення, має бути анульована.

***Використані джерела*:**

1. *Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р.*
2. *Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16 грудня 1999 р.*
3. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. / За ред. розробників Цивільного кодексу України. – К.: Істина. – 928 с.*
4. *Кодинець А.О. Засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у цивільному праві України : автореферат канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. - К., 2006*
5. *Кибенко Е. Что в имени тебе моем... Коммерческое наименование: старое название – новое содержание. / Юридическая практика. - 2004. - №9. – С.8-9.*
6. *Демченко Т.С. Проблеми гармонізації законодавства України про товарні знаки з міжнародно - правовими нормами: автореферат... канд. юрид. наук: 12.00.03.*
7. *Рассомахіна О.А. Поняття торговельної марки та її співвідношення із суміжними категоріями // Форум права. -2007*

Черняк Олена Юріївна

молодший науковий співробітник Подільської лабораторії
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ ОБОВ'ЯЗКІВ СПОЖИВАЧА

Конституція України [1], вітчизняне законодавство у сфері захисту прав споживачів відповідно до норм та стандартів Європейського Союзу регулюють відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та продавцями (виробниками, виконавцями) різних форм власності, встановлює права споживачів, а також визначає механізм їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів.

У суспільстві лише єдність, взаємодія прав і обов'язків забезпечує справжню свободу особи. Тому одним із основних елементів спеціального цивільно-правового статусу споживачів є їх обов'язки.

За своїм змістом обов'язок є прямо протилежним суб'єктивному праву, оскільки суб'єктивне право покликане задовольнити інтерес його носія — уповноваженої особи, а обов'язок, навпроти, так чи інакше, обтяжує свого носія — зобов'язаної особи. Здійснення суб'єктивного права гарантується державою, тобто держава може прийти на допомогу до

уповноваженої особи, а стосовно зобов'язаної особи держава за наявності необхідних основ може застосувати примусові міри [2].

Передчасно стверджувати, що в Україні створені всі передумови для належно регулювання цивільних відносин у сфері захисту прав споживачів. Купівельна здатність більшості споживачів доки не дозволяє відмовитися від дешевих товарів сумнівної якості, що обумовлює відповідну пропозиція на ринку. В той же час безпідставно, на нашу думку, стверджувати про безправність вітчизняних споживачів, бо законодавчий блок в даній сфері розроблений досить, щоб споживач зміг захистити свої права, а контролюючі органи — перевірити і притягнути до відповідальності осіб, що винні у порушенні цих прав. Більш того, останнім часом в підприємницькому середовищі велику популярність завоювала тема «захисту від споживача», а саме від тих з них, які зловживають правами споживача, зважаючи на своє недобросовісне використання правових гарантій, що надані їм законодавством.

Тому нова редакція Закону «Про захист прав споживачів» [3] вперше виокремила поряд із правами споживачів і загальних перелік їх обов'язків (п. 3 ст. 4 Закону). Така необхідність, на нашу думку, зумовлена метою зменшення кількості зловживань своїми правами з боку споживачів.

Спеціальні обов'язки споживача, що є елементом спеціального цивільно-правового статусу споживача, ми можемо визначити як соціально-обумовлену і гарантовану необхідну можливість поведінки споживача, межі якої визначені відповідними нормами об'єктивного права, з метою використання певних благ для задоволення особистих потреб безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

На думку деяких практиків та правозахисних організацій у сфері захисту прав споживачів, завдяки новому Закону, споживач в Україні став менш захищеним перед суб'єктами недобросовісного бізнесу, обмеженим у своїх правах на якісну та безпечну продукцію. Нова редакція Закону є фактично дискримінаційною по відношенню до споживача, суттєво звужує його права. Вперше в історії конс'юмеризму в законі, що захищає права споживачів, закріплені обов'язки споживача, що суперечить основним принципам європейського законодавства [4].

Таке твердження ми вважаємо не досить правильним, оскільки у законодавстві ЄС переважно містяться норми, що виокремлюють обов'язки споживача в тій чи іншій сфері. До найбільш поширених обов'язків можна віднести такі: а) обов'язки по своєчасній сплаті за усіма рахунками; б) обов'язки у сфері охорони навколишнього середовища; в) обов'язки щодо прояву правосвідомості (обов'язком споживача є вияв уваги та перевірка строку служби певної продукції); г) обов'язки щодо дій (споживач повинен забезпечувати усіма можливими для нього засобами справедливе укладення договорів для себе та для інших споживачів) [5].

Отже, на нашу думку, категорично відкидати існування обов'язків у споживача і говорити про те, що це буде обмежувати його права та виходити за межі регулювання, визначеного Європейським законодавством у сфері захисту прав споживачів є неприйнятним.

У п. 3 ст. 4 «Обов'язки споживача» зазначено, що споживач зобов'язаний: перед початком експлуатації товару уважно ознайомитися з правилами експлуатації, а за необхідності отримання додаткових роз'яснень умов та правил використання товарів звернутися до продавця (виробника, виконавця) чи до іншої особи, зазначеної в експлуатаційній документації; використовувати товар за цільовим призначенням і дотримуватися правил, установлених в експлуатаційній документації; застосовувати передбачені виробником засоби, а в разі відсутності таких правил у документації — дотримуватися загальновстановлених заходів безпеки, передбачених для товарів такого роду.

Як вірно зазначає М. Ю. Челишев, споживач має й інші обов'язки, що обумовлені характером укладеного договору і передбачені в законодавстві [6], наприклад: обов'язок

повернути товар (результат роботи, послуги, якщо це можливо за їх характером) продавцеві (виконавцеві) при розірванні договору внаслідок порушення права споживача на інформацію; довести, що недоліки товару (результату роботи, послуги) виникли до передачі його споживачеві (прийняття споживачем) або з причин, що виникли до цього моменту; доплатити різницю в цінах при заміні товару неналежної якості на такий же товар іншої марки, моделі, артикулу та ін.

На нашу думку, класифікацію ми можемо застосувати таку класифікацію обов'язків споживача ми можемо відобразити таким чином:

а) загальні обов'язки споживача: обов'язок підтвердити наявність договірних відносин із виробником (продавцем), виконавцем; обов'язок ознайомлення із правилами експлуатації продукції до початку її використання; обов'язок використовувати товар за цільовим призначенням і дотримуватися правил, установлених в експлуатаційній документації; обов'язок застосовувати передбачені виробником засоби безпеки, передбачені для продукції такого роду.

б) спеціальні обов'язки: обов'язки споживача при купівлі товарів; обов'язки споживача при виконання робіт, наданні послуг.

Отже, слід визначити, що класифікація обов'язків споживача, як елементу спеціального правового статусу споживача, дозволить приділити більш глибоку уваги дослідженню питань, пов'язаних із введенням в законодавство такого поняття як «обов'язок споживача» та допоможе сформулювати певні пропозиції в аспекті адаптації цивільного законодавства України до законодавства Європейського Союзу у сфері захисту прав споживачів.

Використані джерела:

1. Конституція України від 28. 06. 1996 р. // ВВР. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Иоффе О. С. Советское гражданское право. — М.: Юрид. лит., 1967. — С. 89.

3. Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 р. у редакції Закону України від 01.12.2005 р. // ВВР. — 2006. — № 7. — Ст. 84.

3. Громадське звернення учасників Круглого столу «Кого захищає новий Закон України «Про захист прав споживачів»? Київ, 15 березня 2006 року [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://ecolabel.org.ua/index.php?id=327&start=24

4. Rights & obligations of consumers of communication services [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://www.tcra.go.tz/customer/ConsumerRights.pdf

5. Комментарий к Закону РФ «О защите прав потребителей»: Постатейный / Под общ. ред. М. Ю. Челышева. — М.: Юрайт-М, 2002. — С. 15.

Чорна Жанна Леонтіївна
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу,
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДОСТРОКОВЕ РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ ДЕРЖАВНОГО І КОМУНАЛЬНОГО МАЙНА

Відповідно до ч.3 ст. 26 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1] договір оренди може бути розірвано за погодженням сторін. На вимогу однієї із сторін договір оренди може бути достроково розірвано за рішенням суду у разі невиконання сторонами своїх зобов'язань та з інших підстав, передбачених законодавчими актами України.

Що стосується дострокового розірвання договору оренди на вимогу однієї із сторін, то згідно з Декретом Кабінету Міністрів України від 11.01.1993 «Про впорядкування

використання адміністративних будинків і не житлових приміщень, що перебувають у державній власності» [2] договори найму (оренди) з користувачами будівель будинків і приміщень, що є в державній власності та належать підприємствам, установам, організаціям на праві повного господарського відання або оперативного управління, вважаються розірваними з моменту прийняття Кабінетом Міністрів України рішення про розміщення в них центральних державних органів, дипломатичних представництв і консульств іноземних держав.

Крім того, виникає логічне запитання, яким чином діяти у ситуації, коли майно, яке передане в оренду, і щодо якого не закінчився ще строк оренди, надається в оренду іншому орендареві. На наш погляд, якщо попередній орендар не буде проти, тут теж буде мати місце дострокове розірвання договору оренди, але з відшкодуванням завданих збитків. Якщо ж така згода буде відсутня – то відповідно наступний договір оренди буде визнаватися недійсним. При цьому, звичайно, слід використовувати норми ст.188 Господарського кодексу України [3].

Практично у всіх договорах оренди не житлових приміщень, що належать до комунальної власності вказується, що несплата протягом трьох місяців орендної плати строку платежу є підставою для дострокового розірвання договору оренди на вимогу орендодавця. При цьому з орендаря стягується заборгована сума орендної плати з урахуванням пені в розмірі подвійної облікової ставки Нацбанку України за кожен день прострочення. Тобто, сторонами використовується норма, яка міститься у ст. 782 Цивільного кодексу України [4]. Відповідно моментом припинення договору з цієї причини є отримання наймачем від наймодавця повідомлення про відмову останнього від договору.

Крім цього, якщо ми проаналізуємо ст.115 Господарського кодексу України, в якій говориться, що у випадку створення орендного підприємства орендарем цілісного майнового комплексу існуючого державного чи комунального підприємства чи майнового комплексу виробничого структурного підрозділу цього підприємства є юридична особа, утворена членами трудового колективу підприємства чи його підрозділу, майновий комплекс якого є об'єктом оренди. Отже, орендарем є організація членів трудового колективу, зареєстрована, як юридична особа і вона має переважне право на укладення договору оренди майна того підприємства, де створено цю організацію. Разом з тим, у ч.2 ст.8 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» мова йде про створення господарського товариства, яке відбувається за згодою членів трудового колективу підприємства, його структурного підрозділу, після прийняття рішення про оренду цілісного майнового комплексу. І відповідно до ч.4 ст.8 Господарського кодексу України – таке господарське товариство має переважне перед іншими фізичними та юридичними особами право на укладення договору оренди майна того підприємства, структурного підрозділу, де створене це товариство. А, що стосується господарських товариств, то організація членів трудового колективу, як відомо до них не входить. Враховуючи викладене, вважаємо за необхідне внести необхідні зміни до Закону України «Про оренду державного і комунального майна».

Також, враховуючи загальні положення ст. 783 Цивільного кодексу України наймодавець має право достроково розірвати договір оренди, якщо:

1. наймач користується річчю всупереч договору або призначенню речі;
2. наймач без дозволу наймодавця передав річ у користування іншій особі;
3. наймач своєю недбалою поведінкою створює загрозу пошкодження речі;
4. наймач не приступив до проведення капітального ремонту, якщо обов'язок проведення ремонту був покладений на наймача.
5. наймодавець передав у користування річ, якість якої не відповідає умовам договору та призначенню речі;
6. наймодавець не виконує свого обов'язку щодо проведення капітального ремонту речі.

***Використані джерела*:**

1. *Про оренду державного і комунального майна: Закон України від 10.04.1992 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст.416*

2. *Про впорядкування використання адміністративних будинків і не житлових приміщень, що перебувають у державній власності: Декрет Кабінету Міністрів України від 11.01.1993 // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – №12. – Ст.108*
3. *Господарський кодекс України від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №18, № 19-20, № 21-22. – Ст.144*
4. *Цивільний кодексу України від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст.356*

Чугунов Пётр Вальерьевич
юрист,
Российская Федерация

НАСЛЕДСТВЕННЫЕ ПРАВА НЕТРУДОСПОСОБНЫХ ИЖДИВЕНЦЕВ

Нетрудоспособные иждивенцы умершего составляют в российском наследственном праве особую категорию наследников по закону (ст. 1148 ГК РФ) [1].

Впервые институт обеспечения нуждающихся нетрудоспособных лиц за счет имущества, принадлежавшего умершему, появился в отечественном праве с принятием Декрета 1918 г. «Об отмене наследования». В соответствии со ст. 418 ГК РСФСР 1922 г. к числу наследников по закону были отнесены прямые нисходящие (дети, внуки и правнуки) и переживший супруг умершего, а также «нетрудоспособные и неимущие лица, фактически находившиеся на полном иждивении умершего не менее одного года до его смерти». При расширении в 1945 г. круга законных наследников (за счет родителей, братьев и сестер наследодателя) и введении очередности призвания их к наследованию в первую очередь наследников были включены «нетрудоспособные, состоявшие на иждивении умершего не менее одного года до его смерти» (ч. 1 ст. 418 ГК в ред. 1945 г.). Основы гражданского законодательства СССР и республик 1961 г. (ч. 4 ст. 118) и ГК РСФСР 1964 г. (ч. 3 ст. 532) к числу наследников по закону отнесли «нетрудоспособных лиц, состоявших на иждивении умершего не менее одного года до его смерти», установив, что «при наличии других наследников они наследуют наравне с наследниками той очереди, которая призывается к наследованию». В литературе указанный порядок наследования нетрудоспособных иждивенцев определялся как наследование «скользящей» [2, с. 63] или «плавающей» [3, с. 129] очереди.

Таким образом, начиная с ГК РСФСР 1922 г., признаки нетрудоспособности и нуждаемости применялись не для ограничения круга законных наследников (как это предусматривалось Декретом 1918 г.), а для его расширения, распространяясь не только на кровных родственников (за исключением непосредственно названных в законе прямых нисходящих, а позднее восходящих и боковых, наследовавших исключительно в силу родства), но и на совершенно посторонних лиц. При этом наряду с социально-обеспечительной функцией наследования иждивенцев доктрина признавала и другие основания, оправдывавшие существование этого института. М.В. Гордон, в частности, относил иждивенцев, не находившихся с наследодателем в формальном родстве, к семье наследодателя [2, с. 23]. Позиция М.В. Гордона давала основание рассматривать законное наследование иждивенцев не только как меру социальной защиты, но и как средство восполнения воли наследодателя, так что было бы разумно предположить, что, не оставив завещания, наследодатель имел намерение обеспечить наиболее близких лиц, составлявших его семью, связанных с ним, по существу, семейными отношениями. В современной литературе М. В. Телюкина прямо говорит о том, что наследственный статус нетрудоспособных иждивенцев определяется тем, что «поскольку наследодатель их содержал при жизни, то можно предположить, что при составлении завещания он оставил бы

им что-либо после смерти»; закон, таким образом, «пытается как бы предположить и восполнить направленность воли наследодателя в отношении иждивенцев» [4].

В таком виде условия призвания к наследованию нетрудоспособных иждивенцев действовали до 2002 года, хотя в строгом смысле слова нетрудоспособные иждивенцы наследодателя не составляют группы лиц, устраняющих от наследования иных близких наследодателя – очереди в строгом смысле слова [5, с. 79].

Ныне действующий ГК РФ установил различные условия наследования нетрудоспособными иждивенцами в зависимости от того, входят ли таковые в число лиц, относящихся к наследникам по закону второй-седьмой очередей или не входят. В первом случае иждивенцы, не входящие в ту очередь, которая призывается к наследованию, должны отвечать тем же условиям, что в ГК РСФСР 1964 г., т.е. быть нетрудоспособными ко дню открытия наследства и находиться на иждивении наследодателя не менее года до его смерти (п. 1 ст. 1148 ГК РФ). Во втором случае иждивенцы, не входящие ни в одну из установленных законом семи очередей, для призвания к наследованию должны, помимо нетрудоспособности и нахождения на иждивении наследодателя в течение года, еще и проживать совместно с наследодателем (п. 2 ст. 1148 ГК РФ). Следовательно, даже при отсутствии каких-либо иных законных наследников, иждивенец, не проживавший с наследодателем в течение года до открытия наследства, не сможет претендовать на наследственное имущество, которое в качестве выморочного перейдет к указанным в законе субъектам. В обоих случаях нетрудоспособные иждивенцы наследуют «вместе и наравне с наследниками той очереди, которая призывается к наследованию», причем во втором случае, при отсутствии других наследников по закону, нетрудоспособные иждивенцы наследуют самостоятельно в качестве наследников восьмой очереди (п. 3 ст. 1148 ГК РФ). Итак, каковы же условия призвания к наследованию данной категории лиц?

Прежде всего, закон говорит о том, что наследник должен быть нетрудоспособен ко дню открытия наследства. Критерии признания лица нетрудоспособным и имеющим права на получение соответствующего вида государственного вспомоществования установлены законодательством о социальном обеспечении – в частности, законами «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ [6], «О государственном пенсионном обеспечении» от 15 декабря 2001 г. № 166-ФЗ [7]. Как отмечается в литературе, нотариальная и судебная практика исходят из того, что к не трудоспособным следует относить: женщин, достигших 55 лет, и мужчин — 60 лет; инвалидов I, II и III групп независимо от того, назначена ли названным лицам пенсия по старости или инвалидности (при этом лица, ушедшие на пенсию на льготных основаниях в связи с тяжелыми условиями труда, в круг наследников как нетрудоспособные не включаются); лиц, не достигших 16 лет, а учащихся — 18 лет [8, с. 348].

Что касается иждивения, то здесь следует учитывать, что состояние (нахождение) на иждивении может иметь место тогда, когда помощь наследодателя являлась основным источником существования нетрудоспособного лица, как установлено, в частности, в п. 3 ст. 9 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации». Если даже нетрудоспособный получал пенсию, но она была недостаточна для его существования, а помощь наследодателя была регулярной и дополняла пенсию, без чего не мог прожить нетрудоспособный, лицо может быть признано иждивенцем. Отношения иждивения могут возникнуть в разнообразных ситуациях – как при выполнении морального долга перед нетрудоспособным, так и при добровольным или принудительном исполнении алиментных обязательств в его пользу.

По нашему мнению, установить в нотариальном порядке факт нахождения лица на иждивении умершего будет достаточно затруднительно, так как сложно раз и навсегда очертить круг тех доказательств, которые в любом случае с достоверностью подтверждали бы данное обстоятельство, хотя это и не исключает возможность истребования нотариусом от наследника соответствующих документов, подтверждающих статус последнего (справка о назначении пенсии и т.п.). Следовательно, основным механизмом обеспечения реализации

наследственных прав для нетрудоспособных иждивенцев остается судебный порядок подтверждения их статуса.

Целесообразность дифференциации нетрудоспособных иждивенцев умершего на группы не получила в литературе однозначной оценки. Например, против введения критерия совместного проживания последовательно высказывается Б.Л. Хаскельберг [9, с. 23, 24]. Главное его возражение заключается в том, что лишение законом наследственных прав тех иждивенцев, которые не относились к числу законных наследников первой-седьмой очередей и не проживали совместно с наследодателем, не соответствует воле наследодателя, «если бы он хотел и мог ее выразить». Другой контраргумент заключается в необоснованности, по мнению исследователя, с нравственной точки зрения наделения наследственными правами кровных родственников вплоть до пятой степени родства, которые могли и не подозревать о существовании наследодателя, при отказе в признании наследственных прав иждивенцев, хотя и не проживавших с наследодателем, но находившихся на его иждивении.

Противоположной точки зрения придерживается О.Ю. Шилохвост. По его мнению, вряд ли можно считать оправданным ущемление наследственных прав родственников или иных близких лиц, проживавших совместно с наследодателем (что может объясняться стесненными условиями проживания наследодателя), в пользу лиц, с наследодателем не проживавших, хотя бы и получавших от него содержание. Совместное проживание как раз и служит достаточной гарантией против того, чтобы при наличии более близких наследников посторонние лица, не проживавшие с наследодателем, призывались бы к наследованию, умаляя наследственные права тех, кто-либо в качестве родственника, либо в качестве члена семьи проживал с наследодателем. Во всяком случае, совместное проживание должно служить безусловным признаком близости соответствующего лица наследодателю, которая, при условии нахождения этого лица на иждивении наследодателя не менее года до открытия наследства, обеспечивает его призвание к наследованию по закону. Допустив совместное проживание постороннего лица или очень отдаленного родственника, наследодатель уже частично выразил свою волю, и для признания наследственных прав иждивенца эта воля должна быть разумно восполнена, что и закрепляет п. 2 ст. 1148 ГК РФ [10, с. 256].

С вопросом о совместном проживании нетрудоспособного иждивенца с наследодателем как условии предоставления этому иждивенцу наследственных прав в отношении имущества наследодателя связан вопрос о продолжительности такого проживания. Формулировка закона (п. 2 ст. 1148 ГК РФ), в которой условие о годичном сроке грамматически бесспорно связано только с требованием о нахождении на иждивении наследодателя, от которого требование о проживании совместно с наследодателем отделено союзом «и», как справедливо отмечалось в литературе, дает основание для различных толкований как в пользу распространения условия о сроке на проживание с наследодателем, так и против такого распространения [11, с. 96]. Представляется, что для призвания к наследованию нетрудоспособный иждивенец, не входящий в число наследников первой — седьмой очередей, должен по меньшей мере в течение года до открытия наследства не только находиться на иждивении наследодателя, но и проживать совместно с ним.

Кроме того, в законе не решен вопрос о понятии совместного проживания, или, говоря другими словами, не перечислены обстоятельства, которые при необходимости доказывания факта проживания должны быть представлены в его подтверждение. В литературе по этому вопросу высказаны две точки зрения. Первую отстаивает А.Л. Маковский, полагая, что совместное проживание не связано с выполнением каких-либо формальностей, связанных с регистрацией по месту постоянного или временного проживания. Для призвания нетрудоспособного иждивенца к наследованию достаточно фактического его проживания в одном жилом помещении с наследодателем [12, с. 100-101]. Вторая точка зрения принадлежит М. Л. Шелютто, указывающей, что факт совместного проживания иждивенца с наследодателем в течение года должен доказываться документами об их регистрации на протяжении этого срока по одному месту жительства [13, с. 127]. Вторая позиция

представляется правильной, так как отвечает тем же целям, что и требование о сроке совместного проживания. Безусловно, требует разъяснения высшими судебными инстанциями вопрос о том, как следует поступать правоприменителю в тех случаях, когда были предприняты все необходимые для надлежащего оформления проживания шаги, но соответствующая процедура не была завершена по независящим от наследодателя или иждивенца причинам. В этом случае установленное п. 2 ст. 1148 ГК РФ можно было бы считать выполненным, так как имеются бесспорные доказательства не только намерения наследодателя дать иждивенцу временное пристанище, но и проживать совместно с ним с соблюдением всех необходимых для этого формальностей [10, с. 262].

По нашему мнению, формулы, заложенные в ст. 1148 ГК, не могут быть признаны безукоризненными не только по указанным выше соображениям. Данный тезис может быть проиллюстрирован следующими констатациями.

Характеризуя порядок наследования нетрудоспособными иждивенцами, нельзя обойти вниманием одно важное обстоятельство. Одним из негативных практических последствий действия ст. 1148 ГК может стать конкуренция наследственных прав отдаленных родственников, ничего не знавших о наследодателе, и лиц, хотя бы и чужих ему по крови, но не только близко знавших наследодателя, но и получавших от него содержание по крайней мере в течение года. К сожалению, такая ситуация неизбежна во всех случаях, когда основанием законного наследования будут какие-либо иные признаки, кроме близости родства. Вопрос заключается в том, какой степенью разумно ограничивается представление наследодателя о своей родне. И в какой степени такое родство уже не должно приниматься в соображение для наделения родственников наследственными правами. Далее необходимо решить, какой признак семейной и родственной близости должен превалировать при столкновении притязаний на наследство кровных родственников и нетрудоспособных иждивенцев.

Справедливость требует, чтобы наследственные права нетрудоспособных иждивенцев второй группы, т.е. не относящихся к числу кровных родственников наследодателя в достаточных для наследования степенях, дифференцировались в зависимости от того, с кровными родственниками какой степени они призываются к наследованию и делят поровну наследственное имущество наследодателя. Как указывает О.Ю. Шилохвост, при наличии наследников первой-третьей очередей наследственные права нетрудоспособных иждивенцев второй группы вполне разумно и справедливо оговорить теми условиями, которые содержатся сегодня в п. 2 ст. 1148 ГК РФ, т.е. в том числе и совместным проживанием. Что касается наследования нетрудоспособных иждивенцев наравне с наследниками четвертой-седьмой очередей, то, по мнению данного автора, его не следовало бы оговаривать совместным проживанием, или не требовать этого проживания непременно в течение года. Наконец, наследование нетрудоспособных иждивенцев в качестве восьмой очереди (при отсутствии предшествующих семи очередей), возможно, вообще не следует связывать с совместным проживанием, считая достаточным признаком предполагаемой воли наследодателя содержание их не менее года до открытия наследства. При таком подходе, очевидно, удалось бы обеспечить более справедливое и разумное соотношение наследственных прав кровных родственников и посторонних лиц, получавших при жизни наследодателя помощь, составлявшую постоянный и основной источник их существования [10, с. 257-258]. В противном случае может оказаться, что имущество отойдет государству в качестве выморочного даже при наличии лиц, которых наследодатель длительное время содержал, выразив тем самым волю на призвание их к наследованию. В отсутствие более близких наследников нет оснований для применения дополнительного критерия в виде совместного проживания, к которому закон прибегает для ограждения прав кровных родственников от притязаний совершенно посторонних лиц.

Использованные источники:

1. *Собрание законодательства РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.*
2. *Гордон М.В. Наследование по закону и по завещанию. – М.: 1967.*

3. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный) / Отв. ред. Л. П. Ануфриева. – М.: Волтерс Клувер, 2004.*
4. *Телюкина М.В. Комментарий к разделу V Гражданского кодекса Российской Федерации // СПС «Гарант».*
5. *Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс (проблемы теории и практики). – Кишинев: Штиинца, 1973.*
6. *Собрание законодательства РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4920.*
7. *Собрание законодательства РФ. 2001. № 51. Ст. 4831.*
8. *Зайцева Т.И. Нотариальная практика: ответы на вопросы. – М.: Волтерс Клувер, 2007.*
9. *Хаскельберг Б.Л. Л. Наследование по закону нетрудоспособными иждивенцами // Российская юстиция. 2003. № 7.*
10. *Шилохвост О.Ю. Наследование по закону в российском гражданском праве. – М.: НОРМА, 2006.*
11. *Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.В. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья / Под ред. А. П. Сергеева. – М.: 2002.*
12. *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. – М.: Юристъ, 2003.*
13. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Под ред. Н.И. Марышевой и К.Б. Ярошенко. – М.: 2004.*

Чудик-Білоусова Надія Іванівна
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ФУНКЦІЇ УПРАВЛІННЯ СОЦІАЛЬНИМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯМ

Захист непрацездатних, людей похилого віку, дітей та підтримка кожної людини, яка втратила джерела засобів до існування є загальновизнаною складовою державотворення в суспільстві та знаходить своє закріплення в законодавчих та інших нормативно-правових актах. Питання організації та здійснення соціального забезпечення не є новими в діяльності нашої держави, але не втрачають своєї актуальності, так як у розширюється коло суб'єктів, запроваджуються нові форми, види соціального забезпечення, що зумовлюють створення сучасної та ефективної системи державного управління.

Управлінська діяльність забезпечує організованість і порядок, необхідні для нормального функціонування і розвитку суспільства. Тому управління слід розцінювати як складову діяльності щодо забезпечення функціонування системи соціального забезпечення України. Під управлінням розуміють діяльність суб'єкта управління, що проявляється у цілеспрямованому, організуючому впливі на об'єкт управління, з метою приведення його у бажаний для суб'єкта стан [1, с. 8] або як організовану належним чином діяльність, спрямовану на задоволення відповідних потреб людини [2, с. 90]. Соціальна функція держави та її завдання у сфері соціального забезпечення зумовлюють зміст управлінської діяльності. Суб'єктом державного управління у даній сфері є організована система, наділена відповідною компетенцією та державно-владними повноваженнями, що дозволяють їй втілювати свою волю у форму рішень, обов'язкових для виконання [3, с. 22]. До системи органів соціального забезпечення входять уряд, деякі з підпорядкованих йому міністерств, місцеві державні адміністрації, посадові особи, наділені державно-владними повноваженнями. В. Б. Авер'янов визначає державне управління як особливий, самостійний різновид діяльності держави, що здійснює окрема система спеціальних державних органів — органів виконавчої влади [4, с. 24], якими у сфері соціального забезпечення виступають:

Пенсійний фонд України, Міністерство праці і соціальної політики України, Міністерство у справах сім'ї, молоді і спорту України та місцеві органи виконавчої влади. Основним призначенням державного управління у сфері соціального забезпечення є організація виконання правових актів та інших рішень державних органів шляхом владно-розпорядчого впливу [5, с. 36].

Функції управління у сфері соціального забезпечення є об'єктивно обумовленими виконавчими та розпорядчими діями органів державного управління, що здійснюються від імені держави з метою реалізації її завдань [6, с. 100]. Їх проявом у сфері соціального забезпечення слід вважати частину управлінської діяльності держави, яку здійснюють відповідно до законодавства уповноважені органи виконавчої влади певними методами, що спрямовані на забезпечення нормативно-правової бази державних соціальних стандартів, реалізацію державно-правових засад соціального забезпечення шляхом розробки та удосконалення механізмів надання видів соціального забезпечення (адресної соціальної допомоги, пільг, здійснення соціального страхування, контроль за використанням коштів фондами соціального страхування). Загальними функціями управління слід вважати функції: прогнозування, планування, організації, регулювання, координації, обліку, контролю. Прогнозування обумовлюється характером об'єкта управління, що відрізняється значною динамічністю, тому органи влади, не мають права приймати рішення без належного наукового передбачення, систематичного дослідження структури, динаміки та перспектив управлінських явищ з урахуванням фінансових можливостей, що характеризують сучасний стан соціального забезпечення, інакше ризикують тим, що у процесі виконання своїх функцій безпосереднє забезпечення особи може стати затяжним чи навіть нереальним. Функція планування має ґрунтуватися на принципах науковості, комплексності, багатоваріантності рішень, виборі оптимального варіанту розвитку, так як саме вона визначає напрямки, завдання, засоби реалізації завдань та розроблення програм щодо соціального забезпечення населення України [7, с. 127; 8, с. 97], зокрема шляхом проведення експерименту з метою вибору оптимального варіанту управління сферою соціального забезпечення [9, с. 342; 10]. Координація, як функція управління, забезпечує узгодження діяльності відповідних управлінських структур, так як гарантом стабільності соціальної сфери є належне прогнозування та планування у сфері економіки. Спеціальними функціями державного управління є: складання бюджету щодо видатків на соціальну сферу, здійснення довгострокових програм соціального розвитку, визначення механізмів призначення видів соціального забезпечення та надання соціальних послуг соціально незахищеним верствам населення.

В Україні система органів державного управління соціальним забезпеченням сформована та в цілому відповідає вимогам суспільства з ринковою економікою. Однак, сучасний етап розвитку соціального забезпечення характеризується некодифікованістю законодавства, що призводить до виникнення колізійних ситуацій і суперечностей у процесі їх застосування та утруднює діяльність уповноважених органів. Тому ситуація, що склалася може бути вирішена лише шляхом проведення кодифікації законодавства з соціального забезпечення за ініціативи саме органів виконавчої влади, що в свою чергу дозволить визначити поняття, зміст та функції державного управління системою соціального захисту України.

Використані джерела:

1. Административное право: Учебник / Ю. М. Козлов, Д. М. Овсянко, Л. Л. Попов / Под. ред. Л. Л. Попова. — М.: Юрист, 2002. — 697 с.

2. Атаманчук Г. В. Теория государственного управления: Курс лекцій / Г. В. Атаманчук. — М.: Юридическая литература, 1997. — 400 с.

3. Маліновський В. Я. Державне управління : Навч. посіб. / В. Я. Маліновський. — К.: Атіка, 2003. — 576 с.

4. Державне управління: теорія і практика / За заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К.: Факт, 2003. — 348 с.

5. Андреев В. С. Право социального обеспечения в СССР: Учебник / В. С. Андреев. — М.: Юрид. лит., 1987. — 352 с.

6. Административное право: Учебник / Ю. М. Козлов, Д. М. Овсянко, Л. Л. Попов / Под. ред. Л. Л. Попова. — М.: Юрист, 2002. — 697 с.

7. Битяк Ю. П. Адміністративне право України / Ю. П. Битяк. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 544 с.

8. Доброхотова Е. Н., Филиппова М. В., Янтураева М. А. Право социального обеспечения / Е. Н. Доброхотова, М. В. Филиппова, М. А. Янтураева. — СПб.: Издат. дом С.-Петербургского ун-та, 1992. — 144 с.

9. Мачульская Е. Е. Право социального обеспечения / Е. Е. Мачульская. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1997. — 784 с.

10. Про проведення в Запорізькій, Луганській та Львівській областях експерименту з підвищення ефективності роботи державних цільових фондів: Закон України від 19.10.2000 р. // ВВР. — 2000. — № 58. — Ст. 437.

Чупрун Олександра Сергіївна
асистент кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Хмельницький

ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ ПРИТЯГНЕННЯ АУДИТОРІВ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Вважається, що «відповідальність аудиторських фірм одним із найбільш актуальним питанням за сучасних умов, оскільки саме вона є найбільш реальним способом підвищення якості аудиту та інших послуг аудиторських фірм» [4, с. 128].

Однак Закон України «Про аудиторську діяльність» [1] доволі поверхнево відноситься до визначення видів відповідальності, до яких аудиторів може бути притягнуто в результаті порушення ними норм чинного законодавства і стандартів аудиту. Так, статтями 21 і 22 вказаного закону визначаються лише загальні засади притягнення аудиторських фірм (приватних аудиторів) до цивільно-правової і інших видів відповідальності.

В науковій літературі стверджується, що відповідальність аудиторів поділяється на 4 види, а саме [3, с. 48] на: 1) цивільно-правову, до якої включається відповідальність на перед замовниками аудиту і третіми особами; 2) адміністративну; 3) кримінальну; 4) відповідальність, що проявляється у вигляді попередження, призупинення чи анулювання чинності кваліфікаційного сертифікату (назва такій відповідальності не надається, застосовується Аудиторською палатою України).

Однак на наш погляд, наведені види відповідальності, до якої можуть бути притягнені аудиторські фірми (приватні аудитори), не відповідає дійсності, оскільки до адміністративної і кримінальної відповідальності аудитори притягнуті бути не можуть через відсутність відповідних норм у Кримінальному кодексі України, Кодексі України про адміністративні правопорушення, та інших законах. Крім того, так звана цивільно-правова відповідальність, про яку зазначалось вище, по своїй суті є господарсько-правовою, що проявляється шляхом застосування таких господарських санкцій, як відшкодування збитків, штрафні санкції і оперативно-господарські санкції. А стягнення, які можуть бути застосовані до аудиторських фірм (приватних аудиторів) зі сторони Аудиторської палати України, на нашу думку, за правовою природою є нічим іншим, як адміністративно-господарськими санкціями.

Таким чином, на сьогоднішній день, враховуючи стан законодавства, аудиторські фірми (приватні аудитори) можуть бути притягненні лише до господарсько-правової відповідальності.

В економічній літературі всерйоз розглядається питання про необхідність запровадження на законодавчому рівні відповідальності аудиторів перед третіми особами, зокрема, перед

інвесторами і кредиторами. Так, стверджується, що аудитори повинні захищати інвесторів та кредиторів від втрат і, якщо вже вони не змогли цього зробити, то логічним буде, щоб вони взяли ці втрати на себе [4, с. 143; 2, с. 98]. Причому таку вимогу економічна теорія обґрунтовує тим, що саме від думки аудитора залежить, зокрема, порядок прийняття рішення будь-яким користувачем аудиторського висновку про вступ у відносини із відповідним суб'єктом господарювання.

Цікавим є те, що представники юридичної науки не підтримують думки щодо значущості аудиторського висновку в інвестиційних відносинах. Зокрема, на думку Р.Ю. Ханик-Посполітак, «діяльність аудитора не може істотно вплинути на не отримання доходів господарюючим суб'єктом» [5, с. 142].

Дійсно, питання мотивації суб'єктів щодо вступу у ті чи інші відносини лежить в площині дослідження економічної науки, однак, вирішуючи питання про притягнення аудиторів до відповідальності, потрібно зважати на необхідність застування загальноправових конструкцій відповідальності, що прийняті у нашій правовій системі. А відтак, говорити про «автоматичну» відповідальність аудиторів перед користувачами було б щонайменше необґрунтовано.

З огляду на зміст діяльності, а також визначення аудиту, що має місце в Україні, передчасно було б стверджувати, що лише аудиторський висновок береться за основу при прийнятті рішень кредиторами чи інвесторами про вступ із суб'єктом господарювання у правовідносини.

Важливим в цьому аспекті є і той факт, що інвестори і кредитори, які використовують аудиторські висновки, фактично займаються підприємницькою діяльністю, однією із однак якої є здійснення її на власний ризик, а тому перекладати відповідальність за прийняття остаточного рішення про вступ у відносини із конкретним суб'єктом господарювання на аудитора було б, на нашу думку, невиправданим.

Крім того, науковцями наголошується, що аудитори повинні нести відповідальність за непопередження користувачів аудиторського висновку про можливість настання факту неплатоспроможності суб'єкта господарювання, звітність якого перевірялась. Проголошується, що «хоча до завдань аудиторів не входить встановлення ймовірності банкрутства підприємства, вони підтверджують достовірність фінансової звітності, якою потім користуються треті особи; саме тому аудитори повинні нести відповідальність за достовірність показників фінансової звітності і застерігати користувачів аудиторських висновків у разі ймовірності банкрутства підприємства» [4, с. 131, 134].

Вважаємо, що така позиція не відповідає ні положенням чинного законодавства України, ні стандартам аудиту, що застосовуються на її території, що пояснюється наступним. По-перше, ідея встановлення такого виду відповідальності аудиторів виникла у США, зокрема після банкрутства відомого американського енергетичного гіганта Enron. Однак у США зміст аудиту суттєво відрізняється від змісту аудиторської перевірки в Україні.

По-друге, при проведенні аудиторської перевірки аудитор не засвідчує жодні факти, він лише висловлює думку щодо достовірності і повноти складання фінансової звітності в усіх її суттєвих аспектах. Більше того, потрібно зважати на те, що аудитор має справу із фінансовою звітністю, правила складання якої затверджуються не аудиторськими фірмами (приватними аудиторами), не Аудиторською палатою України, а Міністерством фінансів України (або Національним банком України – для банків, або Державним казначейством України – для бюджетних установ). Отже, якщо при складанні фінансової звітності застосовуються такі правила ведення бухгалтерського обліку, що дозволяють приховувати ознаки неплатоспроможності суб'єкта господарювання (тобто мова йде про недосконалість відповідних стандартів бухгалтерського обліку, що дійсно має місце), то аудитор не повинен нести відповідальність за недосконалість правил, встановлених у сфері складання документів фінансової звітності.

По-третє, жодний стандарт аудиту, що застосовується на території України, а також нормативно-правовий акт не містить вимогу про обов'язковість застереження щодо ознак неплатоспроможності суб'єкта господарювання, звітність якого перевіряється.

Отже, правове регулювання відповідальності аудиторів в Україні характеризується загальністю та неконкретністю, що зумовлює необхідність подальших ґрунтовних наукових досліджень у цій сфері.

***Використані джерела*:**

1. *Закон України «Про аудиторську діяльність» від 22 квітня 1993 року № 3125-XII // Голос України. – 1993. – 05. – 29.05.93. – № 99.*
2. *Аудит Монтгомери / Ф.Л. Дефлиз, Г.Р. Дженик, В.М. Хирш ; пер. с англ. под ред. Я.В. Соколова. – М.: Аудит, ЮНИТИ, 1997. – 542 с.*
3. *Микитенко Т. Страхування професійної відповідальності аудиторів / Т. Микитенко // Бухгалтерський облік і аудит : Науково-практичний журнал. – 2008. – № 8. – с. 46-50.*
4. *Петренко Н.І. Організація і методика аудиту в Україні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : 08.06.04. : УДК: 657.6. / Н.І. Петренко. – Житомир, 2004. – 240 с.*
5. *Ханик-Посполітак Р.Ю. Договори на проведення аудиту : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / Р.Ю. Ханик-Посполітак. – К., 1997. – 201 с.*

Шаркова Ганна Юріївна
викладач кафедри господарського та екологічного права
Кіровоградського юридичного інституту
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Кіровоград, Україна

РІЗНОВИДИ ДОГОВОРУ КОНСАЛТИНГУ

Стрімке збільшення різновиду послуг в економіці України призвело до необхідності формування механізму цивільно-правового регулювання відносин із надання послуг. Окремі види послуг традиційно регулювались в межах самостійних видів зобов'язань, які закріплені Цивільним кодексом України. Але, розмаїття послуг, яке постійно збільшується призвело до появи єдиного правового режиму, який можна було б застосовувати до всіх відносин з надання послуг, які спеціально не врегульовані ЦК України.

Становлення консалтингових послуг пройшло складний шлях, постійно змінювалося та розвивається. У 2007 році консалтингові послуги в Україні складають 32% від загальної підприємницької діяльності. Консалтингові послуги з кожним днем відіграють важливішу роль як у повсякденному житті, так і при здійсненні підприємницької діяльності. Але ця тема потребує дослідження, оскільки Україна власного досвіду щодо правового регулювання надання консалтингових послуг не має, а переймає досвід у країн Західної Європи та Російської Федерації.[4, с.11]

Консалтинг – виокремленний в самостійну сферу різновид підприємницької діяльності, комплекс професійних послуг із розробки та надання рекомендацій в галузі економіки, фінансів, а також допомоги з їх практичного застосування, який забезпечує використання найбільш раціонального способу забезпечення здійснення підприємницької діяльності в конкретній ситуації.

Можна виділити декілька важливих ознак, які характеризують консалтинг як самостійний вид діяльності та відмежовує його від інших, до таких можна віднести:

- послуги надаються юридичними особами або фізичними особами-підприємцями;
- основним видом діяльності є надання рекомендацій з вирішення проблем;
- консультації сприяють, при необхідності, виконанню рекомендацій з вирішення проблем.

Договір консалтингу можна визначити як різновид договору оплатного надання послуг, відповідно якого одна сторона – виконавець, зобов'язується здійснити для іншої сторони – замовника, фактичну діяльність зі створення та передачі обумовленої сторонами інформації для вирішення конкретних проблем замовника, яка використовується у процесі її здійснення, результат якої, як правило, не має речового виразу, але інколи може фіксуватися на матеріальному носії, котра може надаватися як одноразово (за заявкою), так і на постійній основі (абонентське консультаційне обслуговування), замовник зобов'язаний прийняти та оплатити її.

Можна виділити декілька важливих ознак, які характеризують консалтинг як самостійний вид діяльності та відмежовує його від інших видів діяльності, до таких можна віднести: послуги надаються юридичними особами або фізичними особами-підприємцями; основним видом діяльності є надання рекомендацій з вирішення проблем; консультації сприяють, при необхідності, виконанню рекомендацій з вирішення проблем.

Договір консалтингу можна класифікувати та різними підставами:

1. В залежності від об'єкта консалтингової послуги:

- послуги з фінансових консультацій;
- послуги з консультацій у сфері страхування та пенсійного забезпечення;
- консультаційні послуги з програмного забезпечення;
- консультаційні послуги з інформаційних послуг та обробці даних;
- консультаційні послуги з питань підприємницької діяльності;
- консультаційні послуги з вибору місця вивчення суспільної думки та організації збору інформації;
- консультаційні послуги з питань шлюбу та сім'ї;
- консультаційні послуги з питань використання та споживання товару;
- консультаційні послуги із зовнішньоторгових операцій;
- консультаційні послуги з підготовки інвестиційних проектів.[4, с. 32]

Даний перелік консультаційних послуг не є вичерпним, оскільки в будь-якій предметній галузі знань консультації є правомірними.

2. Російський фахівець в галузі консалтингу Марінко І.Г. розрізняє наступні види консалтингових послуг та договори щодо їх надання в залежності від сфери використання.

- стратегічний консалтинг – класичний напрямок консалтингу. Консультанти розробляють корпоративні стратегії, проводять стратегічні дослідження ринку, визначають стратегічну позицію, забезпечують укладання договорів по реорганізації установ. Іншими словами, розробляють управлінські рішення, які здатні забезпечити їх клієнтам стійкі конкурентні переваги та високі темпи росту підприємства у майбутньому. У даному випадку можна навести наступні приклади: консультування малих та середніх підприємств, які не мають власних науково-дослідних відділів; навчання співробітників інших підприємств, яким необхідний великий об'єм інформації у галузі спеціалізації інституту; продаж звітів про сучасний стан досліджень в даній галузі; експорт інформації.

- операційний консалтинг допомагає підприємствам підвищити ефективність оперативного управління. Консультанти пропонують послуги по оптимізації бізнес-процесів, фінансових потоків, постановці та налагодженні управлінського обліку, тобто розробляють рішення, які можуть підвищити операційну ефективність підприємства.

- ІТ-консалтинг – найбільш динамічно розвинутий напрямок консалтингу. Інформація забезпечує підприємницьку діяльність більш конкурентноспроможною, а інформаційні технології дозволяють автоматизувати процеси з приводу накопичення, передачі та аналізу інформації.[5, с.42-43]

3. Залежно від строку надання консалтингової послуги, розрізняють:

Відомо, що консультативне обслуговування може поділятися на 2 види.

- абонентне консалтингове обслуговування. Договір на абонентне консалтингове обслуговування укладається на визначений строк, узгоджений між замовником та

виконавцем, за яким виконавець приймає на себе зобов'язання протягом вказаного строку надавати замовнику різні консультаційні послуги, при чому їх кількість не обмежена.

- одноразове консалтингове обслуговування (за заявкою). Консалтингове обслуговування за заявкою включає в себе надання разової консультації з конкретного питання за визначену плату. [6, с.108-109]

Можна стверджувати, що єдиної загальної класифікації договору консалтингу не існує, це виходить із того, що немає, по-перше, чіткого переліку, які входять до зазначених послуг. По-друге, жодних рекомендацій, приписів щодо порядку укладання та виконання договору про надання зазначених послуг також не існує.

***Використані джерела*:**

1. *Цивільний кодекс України.*
2. *Пятенко С.В. Организация работы аудитора и консультанта: Учебно-практическое пособие. - М., 2001.*
3. *Васильев Г.А., Деева Е.М. управленческое консультирование: Учеб. Пособие для студентом вузов. – М., 2004.*
4. *Ф.І. Хміль. Основи управлінського консультування: Навч. Посібник.- К.: Академвидав, 2008;*
5. *Маринко Г.И. Управленческий консалтинг: Учеб. Пособие. – М. ИНФРА-М, 2005.*
6. *Посадский А.П. Основы консалтинга: Пособие для преподавателей экономических и бизнес-дисциплин. – М., 1999.*

Шевченко Олександр Вікторович
студент 2-го курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

СПІВВІДНОШЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ТРУДОВОГО ПРАВА В СИСТЕМІ ВІТЧИЗНЯНОГО ПРАВА

На даному етапі розвитку України нагальною необхідністю стає чітке розмежування впливу цивільного і трудового права на суспільні відносини.

Для того,щоб правильно визначити співвідношення досліджуваних галузей необхідно чітко з`ясувати їхній предмет правового регулювання.

Предметом регулювання трудового права є суспільні відносини щодо застосування найманої праці і колективні трудові договори.

Цивільне право регулює особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності учасників.

Але для належного розмежування цивільного та трудового права необхідно детальніше визначити відмінності у тих суспільних відносинах,які вони регулюють,а саме:

1. зміст трудових правовідносин становить процес живої праці, а зміст цивільних правовідносин – продукт праці;

2. перебуваючи у трудових відносинах працівник зобов`язаний виконувати роботу, маючи певну кваліфікацію, спеціальність та обіймаючи певну посаду, а в цивільних правовідносинах істотною умовою договору про працю є лише праця пов`язана з виконанням конкретного завдання;

3. цивільні правовідносини,на відміну від трудових, не передбачають включення працівника до трудового колективу,де працівник має виконувати певний обсяг праці та підкорятися правилам внутрішнього розпорядку.

Ще одним важливим кроком у визначенні співвідношення цивільного і трудового права є аналіз договорів по працю у цивільному праві і трудових договорів у трудовому праві. Нині

чітко простежується тенденція до витіснення трудового договору цивільно-правовою угодою.

На думку Р.А.Майданика: «поняття трудовий договір і цивільно-правові договори про працю позначають різні за соєю природою приватноправові договори,які по різному укладаються,змінюються та розриваються і створюють різні наслідки».[1,с.38]

Науковець О. Панасюк на захист трудового права наводить аргумент стосовно того, що на природу трудового договору і трудових відносин спрямований публічно-правовий вплив. «Цей вплив полягає,насамперед, у цілеспрямованій правовій регламентації стосунків між роботодавцем і працівником, аце означає втручання з боку держави у приватноправову свободу власника засобів виробництва.»[5,с. 146].

Я не вважаю це твердження аргументом на користь самостійності трудового права. У цивільних правовідносинах теж можна простежити втручання держави і її вплив на ці відносини.

Проаналізувавши відмінності між договорами та відносинами досліджуваних галузей можна зробити висновок,що трудове право запозичило у цивільного важливу правову конструкцію – роботодавчу владу,яка складається з трьох обов`язкових елементів: 1)диспозитвності(вказівки роботодаця підлеглим,які конкретизують їх трудові обов`язки); 2)дисциплінарності(вживання примусових засобів для підтримання порядку); 3)нормативності(встановлення порядку на підприємстві в межах його правосуб`єктності).

Отже,здійснивши аналіз матеріалу,приходжу до висновку про те що трудове право не є первинною галуззю права,оскільки воно складається з двох підгалузей – публічного і приватного трудового права і запозичує правові конструкції в цивільному та інших галузях права і тому воно є комплексною галуззю права.

Я вважаю,що для чіткого розмежування впливу цивільного і трудового права держава має здійснити такі реформи:

1. Законодавством України про працю предметом регулювання трудового права мають бути дві підгалузі: публічне трудове право(регламентуватиме державне регулювання трудових відносин) і приватне трудове право(регламентуватиме відносини,пов`язані з господарською владою роботодавця).
2. Має бути чітко визначений механізм запозичення правових конструкцій між цивільним і трудовим правом,а також має бути визначений механізм введення в дію і функціонування запозичених правових конструкцій.
3. На законодавчому рівні мають бути чітко визначені критерії розмежування трудових договорів та цивільних договорів про працю.

***Використані джерела*:**

1. *Майданик Р.Цивільне і трудове право: порівняння методології і міжгалузевих відносин // Юридична Україна. – 2008р. - №6. – с.36 -40.*
2. *Майданик Р. Цивільне і трудове право: відмежування суміжних відносин // Судоустрій і судочинство в Україні. - 2007р. - №4. – с.105 – 112.*
3. *Погрібний С.Цивільний кодекс як основний акт цивільного законодавства України // Право України. – 2005р. - №1. – с.86 -90.*
4. *Науково-практичний коментар цивільного кодексу України Том 1 за редакцією О.В.Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – К. – Юрінком-Інтер. - 2005. – 832 с.*
5. *Панасюк О. З приводу співвідношення трудового та цивільного права // Право України. – 2009р. - №9. – с. 140 -147.*

Шелков Олег Васильевич
кандидат юридических наук, доцент,
начальник кафедры юридических дисциплин факультета внутренних войск
Учреждения образования «Военная академия Республики Беларусь»,
Минск, Республика Беларусь

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЗАРУБЕЖНОГО ОПЫТА ДЛЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ФОРМ ЖИЛИЩНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ВОЕННОСЛУЖАЩИХ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

В современных условиях можно выделить следующие формы обеспечения военнослужащих жилыми помещениями: предоставление служебного жилого помещения, общежития, иного жилого помещения, пригодного для временного проживания; выплата денежной компенсации военнослужащим и сотрудникам, занимающим жилые помещения по договору найма или поднайма; предоставление во владение и пользование жилых помещений в домах государственного жилищного фонда; строительство (реконструкция), приобретение жилых помещений с использованием льготного кредитования. Причем следует согласиться с тем, что при «обеспечении благоприятных социально-экономических, в первую очередь – жилищных условий прохождения военной службы она может стать привлекательным и престижным видом государственной службы» [1, с. 39].

Наиболее распространенной и предпочтительной формой строительства (реконструкции), а также приобретения жилья всеми категориями граждан, в том числе – и военнослужащими является льготное кредитование, гарантией надежности которого является строящееся жилое помещение.

В связи с этим условия создания и функционирования в Российской Федерации жилищно-ипотечной программы ОАО «Российские железные дороги» [2] для обеспечения жильем своих сотрудников представляют интерес в Республике Беларусь как для ее потенциальных участников − военнослужащих, так и для государственных органов, в которых они проходят службу.

Сегодня ОАО «РЖД» не предлагает бесплатного жилья, а помогает приобрести его по рыночным или близким к ним ценам своим сотрудникам, оказывая им корпоративную поддержку.

Приобрести квартиру в рамках программы может сотрудник ОАО «РЖД», стоящий в очереди на улучшение жилищных условий. Еще одно условие – человек раньше не получал от компании беспроцентных и льготных кредитов, ссуд на строительство или приобретение жилья.

Непрерывный стаж работы в компании должен быть не менее трех лет. Молодые специалисты принимаются на учет нуждающихся в улучшении жилищных условий независимо от стажа работы.

Размер первоначального взноса – 10%, ставка по кредиту – 14% годовых в рублях, срок предоставления кредита – 15 лет. Но самое главное – предоставляется субсидия в виде компенсации части процентной ставки. Размер этой поддержки – 12% годовых, т.е. сам сотрудник выплачивает только 2%. Для молодых специалистов условия еще благоприятнее – нет первоначального взноса, а субсидия полностью покрывает ставку.

Если в период выплаты ипотечного кредита рождается ребенок, то сотрудник может рассчитывать на безвозмездную субсидию за счет собственных средств ОАО «РЖД» в размере стоимости 10 кв. м общей площади квартиры. При рождении второго ребенка – 14 кв. м, при рождении третьего и каждого последующего ребенка – в размере стоимости 18 кв. м общей площади. Единственное условие – субсидия не может превышать остатка задолженности по оплате жилья.

Что касается домов, то в основном это жилье на первичном рынке в домах, в строительстве которых ЗАО «Желдорипотека» принимает участие (в начале 2009 г. – это

около 200 объектов в более чем 100 городах). Причем в строительстве практически половины объектов ЗАО «Желдорипотека» выступает как заказчик, так и застройщик. Будучи заказчиком-застройщиком, ЗАО «Желдорипотека» выбирает подрядные организации, контролирует стоимость, сроки и качество строительства. С другой стороны, будучи инвестором, ЗАО «Желдорипотека» контролирует строительство, расчеты с подрядчиком, качество, темпы и так далее. А за счет того, что ЗАО «Желдорипотека» выступает довольно крупным инвестором, то компания приобретает жилье дешевле. И соответственно, это отражается на его стоимости для железнодорожников.

Приобретая жилье с помощью ЗАО «Желдорипотека», железнодорожник застрахован от всевозможных рисков. Ему не надо бояться, что завтра кто-то придет и скажет, что его квартира подорожала и за нее необходимо доплатить. А в некоторых случаях, например, когда речь идет о маленьких станциях, может быть рассмотрен вопрос о приобретении жилья на вторичном рынке.

При увольнении сотрудник теряет право на получение корпоративной поддержки и выплачивает кредит на общих условиях. Если это произошло не по вине сотрудника, например, он тяжело заболел или умер, то тогда в действие вступает страховка.

Схема приобретения жилья выглядит следующим образом – сотрудник ОАО «РЖД» встает на очередь на получение корпоративной поддержки по месту работы. Затем обращается в ЗАО «Желдорипотека», и сотрудники компании предлагают ему возможные варианты квартир, делают предварительный расчет, помогают собрать пакет документов для аккредитованного банка. После чего банк принимает решение о выдаче кредита.

Невзирая на сложную ситуацию на финансовых рынках, ОАО «РЖД» не предполагает сворачивать жилищно-ипотечную программу. Предполагается, что в 2009 году будет некоторое сокращение объемов строительства, но некритичное. Что касается размера ставок, то несмотря ни на что, сегодня по данной программе ставки по ипотечным кредитам рассматриваются на уровне 14% годовых. Даже без учета субсидии, которую ОАО «РЖД» выплачивает своим работникам, эта ставка сегодня является одной из самых низких в стране. Так что условия, которые ОАО «РЖД» планирует предоставлять своим работникам для строительства жилья, остаются самыми привлекательными в Российской Федерации.

На наш взгляд, опыт ОАО «РЖД» по обеспечению жильем своих сотрудников представляет значительный интерес как для военнослужащих, так и для государственных органов Республики Беларусь, в которых предусмотрена военная служба. Причем этот опыт можно успешно применять в любых пунктах дислокации воинских частей: как в отдаленных гарнизонах, так и в крупных городах.

Использованные источники:

1. *Алексеев, А.А. Современные проблемы обеспечения военнослужащих внутренних войск МВД России жилыми помещениями // Право в Вооруженных Силах.– 2007. – № 2. – С. 39-41.*
2. *Официальный сайт ЗАО «Желдорипотека» [Электронный ресурс]. – 2009. – Режим доступа: http:www/zdi.ru. – Дата доступа: 15.06.2009.*

Шемшур Олени Вікторівни
студентка 5 курсу (1-го курсу магістратури),юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЩОДО ВИЗНАННЯ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ ДОБРЕ ВІДОМОЮ

Важливим кроком на шляху гармонізації українського законодавства до вимог світового співтовариства стало включення до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» (далі - Закон) статті 25, що стосується порядку надання охорони добре відомим знакам (well-known marks). Україна, як учасниця Паризької конвенції, ст. 6 bis якої вимагає забезпечити охорону добре відомим знакам, визнаним такими судом чи компетентним органом, бере на себе зобов'язання забезпечити таку охорону. Компетентні органи держави чи суд можуть самі визнавати певні знаки добре відомими, що дозволяє отримати їх правову охорону без обов'язкової реєстрації.

При цьому при визнанні знака добре відомим повинні враховуватись ті критерії, які передбачені чинним законодавством (ч. 2 ст. 25 Закону), про те перелік зазначених критеріїв є примірним і його ні в якому разі не можна вважати вичерпним, а орган, який визнає знаки добре відомими (суд або Апеляційна палата Державного департаменту інтелектуальної власності), може керуватися, і такими критеріями, як час існування підприємства на ринку, обсяг витрат на рекламну кампанію з метою просування товару (послуги) на ринку, обсяг імпорту (експорту) товарів, кількість укладених зовнішньоекономічних контрактів купівлі-продажу тощо.

Позиція деяких науковців (А. М. Рабец) полягає в тому, що прийняття компетентним органом позитивного рішення про задоволення заяви про визнання торговельної марки добре відомою містить ознаки державної реєстрації; саме це в дечому, на думку вченого, суперечить вимогам Паризької конвенції, оскільки відповідно до ст. 6 bis загальновідомі знаки охороняються у країнах –учасницях конвенції незалежно від реєстрації, тому право на загальновідомий знак повинне виникати лише на підставі факту його широкого інтенсивного використання

О. П. Сергеєв вважає, що рішенню Апеляційної палати не слід надавати правовстановлюючого характеру, оскільки загальновідомі знаки не потребують офіційного визнання їх такими. Практична потреба у визнанні їх такими виникає лише у випадку порушення прав власника загальновідомого знака, який повинен довести охороноздатність позначення в силу його загальновідомості патентному відомству або суду . Т. Демченко дотримується іншої точки зору: правова охорона загальновідомих знаків виникає в результаті не державної реєстрації або використання, а широкої відомості серед заінтересованої частини населення. Передумовою виникнення правової охорони знаменитих знаків є встановлення факту їх знаменитості [3, 121, 124].

Введення поняття «загальновідомий знак» у чинне українське законодавство є цілком обґрунтованим і пояснюється не лише необхідністю гармонізувати наше законодавство, а й вимогами часу. Слід зазначити, що в доктрині цивільного права здійснювалися спроби розмежувати поняття «загальновідомі знаки» та «знамениті знаки» або «знаки, що мають добре ім'я» . Різниця між ними полягає в тому, що загальновідомі знаки відомі певному сектору суспільства та охороняються незалежно від їх реєстрації чи використання в країні, де вимагається правова охорона, щодо товарів і послуг, для яких вони зазвичай використовуються, тоді як знамениті знаки відомі широкому загалу населення і отримують правову охорону щодо неоднорідних товарів і послуг за умови їх реєстрації в країні, де вимагається правова охорона. Однак таке розмежування не знайшло відображення в положеннях Угоди ТРІПС, Спільних рекомендаціях та в національному законодавстві. Це свідчить про те, що добре відомий знак містить в собі ознаки обох цих понять.

Основним юридичним фактом, який породжує права на добре відомий знак є факт його використання у господарському обороті у певній країні, саме завдяки цьому знак здобуває розрізняльну здатність серед певного кола споживачів [4, с. 111].

Таким чином, враховуючи вимоги Паризької конвенції, рішення Апеляційної палати про визнання товарного знака добре відомим не повинно мати правовстановлюючого значення для набуття прав на такий знак, незалежно від того чи охороняється він на території України на основі її державної реєстрації, міжнародної реєстрації або не має такої охорони, якщо йдеться про товарні знаки країн-учасниць паризької конвенції. Відповідно, якщо рішення Апеляційної палати про визнання торгової марки добре відомою відсутнє, власник позначення може захищати свої права на знак шляхом доведення того, що знак є добре відомим перед органом, який розглядає відповідний спір.

Визнання знака добре відомим Апеляційною палатою Державного департаменту інтелектуальної власності або судом є необхідною умовою надання правової охорони добре відомим знакам, суть якої полягає не у набутті виключного права на використання знака, а в отриманні розширених можливостей його захисту від неправомірного використання іншими особами.

Порядок визнання знака добре відомим являє собою юридичний склад, де первинним (основним) юридичним фактом набуття права на такий знак є його інтенсивне використання у господарському обороті у певній країні. Рішення про визнання знака добре відомим є скоріше правозмінюючим юридичним фактом, з настанням якого можливості правової охорони торгової марки значно розширюються.

***Використані джерела*:**

1. *Рабец А. П. Гражданско-правовые вопросы охраны товарних знаков в РФ: Дис…канд.. юрид. наук. – Владивосток, 2002. – 258 с.*
2. *Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в РФ. – М., 1999. – 752.*
3. *Демченко Т. С. Охрана товарних знаков (сравнительно-правовой анализ). К., 2005. – 208 с.*
4. *Рассомахіна О. Проблеми визначення підстави набуття прав на торговельні марки, які визнані добре відомими // Підприємство, господарство, право. – 2007 рік, № 9, с. 107 – 112.*

Шимон Світлана Іванівна
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного і кримінального права,
Національного педагогічного університету ім. М.П.Драгоманова,
Київ, Україна

ПРАВОЧИН І ФАКТИЧНИЙ СКЛАД ЯК ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ І ОБОВЯЗКІВ

В працях сучасних цивілістів співвідношення понять «правочин» і «юридичний факт» спеціально не досліджується; перший безперечно згадується як вид юридичного факту. Дефініція правочину у ч.1. ст. 202 ЦК України, яка вказує на те, що правочином є «дія», начебто визначає безспірність його теоретичної оцінки, проте це не зовсім так.

В науці розмежування правочинів і юридичних фактів проводиться через поділ юридично значимих дій - на правочини, акти державних органів тощо та юридичні вчинки. Особливість правочинів, на думку вчених, полягає в тому, що в них присутній елемент залежності між юридичним ефектом і спрямованою на нього волею суб'єкта [1, С. 273-274], вони є правомірними діями, які вчиняються зі спеціальною метою – викликати певні юридичні наслідки.[2, С. 304]

Термін «юридичний факт» має два значення: у вузькому сенсі - це конкретна фактична передумова зміни правовідносин, яка включає один елемент (дію); у широкому – це будь-які

фактичні обставини, що мають правове значення, зокрема, елементи, що утворюють фактичний склад.[3, С. 6-7] Правочин як дія, що спрямована на настання правових наслідків, зумовлює їх тільки у сукупності фактичного складу, який може включати такі елементи, як юридичні стани, юридичні умови, факти-правовідношення. З іншого боку, правочин являє собою цілісний фактичний склад. Так, наявність необхідного обсягу дієздатності як необхідного юридичного стану є обов'язковою умовою виникнення, зміни чи припинення цивільних прав і обов'язків внаслідок вчинення певної дії.

В літературі висловлюється думка, що «до юридичного складу, як правило, входять юридичні факти з матеріальним і процесуальним змістом. Перші спрямовано на безпосередню реалізацію суб'єктивного права чи виконання юридичного обов'язку. Другі - стосуються дотримання порядку і умов реалізації цих прав, їх оформлення, реєстрації тощо; в ряді випадків вони мають вирішальне значення для виникнення чи реалізації права (приміром, право власності на нерухомість виникає лише після реєстрації).[4, С. 136] Виходячи з такого розуміння юридичних фактів, слід було б дійти висновку, що у випадках, коли державна реєстрація є обов'язковою для дійсності правочину, вона виступає обов'язковою складовою правочину (як юридичного факту). Оскільки державна реєстрація є самостійним юридичним фактом (навіть іншої галузевої приналежності), то слід було б вести мову про те, що такий правочин є складним юридичним складом. З позиції ж цивільного права державна реєстрація є елементом форми правочину (ст. 210 ЦК України), тільки після її здійснення виникають цивільні права та обов'язки його учасників.

Однак це не зовсім узгоджується з положеннями Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 1 липня 2004 р. [21], згідно якого державній реєстрації підлягають «речові права» (тобто ті, які вже існують). Ст. 18 цього Закону прямо вказує на те, що державна реєстрація «речових прав» на нерухоме майно проводиться на підставі заяви правоволодільця (правонабувача), сторін (сторони) правочину, за яким виникло речове право. Виходячи з цього, слід дійти висновку, що державна реєстрація не є складовою юридичного факту, на підставі якого виникає речове право (на нерухомість). Й на нашу думку, такий підхід більше відповідає природі цивільних правовідносин.

Таким чином, з одного боку, правочин як дія є складовою фактичного складу, який у сукупності з іншими елементами (факти-правовідношення, юридичні стани тощо) спричиняє настання юридичних наслідків, з іншого – сам правочин являє собою фактичний склад, виключно повна сукупність елементів якого (що виражені в умовах дійсності правочинів) спричиняє можливість виникнення, зміни або припинення цивільних прав і обов'язків. Цей фактичний склад включає:

по-перше, нормативні передумови: положення ч. 1. ст. 11 ЦК України, яка визнає правочин підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин; положення ст. 203 ЦК України, яка встановлює умови дійсності правочинів (дотримання яких обов'язкове для спричинення юридичних наслідків); положення ч. 4 ст. 6 ЦК України, яка дозволяє особам укладати правочини, які не передбачені актами цивільного законодавства, але відповідають загальним засадам цивільного законодавства; врегулювати у правочині, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами; надає право сторонам правочину відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (з певними винятками);

по-друге, правосуб'єктні передумови – наявність право- і дієздатності суб'єкта правочину;

по-третє, в певних видах правочинів – юридичні умови (стани, факти-правовідношення тощо);

по-четверте, юридичний факт – дію – правочин як конкретну «рушійну силу», що спричиняє набуття, зміну чи припинення цивільних прав і обов'язків.

У сукупності фактичного складу юридичним фактом у вузькому сенсі буде вважатися сама дія - та «рушійна сила», що спричиняє виникнення нового, зміну чи припинення

існуючого правовідношення. Цей елементом у фактичному складі забезпечує настання саме тих правових наслідків, на які спрямовано дію. У широкому сенсі правочин являє собою складну систему - юридико-фактичний склад. У зв'язку з цим цивільне законодавство називає правочин підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків.

***Використані джерела*:**

1. *Агарков М.М. Основы банковского права: Курс лекций; Учение о ценных бумагах: Научное исследование. 2-е изд. - М.: Изд-во БЕК, 1994. – С. 273-274*
2. *Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. - М.: Юрайт, 2000. – С. 304*
3. *Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. – Саратов: Изательство Саратовского университета, 1980. – С. 6-7*
4. *Цивільне право України: Курс лекцій: У 6-ти томах. Т.1. Книга 1./За Ред. Р.Б.Шишки та В.А.Кройтора. – Харків: Еспада, 2004.– С. 136*
5. *Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 1 липня 2004 р. //Відомості Верховної Ради України/ - 2004. - N 51. - ст.553*

Широка Надія Олегівна
студентка 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

«ПРАВО ЛЮДИНИ НА СМЕРТЬ»: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

Фундаментом сучасної концепції захисту прав людини є право на життя як природне невідчужуване право кожної людини. Серед елементів права на життя важливе місце відведено проблемі здійсненням цього права шляхом самостійного припинення життя. Розвиток захисту людини та її права на життя поставив, врешті решт, перед юристами питання необхідності правової регламентації безболісного припинення життя людини, яка має смертельний недуг.

Необхідність розгляду проблеми припинення життя у правовій площині гостро постала перед суспільством у кінці минулого століття, коли смертельно хворі, що зверталися до лікарів та близьких родичів з проханням про прискорення смерті з метою уникнення неминучих страждань, почали публічно оскаржувати відмови та наполягати на визнанні їх права самостійно вирішувати власну долю. Пожвавлення обговорення цієї проблеми пов'язане і з прогресом реаніматології, що дає змогу тривалий час боротися за життя людини, бурхливим розвитком біології, медицини, психології [1, с. 43].

Евтаназія – добровільна, узгоджена з лікарем, смерть невиліковно хворого за допомогою спеціальних знеболювальних засобів [2, с. 336].

Варто зазначити, що залежно від поведінки медичного працівника, евтаназія поділяється на активну (здійснення певних дій, введення лікарських засобів, які пришвидшують настання смерті важкохворого пацієнта) та пасивну (процедура незастосування засобів та невиконання медичних маніпуляцій, які підтримували б певний час життя важкохворого пацієнта).

У Великобританії за допомогу у самогубстві встановлюється покарання у вигляді позбавлення волі на 14 років. Протилежної точки зору дотримуються у Нідерландах, Бельгії. У світі є ще декілька країн, які не визнають за евтаназією злочинності діяння. До таких, зокрема, слід віднести Швейцарію, Німеччину, Швецію та Фінляндію, де пасивна евтаназія перебуває за межами правового переслідування, Колумбію, яка дозволяє здійснювати за окремих обставин пасивну евтаназію, Японію, яка має спеціальну процедуру здійснення пасивної евтаназії. Єдиної концепції правового регулювання евтаназії на національних рівнях не існує. Евтаназія залишається не визнаною жодним міжнародним документом.

Незважаючи на привернення уваги світової громадськості до евтаназії розглядом Європейським судом з прав людини справи смертельно хворої пані Претті [3, с. 169-221], яка відстоювала власне право померти, проблема залишилася не вирішеною. Мотивуючи свою позицію, пані Претті спиралася на обов'язок держави охороняти людську гідність та захищати кожну людину від будь-яких проявів поганого поводження з нею, зокрема і через національне законодавство. Однак скоріше за все можна стверджувати, що заявниця виходила із спотвореного розуміння сутнісного поняття людської гідності, тобто з відносно-ціннісної його інтерпретації [4, с. 30].

Не дивно, що наразі більшість схиляється до переконання про недопустимість застосування евтаназії. До міжнародних нормативно-правових актів, що регулюють права на життя і опосередковано порушують питання про евтаназію, належать: Загальна декларація прав людини від 16 грудня 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 4 листопада 1966 року тощо. Зокрема Європейський суд з прав людини у всіх розглянутих ним справах, що стосувалися права на життя, послідовно робив акцент на обов'язку держави захищати життя. У зв'язку з цим ст. 2 Конвенції захисту прав та основоположних свобод людини не може бути розтлумачена як така, що передбачає діаметрально протилежне право - право на смерть. Долучається до цієї думки і попередньо затверджена «Венеціанська декларація щодо невиліковних хвороб» (жовтень 1983 року), «Декларація про евтаназію» (39-та Всесвітня медична асамблея 1987 року), а також «Положення про самогубство з допомогою лікаря» (44-та Всесвітня медична асамблея, вересень 1992 року).

У ст. 27 Конституції України вказано, що «кожна людина має невід'ємне право на життя. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Обов'язок держави - захищати життя людини» [5]. ч.3 ст.52 Основ законодавства України про охорону здоров'я передбачає, що «медичним працівникам забороняється здійснення евтаназії – навмисного прискорення смерті або умертвіння невиліковно хворого з метою припинення його страждань» [6]. Крім того, ч.4 ст.281 ЦК України містить положення, відповідного до якого «забороняється задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя» [7]. У ст.269 ЦК України зазначено, що особисті немайнові права тісно пов'язані з фізичною особою, фізична особа не може відмовитись від них, а серед особистих немайнових благ, які охороняються цивільним законодавством, зазначене благо життя (ст.201 ЦК України).

Зі змісту положень цивільного законодавства беззаперечно випливає таке: смерть не є благом, а отже, і не відноситься до об'єктів регулювання приватного права. Людина не може відмовитись від права на життя, а отже, не може відмовитися від об'єкта, з яким це право пов'язане.

Аргументами, якими не можна нехтувати, під час визначення необхідності закріплення на законодавчому рівні права на евтаназію, є те, що велика кількість діагнозів є помилковою. Ці помилки з'ясовуються при судово-медичному розтині тіла. Людський організм залишається загадкою для медицини, він може мобілізуватися в боротьбі за збереження життя до такої степені, що людина вийде переможцем в боротьбі з хворобою [8, с. 146]. До того ж прогрес наукової думки, зокрема в галузі медицини і фармакології, розвивається так стрімко, що хвороби, які ще вчора були абсолютно або відносно смертельні, сьогодні можуть бути повністю виліковні. У випадку легалізації евтаназії з'являються також можливості для зловживань.

***Використані джерела*:**

1. *Панюхіна Ю. Морально-правові аспекти евтаназії // Юридичний журнал: аналітичні матеріали, коментарі, судова практика / МОН України; НПУ ім. Драгоманова; Ін-т політології та ін. – Київ, 2009. – № 4 (82). – 203 с.*
2. *Рішення у справі «Претті проти Сполученого Королівства» (2003) // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. - № 2. - 2003. – 498 с.*
3. *Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.*
4. *Шишкіна Е. Погляд на питання евтаназії в аспекті статті 3 Європейської конвенції //*

Український часопис міжнародного права : науково-практичний журнал / Ін-т міжнародних відносин Київського нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка; Всеукраїнська громадська організація «Українська асоціація міжнародного права»; Юридична фірма «Проксен». – Київ, 2007. – № 1. – 123 с.

5. *Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР*
6. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV*
7. *Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.1992 № 2801-XII*
8. *Йоффе М.А. Евтаназія - це позбавлення життя //Збірник наукових праць Львівського державного інституту новітніх технологій та управління / Львівський державний інститут новітніх технологій та управління ім. В.Чорновола. – Львів, 2006. – (Юридичні науки ; Вип. 1) – 180 с.*

Шкльода Ярослава Антонівна
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРОБЛЕМИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ВИБІР РОДУ ЗАНЯТЬ ОСОБАМИ, ЩО СТРАЖДАЮТЬ НА ПСИХІЧНИЙ РОЗЛАД

Цивільний кодекс України гарантує всім і кожному право на вибір занять. Але окремі категорії фізичних осіб позбавлені можливості обирати ту професію, яка їм найближче лежить до душі. Це може бути пов'язано із різними факторами, такими як фізичні вади, недостатній рівень освіти тощо. Але найбільш гостро обмежуються права осіб, що страждають на психічний розлад.

Хоча Закон України «Про психіатричну допомогу» у ст.3 чітко вказує, що «Кожна особа вважається такою, яка не має психічного розладу, доки наявність такого розладу не буде встановлено на підставах та в порядку, передбачених цим Законом та іншими законами України», ми нині маємо ситуацію, коли особи повинні проходити обов'язковий попередній психіатричний огляд, який проводиться перед початком влаштуванням на роботу, та обов'язковий періодичний - у процесі діяльності. Періодичність проведення цих психіатричних оглядів визначається переліком медичних психіатричних протипоказань щодо виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби), що можуть становити безпосередню небезпеку для особи, яка провадить цю діяльність, або оточуючих у відповідності до Постанови Кабінету Міністрів України [4] і може коливатись від 1 разу на 2 роки до 1 разу на 5 років, що призводить до певного непорозуміння. Насамперед, не зрозуміло, чому, якщо вже встановлюються такі періодичні огляди, не передбачається можливості разових оглядів внаслідок перенесених травм чи важких душевних хвилювань. І, найголовніше, не можна погодитись із тим фактом, що підстави та порядок встановлення психічного розладу повинні регламентуватись Законом, а у дійсності, як от при влаштуванні на роботу, встановлені Постановою Кабінету Міністрів України, що є грубим порушенням не лише чинного законодавства, а і взагалі правової доктрини.

З одного боку можна зрозуміти той факт, що вказана Постанова має на меті регулювання проведення обов'язкових попередніх та періодичних психіатричних оглядів для встановлення придатності особи до виконання окремих (а не усіх) видів діяльності (робіт, професій, служби) з особливими вимогами до стану її психічного здоров'я. До них відносяться працівники, які працюють у важких та шкідливих умовах або мають справу із джерелами підвищеної небезпеки (які виконують підземні роботи та гірничі відкриті роботи; працюють на гідрометеорологічних станціях, спорудах зв'язку, розташованих у полярних, високогірних районах та важких кліматогеографічних умовах; виконують роботи на висоті, роботи верхолазні та пов'язані з підніманням на висоту, а також роботи з обслуговування підйомних пристроїв; обслуговують діючі електроустановки з напругою 127 В і вище та здійснюють на

них оперативні переключення, налагоджувальні, монтажні роботи і високовольтні дослідження; машиністи (кочегари), оператори газифікованих котелень; які для виконання своїх професійних обов'язків повинні отримати, носити і використовувати вогнепальну зброю; працівники пожежної охорони; служби екстреної медичної допомоги, спеціалізованих медичних бригад постійної готовності; працівники атомної енергетики та атомної промисловості; водії транспортних засобів, тощо).

При цьому у разі виявлення в особи ознак психічного захворювання (розладу), зазначеного у переліку, яке є протипоказанням для виконання окремих видів діяльності, або якщо вона страждала на тяжкий психічний розлад в минулому (не менш як 5 років тому), а також у разі незгоди особи з результатами психіатричного огляду вона повинна пройти додаткове психіатричне обстеження амбулаторне або в умовах стаціонару. Рішення про наявність психіатричних протипоказань для виконання окремих видів діяльності після додаткового психіатричного обстеження приймається лікарсько-консультативною комісією. Варто зазначити, що питання про наявність психіатричних протипоказань для провадження видів діяльності, зазначених у вже згадуваному переліку, в особи, яка у минулому страждала на тяжкий психічний розлад (не менш як 5 років тому) або має виражені форми (прояви) психічних розладів непсихотичного рівня, вирішується в кожному випадку окремо.

Зрозуміло, що загальними медичними психіатричними протипоказаннями для зазначених у цьому переліку видів діяльності, що можуть становити безпосередню небезпеку для особи, яка провадить цю діяльність, або оточуючих є тяжкі хронічні та затяжні психічні розлади (захворювання), що супроводжуються затьмаренням свідомості, порушенням сприйняття, мислення, волі, емоцій, інтелекту чи пам'яті та позбавляють особу здатності адекватно усвідомлювати оточуючу дійсність, свій психічний стан і поведінку.

Але з іншого боку Конституція України та Цивільний кодекс чітко наголошують на недопустимості обмеження прав особи, які закріплені у Цивільному кодексі будь-якими підзаконними актами (ст. 22 Конституції України, ч.2. ст.4, ч.4. ст.4 Цивільного Кодексу України).

Все це наштовхує нас на думку про те, що насьогодні досить гостро постала проблема недосконалого правового регулювання процесу здійснення особою, що страждає на психічний розлад своїх суб'єктивних прав. Державні органи влади різного ґатунку виходять із розуміння суспільної безпеки та гарантії повноцінного виконання службових обов'язків підвищеної складності (де, як правило, необхідна підвищена концентрація уваги, вміння швидкого і правильного прийняття рішення, оперативність реагування та моментальна оцінка ситуації тощо), починають приймати нормативні акти якими визначають обов'язок особи проходити психіатричні огляди і цим самим грубо порушують Закон.

В той самий час будь-яка особа, яка страждає на психічний розлад і відмовляється проходити психіатричний огляд, або проходить його і опротестовує його результати зможе на основі Цивільного Кодексу України та Конституції України звернутись за захистом до суду і, не виключено, зможе виграти спір щодо незаконної відмови у прийнятті на роботу та позбавлення її права на вибір та зміну роду занять. Це пов'язано із тим, що ч.2 ст.312 ЦК України чітко зазначає, що «Фізичній особі може бути заборонено виконувати певну роботу або обіймати певні посади у випадках і в порядку, встановлених законом», а Постанова КМУ не підпадає під категорію «закон».

Таким чином, підсумовуючи вищезазначене, пропонуємо закріпити на законодавчому рівні (наприклад у якості додатку до Закону України «Про психіатричну допомогу») Порядок проведення обов'язкових попередніх та періодичних психіатричних оглядів і переліку медичних психіатричних протипоказань щодо виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби), що можуть становити безпосередню небезпеку для особи, яка провадить цю діяльність, або оточуючих а також перелік медичних психіатричних протипоказань щодо виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби), що можуть становити безпосередню небезпеку для особи, яка провадить цю діяльність, або оточуючих.

Використані джерела:

1. *Конституція України: прийнята 28.06.1996 р., зі змінами та доповненнями, внесеними Законом України від 08.12.2004 р.*
2. *Цивільний кодекс України: прийнятий 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 40-44. - Ст.356*
3. *Про психіатричну допомогу: Закон України від 22.02.2000 №1489-III // Відомості Верховної Ради України – 2000. - №19 - Ст. 143.*
4. *Про затвердження Порядку проведення обов'язкових попередніх та періодичних психіатричних оглядів і переліку медичних психіатричних протипоказань щодо виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби), що можуть становити безпосередню небезпеку для особи, яка провадить цю діяльність, або оточуючих: Постанова КМУ від 27 вересня 2000 р. №1465. // Офіційний Вісник України – 2000. - №39*

Щепанський Едуард Валерійович
кандидат економічних наук, доцент,
докторант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ТУРИСТИЧНА ПОСЛУГА ЯК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

В розвинутих країнах світу за останні роки помітним явищем є зростання обсягів платних послуг наданих населенню. Така тенденція спостерігається і в економіці України. Це пояснюється тим, що послуги є одним із об’єктів цивільних прав та включені до цивільного обігу, товарообмінного процесу. Платні послуги населенню включають: побутові, транспортні, послуги зв’язку, комунальні, туристичні та інші. Основне завдання організації туристичної діяльності – це надання туристичних послуг. Туристичні послуги як і інші платні послуги надаються у порядку визначеному чинним законодавством.

І.В. Зорін і В.А. Квартальнов під «туристичними послугами розуміють основні, необхідні для організації та проведення подорожі (розміщення, харчування, перевезення, екскурсійні послуги, послуги гідів-перекладачів, інші послуги в залежності від цілей подорожі); додаткові туристичні послуги - не входять в тур і надаються за місцем відпочинку у міру виникнення потреби в них (торговельні послуги, послуги пошти та зв’язку, театральні вистави, шоу, послуги бару, таксі і т.п.); комплексні туристичні послуги - сукупність туристичних послуг, гарантованих путівкою» [5].

У ст. 1 Федерального Закону «Про основи туристичної діяльності в Російській Федерації» комплекс послуг виступає основним змістом поняття туристичного продукту: туристичний продукт - комплекс послуг з перевезення і розміщення, наданих за загальну ціну (незалежно від включення в загальну ціну вартості екскурсійного обслуговування й (або) інших послуг) за договором про реалізації туристичного продукту [2, с. 36].

Закон України «Про туризм» визначає туристичний продукт як попередньо розроблений комплекс туристичних послуг, який поєднує не менше ніж дві такі послуги, що реалізується або пропонується для реалізації за визначеною ціною, до складу якого входять послуги перевезення, послуги розміщення та інші туристичні послуги, не пов’язані з перевезенням і розміщенням (послуги з організації відвідувань об’єктів культури, відпочинку та розваг, реалізації сувенірної продукції тощо). Разом з тим, в українському законодавстві деталізуються види туристичних послуг, а саме: супутні туристичні послуги - послуги, призначені для задоволення потреб споживачів, надання яких несуттєво скоротиться без їх реалізації туристам; характерні туристичні послуги - послуги, призначені для задоволення потреб споживачів, надання яких суттєво скоротиться без їх реалізації туристам [4].

У зв'язку з цим становить інтерес характеристика «пекідж-туру» (тобто комплексу послуг або турпродукту), наведена у Директиві Ради Європейського економічного співтовариства «Про подорожі, відпустки і поїздки, що включають все» від 13 червня 1990 р. № 90/314 / ЄЕС (Люксембург): ««Послуги, що включають все», - заздалегідь намічене поєднання не менш як двох зазначених нижче елементів, що продаються або запропонованих для продажу за загальною ціною, якщо період надання послуг перевищує 24 години або включає ніч: а) транспортні послуги; б) послуги проживання; в) інші послуги в секторі туризму, не пов'язані з транспортом або проживанням, що становлять значну частину «послуг, що включають все»« [2, с. 37].

Туристичні послуги, що надаються в Україні, визначені Державним класифікатором продукції та послуг ДК-16, розробленим у відповідності до класифікації діючої в Європейському Союзі. У 2003 році були розроблені та наказом Держспоживстандарту України від 08.12.2003 р. № 225 затверджені національні стандарти України: ДСТУ 4268:2003 «Послуги туристичні. Засоби розміщення. Загальні вимоги», ДСТУ 4269:2003 «Послуги туристичні. Класифікація готелів», ДСТУ 4527:2006 «Послуги туристичні. Засоби розміщення. Терміни та визначення». Термінологія встановлена цими стандартами обов'язкова для використання у всіх ділових, нормативних документах, науковій, довідковій та учбово-методичній літературі.

Надання туристичних послуг здійснюється менеджерами туроператорів, менеджерами турагентств, менеджерами готелів, організаторами екскурсій, екскурсоводами, іншими особами персоналу туристичних фірм, які безпосередньо надають туристам послуги або забезпечують їх виконання іншими організаціями. Функції зазначених службовців повинні бути закріплені у відповідних посадових інструкціях, прийнятих у туристичних фірмах.

Туристична діяльність, надання туристичних послуг є підприємницькою діяльністю, яка регулюється цивільним та господарським законодавством України. «Туристична діяльність, - відзначає Е.Л. Писаревський, - підпадає під дію цивільного законодавства, яке регулює відносини між особами, які здійснюють підприємницьку діяльність, і відповідно на неї поширюються всі загальні положення та принципи підприємництва» [3, с. 11].

Зобов'язальні правовідносини між фірмою і туристом виникають на основі договору як юридичного факту, спрямованого на встановлення прав і обов'язків сторін. Законом України «Про туризм» визначено, що дані правовідносини регулюються договором на туристичне обслуговування, згідно якого одна сторона (туроператор, турагент) за встановлену договором плату зобов'язується забезпечити надання за замовленням іншої сторони (туриста) комплексу туристичних послуг (туристичний продукт). До договору на туристичне обслуговування застосовуються загальні положення договору про надання послуг, якщо інше не передбачено законом та не суперечить суті зобов'язання. Разом з тим, статтею 23 даного закону встановлено, що ваучер – це форма письмового договору на туристичне або на екскурсійне обслуговування, яка може використовуватися відповідно до цього Закону [4].

В юридичній практиці існують думки стосовно того, що за основу слід брати договір роздрібної купівлі-продажу. Для даного договору найменування та кількість товарів, що реалізуються є предметом договору, тобто істотної умовою. Туристична послуга не є тотожною законодавчому терміну «річ (товар)», а отже, не може бути визнана як предмет даного договору.

Таким чином, для «входження» туристичної послуги у відносини купівлі-продажу було введено поняття «тур» як комплекс послуг по розміщенню, перевезенню, харчуванню туристів тощо, а також поняття «туристичний продукт» як право на тур, призначене для реалізації. В даному випадку також є критичні зауваження, але як пише М.Б. Біржаков, «у витоках римського права є догма - закон поганий, але він закон. Закон слід поважати і дотримуватися, і тому формально туристичний продукт - право на тур, а за своєю фізичною сутністю - комплекс послуг, робіт і товарів; та сертифікації, тобто оцінці відповідності якості, підлягають не права, а конкретні послуги, роботи та товари» [1].

***Використані джерела*:**

1. *Биржаков М.Б. Введение в туризм. Учебное пособие / М.Б. Биржаков – СПб.: Издательский дом «Герда», 2001. – 121 с.*
2. *Волошин Н.И. Правовое регулирование в туризме. Учебное пособие. – 3-е издание. / Н.И. Волошин – М.: Советский спорт, 2007. – 504 с.*
3. *Писаревский Е.Л. Туристская деятельность: Проблемы правового регулирования. Учебное пособие / Е.Л. Писаревский – Владивосток: Институт международного туризма, 1999. – С.18.*
4. *Про туризм: Закон України від 15.09.1995 р.// Відомості Верховної Ради України, 1995 р., № 31.*
5. *Туристический терминологический словарь [И.В. Зорин, В.А. Квартальнов]. – М.: Советский спорт, 1999. – С.576.*

Ющенко Ігор Сергійович
студент 5-го курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

РОЗБІЖНОСТІ ГОСПОДАРСЬКОГО І ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСІВ, ЩОДО ІСТОТНИХ УМОВ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ

Поряд з договором купівлі-продажу, договір оренди займає одне з передових і одних з найактуальніших місць серед інших договорів. Але, нажаль, правове регулювання цього договору є неоднозначним, через, що на практиці виникає дуже багато проблем, на що і хочу звернути увагу в даній статті.

Здавалося, що може бути не так, договір оренди регулюється двома базисними нормативно-правовими актами. Це є Господарський і Цивільний кодекси. Які були прийняті в один день. І думається, якщо вони прийняті в один день, то і повинні відображати і регулювати суспільні відносини по однаковому, але на жаль, це не так.

Відповідно до ст.638 Цивільного Кодексу і ст.180 Господарського Кодексу: Договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору.

Але розглядаючи, що розуміють під істотними умовами ці два кодекси, робимо висновок, що в них є досить вагомі відмінності.

Господарський Кодекс: При укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. Тобто за Господарським Кодексом істотними умовами є предмет, ціна, строк (також це саме уточнюється в ст.284 Господарського Кодексу).

Цивільний Кодекс: Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Тобто за загальним правилом істотною умовою є лише предмет договору.

Щодо предмету договору, то ці два кодекси не вступають в суперечність, а от щодо строку і ціни вони мають неабиякі суперечності.

Згідно з Господарським Кодексом строк є істотною умовою, отже якщо сторони не погодили строк договору, то такий договорів вважається не укладеним. А згідно Цивільного Кодексу ч.2 ст. 763 - Якщо строк найму не встановлений, договір найму вважається укладеним на невизначений строк.

Кожна із сторін договору найму, укладеного на невизначений строк, може відмовитися від договору в будь-який час, письмово попередивши про це другу сторону за один місяць, а у разі найму нерухомого майна - за три місяці. Договором або законом може бути

встановлений інший строк для попередження про відмову від договору найму, укладеного на невизначений строк.

З викладеного вище можна зробити висновок, що за Цивільним Кодексом цей договір буде укладеним і значить, що у сторін цього договору виникають певні права і обов'язки. А якщо керуватися нормами Господарського права – то договір є неукладеним.

Наступне на що я хочу звернути увагу, це питання щодо ціни (плати). Знову за Господарським Кодексом без ціни договір буде не укладеним, а за Цивільним Кодексом (ст. 762): За користування майном з наймача справляється плата, розмір якої встановлюється договором найму.

Якщо розмір плати не встановлений договором, він визначається з урахуванням споживчої якості речі та інших обставин, які мають істотне значення. Робимо знову висновок, що за Цивільним Кодексом договір вважається укладеним, через, що на сторони договору покладаються певні права та обов'язки, а якщо керуватися Господарським Кодексом то дані правовідносини не виникають, а тому сторони договору не наділяються відповідними правами і обов'язками.

Зразу постає питання, до якого закону потрібно звертатися пересічним громадянам, юридичним особам і, що, на мою думку, найважливіше, суддям. Адже правосуддя не може здійснюватися по-різному, як має застосовувати дані акти суд, якому надавати перевагу?

В теорії права виділяють основні правила, за якими ми можемо надати перевагу одному акту, над іншим:

1. За юридичною силою
2. За принципом загальної і спеціальної норми
3. За датою прийняття

Але при застосуванні цих правил виникають проблеми, оскільки за юридичною силою вони мають однакову юридичну силу і прийняті вони в один день. Щодо застосування принципу загальної і спеціальної норми Вищий Господарський Суд своїм інформаційним листом від 07.04.08 № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» дає пояснення, які норми повинні застосовуватися, зокрема в п.1 абз.7: «Слід враховувати, що відповідно до частини другої статті 4 ЦК України основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Тому в разі, якщо норми ГК України не містять особливостей регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, а встановлюють загальні правила, які не узгоджуються із відповідними правилами ЦК України, слід застосовувати правила, встановлені ЦК України». Але як ми знаємо даний лист не є джерелом права, а тому дане положення не підлягає обов'язковому застосуванню.

Отже, я вважаю, що дані правовідносини в силу їх актуальності повинні якомога швидше вирішитися. На мою думку, законодавці повинні звернути увагу на невідповідність цих двох кодексів і виправити дане становище. Не можу погодитися з Господарським Кодексом, щодо визнання для всіх договорів істотними умовами, щодо предмету, строку, ціни, оскільки в цьому можна побачити порушення деяких принципів, зокрема, наприклад, принципу свободи договору.

Яковець Леонід Васильович
студент магістратури юридичного факультету
Хмельницького університету управління і права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ОСНОВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗРОБІТНИХ

Матеріальне забезпечення безробітних вперше було запроваджене Законом України «Про зайнятість населення» [1]. Підходи, закладені в основу надання матеріальної підтримки незайнятого населення, враховуючи низький рівень оплати праці протягом 90-х років минулого століття, у багатьох випадках не відігравали стимулюючої ролі щодо працевлаштування безробітного. Після набрання чинності Законом України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» підходи щодо розмірів і строків надання допомоги по безробіттю зазнали певних змін, спрямованих до спонукання безробітних до пошуку роботи [2].

Започаткована система соціального страхування покликана створити модель соціального захисту населення від безробіття, яка б відповідала ринковим умовам. Міжнародний досвід свідчить, що захистити від негативних соціальних наслідків, що супроводжують структурну перебудову економіки, впровадження нових форм організації праці, найкраще може солідарна самозабезпечувальна система обов'язкового соціального страхування на випадок безробіття [3, с. 79-80].

Із прийняттям Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» порядок, умови, строки призначення і виплати допомоги по безробіттю та інших виплат на користь безробітного зазнали досить суттєвих змін [2]. Виплата допомоги по безробіттю є важливою складовою системи соціального захисту не лише в Україні, оскільки приблизно 50 країн світу мають системи надання такої допомоги. Міжнародна Організація Праці у рекомендаціях стосовно втрачених доходів наголошує на доцільності виплати допомоги у випадку повного та часткового безробіття лише тим, хто зазвичай працює, здатен працювати, має професійну підготовку і застрахований. Більш ніж у 80 % країни допомога по безробіттю надається на базі діючих систем соціального страхування [4, с. 138].

Окремим видом матеріального забезпечення застрахованих осіб є допомога по частковому безробіттю, тобто у разі вимушеного тимчасового скорочення нормальної або встановленої на підприємстві відповідно до законодавства України тривалості робочого часу, перерви в одержанні заробітної плати чи скороченні її розмірів у зв'язку з тимчасовим припиненням виробництва без переривання трудових відносин з причин економічного, технологічного та структурного характеру. Ці явища мають бути тимчасового, непередбачуваного характеру і не залежати ні від роботодавців, ні від працівників [5, с. 3].

В основу механізму матеріальної підтримки працівників, зайнятих в умовах часткового безробіття, покладено норми Конвенції МОП № 168 «Про сприяння зайнятості та захисту від безробіття» 1988 року, а також практику надання відповідної допомоги в інших країнах. Цей вид допомоги не було запроваджено одночасно із іншими видами соціального захисту безробітних, оскільки в Україні такі явища, як неповна зайнятість та приховане безробіття досі є поширеними. Через це згодом система соціального страхування від безробіття виявилась фінансово неспроможною забезпечити виплату допомоги. Тому в законодавстві було передбачено, що рішення про запровадження виплати допомоги у разі часткового безробіття ухвалюється щорічно Верховною Радою України, виходячи з економічних можливостей держави, під час затвердження розміру страхових внесків [2]. Надання допомоги по частковому безробіттю спочатку здійснювалося лише в порядку експерименту в Луганській та Чернівецькій областях [6].

Умовами надання допомоги по частковому безробіттю до 2009 року дещо відрізнялися від встановлених на даний час [2]. Для отримання допомоги працівникам не потрібно було звертатися до державної служи зайнятості і реєструватися як частково безробітні, оскільки надання відповідного статусу закон не передбачав, а сутністю допомоги була підтримка працівника упродовж певного строку і збереження трудових відносин працівника і підприємства.

Відповідно до чинного законодавства визначені причини тимчасового припинення виробництва, які призводять до часткового безробіття [7] та порядок фінансування таких виплат. Допомога надається з першого дня простою, підтвердженого повідомленням підприємства. Час простою визначається за табелем обліку робочого часу застрахованої особи. Фінансування виплат здійснюється за рахунок коштів Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття. Кошти для виплати допомоги підприємству виділяються центрами зайнятості за місцем реєстрації підприємства як платника внесків на загальнообов'язкове соціальне страхування на випадок безробіття. Допомога надається у разі, коли простій на підприємстві або в цеху, дільниці із замкнутим циклом виробництва, що має невідворотний та тимчасовий характер, триває не менше одного місяця, не перевищує шести місяців і не залежить від працівника та роботодавця, що охопив не менш як 30 % чисельності працівників підприємства або цеху, дільниці, в яких простої становлять 20 і більше відсотків робочого часу. Підприємство подає центру зайнятості повідомлення про початок простою, що може призвести до часткового безробіття та протягом одного місяця після місяця початку простою, підтвердженого повідомленням, звертається до центру зайнятості із заявою про виділення коштів для виплати допомоги. Допомога встановлюється працівнику за кожну годину простою із розрахунку двох третин встановленої працівникові тарифної ставки (окладу) і її розмір не може перевищувати розміру встановленого правлінням Фонду [8].

Вищезазначений аналіз чинного законодавства свідчить про те, що діюча система соціального забезпечення та соціального страхування зокрема, спрямована на захист безробітного населення шляхом надання допомоги в період часткової втрати засобів існування та утримання дітей чи інших членів сім'ї, які перебувають на його утриманні. Саме завдяки правотворчості Міністерство праці та соціальної політики врегулювало ситуацію, що виникла у сфері соціального забезпечення безробітних працівників.

Використані джерела:

1. *Про зайнятість населення: Закон України від 01.03.1991 р. // ВВР. — 1991. — № 14. — Ст. 170.*
2. *Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття: Закон України від 02.03.2000 р. // ОВУ. — 2000. — № 13. — Ст. 505.*
3. *Чемерис А. Т. Організація діяльності служби зайнятості: Конспект лекцій. — К. : МАУП, 2003.*
4. *Лібанова Е. М. Ринок праці: Навч. посібник. — К. : Центр навч. л-ри, 2003.*
5. *Устинова Т., Слітинська Л. Фінансова підтримка в разі настання часткового безробіття // Праця і зарплата. — 2004. — № 11. — С. 3.*
6. *Про організаційне забезпечення проведення в Луганській та Чернівецькій областях експерименту з надання застрахованим особам допомоги по частковому безробіттю : Постанова Кабінету Міністрів України від 04.06.2003 р. № 858 // ОВУ. — 2003. — № 23. — Ст. 1068.*
7. *Перелік причин тимчасового припинення виробництва, що призводять до часткового безробіття : наказ Міністерства праці і соціальної політики України № 345 від 07.02.2009 р. // ОВУ. — 2009. — № 17. — Ст. 542.*
8. *Порядок фінансування виплат по частковому безробіттю та надання допомоги по частковому безробіттю : наказ Міністерства праці і соціальної політики України № 345 від 07.02.2009 р. //ОВУ. — 2009. — №17. — Ст. 542.*

ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС

АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС

CIVIL PROCEDURE

COMMERCIAL PROCEDURE

ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Авдеев Дмитрий Дмитриевич
студент 5-го курса юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНСТИТУТА ПРИЗНАНИЯ И ПРИВЕДЕНИЯ В ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ПО ХОЗЯЙСТВЕННЫМ СПОРАМ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

1. Источниками правового регулирования института признания и исполнения иностранных судебных решений по хозяйственным спорам в Республике Беларусь является как национальное законодательство (в первую очередь, Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь), так и международные договоры, содержащие соответствующие правовые нормы.

В Республике Беларусь действует принцип приоритета международных договоров. Он нашел свое отражение Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Беларусь. В части 3 статьи 25 ХПК закреплено, что если международным договором Республики Беларусь установлены иные правила, чем те, которые содержатся в законодательном акте, то применяются правила международного договора Республики Беларусь.

2. Республика Беларусь заключила ряд международных договоров, которые регулируют признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений. На двухстороннем уровне данные вопросы в основном решаются в договорах о правовой помощи. Например, в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 52 Договора между Республикой Беларусь и Литовской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1992 года обе Договаривающиеся Стороны взаимно признают и исполняют вступившие в законную силу решения учреждений юстиции по гражданским (в том числе хозяйственным) и семейным делам. Аналогичные положения содержатся в договорах с Латвийской Республикой, Республикой Польша и др. В соответствии с Соглашением между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о порядке взаимного исполнения судебных актов хозяйственных судов Республики Беларусь и арбитражных судов Российской Федерации 2001 года судебные акты компетентных судов Сторон не нуждаются в специальной процедуре признания и исполняются в таком же порядке, что и судебные акты судов своего государства на основании исполнительных документов судов, принявших решения (ст. 1).

Среди многосторонних договоров следует назвать Киевское Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 года, а также Кишиневскую конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 2002 года.

3. Решение проблемы признания и исполнения иностранных судебных решений, вынесенных по хозяйственным спорам в Республике Беларусь и соответствующих решений судов Республики Беларусь в иностранных государствах, на наш взгляд, могло бы быть осуществлено путем подготовки и подписания международного договора универсального характера подобного Нью-йоркской конвенции «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»1958 г.

Попытка создания такого договора была предпринята Гаагской конференцией по международному частному праву. В 1971 году была подписана Конвенция о признании и исполнении иностранных судебных решений по гражданским и хозяйственным делам. В 1979 году данная конвенция вступила в силу. Однако к настоящему времени она ратифицирована лишь 4 государствами: Кипром, Нидерландами, Португалией и Кувейтом. В 1996 году в программу 19-ой сессии Гаагской конференции был включен вопрос о создании новой Конвенции по данному вопросу [1, с. 26]. В 2000 году был опубликован

предварительный проект Конвенции о юрисдикции и иностранных судебных решениях по гражданским и хозяйственным делам. Однако после возникших дискуссий и, в первую очередь, в связи с вопросом о выборе суда для целей электронной торговли, работа по разработке конвенции к настоящему времени прекращена. Как видно из самого названия, данная конвенция создавалась для регулирования не только института признания и исполнения иностранных судебных решений, но также и института международной подсудности. Данная конвенция представляла бы новый тип международного договора о юрисдикции и признании и исполнении иностранных судебных решений [1, p. 27].

4. Более реальной, однако, представляется правовое урегулирование признания и исполнения иностранных судебных решений на уровне отношений Республики Беларусь и Европейского союза. У Республики Беларусь отсутствуют соответствующие договоры с большинством государств-членов ЕС, что негативно воздействует на развитие экономических отношений между государствами-членами ЕС и Республикой Беларусь. После принятия Амстердамского договора, который переместил вопросы судебного сотрудничества в гражданских делах из третьей опоры ЕС в первую, в соответствии со статьей 65 Договора о Европейских сообществах, вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений находятся в компетенции не отдельных государств-членов, а ЕС в целом. Так в связи с началом переговоров о принятии новой Луганской конвенции «О юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и хозяйственным делам» и возникновением вопроса о компетенции в данном вопросе Суд Европейских сообществ в своем Мнении 1/03 от 06.02.2007 [2] сказал, что вопросы принятия новой конвенции в сфере юрисдикции и исполнении иностранных судебных решений находятся в исключительной компетенции Европейских сообществ, а не отдельных государств-членов. Данное положение может быть использовано Республикой Беларусь в рамках участия в новой программе сотрудничества между ЕС и шестью постсоветскими государствами (Армения, Азербайджан, Беларусь, Грузия, Молдова, Украина) «Восточное партнерство». Как сказано в сообщении Европейской комиссии, данная программа предполагает развитие как двухстороннего сотрудничества, так и многостороннего сотрудничества со всеми государствами участницами [3, с.4, 10]. Одним из шагов в области многостороннего сотрудничества могло бы быть заключение международного договора между ЕС и всеми шестью государствами-участницами о взаимном признании и исполнении иностранных судебных решений (по примеру Луганской конвенции о юрисдикции и исполнении судебных решений 1988 года, заключенной в рамках Европейской Ассоциации свободной торговли). Заключение такого договора оказало бы положительное влияние на развитие экономических отношений, что является одной из целей «Восточного партнерства».

Использованные источники:

1. *Peter Nygh, Fausto Pocar «Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters», Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, The Hague, Netherlands, 2000*
2. *Opinion 1/03 of the Court Of Justice of The European Communities on 7 February 2006 The European Community Has Exclusive Competence To Conclude The New Lugano Convention*
3. *Сообщение Европейской Комиссии для Европейского Парламента и Европейского Совета «Восточное партнерство» {SEC(2008) 2974} от 3.12.08 г.*

Багінський Артем Олександрович
студент 5-го курсу юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

СТ. 51 ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ТРЕТЕЙСЬКІ СУДИ»: ДОСЛІДЖЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ВІДПОВІДНОСТІ ОСНОВНОМУ ЗАКОНУ (КОНСТИТУЦІЙНОСТІ). ПРАВОВА ПРИРОДА ТРЕТЕЙСЬКОГО СУДУ

Залучення третейських посередників було відоме ще за стародавніх часів. Це завжди був один із найдієвіших способів вирішення конфліктів між людьми одного соціального стану. Так Гуго Гроцій, з посиланням на Ксенофона (430 – 355 рр. до н. е.) писав, що «Кир обрав собі і царю Ассирії третейським посередником індійського принца», що підтверджує застосування людьми, тих давніх часів, такого способу вирішення спорів.

З розвитком правовідносин, в подальшому третейський розгляд спорів зазнавав змін та еволюції, застосовувались різні форми здійснення арбітрування та уповноважувались різні категорії людей здійснювати таке «судочинство».

Але третейське судочинство, як вид посередництва у вирішенні правових спорів, у сьогоднішньому своєму типі, є новелою для української правової системи. Впровадження цього інституту зумовилось участю України у Європейській конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж від 21 квітня 1961 року та рекомендований державам Арбітражний регламент комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) від 15 червня 1976р. Український законодавець, формально, наділив такі органи повноваженнями державного суду, виконання рішення якого забезпечуються державним примусом.

Останнім часом звернення до третейського суду набрало неабиякої актуальності серед учасників правових спорів. Така активність зумовлюється можливістю оперативно вирішити спір та зберегти ділові стосунки із опонентами. На думку автора, дане питання є надзвичайно важливим для вітчизняної юридичної науки та для практикуючих юристів, адже зловживаючи цим положенням, часто у цивільно-правових договорах, зокрема договорах приєднання (кредитні договори, договори банківського вкладу), зазначається третейське застереження із зазначенням імені конкретного судді, в результаті чого спір підлягає розгляду в третейському суді, а потерпіла особа позбавляється права на справедливий судовий захист. Згідно чинного законодавства, а саме ч.5 ст. 130 цивільно-процесуального кодексу: «Якщо між сторонами укладено договір про передачу спору на вирішення третейського суду, суд постановляє ухвалу про залишення заяви без розгляду», також подібне положення містить у собі ч. 2 п.4 ст. 122 ЦПК: «Суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо є рішення третейського суду, прийняте в межах його компетенції, щодо спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав...». Таке законодавче врегулювання, на думку автора, не відповідає Основному закону України та підлягає перегляду законодавцем або Конституційним судом.

Дана наукова робота є результатом дослідження Конституції України, практики Конституційного суду України та ст. 51 Закону України «Про третейські суди» від 11 травня 2004 року № 1701-IV на предмет відповідності її Основному закону України – Конституції та визначення дійсної правової природи третейського суду.

Ст. 51 Закону України «Про третейські суди» закріплює основне правило оскарження рішень третейський судів: Рішення третейського суду є остаточним і оскарженню не підлягає, крім випадків, передбачених цим Законом. Тобто сторони фактично позбавляються можливості оскаржити рішення будь-якого третейського суду, чи то інституційного, чи то ad hoc. Законодавець, в даному випадку, не передбачив можливості помилки третейських суддів, що в результаті може порушити права сторони, щодо якої прийнято несправедливе (незаконне) рішення. Суддями судів ad hoc може бути будь-яка особа без особливих вимог до

неї, що підвищує ризик винесення несправедливого (незаконного) рішення з причин некомпетентності та (або) особистої зацікавленості.

За своєю правовою природою третейські суди грають роль арбітрів, тобто примирителями сторін. Сторони, які звертаються до третейського суду, здебільшого переслідують мету мирного вирішення спору без зіпсування ділових стосунків в подальшому. Метою звернення може бути вирішення розбіжностей у тлумаченні умов договору чи питань організаційного характеру, що потребує швидкого вирішення. В цьому аспекті роль третейських судів є суттєвою: знімається певне невиправдане навантаження з державних судів, а спір вирішується набагато швидше. Але все ж беручи до уваги первинне призначення третейських судів, норма закону про неможливість оскарження рішення такого суду є неправильною, нелогічною і, що найважливіше, неконституційною. Такого висновку можна дійти із системного аналізу положень Конституції України, Рішень Конституційного суду які прямо чи побічно висвітлюють правову природу третейського суду та Закону України «Про третейські суди» (далі – Закон).

Відповідно до ст. 2 Закону, третейський суд — недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та/або юридичних осіб у порядку, встановленому цим Законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин. Сутність окремих ключових положень законодавчого терміну потребує особливого вивчення, для правильного розуміння правової природи третейського суду. 1) Недержавний орган – тобто орган, який не створюється за розпорядженням органу державної влади чи органу місцевого самоврядування і не призначений для виконання державних функцій, а держава, в свою чергу, не несе відповідальності за діяльність такого органу. Звідси і особливість порядку створення третейських судів: вони утворюються при суб»єктах господарювання приватного права за ініціативою уповноваженого органу цієї ж юридичної особи, що оформлюється виданням локального нормативно-правового акту. 2) Створюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих осіб – це положення гарантує диспозитивність сторін щодо до звернення до такого суду або створення суду для вирішення конкретно їхнього спору і таке волевиявлення грунтується виключно на добровільній угоді сторін. Ніхто не може бути примушений до звернення до такого суду. 3) Вирішення спорів – у цьому положенні застосовується поняття спір, тобто вид конфлікту, що виражається у зіткненні точок зору сторін, які принципово відрізняються одна від одної щодо одного предмета спору. Усі ці положення знаходять своє підтвердження у Законі, зокрема у ст. 5, 6.

Право на судовий захист є одним із основних конституційних прав громадян. Це право є гарантом забезпечення інших прав та свобод людини і громадянина, що можуть зазнавати посягання від інших осіб чи органів державної влади.

Гарантуючи судовий захист з боку держави, Основний Закон України водночас визнає право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Це конституційне право не може бути скасоване або обмежене.

Одним із способів реалізації права кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань у сфері цивільних та господарських правовідносин є звернення до третейського суду (Рішення Конституційного Суду України у справі про виконання рішень третейських судів від 24 лютого 2004 року N 3-рп/2004). Ч.1 ст. 55 Конституції України регламентує: «Права і свободи людини захищаються судом». Вищезазначеним рішенням Конституційного суду України, вбачається, що звернення до третейського суду належить до такого виду захисту прав і свобод як «інші не заборонені законом». Конституційний суд не відніс третейські суди до регулювання ч.1 ст. 55 Конституції України. Звідси і висновок, що конституційним поняттям «суд» не охоплюється визначення «Третейські суди». Це також знаходить своє підтвердження у Рішенні КСУ від 10 січня 2008 року № 1-рп/2008: «Третейські суди не віднесені до системи судів загальної юрисдикції (стаття 125 Конституції України). З аналізу

положень Закону випливає, що третейські суди є недержавними незалежними органами захисту майнових і немайнових прав та охоронюваних законом інтересів фізичних та/або юридичних осіб у сфері цивільних і господарських правовідносин». Тому звернення до третейського суду для вирішення спору не можна вважати формою реалізації права передбачене ч.1 ст. 55 Конституції України.

Рішення Конституційного суду України від 10 січня 2008 року № 1-рп/2008 безпосередньо розкриває правову природу третейських судів. Основний акцент КСУ зробив на формі діяльності, що здійснюють третейські суди в процесі вирішення спорів. Він зазначив, що згідно з положеннями частини першої статті 124 Конституції України правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Суд, здійснюючи правосуддя, забезпечує захист гарантованих Конституцією України та законами України прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави (підпункт 4.1. пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі про призначення судом більш м'якого покарання від 2 листопада 2004 року N 15-рп/2004.)

Правосуддя — це самостійна галузь державної діяльності, яку суди здійснюють шляхом розгляду і вирішення в судових засіданнях в особливій, встановленій законом процесуальній формі цивільних, кримінальних та інших справ (Ухвала Конституційного Суду України від 14 жовтня 1997 року N 44-з).

Третейський розгляд спорів сторін у сфері цивільних і господарських правовідносин — це вид недержавної юрисдикційної діяльності, яку третейські суди здійснюють на підставі законів України шляхом застосування, зокрема, методів арбітрування. Здійснення третейськими судами функції захисту, передбаченої в абзаці сьомому статті 2, статті 3 Закону, є здійсненням ними не правосуддя, а третейського розгляду спорів сторін у цивільних і господарських правовідносинах у межах права, визначеного частиною п'ятою статті 55 Конституції України. Із положень Рішень Конституційного суду України вбачається чітке розмежування форми діяльності судів загальної юрисдикції та третейських судів, що чітко визначає їхню правову природу: державні суди здійснюють правосуддя, а третейські суди – арбітрування.

З»ясувавши та розмежувавши правову природу третейських судів чітко вбачається неконституційність положення ст. 51 Закону України «Про третейські суди»:

- ст. 64 Конституції України: «Конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбажених Конституцією України. (право на зверенення за судовим захистом не входить до переліку). В даному випадку стаття 51 Закону України «Про третейські суди» не тільки обмежує, але і позбавляє особу на судовий захист, що проголошене ст. 55 Конституції України.
- ст. 124 Конституції України: «Правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Делегування функцій судів не допускається. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносни, що виникають у державі.» Оскільки доведено, що конституційним поняттям «суд» не охоплюється поняття «третейський суд», то в даному випадку категорично можна зазначити, що третейський суд не здійснює правосуддя, що підтверджується вищенаведеними рішеннями КСУ.
- Рішення Конституційного суду України від 25 грудня 1997 року № 9-зп: «1. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. 2. Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі статтею 64 Конституції України не може бути обмежене.»
- Рішення Конституційного суду України від 23 травня 2001 року № 6-рп/2001: «1. Громадянин має право безперешкодно звернутися до суду за захистом своїх прав і свобод. 2. ... судам підвідомчі будь-які звернення фізичної особи щодо захисту своїх прав і свобод.

Тому суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушено чи порушуються, або створено чи створюються перешкоди для їх реалізації, або має місце інше ущемлення прав і свобод».

Текст вищенаведених рішень судів чітко констатує, що відмова у прийнятті заяви до державного суду – це відмова у правосудді. Тобто право на правосуддя – це право на звернення до державного суду за судовим захистом і це право не може бути нічим обмежене.

- Рішення Конституційного суду України від 9 липня 2002 року № 15-рп/2002: «...право особи (громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами. Встановлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист.»

Отже третейський суд – недержавний орган, що призначений для вирішення спорів шляхом застосування, зокрема, методів арбітрування (примирення). Його ніяк не можна вважати судовим органом, його рішення обов»язкові для виконання лише сторонам, тому з боку законодавця було нерозсудливо обмежувати сторін третейського розгляду у подальшому зверненні до суду загальної юрисдикцій. З огляду на вищенаведене третейський суд можна вважати органом із досудового вирішення спору, а «третейське судочинство» як вид досудового врегулювання правового спору між сторонами.

Байдеріна Катерина Леонідівна
здобувач кафедри цивільного процесу
Одеської національної юридичної академії,
Одеса, Україна

ПРИНЦИП ДОБРОСОВІСНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА

Становлення України як правової демократичної держави неможливо без існування та ефективної роботи судової системи, адже, як правило, саме судовий розгляд є найбільш поширеним механізмом захисту прав, свобод та інтересів людини і громадянина, юридичних осіб, держави. Цивільне судочинство відіграє важливу роль у житті суспільства, при цьому охоплюючи досить широкий спектр питань, вирішення яких належить до компетенції відповідних судових органів.

Основним завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Виконання даного завдання можливо, на думку автора, за умови реалізації в цивільному судочинстві принципу добросовісності кожним учасником цивільного процесу.

В даній роботі автор намагається визначити сутність та правову природу цього поняття, обґрунтувати необхідність висвітлення та закріплення принципу добросовісності на законодавчому рівні, проаналізувати механізм застосування санкцій за порушення даного принципу.

Принципи сприяють правильному пізнанню і застосуванню норм цивільного процесуального права, є основою для законодавчої практики, для підготовки, розроблення і прийняття відповідних їм за змістом правових норм та їх удосконалення. Розвиваючись разом із суспільством в умовах політичних та соціально-економічних перетворень, принципи вдосконалюються та створюють додаткові умови для забезпечення гарантій захисту прав і законних інтересів учасників процесу. Тому їх порушення, як правило, призводить до зміни або скасування судових рішень [1, с. 19].

Принцип добросовісності, на наш погляд, це одна із основних засад, закріплена цивільним процесуальним законодавством, яка безпосередньо визначає модель належної правової поведінки усіх учасників цивільного судочинства. Основним рисами даного принципу, є:

визначеність – наявність критеріїв, які змістовно характеризують даний принцип з метою подолання його «оціночності».

механізм відповідальності – як основна гарантія від можливих порушень принципу добросовісності кожним учасником цивільного процесу;

нормативно-правове закріплення – принцип добросовісності є основною засадою цивільного судочинства, яке, в свою чергу, здійснюється відповідно до діючого законодавства України(стаття друга Цивільного процесуального кодексу).

Частково нормативно-правове закріплення принцип добросовісності отримав в частині третій статті 27 Цивільного процесуального кодексу України, яка закріплює обов'язок осіб, які беруть участь у справі, тобто учасників цивільного процесу, добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки. У зв'язку із цим, принцип добросовісності трансформується, навіть, в зобов'язання сторін діяти відповідно до принципу добросовісності.

Цивільний процесуальний кодекс надає цілий спектр процесуальних прав учасникам цивільного процесу, які, звичайно, кореспондують певні цивільно-процесуальні обов'язки для цих учасників. Недобросовісна реалізація наданих законодавством процесуальних прав та виконання обов'язків призводить до негативних наслідків у вигляді зловживань процесуальними правами та ухилення від належного виконання процесуальних обов'язків, що є головною перешкодою на шляху до виконання закріпленого в першій статті Цивільного процесуального кодексу завдання цивільного судочинства. В рамках позовного провадження, наприклад, розглядається вимога заінтересованої особи до суду про здійснення правосуддя у цивільних справах на захист прав та інтересів, порушених чи оспорюваних іншою особою [3, с. 322]. Процесуальному інтересу позивача, зацікавленого в ефективному, своєчасному та позитивному для нього вирішенні справи протистоїть процесуальний інтерес відповідача, для якого основною метою є уникнення або відстрочення можливої відповідальності. Таким чином, виникає ситуація, в якій відповідач, недобросовісно користуючись процесуальними правами (пред'явлення зустрічного позову без достатніх підстав, оскарження до вищестоящих судових інстанцій ухвали та/або рішення і т.д.) та виконуючи процесуальні обов'язки (систематичні неявки до судових засідань, ненадання достатніх доказів і т.д.), формально не порушуючи норми діючого процесуального законодавства, фактично своїми діями призводить до затягування судового розгляду справи, чим спричиняє порушення процесуального права позивача на судовий захист його права. В такому випадку мають місце порушення принципу добросовісності, за які необхідно передбачити санкції саме в Цивільному процесуальному кодексу у вигляді штрафу або інших санкцій за рішенням суду залежно від ступеня негативного впливу на своєчасність та ефективність розгляду справи.

Ефективна реалізація принципу добросовісності потребує законодавчого закріплення у формі стислого і зрозумілого визначення змістовних ознак добросовісної поведінки та надійних критеріїв її практичного встановлення у конкретних життєвих ситуаціях. Що ж стосується відповідного аспекту законодавчої регламентації структури й особливостей функціонування механізму відповідальності, то він, очевидно, також має виражатися у нормативно-правовому визначенні ознак невинуватості саме як специфічного (властивого відповідному правовому інституту) втілення добросовісності, та вини – як її антипода при кваліфікації поведінки суб'єкта відповідальності [2, с. 31]. Незважаючи на це, на даний момент, в Цивільному процесуальному кодексі відсутня чітка система санкцій за порушення даного принципу.

Виключенням є стаття 240 Цивільного процесуального кодексу, яка визначає міру відповідальності за порушення принципу добросовісності заявником по справі про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, який діяв недобросовісно без достатньої

для цього підстави, у вигляді компенсації останнім судових витрат. Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 39 Цивільного кодексу України, при відмові у задоволенні такої заяви і за умови встановлення безпідставності та недобросовісності вимоги про визнання фізичної особи недієздатною, особа, стосовно якої була порушена справа, має право на відшкодування моральної шкоди у порядку позовного провадження.

Таким чином, додержання і законодавче вдосконалення повноти вираження і дії принципів цивільного процесуального права є важливою гарантією зміцнення законності як невід'ємної частини функціонування правової держави і демократичного правопорядку, тому вважаємо за доцільне, виокремити принцип добросовісності як один із основних принципів, яким повинні керуватися учасники цивільного процесу на всіх його стадіях.

Використані джерела:

1. *Цивільний процес. За ред. Ю.В. Білоусова. - К.: Прецедент, 2005.*
2. *Примак В. Функціональний аспект розмежування цивільно-правової вини і недобросовісності // Юридична Україна : Щомісячний правовий часопис. 2006. № 9.*
3. *Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005.*

Богач Анатолій Анатолійович

юрисконсульт громадської організації «Подільська правозахисна фундація», Хмельницький, Україна

ЩОДО ВИКОРИСТАННЯ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Цивільний процесуальний кодекс України 2004 року (надалі – ЦПК України) новелізував діючи процесуальні норми в сфері цивільного судочинства, але зберіг традиційні процесуальні форми і принципи. Значно розширена структура Кодексу шляхом включення нових розділів і глав, а саме: наказне провадження (розділ II); заочний розгляд (глава 8 розділу III) та розгляд справ окремого провадження (розділ IV).

Розширив сферу правового регулювання новий кодекс вніс і певні неясності серед яких особливе місце посідає використання законодавцем «оціночних понять» для визначення строків в цивільному процесі.

Для прикладу, в статті 74 ЦПК України визначено, що судова повістка-повідомлення вручається «завчасно»; ухвала про відкриття провадження надсилається учасникам судового процесу «невідкладно» (стаття 127 ЦПК України); «негайно» виконується ухвала про забезпечення позову (стаття 153 ЦПК України); суд розглядає справу протягом «розумного строку» (стаття 157 ЦПК України).

Чіткого визначення даних понять законодавець, нажаль, не надав. Визначено лише часовий проміжок такого процесуального строку як «розумний строк». Так, відповідно до статті 157 ЦПК України суд розглядає справи протягом розумного строку, але не більше двох місяців. В статті 302 ЦПК України визначено, що справа має бути призначена до розгляду судом апеляційної інстанції у розумний строк, але не пізніше 15 днів після закінчення дій по підготовці справи до розгляду.

Але саме чому законодавець чітко не визначив процесуальні строки, а використовує оціночні поняття? Яка їх роль?

Перш за все, слід відмітити, що подібні терміни використовувались ще в законодавстві колишніх СРСР та УРСР. Оціночні поняття використовувались в положеннях кримінального законодавства і в законодавстві про працю, а зокрема: в статті 41 Кодексу законів про працю України серед підстав звільнення визначено «одноразове грубе порушення трудових обов'язків»; в Кримінальному кодексі міститься вказівка на «великі розміри» завданої

шкоди. З часом, законодавець почав активно застосовувати дані поняття в процесуальному законодавстві, а зокрема в ЦПК України від 2004 року.

Загалом проблематикою використання «оцінюючих понять» в юриспруденції займались Т.В. Кашаніна, В.В. Пітецкий, М.І. Бару. Але більшість досліджень стосувались використання даних понять в радянському законодавстві. З часів проголошення на Україні незалежності це питання майже не досліджується, наукові праці здебільш привячені характеристиці «оціночних понять» в окремих галузях права (наприклад, праці А. Огородника[1]).

В цілому під «оціночним поняттям» науковці визначають виражену в юридичній нормі абстрактну характеристику соціальної (особистої, групової та іншої) значущості реальних або потенційних фактів, яка неодмінно має бути конкретизована при застосуванні до них чи реалізації відповідної норм, завдяки чому забезпечується юридичне реагування держави на всі індивідуалізовані факти, яким притаманна така значущість[1].

Наявність оціночних понять у тексті юридичної норми на думку науковців призводить до формальної невизначеності самої правової норми. Формулюючи правову норму з використанням оціночних понять, законодавець нібито делегує частину своїх повноважень щодо правового регулювання суспільних відносин суб'єктам застосування права у частині індивідуального вирішення конкретної справи і найповнішого задоволення інтересів її учасників[1]. Використання оціночних категорій в галузях матеріального права може бути оправдано полегшенням змістового навантаження правової норми. Крім того, законодавець використовуючи дані поняття окремо зазначає статтю чи примітку до статті в якій розкривається зміст даних понять (для прикладу, стаття 185 Кримінального кодексу України). Використовуючи оціночні категорії законодавець не розшифровує їх зміст. Для прикладу, статтею 74 ЦПК України визначено, що судова повістка-повідомлення надсилається завчасно. Але як на практиці визначити завчасність вручення повістки? Законодавець залишив дане питання на розсуд суду та відкрив шлях до зловживань з боку працівників суду. Особі буде досить складно буде довести, що судова повістка-повідомлення вона отримала з порушенням процесуального строку, оскільки поняття «завчасно» є абстрактним.

Наступним оціночним поняттям, яке законодавець досить влучно використовує в процесуальних нормах є «невідкладно». Так, статтею 122 ЦПК України визначено, що ухвала про відмову у відкритті провадження повинна бути невідкладно надіслана позивачеві. Статтею 230 ЦПК України передбачено, що прийнявши належно оформлену заяву про перегляд заочного рішення суд, невідкладно надсилає її копію та копії поданих до неї документів іншим особам, які беруть участь у справі. Але чи є невідкладний строк 1 година чи 1 доба ? Законодавець цього не визначив, а знову залишив на розсуд суду. Проте, якщо звернемось до інших нормативних актів то можемо відмітити, в частині 10 статті 29 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 25 березня 2004 року також застосовується поняття «невідкладно», але цей строк обмежується добою.

Досить тісно з терміном «невідкладно» пов'язаний інший термін, який використовує законодавець - «негайно». Для прикладу, в статті 153 ЦПК України визначено, що ухвала про забезпечення позову виконується негайно. Але визначення цього терміну ЦПК України не містить. Але якщо звернутись до інших положень чинного законодавства, то знов можемо зустріти цей термін, а зокрема в статті 248 Цивільного кодексу 2003 року визначено, що у разі припинення представництва за довіреністю представник зобов'язаний негайно повернути довіреність. В даному випадку під терміном «негайно» науковці визначають мінімально короткий строк, як тільки в особи з'явиться можливість[1]. Подібне тлумачення слід застосовувати і для аналізу статті 153 ЦПК України.

Розповсюдженим терміном, яким законодавець визначає процесуальний строк є «розумний строк» протягом якого відповідно до статті 157 ЦПК України суд повинен розглянути справу. Протее, не відміну від інших процесуальних строків, які в ЦПК України зазначені подібними оціночними поняттями, законодавець обмежив строк розгляду справи 2-

ма місяцями, а в справах про поновлення на роботі, стягнення аліментів цей строк – 1 місяць. Науковці під ним визначають термін, який необхідний для вчинення певних дій за звичайних, нормальних умов[1]. Судді в своїй практиці «розумний строк» визначають по максиму, який встановлений у відповідній процесуальній нормі.

Таким чином, попри проведення оновлення існуючої нормативної бази, якою керується в своєї діяльності суд, законодавець використовує «оціночні поняття», які можливо тлумачити двояко. Як наслідок – створюється відповідна база для зловживань як з боку учасників судового процессу так і суду. Для вирішення даної проблеми в процессуальному законодавстві дані строки слід визначати чітко.

***Використані джерела*:**

1. *Огородник А. Оціночні поняття в структурі норм кримінального права // Право України. – 2000. – №1.*
2. *Віталій Коссович. Оціночні поняття як джерело і форма права. //ВІСНИК ЛЬВІВ. УН-ТУ Серія юридична. 2004. Вип. 40. 19.05.2005. Електронний ресурс. [Режим доступу]:http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=&d=603*
3. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. 3-е видання, перероб. і доп.У 2 т./За відп. ред. О.В. Дзери , Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т.1 - с. 418*
4. *Олеся Бартовщук. Судовий розгляд в розумні строки: мрії чи реальність?// Електронний ресурс. [Режим доступу]: http://www.minjust.gov.ua/0/6788*
5. *Стефанчук М.О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: монографія/ М.О. Стефанчук. – К.: КНТ, 2008.- 184с.*

Бондаренко-Зелінська Надія Леонтіївна
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ БАНКІВ У СПРАВАХ ПРО РОЗГОЛОШЕННЯ ІНФОРМАЦІЇ, ЩО МІСТИТЬ БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ В ПОРЯДКУ ОКРЕМОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Прийняття 18 березня 2004 року ЦПК України стало суттєвим кроком на шляху вдосконалення національного механізму здійснення правосуддя в цивільних справах та підвищення його ефективності. Новий кодекс закріпив низку новел, спрямованих на спрощення порядку розгляду та вирішення цивільних справ, забезпечення доступності та оперативності судового захисту в цілому. Водночас, деякі зміни запропоновані законодавцем критикуються юридичною громадськістю в силу неоднозначного їх сприйняття. Так, до останнього часу захист прав особи, пов'язаних із інформацією здійснювався в порядку позовного (загального) судочинства[1]. Натомість чинний ЦПК України, на відміну від кодексу 1963 року, відніс справи про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичної або фізичної особи до окремого провадження. Це активувало жваві дискусії серед науковців та практикуючих юристів щодо підстав такого розмежування та особливостей розгляду та вирішення таких справ в порядку безспірної процедури[1]. Зокрема, практика застосування відповідних положень чинного ЦПК висунула на перший план низку проблем, що потребують законодавчої конкретизації, серед яких звертає на себе увагу питання про правосуб'єктність банку у справах про розголошення інформації, що містить банківську таємницю в порядку окремого провадження:

Так, виходячи із змісту п. 2 ч. 1 ст. 288 ЦПК, у справах про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, заінтересованими є «особи, щодо яких вимагається розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, їх місце проживання або місцезнаходження». Водночас вказана дефініція не визначає чітко правосуб'єктність банків у вказаних категоріях справ. З огляду на це, на практиці суди часто не визнають за банком самостійного процесуального статусу.

Вбачається, що такий підхід щодо визначення процесуального статусу банків у вказаній категорії справ, хоча і ґрунтується на буквальному тлумаченні положень чинного ЦПК, є невірним, оскільки банк, від якого вимагається певна інформація, також заінтересований у результатах справи, і не тільки тому, що від них залежить його репутація і подальша нормальна діяльність.

Так, за змістом ч. 1 ст. 60 Закону України «Про банки і банківську діяльність», банківською таємницею є інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту. Водночас відповідно до п.п. 4, 6-8 ч. 2 та ч. 3 вказаної статті банківську таємницю становить також інформація про системи охорони банку та клієнтів; відомості стосовно комерційної діяльності клієнтів чи комерційної таємниці, будь-якого проекту, винаходів, зразків продукції та інша комерційна інформація; інформація щодо звітності по окремому банку, за винятком тієї, що підлягає опублікуванню;) коди, що використовуються банками для захисту інформації, а також інформація про банки чи клієнтів, що збирається під час проведення банківського нагляду. Тобто до змісту поняття «банківська таємниця» законодавець включає також інформацію про банки та комерційну таємницю.

Поняття комерційної таємниці сформульоване в ст. 505 ЦК, відповідно до якої комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію. Крім того комерційною таємницею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці. Також варто згадати ст. 36 ГК, згідно з якою комерційною таємницею можуть бути визнані відомості, пов'язані з виробництвом, технологією, керуванням, фінансовою й іншою діяльністю суб'єкта господарювання, що не є державною таємницею, розголошення яких може завдати шкоди інтересам суб'єкта господарювання. Як бачимо, закон пов'язує секретність інформації не з суб'єктом, якого вона стосується, а із змістом відомостей та суб'єктом, який контролює інформацію.

Інакше кажучи, якщо відповідна інформація щодо діяльності банку за своїми властивостями відповідає змісту ст. 505 ЦК або ст. 36 ГК і банк заявить, що вона становить комерційну таємницю, на такі відомості (на розсуд банку) поширеться дія норм ст. 60 Закону України «Про банки і банківську діяльність» та статус банківської таємниці.

Таким чином, як банківську таємницю слід розглядати будь-яку інформацію, що стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку, яка в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з банківською інформацією, у зв'язку з цим має цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих банком та іншими особами, які законно контролюють цю інформацію. І така інформація однозначно може стосуватись не тільки клієнта а й власне банку, що його обслуговує.

Інакше кажучи, хоча про це немає прямої вказівки в процесуальному законі банки є заінтересованими особами у справах про розголошення інформації, що містить банківську

таємницю в порядку окремого провадження та повинні наділятися відповідним обсягом процесуальних прав та обов'язків.

В контексті досліджуваного питання також потребує уточнення положення ч. 3 ст. 290. ЦПК, відповідно до якого «особа, щодо якої банк розкриває банківську таємницю, або заявник мають право у п'ятиденний строк оскаржити ухвалене судом рішення до апеляційного суду в установленому порядку». Вказану статтю сформульовано таким чином, що із її змісту не зрозуміло, чи може банк оскаржувати таке рішення. Водночас із змісту вказаної норми чітко видно, що суб'єктом апеляційного оскарження в цій категорії справ може бути заявник і особа, щодо якої розкривається банківська таємниця.

Таким чином, якщо інформація, щодо розкриття якої завертається заявник, є банківською таємницею і включає відомості з обмеженим доступом власне про банк, останній автоматично кваліфікується як особа, щодо якої розкривається банківська таємниця і має право на оскарження судового рішення.

Додатковим аргументом на користь цього твердження може слугувати і той факт, що забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду – це конституційна засада правосуддя. Положення п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України, яке її закріплює, вказує, що в апеляційному (касаційному) порядку може бути оскаржено рішення місцевих (апеляційних) судів, за винятком випадків, визначених законом. Аналіз норм чинного ЦПК дозволяє констатувати, що процесуальний закон в жодній статті не забороняє заінтересованій особі оскаржувати рішення, що стосується прав та обов'язків останньої. Більше того загальна норма ч. 1 ст. 292 цього кодексу вказує, що «сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, мають право оскаржити в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції повністю або частково». По суті ця стаття закріплює таке право за кожною заінтересованою особою, незалежно від участі останньої у справі.

Таким чином, банк є повноцінним учасником досліджував категорії справ окремого провадження та як і будь-яка інша заінтересована особа має право на апеляційне оскарження судового рішення у справах про розголошення інформації, яка містить банківську таємницю.

Вбачається, що законодавче уточнення правосуб'єктності банку в справах про розголошення інформації, що містить банківську таємницю, та закріплення за ним статусу заінтересованої особи, не тільки сприятиме об'єктивному та усесторонньому дослідженню обставин в таких справах, а й стане ефективним інструментом запобігання неправомірному поширенню інформації, що становить комерційну цінність.

***Використані джерела*:**

1. *Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254/96 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.*
2. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV // Офіційний вісник України. – 2004. – № 16. – Ст. 1088.*
3. *Цивільний кодекс України 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст.356.*
4. *Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18-22,. – Ст.144.*
5. *Про банки і банківську діяльність: Закон України № Від // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 5-6. – Ст.30.*
6. *Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію: Лист Вищого господарського суду України № 01-8/184 від 28.03.2007 // Вісник господарського судочинства. – 2007. – № 3. – Ст. 46.*

Бурданова Наталия Анатольевна
помощник судьи Приморского районного суда Санкт-Петербурга,
Санкт-Петербург, Российская Федерация

ОСОБЕННОСТИ РАССМОТРЕНИЯ СУДОМ ДЕЛ О ВЫЕЗДЕ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНЕГО ЗА ГРАНИЦУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В соответствии с действующими международными нормами и российским законодательством родители обладают широким кругом родительских прав и обязанностей в отношении своих детей. Родители несут равную ответственность за воспитание и развитие ребенка [1, ст. 18], на них возлагается защита прав и интересов детей [3, ст. 64].

Родительские права не ограничены в пространстве: они действуют как на территории России, так и за ее пределами, что подтверждается содержанием ст. 22 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и порядке въезда в Российскую Федерацию» [4]. Вместе с тем, несовершеннолетний может выезжать за границу в сопровождении одного из родителей. В таком случае, вопреки распространенному мнению и сложившейся во многих регионах Российской Федерации практике, нотариально удостоверенного согласия второго родителя не требуется [4, ст. 21]. Это свидетельствует о презумпции согласия второго родителя на выезд ребенка за рубежи государства.

Порядок подачи заявления о несогласии на выезд ребенка регламентирован Постановлением Правительства Российской Федерации «Об утверждении Правил подачи заявления о несогласии на выезд из Российской Федерации несовершеннолетнего гражданина Российской Федерации» [5]. Согласно Постановлению заявление подается лично одним из родителей несовершеннолетнего гражданина Российской Федерации в территориальный орган Федеральной миграционной службы по месту жительства [пребывания], либо в орган пограничного контроля, либо в дипломатическое представительство [консульское учреждение] Российской Федерации в случае, если заявитель постоянно проживает за пределами Российской Федерации. В случае подачи такого заявления при намерении другого родителя с несовершеннолетним пересечь границу указанные государственные службы запрещают выезд и информируют последнего, в том числе в письменном ответе на запрос, о причинах запрета.

При невозможности решения вопроса во внесудебном порядке родитель, желающий выехать с ребенком за рубеж, обращается в суд. Заявление рассматривается в порядке искового производства. В соответствии с п. 23, 24, 28 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации [2] и разъяснениями, данными в обзоре законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации [6], иск подсуден районному суду по месту жительства ответчика. Однако при рассмотрении исков подобного характера возникает множество вопросов, не урегулированных законом.

При этом необходимо разграничивать временный выезд родителя с ребенком за пределы России и выезд на постоянное место жительства в другое государство (в последнем случае изменяется место жительства ребенка) [7, с. 43].

При выезде ребенка на постоянное место жительства за рубеж фактически рассматривается вопрос об определении места жительства ребенка. Для решения вопроса об удовлетворении иска необходимо исследовать условия жизни ребенка заграницей (жилищно-бытовые условия, возможность получения образования и пр.).

В случае временного выезда данные обстоятельства не входят в предмет доказывания, так как ребенок сохраняет обычное место проживания. При рассмотрении данного иска проверке подлежат возражения ответной стороны относительно причин несогласия на выезд. Например, если будет установлено, что поездка может угрожать здоровью ребенка, в том числе психическому, иск подлежит отклонению. Таким образом, основной задачей суда является установление соответствия выезда правам и законным интересам ребенка.

Однако в данном случае сложность при принятии решения состоит в формулировке резолютивной части решения и зависит согласно требованиям ст. 196 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации от предъявленного иска.

При недостижении согласия между родителями относительно выезда ребенка за границу в какое-либо определенное государство либо в какой-либо определенный период, истец вправе просить суд разрешить выезд в конкретное государство или в определенный период. Очевидно, что в остальных случаях суду по аналогии с другими спорами о детях в случае удовлетворения иска следует принимать решение о разрешении временного выезда несовершеннолетнего с одним из родителей (с указанием конкретного лица).

Родитель, не давший согласия на выезд, хотя это прямо и не предусмотрено законом, не лишен права при изменении существенных обстоятельств либо в конкретной ситуации обратиться в суд с иском о запрете второму родителю выезда с несовершеннолетним за рубеж.

К сожалению, обобщения судебной практики и разъяснения высших судебных инстанций по данному вопросу отсутствуют.

Таким образом, при рассмотрении судом дел о выезде несовершеннолетнего за рубеж необходимо руководствоваться интересами ребенка, которые заключаются в возможности нормального физического и умственного развития в новом месте проживания, общении с другим родителем и т. д. (в случае выезда на постоянное место жительства за пределы России) и отсутствии опасности для его жизни и здоровья, ненарушении привычного образа жизни и пр. (при временном выезде).

Использованные источники:

1. *Конвенция ООН о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLVI. М., 1993.*
2. *Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. (ред. От 28 июня 2009 г.) № 138-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации (далее – СЗ РФ). 2002. № 46. Ст. 4532.*
3. *Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. (ред. от 30 июня 2008 г.) № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.*
4. *Федеральный закон от 15 августа 1996 г. (ред. от 28 июня 2009 г.) № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и порядке въезда в Российскую Федерацию» // СЗ РФ. 1996. № 34. Ст. 4029.*
5. *Постановление Правительства Российской Федерации от 12 мая 2003 г. (ред. От 28 марта 2003 г.) № 273 «Об утверждении Правил подачи заявления о несогласии на выезд из Российской Федерации несовершеннолетнего гражданина Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 20. Ст. 1902.*
6. *Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2003 года // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2003. № 12.*
7. *Григорян Э. А., Гюрджан О. М. О некоторых вопросах, связанных с определением места жительства ребенка // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 5. С. 42–44.*

Васильєва-Шаламова Жанна Віталіївна
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ СТОРОКИ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ ЕКСПЕРТИЗИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Відповідно до ч. 1 ст. 144 ЦПК України, експертиза призначається ухвалою суду, де зазначаються: підстави та строк для проведення експертизи; з яких питань потрібні висновки експертів, ім'я експерта або найменування експертної установи, експертам якої доручається проведення експертизи; об'єкти, які мають бути досліджені, попередження про відповідальність експерта за завідомо неправдивий висновок та за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків.

Разом з тим ухвала про призначення експертизи повинна містити й всі реквізити, властиві судовій ухвалі й перераховані в ст. 210 ЦПК України.

Потрібно звернути увагу на зміст тієї частини ухвали про призначення експертизи, в якій мова йде про строк проведення експертизи.

Відповідно до п. 1. 13 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень [[1]], строк проведення експертизи встановлюється залежно від складності дослідження, а також з урахуванням експертного навантаження фахівців керівником експертної установи (або заступником керівника чи керівником структурного підрозділу) у межах:

– 10 днів – щодо матеріалів з невеликою кількістю об'єктів і не складних за характером досліджень;

– 1 місяця – щодо матеріалів із середньою кількістю об'єктів або середньої складності за характером досліджень;

– 2 місяців – щодо матеріалів з великою кількістю об'єктів або складних за характером досліджень;

– більше 2 місяців – щодо матеріалів з особливо великою кількістю об'єктів або найскладніших за характером досліджень, при цьому термін[1].

Як бачимо «Інструкція» диференціює строки проведення експертиз залежно від кількості об'єктів, що передаються на експертизу або складності дослідження.

У такому випадку викликає сумніви можливість суду визначити строк, необхідний для проведення тієї чи іншої експертизи. Це пов'язано з тим, що кількість об'єктів дослідження не завжди свідчить про складність експертизи, тому не маючи спеціальних знань суд не спроможний самостійно визначити складність того чи іншого експертного дослідження, і відповідно належний строк його проведення.

Крім того, відповідно до згаданої Інструкції у виняткових випадках, зокрема тоді, коли експертиза не може бути виконана в зазначені строки, більший строк встановлюється за письмовою домовленістю з органом чи особою, яка призначила експертизу, після попереднього вивчення експертом наданих матеріалів Попереднє вивчення матеріалів при нескладних та середньої складності дослідженнях не має перевищувати п'яти днів; при складних та найскладніших дослідженнях — десяти днів.

Таким чином, встановлений в ухвалі строк не відіграє жодного юридичного значення й не впливає на реальні строки проведення експертизи. З огляду на це викликає сумнів доцільність визначення судом в ухвалі про призначення судової експертизи строку її проведення. Насамперед, актуальним є питання контролю судом дотримання експертами строків проведення експертизи. У зв'язку з цим вбачається доцільним доповнити ч. 3 ст. 53 ЦПК України положенням такого змісту:

«Отримавши ухвалу суду про призначення експертизи, експерт зобов'язаний у строки, передбачені законом, попередньо вивчити матеріали дослідження та невідкладно повідомити суд про орієнтовний строк, необхідний для проведення експертизи.»

На нашу думку, це дозволить суттєво скоротити строки проведення судових експертиз.

Гаврік Роман Олександрович
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО СУТНІСТЬ ПРЕЮДИЦІЙНОСТІ ФАКТІВ, ВСТАНОВЛЕНИХ РІШЕННЯМ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ, ЩО НАБРАЛО ЗАКОННОЇ СИЛИ

Дослідження питання законної сили рішення суду, рівно як і її елементів – статичного та динамічного, неможливо провести без дослідження такого процесуального інституту як преюдиція, а також її зв'язку із виключністю, незмінністю, неспростовністю та обов'язковістю, як властивостей рішення суду, із виникненням яких пов'язують набрання рішенням суду законної сили.

Питання преюдиційності судових рішень, як і питання законної сили рішення суду, увійшло у цивільний процес України із теорії російського кримінального процесу, в якому були достатні наукові розробки з цього питання. У межах цивільного процесу питання преюдиції розглядалося менше і лише при розгляді фактів, що встановлені судовим рішенням як доказу, а не у зв'язку із набранням рішенням суду законної сили. Так, А.Х. Гольмстен визначав преюдицію як «здатність рішення бути доказом наявності визнаного судом права» називав «істинністю рішення» [1, с. 267].

Надалі дане питання активно розглядалося представниками радянської теорії цивільного процесу, а після – і українськими науковцями. При цьому, в теорії цивільного процесу не сформувалося єдиної точки зору на преюдицію.

Переважаючими теорії цивільного процесу є наступні напрями:

- розгляд преюдиційності як обов'язковості для суду, іншого юрисдикційного органу та учасників процесу встановлених рішенням суду фактів та правовідносин, тобто властивість самих фактів та правовідносин [2, с. 437], [7, с. 421];
- преюдиційність як обов'язку для суду, іншого юрисдикційного органу врахувати факти та правовідносини, встановлені рішенням суду без попереднього доведення їх сторонами, та неможливість для учасників процесу їх оскаржувати, що розглядається як властивість рішення суду, що набрало законної сили [3, с. 161-162], [5, с. 14-15], або прояв іншої властивості – загальнообов'язковості [4, с. 146] або виключності [6, с. 28].

Вважаємо, що преюдиційність є не властивістю рішення суду, а властивістю встановлених судом фактів із наступних підстав.

По-перше, неможливість для учасників процесу оспорювати встановлені судом обставини та правовідносини як такі, що уже доведені у процесі, по якому уже ухвалене рішення, і які стосуються осіб, які брали участь у справі (негативна сторона преюдиційності), повністю охоплюється властивістю виключності. Остання виключає подання тотожного позову, його прийняття судом, розгляд та ухвалення по ньому рішення. У випадку преюдиційності фактів маємо не повну тотожність у позовах, а тотожність у окремих фактах, що є предметом розгляду як у позові, по якому уже ухвалене рішення, так і в позові, по якому ще йде судовий розгляд.

В такому випадку повторне дослідження даних обставин буде неможливим, оскільки ці обставини є вже встановленими судом у рішенні по задоволеній матеріально-правовій вимозі позивача.

Повторне їх доказування за своїм змістом буде ідентичним подачі тотожного позову, тобто буде заперечуватися принцип правової визначеності, а отже – і законна сила рішення суду. В обох випадках під загрозою може виявитися захищене судом право особи, яка брала участь у справі. Однак у випадку подачі тотожного позову позивач ігнорує усі встановлені судом факти та правовідносини, на підставі яких було ухвалене рішення, що набрало законної сили, а у випадку порушення преюдиційності – лише окремі факти та правовідносини, встановлені судом. Тобто маємо, що преюдиційність є лише проявом виключності рішення суду.

По-друге, обов'язок для суду враховувати встановлені судовим рішенням факти без їх доказування учасниками процесу (позитивна сторона преюдиційності) виникає на підставі норми закону, яка визначає перелік підстав для звільнення від доказування і фактично випливає із обов'язку суду не приймати до свого розгляду тотожний позов, в тому числі і досліджувати ті факти та правовідносини, що були предметом розгляду суду і були ним встановлені та доведені.

Таким чином говорити про преюдиційність як про властивість рішення суду не можна оскільки вона є лише проявом виключності рішення суду, оскільки остання не тільки відвертає новий судовий процес із такими ж позовними вимогами і учасниками процесу, а й зумовлює припинення провадження у справі у випадку помилкового відкриття провадження у справі за тотожним позовом. Преюдиційність же є фактично виключністю щодо тотожних фактів та правовідносин, тобто які уже встановлені під час розгляду іншої цивільної справи. Таким чином має місце також виключення, але не процесу, а нового встановлення вже встановлених обставин.

В той же час, не потрібно змішувати преюдиційність із обов'язковістю рішення суду, оскільки обов'язковість означає наявність у судовому рішенні владного припису, який підлягає виконанню. В той же час, обов'язковість рішення суду як правозастосовного акту, має місце лише у зв'язку із прямим зобов'язуванням конкретного суб'єкта до вчинення певних дій або утримання від них. Обов'язок суду приймати преюдиційні факти без доведення випливає не із судового рішення, а із факту набрання ним законної сили, а отже – набуття судовим рішенням властивості виключності. Саме виключність рішення суду і надає встановленим судом фактам та правовідносинам остаточності, що для суду означає обов'язок врахування цих фактів без доведення, а для осіб, які брали участь у справі – неможливість їх оскарження. Саме це і є складає поняття преюдиційності.

***Використані джерела*:**

1. *Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. – СПб: Типография М.М. Меркушева, 1913. – 411 с.*
2. *Гурвич М.А, Решение советского суда в исковом производстве // Гурвич М. А. Избранные труды. – Краснодар: Советская Кубань, 2006. – С. 319-445.*
3. *Гурвич М. А. Судебное решение: Теоретические проблемы. – М.: Юридическая литература, 1976. – 176 с.*
4. *Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. – М.: Юридическая литература, 1966. – 195 с.*
5. *Масленникова Н.И. Законная сила судебного решения в советском гражданском процессуальном праве: Автореферат дисс. … канд. юрид. наук. 12.00.3 / Масленникова Нэлли Ивановна. – Свердловск, 1975. – 18 с.*
6. *Полумордвинов Д. И. Законная сила судебного решения. – Тбилиси, 1964. – С. 28.*
7. *Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре» – 2005. – 624 с.*

Гарієвська Мирослава Богданівна
молодший науковий співробітник Подільської лабораторії
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України,
асистент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ СУДОВОГО РОЗСУДУ І ЗАКОННОСТІ

Законність – фундаментальна категорія юридичної науки та практики, а її рівень виступає головним критерієм правового життя суспільства. Законною визнається лише така діяльність, яка проходить в повній відповідності зі встановлени законом правилами і вимогами. Положення закону передбачають не тільки конкретні правила поведінки, але і деякі альтернативи, прояв розсуду в різних ситуаціях.

Для правосуддя співвідношення законності і судового розсуду має особливе значення внаслідок того, що воно пов'язане з неухильним дотриманням вимог закону і встановленого ним порядку розгляду цивільних справ.

За значенням законність і розсуд, поза сумнівом, рівнозначні поняття. Проте законність має ширший зміст, ніж розсуд, і, воно є таким, що лежить в основі розсуду. Тому кожне рішення, прийняте по розсуду, повинно відповідати вимогам закону. Однак, законність і розсуд поняття не ідентичні у зв'язку з тим, що законність не завжди співпадає з розсудом. Але не в тому сенсі, що рішення по розсуду може прийматись за межами законності, а в тому, що не всяке законне рішення серед інших законних рішень завжди виступає як прийняте по розсуду.

Законність стосовно судового розсуду може бути виражена в двох аспектах: абстрактному і конкретному. Абстрактний аспект знаходить свій вираз в законотворчості і досконалості системи нормативно-правових актів, що передбачають судовий розсуд. Конкретний аспект передбачає судовий розсуд по питаннях пов'язаних із юридичною кваліфікацією справи. Якщо в першому випадку це пов'язано з діяльністю вищих судових інстанцій, то в другому - з діяльністю судів загальної юрисдикції [4, с. 154].

Здійснення судового розсуду є законним при умові дотримання суддею норм процесуального права, які встановлюють порядок розгляду і вирішення справи. Процесуальні норми вважаються інституційними межами вибору, підкреслюють процесуальну форму судового розсуду і є гарантією здійснення контролю за застосуванням розсуду [3, с. 57].

Законність судового розсуду виявляється в дотриманні судом норм права, що підлягають застосуванню при розгляді і вирішенні конкретної справи і які пов'язані із здійсненням судового розсуду[3, с. 57].

Судовий розсуд додає законному рішенню більше гнучкості в питаннях правового регулювання. Законне судове рішення, прийняте на підставі розсуду, володіє наступними якостями: а) швидким реагуванням на соціальні умови життя суспільства; б) подоланням відсталості закону; г) визнанням пріоритету права; д) визнанням високої ролі суду в захисті прав, свобод та інтересів особи.

Розсуд в судовій практиці розглядається як одне з начал при вирішенні конкретної юридичної справи, коли суду надано повноваження вибору в рамках закону одного рішення, застосовного до кожного окремого випадку. У цих випадках, відповідаючи вимогам закону, судовий розсуд набуває рис нормативно-оціночної діяльності. У цих випадках за значенням судовий розсуд ближче до поняття законності, оскільки утілює нормативно-правовий спосіб врегулювання суспільних відносин. Розсуд – це законний метод діяльності, застосування якого можливе у передбачених випадках [1, с. 21].

Проблеми, що виникають при співвідношенні розсуду і законності, не виникли б, якби законодавець для всіх життєвих ситуацій передбачав абсолютно визначені правила поведінки. Проте в більшості випадків законодавець повинен надавати право суддям, що вирішують конкретні справи, всі чинники, що впливають на ступінь юридичної відповідальності, і навіть умови застосування правової норми і залежно від всіх обставин обирати найбільш справедливі рішення на свій розсуд. У багатьох випадках законодавець встановлює відносно-визначені норми, і тому серед цілого ряду законних рішень для кожного конкретного випадку по розсуду буде тільки одне. Тому вибір рішення по розсуду — це в рівній мірі вибір законного рішення.

Діючи в межах закону судовий розсуд дозволяє знаходити найбільш оптимальні варіанти вирішень спірного питання [2, с. 4].

Значення розгляду співвідношення законності і судового розсуду полягає в наступному:

1) точне і неухильне застосування законів судом, в залежності від конкретної норми права і у відповідності із фактичними обставинами справи;

2) як результат узгодження в судовому рішенні, прийнятому по розсуду, правових і етичних вимог до якості процесуальної діяльності [4, с. 175].

Таким чином, судовий розсуд в співвідношенні із законністю полягає в знаходженні і винесенні найбільш оптимального, такого що відповідає обставинам справи рішення. Для ухвалення такого рішення необхідна правильна оцінка встановлених обставин справи, у тому числі і їх правильна соціально-політична оцінка, вірне тлумачення, а в необхідних випадках і вихід за межі даної правової норми, але в рамках правової системи.

Поняття судового розсуду і законності, з одного боку, тісно взаємозв'язані, з іншою, це різні сторони, що визначають якісні характеристики судового рішення.

Використані джерела:

1. Гладышева О. В. Справедливость и законность в уголовном судопроизводстве Российской Федерации: автореф. дис. на соискание учен. степени докт. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / О. В. Гладышева. – Краснодар, 2009. – 45 с.

2. Дубовицкий В. Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении / Дубовицкий В. Н. – Минск: Наука и техника, 1984. –141 с.

3. Папкова О. А. Усмотрение суда / Папкова О. А – М.: Статут, 2005. – 413 с.

4. Стёпин А. Б. Судебное усмотрение в частном праве (вопросы теории и практики): дис. ... кандидата юридических наук: 12.00.01 / Стёпин Александр Борисович. – Волгоград, 2002 – 221 с.

Голобородько Юлии Геннадьевны
студентка 4-ого курсу экономико-правового факультета
Одесского национального университета им. И.И. Мечникова,
Одесса, Украина

К ПРОБЛЕМЕ РАЗГРАНИЧЕНИЯ КОМПЕТЕНЦИИ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ И АДМИНИСТРАТИВНЫХ СУДОВ

Право на обращение в суд за защитой законных прав и интересов закреплено в Конституции Украины. Согласно наивысшему Закону юрисдикция судов распространяется на все правоотношения, которые возникают в государстве, а права и свободы человека и гражданина защищаются судом [1 с. 40].

Зачастую в Украине споры рассматриваются судами общей юрисдикции, хозяйственными судами и административными судами.

С принятием Верховной Радой Украины 6 июля 2005 года Кодекса административного судопроизводства и вступления его в силу перед судебной системой Украины появилась

такая важная и, по-моему, мнению неразрешимая и по сей день проблема разграничения подведомственности различных категорий дел хозяйственным и административным судам.

Статья 17 КАС устанавливает категории споров, на которые распространяется компетенция административных судов. Некоторые из этих споров, как указывает Верховный Суд Украины в информационном письме «О некоторых вопросах, связанных с разграничением компетенции хозяйственных и административных судов»[2 с.7], могут «пересекаться» с хозяйственными спорами. Это споры лиц с субъектом властных полномочий относительно обжалования его решений, действий или бездеятельности; споры между субъектами властных полномочий по поводу реализации их компетенции в сфере управления, а также споры по поводу заключения и исполнения административных договоров; споры по обращениям субъекта властных полномочий в случаях, предусмотренных законодательством.

Понятие «субъекта властных полномочий» определено в ст.3 КАС Украины – это орган государственной власти, орган местного самоуправления, их должностные или служебные лица или другой субъект, осуществляющий властные управленческие функции на основании законодательства, в том числе выполняющий делегированные полномочия. Главной причиной возникновения проблемы разграничения этой юрисдикции является законодательная неопределенность введенных в КАС понятий «публично-правовые отношения», «субъект властных управленческих полномочий», «административный договор», «дело административной юрисдикции». Это существенно осложнило процесс определения того суда, который должен рассматривать спор между органом государственной власти, органом местного самоуправления и субъектами хозяйствования, в частности с элементами имущественных правоотношений. Как показала практика правоприменения, признак субъекта спора (субъекта властных полномочий) не является решающим критерием для отнесения последнего к числу подлежащих рассмотрению административным судом. При разграничении компетенции административных и хозяйственных судов основное значение имеет именно признак «предмета спора». Если спор возник относительно правоотношений, связанных с реализацией права собственности, в частности относительно носителя властных полномочий, то суды должны решать его в порядке хозяйственного судопроизводства (если он возник при участии другого субъекта хозяйствования).

Я считаю, что в такой ситуации целесообразно четко законодательно определить, в чью компетенцию входит рассмотрение споров с элементами имущественных и других материальных правоотношений при участии субъектов властных полномочий и субъектов хозяйствования.

Возможно, для решения этой проблемы необходимо внести в ХПК изменения, которыми отнести к компетенции хозяйственных судов во время рассмотрения и решения дел споры:

- относительно передачи в пользование (аренду) или в собственность земельных участков, объектов движимого и недвижимого имущества, других объектов права собственности, в частности принадлежащих государству или территориальной громаде;
- по заявлениям субъектов властных полномочий по вопросам, отнесенным законодательными актами к их компетенции, в частности касающимся применения к субъектам хозяйствования административно-хозяйственных и других санкций по результатам осуществления контрольной деятельности;
- связанные с регистрацией, перерегистрацией, реорганизацией, прекращением юридических лиц и физических лиц – субъектов предпринимательской деятельности, лицензированием предпринимательской (хозяйственной) деятельности, в частности по искам заинтересованных физических лиц, не имеющих статуса субъекта предпринимательской деятельности;
- связанные с регистрацией (перерегистрацией) прав на объекты движимого и недвижимого имущества, интеллектуальной собственности;
- в сфере налоговых правоотношений и относительно внесения других обязательных платежей и сборов в бюджеты, государственные целевые фонды;

- связанные с обращением ценных бумаг и функционированием фондового рынка, в частности государственным регулированием этой сферы;

- относительно обжалования решений, действий и бездействия субъектов государственного регулирования и контроля предпринимательской деятельности.

Кроме того, необходимо внести изменения и в ч. 2 ст.17 КАС [3 с. 85], согласно которым в компетенцию административных судов не входит рассмотрение и разрешение дел, подпадающих под хозяйственную и гражданскую юрисдикцию.

Решение этой проблемы является важным шагом в усовершенствовании судебной системы Украины. Ведь если человеку или субъекту хозяйствования неизвестно, в каком суде следует защищать свои законные интересы, то как он сможет реализовать своё конституционное право на обращение в суд?

Возможно, в будущем с развитием судебной системы мы сможем опираться на опыт европейских стран, где при обращении с иском не в тот суд истцу не отказывают в открытии производства по делу и в дальнейшем его рассмотрении, а передают иск суду соответствующей юрисдикции, тем самым исключая процедуру отказа в принятии искового заявления.

Использованные источники:

1. *Конституция Украины: Закон Украины от 28.06.1996 г. // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1996.- № 30. - Ст.141.*
2. *О некоторых вопросах, связанных с разграничением компетенции хозяйственных и административных судов: Информационное письмо Верховного Суда Украины от 26.12. 2005 г. // Вісник Верховного Суду України.- 2005.- № 3.2.-2005. - Ст. 10.*
3. *Кодекс административного судопроизводства. – Х. «Одиссей», 2007. Ст. 265.*

Данилишина Маріна Олександрівна
магістрант юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ГЛАСНІСТЬ СУДОВОГО ПРОЦЕСУ ТА ЙОГО ПОВНЕ ФІКСУВННЯ ТЕХНІЧНИМИ ЗАСОБАМИ

Відповідно до міжнародних норм та Конституції України кожен громадянин нашої держави має право на те, щоб його справу було розглянуто гласно і справедливо незалежним та неупередженим судом у встановленому законом порядку. Одним із фундаментальних конституційних принципів, яким мають керуватися суди України у своїй діяльності, є гласність судового процесу.

Конвенція про захист прав і основних свобод людини не містить такого поняття, як «гласність», зате вживає термін «відкритість». Натомість у переліку основних засад судочинства п. 7 ч. 3 ст. 129 Конституції України закріплена засада гласності судового процесу та його повне фіксування технічними засобами, що чітко дотримано в назвах ст. 20 Кримінально-процесуального кодексу України та ст. 4 Господарського процесуального кодексу України. У назвах статей 6 Цивільного процесуального кодексу України та 12 Кодексу адміністративного судочинства України поряд з терміном «гласність» міститься термін «відкритість». Отже, виникає потреба з'ясувати значення термінів «гласність» і «відкритість» судового процесу.

Так, авторами «Юридичної енциклопедії» подається визначення термінів «гласність» і «гласність судового розгляду». «Гласність» за їхнім твердженням, є одним із принципів: здійснення демократії, гарантії ефективного функціонування всіх її інститутів; діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян; реалізації

права на інформацію. «Гласність судового розгляду», за визначенням цих же авторів, – це відкритий розгляд у всіх судах цивільних і кримінальних справ.» Новий тлумачний словник української мови» дає декілька значень терміна «відкритий». Це, по-перше, такий, «який можна бачити без перешкоди; доступний зорові»; по-друге, «доступний для всіх бажаючих»; по-третє, «неприхований, нетаємний, явний.

Як вбачається з викладеного, термін «гласність» є ширшим за термін «відкритість», оскільки вміщує в собі весь зміст значення терміна відкритості. Тому є всі підстави вважати відкритість одним із елементів гласності, її складовою частиною.

За приклад можна взяти зміст статті 4 ГПК України, що називається «Гласність розгляду справ». У частині першій статті зазначено: «Розгляд справ у господарських судах відкритий, за винятком випадків, коли це суперечить вимогам щодо охорони державної, комерційної або банківської таємниці, або коли сторони чи одна зі сторін обґрунтовано вимагають конфіденційного розгляду справи й подають відповідне клопотання до початку розгляду справи по суті».

Водночас стаття 6 ЦПК України та стаття 12 КАС України мають назву «Гласність та відкритість...», але ці поняття не розмежовуються. Не знаходимо їх розмежування й у фаховій літературі. Так, провідний учений у галузі кримінального процесу доктор юридичних наук В. Маляренко, розкриваючи сутність конституційних засад судочинства, між гласністю і відкритістю судового процесу не проводить жодних меж.

Тож, ведучи мову про гласність судового процесу, ми не виділяємо якісь окремі його елементи, зокрема й відкритість. Ось чому вживання в назвах законів чи статей словосполучення «гласність і відкритість» є недоречним, оскільки відкритість (поряд, наприклад, із публічним оголошенням вироку) є однією з форм реалізації гласності судочинства.

Також варто відмітити, що фіксація судового процесу технічними засобами має важливе значення, а саме дозволяє: забезпечити дисциплінованість і відповідальність не тільки сторін, а й, власне, суддів; попередити можливість порушення порядку вчинення процесуальних дій; певною мірою гарантувати законність ведення судового процесу, а також неупереджене ставлення суддів. Одним з негативних наслідків введення процедури фіксації судового процесу технічними засобами є потенційне збільшення сум витрат на інформаційно-технічне забезпечення судового процесу. При незначній ціні позову, розмір судових витрат може стати визначальним критерієм при вирішенні позивачем питання про доцільність подання позову.

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що принцип гласності судового процесу та його повне фіксування технічними засобами є позитивним явищем для забезпечення законності судового процесу та гарантування реалізації прав учасників судового процесу в цілому.

Дрейзина Дарья Владимировна
старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса
Донецкого национального университета,
Донецк, Украина

СУДЕБНОЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО АДВОКАТА И ПРАВОВАЯ ПОМОЩЬ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Право на судебную защиту и на получение квалифицированной юридической помощи гарантируются ст. 55, 59 Конституции Украины и закреплены в нормах гражданского процессуального права, в том числе и в виде возможности действовать в суде через представителя. Адвокатура является важнейшим институтом, деятельность которого

направлена на защиту прав и свобод граждан и обеспечивает реализацию права на судебную защиту. Закон Украины «Об адвокатуре» устанавливает основные принципы деятельности адвокатуры – верховенство закона, независимость, демократизм, гуманизм, конфиденциальность, возлагает на адвоката функции правозаступничества, т.е. защиты прав, законных интересов граждан и юридических лиц, содействие суду во всестороннем, полном и объективном выяснении обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон.. В связи с применением действующего Гражданского процессуального кодекса Украины возникают некоторые проблемы участия адвоката в гражданском судопроизводстве.

Вопросы участия адвоката в гражданском процессе исследовались отечественными учеными и практиками, при этом значительное внимание уделялось адвокатской деятельности в гражданском и уголовном судопроизводстве, в частности процессуальному статусу адвоката. Однако до настоящего времени некоторые аспекты адвокатской деятельности в гражданском судопроизводстве являются спорными.

Гражданский процессуальный кодекс Украины в ст.12 предусматривает принцип оказания правовой помощи, который явился следствием приведения в соответствие процессуального законодательства с нормами международно-правовых документов: Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г., Европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека 1950 г., Основными положениями о роли адвокатов, принятыми в августе 1990 года VIII Конгрессом ООН по предотвращению преступлений.

Как следует из ст.12 ГПК правовая помощь предоставляется не только адвокатами, но и иными специалистами в области права в порядке, установленном законом. До настоящего времени нормативного акта, регулирующего деятельность специалиста в области права, как и закона о правовой помощи нет. Такое положение позволяет выявить следующие проблемы: не определено понятие правовой помощи, не указаны четко субъекты оказания правовой помощи, не определен процессуальный статус лица, оказывающего правовую помощь.

Само законодательство не содержит определения понятия «правовая помощь». Как отмечается в законопроекте «О правовой помощи» от 9 ноября 2004 г. № 6320, который внесен на рассмотрение народными депутатами Украины М.Д.Катеринчуком, С.В.Соболевым, В.Г.Стретовичем, под правовой помощью следует понимать услуги правового характера, целью которых является реализация и защита прав, свобод и законных интересов физический лица, прав и законных интересов юридического лица. Данная дефиниция сводит правовую помощь к правовым услугам, представительству и обеспечению права, на защиту от обвинения (ч. 1 ст. 1), а в дальнейшем - лишь к правовым услугам (ст. 10, ч. 1 ст. 27), чем, в сущности, приравнивается, например, к предоставлению бытовых услуг, и таким образом приравнивают правовую помощь к хозяйственной деятельности.

Такое определение понятия «правовая помощь», на наш взгляд, является некорректным. Представляется правильным под указанным понятием понимать все сферы деятельности адвоката и других лиц, которые согласно закону имеют право предоставлять правовые услуги, которые обеспечивают защиту прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц, включая представительство в гражданских, уголовных, административных и хозяйственных делах осуществления защиты в уголовном процессе, предоставление юридических консультаций. Также правовая помощь может находить свое выражение в предоставлении консультаций и разъяснений по юридическим вопросам, устных и письменных справок по законодательству; составлении заявлений, жалоб и других документов правового характера; осуществлении представительства в других государственных органах, перед гражданами и юридическими лицами и т.п.

Указывая субъектов, которые могут оказывать правовую помощь, законодатель не определят форм, видов и содержания такой правовой помощи. Анализируя нормы ГПК, можно сказать, что формами оказания правовой помощи в гражданском процессе является: 1) представительство адвокатом интересов сторон и третьих лиц; 2) услуги лица,

оказывающего правовую помощь, которым может быть адвокат или специалист в области права.

Введение лица, предоставляющего правовую помощь, в состав иных участников процесса, возможно, стало следствием длительной научной дискуссии относительно места судебных представителей среди субъектов процессуальных правоотношений. Содержание ст. 12 ГПК не только не внесла ясности, а еще более запутала ситуацию. Так, например, можно ли считать эту норму общей при решении вопроса о том, какие виды правовой помощи в гражданском процессе оказываются, так как практика показывает, что в некоторых случаях суды не считают представительство адвокатом интересов стороны правовой помощью, что является, спорным.

Также возникает вопрос о том, какую реальную помощь может оказать адвокат, участвуя как лицо, оказывающее правовую помощь. Как видим, объем полномочий указанного лица весьма ограничен и расширительному толкованию не подлежит. Так, лицо, предоставляющее правовую помощь, имеет право: знакомиться с материалами дела, делать из них выписки, снимать копии приобщенных к делу документов, присутствовать в судебном заседании. Фактически, данный субъект в судебном заседании не оказывает помощь, а просто присутствует. Значение работы с материалами дела трудно оценить, так как ее результатом должны являться действия в судебном заседании.

В этом случае адвокат не сможет полностью выполнить свои профессиональные обязанности по защите прав и законных интересов своих клиентов, так как ГПК не предусматривает определенного процессуального права адвоката и не регламентирует необходимую процедуру взаимоотношений суда и адвоката при реализации последним своих процессуальных прав. Так, например, если адвокат будет предоставлять правовую помощь по ст.56 ГПК Украины, не ясно, когда и как он будет предоставлять необходимые консультации. Постоянное заявление ходатайств о перерыве или отложении дела не решат вопроса о порядке предоставления адвокатом консультаций и разъяснений своему клиенту в судебном заседании. Таким образом, ставиться под сомнение целесообразность введения в ГПК такого субъекта вообще. Можно предположить, что это попытка законодателя таким образом урегулировать проблему бесплатной правовой помощи, но в данном случае бесплатными окажутся только консультации, а не реальная помощь по ведению дела в суде.

В настоящее время, ввиду отсутствия специального закона о правовой помощи, считаем нецелесообразным применять ст.56 ГПК, так как статус такого субъекта не определен должным образом и его участие в процессе может привести к нарушениям норм ГПК.

Дубіна Марія Миколаївна
старший консультант відділу консультантів управління забезпечення діяльності Судової палати у господарських справах Верховного Суду України, Київ, Україна

СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ СУДОВИХ ОРГАНІВ ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ (1918 – 1919 рр.)

Як невід'ємна частина українського державотворчого процесу і законотворення розглядається проголошення 9 листопада 1918 року Західноукраїнської Народної Республіки (ЗУНР). Судова система ЗУНР будувалася на засадах виборності населенням і територіально збігалася з адміністративним поділом республіки. Відтак діяло 12 окружних та 130 повітових судів. За час існування ЗУНР було ухвалено низку законодавчих актів: закон «Про скорочення підготовчої суддівської служби», яким передбачалося скорочення термінів стажування з трьох до двох років, закон «Про тимчасове припинення діяльності суду присяжних» [1, с.181].

У лютому 1919 року Державний Секретаріат Судівництва розмежував компетенцію повітових та окружних судів в цивільному судочинстві. Ці суди повинні були розглядати тільки цивільні справи. А для розгляду кримінальних справ згідно з законом УН Ради (далі – Українська Національна Рада) від 11 лютого 1919 року були створені в повітах трибунали першої інстанції. Суддів цих трибуналів призначав Державний Секретаріат Судівництва, затверджувала УН Рада або її Виділ.

Вищою (другою інстанцією) по цивільних і кримінальних справах, згідно закону УН Ради від 15 лютого 1919 року, стали Вищий суд у Львові, а третьою, найвищою інстанцією — Найвищий державний суд. В той же час цей закон передбачав, що за надзвичайних військових обставин, спричинених війною, функції другої і третьої інстанцій належали, відповідно у Окремому судовому Сенату другої інстанції та Окремому судовому Сенату третьої інстанції [2. с. 20].

16 листопада 1919 року було видане розпорядження Державного Секретаріату про організацію військового судочинства. Структура військових судів виглядала так: 1) Найвищий військовий трибунал; 2) Військові обласні суди, які діють на території трьох областей, утворених Державним Секретаріатом військових справ. Головами Львівського, Станіславівського і Тернопільського обласних військових судів автоматично ставали військові коменданти цих областей. До складу цих судів входили представники державної жандармерії та коменданти кожного з 4-х військових округів, на які ділилися області; 3) Військові окружні суди. Головами їх були окружні коменданти [3, с. 2].

Прийняття цих нормативних актів обумовлювалось дефіцитом суддівських кадрів в ЗУНР, які б відповідали вимогам нової судової системи. Поряд з цим у судочинстві знайшли закріплення принципи гласності, змагальності, право на захист тощо. Але, внаслідок приєднання Галичини до Польщі процес становлення незалежного судочинства на території Західної України зупинився.

Таким чином, уже в період свого становлення українська судова система ввібрала демократичні засади незалежності судочинства та суддів, задекларовані у документах ЗУНР. Суд фактично став складовою державної влади, що було підкріплено не лише практичними кроками, а й відповідною правовою доктриною, яка ґрунтувалася на досвіді світової практики та вітчизняній традиції. Це створило передумови для використання переваг спеціалізації судових органів, що чітко відслідковується у процесі створення спеціалізованих судів, компетентних вирішувати адміністративні та господарські спори.

***Використані джерела*:**

1. *Кульчицький В. С., Настюк М. І., Тищик Б. Й. Історія держави і права України. – Л.: «Світ», 1996.*
2. *Закон «Про тимчасове виконування судівництва в цивільних і карних справах в другій і третій інстанціях в часі надзвичайних відносин, спричинених війною» від 15 лютого 1919 року// Вісник державних законів і розпорядків. Випуск № 3..*
3. *Розпорядження Державного Секретаріату про організацію військового судочинства від 16 листопада 1919 року// Вісник Державного секретаріату військових справ. – 1919. – ч. 1. – 14 грудня..*

Дульська Анастасія Вікторівна,
Боярський Євген Дмитрович
студенти 4-го курсу, факультету правознавства та міжнародних відносин,
Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі,
Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСУДНОСТІ СУДАМ СПРАВ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕТОМ

Інтернаціоналізація економіки, зростання міграції населення посилює міжнародне спілкування, розширює контакти між фізичними особами у різних сферах життя та зв'язки між юридичними особами з приналежністю до різних держав. Все це призводить до збільшення кількості судових спорів з іноземним елементом. Вирішення таких спорів набуває все більшої актуальності, і пов'язане з багатьма проблемами, однією з яких є визначення компетентних судових органів різних держав.

Специфіка судочинства у справах з іноземним елементом полягає у необхідності подолати обмеження діяльності суду щодо території однієї держави, і «вийти» за її межі. Тому постає питання про те, чи компетентні українські суди розглядати спори, що виникають з цих правовідносин, тобто постає питання про підсудність судам справ з іноземним елементом, відому в доктрині як міжнародна підсудність. Термін «міжнародна підсудність» означає компетенцію судів якої-небудь держави з вирішення цивільних справ за участю іноземної сторони (сторін), чи з будь-яким іншим іноземним елементом. У міжнародних договорах натомість зазначеного терміну використовують поняття «юрисдикція» чи «компетенція» [1, 301].

Кожна з держав сама визначає межі компетенції (юрисдикції) своїх судів і не зобов'язана приймати до уваги правила, що діють в інших державах. Але така «незалежність» в регулюванні міжнародної підсудності породжує конфлікти юрисдикції: позитивні, коли суди двох і більше держав вважають справу собі підсудною, та негативні, коли і ті, й інші відмовляються від розгляду справи [2, 302]. Найкращий вихід з цього становища – укладення міжнародних договорів, що містять норми про розмежування компетенції судів договірних держав. Для України такими договорами є Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р. (Мінська конвенція) та Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності 1992 р. Обидва документи визначають компетентними суди держав, на території яких здійснюється торгівельна, промислова або інша господарська діяльність підприємства (філії) відповідача; виконано чи повинно бути повністю або частково виконаним зобов'язання за договором, що є предметом спору; позивач за позовом про захист честі, гідності та ділової репутації має постійне місце проживання або місцезнаходження [3; 4].

Відомо кілька способів визначення міжнародної підсудності:

А. Франко-романська (латинська) система – основною ознакою є громадянство сторін спору. Застосовують держави, що сприйняли Кодекс Наполеона 1904 р. та французький ЦПК 1906 р [5, 592]. Суд, наприклад, у Франції, визнає себе компетентним розглядати справу, якщо спір стосується угоди, укладеної громадянином цієї держави, незалежно від місця її укладення. [6, 51].

Б. Германська система – ознака місця проживання (перебування) відповідача. Заснована на Німецькому статуті цивільного судочинства 1877 р., а також сприйнята державами Європи та Латинської Америки, Японії. Привило actor seguitur forum rei свідомо покладає на позивача тягар подання позовної заяви у чужий для нього суд, оскільки він порушує status quo [7, 91]. Закон України «Про МПрП», а саме п. 2, 4, 5, 6, 8 ч. 1 ст. 76 також визначає підсудність судам України справ за цією ознакою [8].

В. Англо-американська система – ознака присутності відповідача в країні суду. Застосовується у державах загального права (common law). Необхідною є присутність

фізичної особи в певному місці, для вручення їй судової повістки in personam. По відношенню до юридичних осіб вимагається, щоб вони були засновані на території держави з цією системою чи здійснювали свої операції на її території. Різновидом виступає підсудність за ознакою місця знаходження спірної речі, яка тлумачиться як фактична присутність для пред'явлення позову in rem (речового), або ознака місця заподіяння шкоди. Застосовуються в Україні (п. 3 ч. 1 ст. 76 Закону України «Про МПрП»).

Г. Зв'язок спору з територією певної держави. В Україні суди компетентні розглядати справи, в яких підставою для подання позову є дія або подія, що мала місце на її території – п. 7 ч. 1 ст. 76 Закону України «Про МПрП». Так, спеціальними критеріями визначення підсудності спорів, які виникають у зв'язку з морськими аваріями, є національність судна (Швейцарія), порт прописки (Марокко, Нідерланди), порт-притулок (Японія), місце призначення судна (Греція) [9, 395].

В практиці, особливо держав англо-американської правової системи, зустрічається обмеження підсудності. Це концепція «Forum non Convenien» (незручний форум) – суд вирішує питання, приймаючи позов, чи може він розглядати спір виходячи з предмету спірних правовідносин (територіальна підсудність), і чи може він розглядати такий спір, якщо в ньому присутні іноземні особи (міжнародна підсудність). Інша концепція – «Forum Shopping» (вибір вигідної юрисдикції) – позивач намагається обрати підсудність найбільш зручного штату (держави). Наявність стартової переваги може мати за наслідок невизнання рішення суду на території інших держав [10, 467-468]. Додатково наводиться так звана заборона судочинства (antisuit jurisdictionis), коли за допомогою видаваного розпорядження суду позивачу забороняється продовжувати початий в іноземному суді процес.

В законодавстві і практиці багатьох держав, наприклад, в Законі України «Про МПрП», п. 1 ч. 1 ст. 75, допускається договірна підсудність – сторони в спорі можуть домовитися про те, в суді якої держави буде розглядатися їх спір. Різновидами договірної підсудності є дерогація та пророгація. При укладенні дерогаційної угоди сторони домовляються про розгляд справи, підсудної українському суду, в іноземному суді, а при укладенні пророгаційної угоди – про розгляд українським судом справи, що не відноситься до компетенції українських судів [1, 322]. Виняток з договірної підсудності становлять спори, розгляд яких провадиться виключно місцевим або іноземним судом, зокрема, про нерухоме майно або ж спори за позовом до держави чи її громадян, які користуються за кордоном імунітетом (п. 1 ч. 1 ст. 77 і п. 10 ч. 1 ст. 76 Закону України «Про МПрП») [8].

У зв'язку з наявністю різних видів і способів визначення підсудності може виникнути ряд проблем. Це, зокрема, проблема паралельної юрисдикції (lis alibi pendes) – провадження у справі, пов'язане з одним спором, може порушуватися у судах кількох держав. Законодавство України містить підхід до вирішення цієї проблеми: суддя відмовляє у відкритті провадження, якщо у провадженні цього чи іншого суду є справа із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав (п.3 ч. 2 ст. 122 ЦПК України, ч. 2 ст. 75 Закону України «Про МПрП»). Ще однією проблемою є застосування правила perpetuatio jurisdictionis (perpetuatio fori) – справа, прийнята судом до свого провадження, повинна вирішуватися по суті, навіть якщо у подальшому вона стала підсудна іншому суду (ч. 1 ст. 75 Закону України «Про МПрП»).

Виходячи з вищезазначеного, наявність різних підходів у національних законодавствах до визначення компетенції судів держави з вирішення справ з іноземним елементом породжує безліч проблем на практиці, що потребують нагального врегулювання шляхом співробітництва держав задля ефективного врегулювання спорів та налагодження міжнародного спілкування.

***Використані джерела*:**

1. *Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Том 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс: Учебник. – М.: Издательство БЕК, 2001. – 768 с.*

2. *Международное частное право: Учебное пособие / Отв. Ред. Н. И. Марышева – М.: Юристъ, 2006. – 348 с.*
3. *Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, від 20 березня 1992 р. – http://zakon.rada.gov.ua*
4. *Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р. – http://zakon.rada.gov.ua*
5. *Международное частное право: Учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. А. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.*
6. *Дробязкина И. В. Международный гражданский процесс: проблемы и перспективы. / Ассоц. юрид. центр. – СПБ.: Асланов. Юрид. центр Пресс, 2005. – 319с.*
7. *Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: Учебник./Пер. с нем. – М.: Издательство БЕК, 2001. – 560 с.*
8. *Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року – http://zakon.rada.gov.ua*
9. *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С. – Міжнародне приватне право: Навч. Посіб. – 2-е вид., допов. – К., Юрінком Інтер, 2000. – 416 с.*
10. *Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс в трех частях. – М.: ОАО «Издательский дом «Городец»«, 2004. – 624 с.*

Іванцова Юлія Геннадіївна
магістрант кафедри цивільного права і процесу
Гродненського державного університету ім. Я.Купали,
Гродно, Республіка Білорусь

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРИНЦИПІВ МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ ТА В РЕСПУБЛІЦІ БІЛОРУСЬ

Специфіка судочинства по справах з «іноземним елементом» полягає у необхідності подолати обмеження діяльності суду щодо території однієї держави, і «вийти» за її межі.

Так як йде багато дискусій між вченими про розмежування міжнародного цивільного процесу та міжнародного приватного права, щодо відокремлення міжнародного цивільного процесу в окрему галузь, то мало хто займається дослідженням принципів міжнародного цивільного процесу. Але це дуже актуальне питання, принципи різних галузей процесуального права викликають інтерес вчених та практиків. Вони лежать в основі, є стержнем любої галузі права та правової системи в цілому.

Принципи міжнародного цивільного процесу закріплені: по-перше, в внутрішньому законодавстві держави, це – Конституції та цивільні процесуальні кодекси (далі - ЦПК); по-друге, це міжнародні нормативні акти (універсальні міжнародні конвенції і двосторонні міжнародні угоди).

В ЦПК Республіки Білорусь міжнародному цивільному процесу відокремлений окремий 10 розділ «Міжнародний цивільний процес» в якому розглянуті наступні питання: процесуальні права іноземців, їх процесуальне рівноправ'я з громадянами держави; міжнародна підсудність; судові доручення; легалізація документів; визнання та виконання рішення іноземного суду.

В ЦПК України данні питання розглядаються в розділі 8 «Про визнання та виконання рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню» та в розділі 10 «Провадження у справах за участю іноземних осіб».

Конституції держав мають норми про гарантії державою своїм громадянам захисту і заступництва за її межами, а процесуальні норми, що застосовуються до вирішення спорів з «іноземним елементом» міститься у цивільно-проесуальних кодексах.

Один з найважливіших принципів в міжнародному цивільному процесі – це принцип

процесуального рівноправ'я. В першу чергу, він продубльований як в ст. 11 Конституції Республіки Білорусь, так і в ст. 26 Конституції України, а саме: іноземці та особи без громадянства, що перебувають ... на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни ..., якщо інше не передбачено Конституцією, законами та міжнародними договорами.

Також, відповідно до ст. 541 ЦПК Республіки Білорусь (та ст. 410 ЦПК України), іноземці, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, іноземні держави (їх органи та посадові особи) та міжнародні організації мають право звертатися до судів України для захисту своїх прав, свобод чи інтересів. Іноземні особи мають процесуальні права та обов'язки нарівні з фізичними і юридичними особами цих держав, за винятками, встановленими Конституцією та законами, а також міжнародними договорами. Але, правлінням держав можуть бути встановлені відповідні обмеження щодо фізичних та юридичних осіб тих держав, в яких допускаються спеціальні обмеження цивільних процесуальних прав їх власних фізичних або юридичних осіб.

З цього виходить, що іноземні особи виступаючи в цивільній справі в якості сторони чи третьої особи, користуються всіма правами сторони чи третьої особи, вони можуть виступати в цивільній справі особисто або через представника. Якщо іноземні особи не володіють мовою, на якій ведеться судочинство, то суд повинен надати їм право робити заяви, давати пояснення, виступати в суді та заявляти клопотання на рідній мові, а також користуватися послугами перекладача. Судові документи повинні вручатися їм в перекладі на їх рідну мову, або на мову, якою вони володіють. А отже, усе судочинство повинно бути побудоване так, щоб виключити можливість не рівноправ'я їх в процесі с громадянами України або Республіки Білорусь.

Що стосується наступних принципів, то в ЦПК Республіки Білорусь чітко встановлено, що судочинство по цивільним справам за участю іноземних громадян та юридичних осіб в Республіці Білорусь ведеться по правилам ЦПК, якщо інше не передбачено спеціальним законодавчим актом чи міжнародним договором Республіки Білорусь При цьому суди Республіки Білорусь крім загальних принципів цивільного судочинства керується принципами: пріоритету міжнародних договорів; процесуального рівноправ'я іноземних громадян, осіб без громадянства та іноземних юридичних осіб з громадянами та юридичними особами Республіки Білорусь; дотримання юрисдикції іноземних судів і інших правозастосовчих органів; принцип взаємності.

Але в ЦПК України ці принципи не закріплені в окремій статті, а випливають з комплексного аналізу всього кодексу.

Принцип пріоритету міжнародних договорів закріплений в ст. 543 ЦПК Республіки Білорусь, в якій говориться, що якщо міжнародним договором Республіки Білорусь встановлені інші правила, ніж ті, які містяться в законодавстві про цивільне судочинство Республіки Білорусь, застосовуються правила міжнародного договору Республіки Білорусь. Аналогічне закріплено в ЦПК Україні, а також в статті 9 Конституції України визначено, що діючі міжнародні договори , згода на яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України.

Принцип дотримання юрисдикції іноземних судів і інших правозастосовчих органів закріплені в ст. 548 та ст. 549 ЦПК Республіки Білорусь.

Принцип взаємності відображається в статті 559 ЦПК Республіки Білорусь, згідно якого Правлінням Республіки Білорусь та іншим уповноваженим органом можуть бути установлені відповідні обмеження по відношенню до іноземної держави та його представників, якщо його майну або його представникам не забезпечується в іноземній державі така ж судова недоторканість, яка забезпечується цієї іноземній державі.

Роблячи висновки, необхідно зазначити, що як в Республіці Білорусь так і в Україні є деякі прогалини в законодавстві держав, для цього потрібно систематизувати та

кодифікувати законодавство щодо міжнародного цивільного процесу, а також доцільне положення про міжнародний цивільний процес включати до цивільно-процесуальних та господарсько-процесуальних кодексів, для того, щоб надати іноземним особам можливість мати простий доступ до правосуддя, щоб правосуддя стало швидким, об'єктивним, справедливим і ґрунтувалось на принципах законності.

***Використані джерела*:**

1. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV (поточна редакція від 12.06.2009 на підставі 1397-17) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon1.rada.gov.ua. – Дата доступа: 01.10.2009.*
2. *Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь от 11 января 1999 г. № 238-З (в ред. от 15.06.2009) // Консультант Плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2006.*

Іванченко Оксана Павлівна
аспірантка Інституту держави і права ім. В.М. Корецького,
Київ, Україна

ПОПЕРЕДНЄ СУДОВЕ ЗАСІДАННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ США

Вивчення цивільного процесуального права зарубіжних країн є традицією як радянської, так і вітчизняної правової школи. Дослідження в цій галузі дають змогу багатьом поколінням юристів розширити правовий світогляд, збагатити свою правову культуру, позбутися шаблонності та обмеженості процесуального мислення, краще пізнати процесуальне право України, можливі шляхи його вдосконалення аби послідовно наблизитися до європейського та світового правового простору.

У зв'язку з цим, особливий науковий інтерес становить досвід країн англо-американської правової сім'ї, а власне, досвід Сполучених Штатів Америки при підготовці справ до судового розгляду. Сучасний цивільний процес у світі має «гібридоподібні» риси – його можна охарактеризувати як «квазіінквізиційний», або «квазізмагальний», більш того, він постійно змінюється [1, 137].

На сьогоднішній день у США порядок відправлення правосуддя у цивільних справах на федеральному рівні регламентується таким основним нормативно-правовим документом як Федеральні правила цивільного судочинства в редакції 2007 року, які є фундаментальним джерелом процесуальних норм США. Ці правила по суті є процесуальним кодексом США та регулюють розгляд та вирішення цивільних справ у федеральних судах першої інстанції. На рівні штатів діють власні правила цивільного судочинства, які визначають порядок відправлення правосуддя на рівні кожного конкретного штату.

Федеральні правила цивільного судочинства складаються з 13 розділів. Підготовка справи до судового розгляду регулюється правилом 16 Розділу III, процедура розкриття матеріалів справи – Розділом V Федеральних правил.

В рамках підготовки справи до судового розгляду згідно положень Правила 12 та 16 Федеральних правил цивільного судочинства США проводиться декілька так званих конференцій (нарад) з досудового розгляду справи, серед яких досудова нарада (pretrial conference, final pretrial conference) та попереднє слухання справи (pretrial hearing,) метою проведення яких є з'ясування питань, що складають предмет позову, встановлення судового контролю з метою недопущення затягування процесу, з'ясування можливості визнання фактів та документів, що звільняє сторін в подальшому від доказування певних обставин, вчинення інших підготовчих дій, що сприятимуть вирішенню справи [4].

У цивільному судочинстві США досудова нарада з адвокатами сторін поряд з процедурою обміну змагальними паперами та розкриття доказів складає фундамент підготовчої стадії процесу [2, 77]. Обмін змагальними паперами має особливо важливе значення з огляду на ту обставину, що він дійсно дисциплінує сторін та їх представників, дозволяє попередити недобросовісну процесуальну поведінку сторони та позбавляє її права пред'являти, посилатися на докази у ході розгляду справи по суті, якщо вони не були подані суду та іншій стороні на стадії підготовки справи. Як зазначає Г.П. Тимченко, процедура розкриття доказів сприяє відкритості процесу, слугує функції судового дослідження й скорочує елемент несподіваності у процесі, зводить до мінімуму необхідність суддівського втручання в процес збирання та дослідження доказів [3, 363-364]. Все це у сукупності сприяє оптимізації процесу та економії часу і витрат, допомагає ще на початку процесу реально оцінити перспективи стосовно кінцевого результату розгляду справи, спонукає позивача відмовитися від своїх вимог, а відповідача визнати позов, або укласти мирову угоду чи вирішити конфліктну ситуацію шляхом використання альтернативних способів вирішення спорів.

При цьому, цікаво відмітити, що на відміну від вітчизняної правової конструкції попереднього судового засідання, проведення якого є обов'язковим незалежно від ступеню складності справи, проведення досудової наради в США залежить від розсуду суду, тобто ця процедура не є обов'язковою.

Проведення досудової наради може бути покладено не лише на суддю, але й на третю особу: спеціаліста або магістра, які готують справу та сприяють сторонам у примиренні. В деяких судах це професійні адвокати, посередники (медіатори), які, дослідивши справи, що знаходяться у провадженні суду, та обравши найбільш перспективну справу з точки зору примирення, готують та проводять досудову нараду. Така модель склалась в результаті того, що мирне врегулювання спору є одним з основних завдань досудової наради, що є характерною особливістю цивільного процесуального законодавства США.

Американське цивільне процесуальне законодавство детально регламентує порядок вчинення окремих процесуальних дій з підготовки справи до судового розгляду та їх черговість. Правилом 16 (e) передбачено також проведення фінальної досудової наради (final pretrial conference), в ході якої формується план розгляду справи по суті. Отже, така нарада є заключним підготовчим процесуальним заходом, що проводиться в ході підготовки справи до судового розгляду. Дане положення відрізняється від існуючого положення, закріпленого на рівні ЦПК України, де віднесення попереднього судового засідання до заключної процесуальної дії можливе лише на підставі аналізу його мети та завдань.

Прийняті в ході проведення досудової наради судові акти бувають двох видів: проміжні ухвали (pretrial order), що вказують сторонам на необхідність продовжити розкриття доказів, провести додаткові переговори та зібратися на нову досудову нараду, та остаточні ухвали (final pretrial order), що дають відповідь на основні питання, для вирішення яких скликалася досудова нарада; остаточною ухвалою кожна конкретна справа включається в розклад справ, що розглядатимуться у судовому засіданні по суті.

Федеральні правила цивільного судочинства передбачають санкції за неявку адвоката або сторони, яка виступає у процесі без представника, у досудову нараду. Так, за неявку у досудову нараду суд може своєю справедливою ухвалою покласти на адвоката та/або сторону спору штраф у розумному розмірі. За неподання та ухилення від представлення доказів, обміну інформацією суд може застосувати наступні санкції: заборонити такій стороні посилатися в ході судового розгляду справи на певні документи, факти та обставини, якщо вони не були представлені в ході підготовки справи до судового розгляду, не прийняти заявлені стороною заперечення, відмовити в задоволенні позову, прийняти заочне рішення. Питання застосування процесуальних санкцій до сторін процесу є дуже важливим, оскільки такі санкції дисциплінують сторін на добросовісне виконання своїх процесуальних обов'язків, сприяють їх активній процесуальній діяльності у ході підготовки справи до судового розгляду.

Отже, дослідження зарубіжного досвіду у галузі відправлення правосуддя, має неабияке значення не лише для науки цивільного процесу України, але й в першу чергу для розвитку цивільного процесуального законодавства України з метою поміркованого запозичення найкращих правових конструкцій, які сприятимуть посиленню змагальних засад судочинства та дозволять наблизитись українському суспільству до цивілізованих загальносвітових стандартів судового захисту.

***Використані джерела*:**

1. *Медведев И.Р. Гражданский процесс Англии и США: Повышение ответственности сторон за свои объяснения и действия / И.Р. Медведев // Правоведение. – 2007. - № 1.*
2. *Пучинский В.К. Гражданский процесс США / В.К. Пучинский. – М.: Изд-во УДН, 1985. – 208 с.*
3. *Тимченко Г.П. Принципи цивільної юрисдикції: теорія, історія, перспективи розвитку: монографія / Г.П. Тимченко. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. – 412 с.*
4. *Federal rules of civil procedure [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/index.html*

Каримов Денис Александрович
аспирант Уральской государственной юридической академии,
Екатеринбург, Российская Федерация

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ КАК СПОСОБ КОНТРОЛЯ НАД ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТЬЮ: НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ

Теория разделения властей в ее современном понимании нацелена на то, чтобы предотвратить абсолютизацию одной из властей, утверждение авторитарного правления в обществе. Одновременно речь идет о рационализации и оптимизации организации государства, повышении коэффициента полезной деятельности его разнообразных структур, об эффективности всей системы управления государственными делами[12].

С другой стороны, управление должно строго «держаться установленных законом границ его деятельности». Чрезвычайные государственные меры, в результате которых требования закона могут быть нарушены, возможны лишь постольку, поскольку это предусматривается самим законом.

Управление «должно быть правомерным, иначе государству грозит падение вследствие отсутствия порядка и господства произвола. Но чтобы обеспечить правомерность управления, необходимо создать и систему действительного контроля над ним»[7, с. 2].

Анализ постоянной деятельности государства всегда свидетельствовал о единстве государственной власти; разделению подвергаются лишь отдельные ее функции, которые, объединяясь в группы «по интересам», формируют то, что называется ветвью власти. Все ветви власти в том или ином случае выполняют одну и туже функцию: стремятся идеализировать управление[3], что свидетельствует об их едином начале, а значит, не такой уж разноплановости.

Действительно, практика деятельности государственных органов доказывает, что такие явления находятся в каком-то «соподчинении», что, естественно, представляется вполне адекватным; понимание разделения государственной власти на абсолютно самостоятельные приведет к невозможности существования государства[9, с. 34].

С другой стороны, судебная власть как таковая создана для того, чтобы поддержать законность государственного управления: как орган, созданный специально для того, чтобы разрешить спор, суд выступает гарантом объективности спора, иначе говоря «он сделает все, чтобы все остались довольны». В качестве реализации такого положения, Арбитражный процессуальный кодекс (далее – АПК РФ) и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации исходят из того, что суд, в случае признания действий/бездействия

незаконными, должен указать на обязанность соответствующих государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц совершить определенные действия, принять решения или иным образом устранить допущенные нарушения прав и законных интересов заявителя в установленный судом срок.

Такие права обусловлены тем, что судебная власть – это «особые общественные отношения, возникновение и существование которых обусловлено способностью социума при необходимости генерировать механизм разрешения конфликтов на основе норм права, обеспечиваемый мощью государства. Главным назначением судебной власти является разрешение политических, социальных, экономических и прочих видов конфликтов»[4].

Однако защитные функции судебной власти в данном случае ограничиваются конкретным и уже принятым актом государственного управления. Это объясняется тем, что суды не могут осведомиться о том, что будет происходить в будущем. Судебная власть призвана защищать именно нарушенные права и свободы человека, восстанавливать их и не допускать такого нарушения вновь, то есть полномочия судебной власти ограничиваются совершенными или совершающимися правоотношениями.

Иное суждение означает возможность распространить решение суда на те правоотношения, которые еще не возникли, но могут возникнуть в будущем. Они до момента их признания таковыми решением суда считаются правомерными.

Однако в российской судебно-арбитражной практике существует позиция, согласно которой признание действий государственных органов незаконными влечет возможность установления судом определенных запретов/обязанностей государственному органу на будущее время.

В обоснование такой позиции ее сторонники ссылаются на ч. 5 ст. 201 АПК РФ, которая предусматривает право судов обязать соответствующих должностных лиц, государственные органы совершить определенные действия, принять решения или иным образом устранить допущенные нарушения прав и законных интересов заявителя[2, с. 116-121].

Представляется, что такая позиция может быть признана обоснованной лишь только в том случае, если суд устанавливает, например, обязанность государственного органа воздержаться от совершения действий, основанных на правоотношении, которое признано судом незаконным. В строго юридическом смысле это полномочие всего лишь конкретизация последствий, которые возникают в силу признания действий/бездействия незаконными. Установление обязанностей носит скорее практический характер и связано с тем, что содержащиеся в решения суда запреты/обязанности уже обеспечены государственным принуждением. В противном случае может возникнуть новый судебный спор, непосредственно связанный с установлением/признанием таких запретов/обязанностей.

Такая неопределенность в понимании полномочий суда сложилась из-за существующего в науке и практике РФ вопроса о границах контроля суда в сфере публичной власти, то есть о пределах внедрения судебной власти во власть исполнительную, которая содержит в себе элемент усмотрения, хотя и выстроенный на базе закона. В силу этого публичный спор содержит множество аспектов, которые не урегулированы законом и не нуждаются в этом. В связи с этим, например, И.В. Панова утверждает, что судебная власть, отправляя правосудие, оценивает соответствие закону определенной ситуации, но не может давать оценку тому, где существует административное усмотрение, поскольку это прерогатива исполнительной власти[8]. С ней соглашается и К.А. Тимошкин, который говорит о судебном контроле как об осуществлении судебными органами функций сдерживания государственных органов путем применения законодательно установленных способов защиты[10], и Р.С. Тихий, рассуждающий о спорах, возникающих из неправомерных действий органов государственной власти и органов местного самоуправления[11].

С другой стороны, в теории процессуального права до сих пор ведутся споры о свободе судебного усмотрения (в нашем случае, о пределах вмешательства в деятельность государственной администрации) и предполагается его возможность в ситуации неопределенности, под которой понимается общее свойство правовых ситуаций, в рамках

которых необходим свободный интеллектуально-волевой выбор вариант дальнейшей процессуальной деятельности[6, с. 9].

Такой вывод обусловлен необходимостью соблюдения положений о защите прав и свобод человека и гражданина в демократическом государстве, в том числе связанных с деятельностью публичной администрации (ст. 1, 17 Конституции РФ, ст. 2 АПК РФ), что и входит в круг задач административной юстиции[5, с. 19].

Интересно заметить, что в зарубежной доктрине для установления пределов вмешательства в деятельность государственной администрации иногда используется термин «контроль за осуществлением контроля», что подразумевает оспаривание действий/бездействия не вообще, а только в рамках нарушения[1, с. 37-38].

Использованные источники:

1. *Базекс М. Контроль и регулирование экономической деятельности во Франции/ Государственное регулирование экономической деятельности. – М.: Юристъ, 2000.*
2. *Гавриленко О.Л. О возможности установления в решении арбитражного суда запрета для налогового органа по начислению и включению в требование пеней на недоимку, право на взыскание которой утрачено// Вестник Федерального арбитражного суда Уральского округа. 2008. № 4.*
3. *Киц А.С. Исторические аспекты формирования и развития управленческой культуры в России (со времен Киевской Руси до преобразования Петра I)// История государства и права. 2008. № 9 (материал из Справочно-правовой системы «Консультант Плюс»).*
4. *Колоколов Н.А. Судебная власть как общеправовой феномен: Дис. ...канд. юрид. наук. – М., 2007 (материал из Справочно-правовой системы «Консультант Плюс»).*
5. *Николаева Н.А., Соловьева А.К. Административно-правовые проблемы теории и практики разрешения публично-правовых споров/ Административная юстиция и административное судопроизводство: зарубежный опыт и российские традиции: Сборник. – СПб.: Издательство Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.*
6. *Опалев Р.О. Оценочные понятия в арбитражном и гражданском процессуальном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2008. С. 9.*
7. *Палиенко Н.И. Сущность административной юстиции и основные черты ее организации в европейских государствах: Пробная лекция, читанная 5 ноября 1898 года// Рукопись в отделе рукописей Московского государственного университета.*
8. *Панова И.В. Административное судопроизводство и процедура внесудебного, досудебного рассмотрения административных дел// Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2007. № 4 (материал из Справочно-правовой системы «Гарант»).*
9. *Плетнева О.Е. Взаимная обязательность судебных решений и актов органов государственного управления: Дис. ...канд. юрид. наук. – Свердловск, 1982.*
10. *Тимошкин К.А. Судебная защита прав и законных интересов граждан и организаций как реализация принципа «сдержек и противовесов» органов государственной власти// Российский судья. 2006. № 7 (материал из Справочно-правовой системы «Консультант Плюс»).*
11. *Тихий Р.С. Судебное обжалование действий и решений органов юстиции, осуществляющих государственную регистрацию общественных объединений// Российский судья. 2005. № 2 (материал из Справочно-правовой системы «Консультант Плюс»).*
12. *Хаманева Н.Ю. Исполнительная власть и судебная власть. Соотношение и взаимодействие// Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития. – М.: Новая правовая культура, 2004.*

Князь Юлия Юрьевна
студентка 5 курса, факультета права
Белорусского государственного экономического университета,
Минск, Республика Беларусь

ОСОБЕННОСТИ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Согласно ст. 60 Конституции Республики Беларусь каждому гарантируется защита его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки. Представительство в гражданском процессе призвано обеспечить реализацию права граждан на судебную защиту. Представительство – важный процессуальный институт, содействующий надлежащей защите прав и интересов участвующих в судопроизводстве лиц и, следовательно, способствующий решению задач правосудия. Ст. 62 Конституции Республики Беларусь предоставляет право каждому на юридическую помощь для осуществления и защиты прав и свобод. Противодействие оказанию правовой помощи в Республике Беларусь запрещается. Это положение означает конституционную обязанность государства обеспечить каждому желающему достаточно высокий уровень любого из видов представляемой юридической помощи в различных сферах деятельности, где возникает такая необходимость. В гражданском процессе такую юридическую помощь призван обеспечить представитель.

Институт представительства выполняет важную роль в гражданском процессе. Его можно связать с принципом демократизма, в тоже время представительство способствует осуществлению права на защиту, т.е. права сторон и третьих лиц защищать в суде права и законные интересы. Представительство содействует оказанию помощи гражданам и юридическим лицам, способствует осуществлению правосудия по гражданским делам.

Представительство выполняет социальную, политическую и правую функции. В первом случае представительство оказывает влияние на формирование гражданского общества, на защиту благ и ценностей членов социума в случаях возникновения конфликтов и деликтов, подлежащих рассмотрению и разрешению судами. Гражданское общество осуществляет контроль за тем насколько оптимально законодательство регулирует возможность для личности осуществлять субъективные права в гражданском судопроизводстве, выполняют ли суды в полном объеме задачи по защите прав, свобод, законных интересов человека при осуществлении правосудия по гражданским делам, а также за тем насколько реально используется возможность пользоваться квалифицированной юридической помощью адвоката-представителя.

Политическая функция заключается в том, что наличие института представительства свидетельствует о степени правовой защищенности личности в гражданском судопроизводстве, что в свою очередь показывает уровень заботы государства и общества о человеке и гражданине, демократизме законодательства, его институтов, их эффективности.

Правовая функция представительства выражается в возможности использования правового потенциала представительства в целях реализации субъективных процессуальных прав, защиты и охраны интересов, имущества, иных ценностей и благ в гражданском процессе.

Представительство определяют и как процессуальные действия, и как процессуальное отношение, и как институт процессуального права. Профессор В. А. Рясенцев писал: «Едва ли есть еще институт гражданского права, который породил бы такую путаную терминологию, как институт представительства. Одни и те же термины имеют различное значение, причем, понятия, которым они соответствуют, в науке еще точно не установлены» [1, с. 56].

В институте представительства сочетаются как материально-правовые, так и процессуальные начала, поэтому разумно признать представительство межотраслевым институтом.

Следует различать понятия «представительство в гражданском процессе» и «судебное представительство». Последнее понятие в данном случае является частью процессуального представительства. Представительство в гражданском процессе дает право представлять стороны только в суде, в то время как судебное представительство предполагает полномочия представителя и до суда.

В теории гражданского процесса выделяют несколько видов представительства. Основными являются: законное, договорное, общественное, официальное и консульское представительство. В тоже время, многие правоведы считают необходимым отнесение общественного представительства к договорному представительству, в связи с отсутствием самостоятельных признаков. Дополнительно выделяют профессиональное и непрофессиональное представительство.

Полномочия представителя - совокупность процессуальных прав и обязанностей, одними из которых его наделяет закон, другими - представляемый. Все полномочия представителя можно разделить на общие и специальные. Фактически представитель как лицо, участвующее в деле, имеет самостоятельные права и обязанности, которыми он наделен законом. В то же время Гражданско-процессуальный кодекс Республики Беларусь не содержит перечня таких прав, косвенно отсылая к содержанию ст. 56, где содержится перечень общих прав и обязанностей всех лиц, участвующих в деле, и устанавливая исключения из таких общих прав.

В качестве представителей в гражданском процессе могут выступать как профессиональные, так и непрофессиональные представители. Государство, с одной стороны, гарантируя квалифицированную юридическую помощь для осуществления и защиты прав и свобод граждан, вводит обязательное лицензирование адвокатской деятельности и деятельности юридических и физических лиц по оказанию определенных юридических услуг, с другой стороны, допускает представительство в суде по гражданским делам иных лиц. Законодатель не определил, может ли такое представительство носить систематический характер, как часто лицо, не имеющее лицензии, может выступать представителем в суде, а также не определил условия осуществления такого представительства. Однако следует согласиться, что не обеспечивается в полной мере принцип равноправия и состязательности процесса, если с одной стороны в судебном процессе осуществляют свои функции лица на профессиональной основе, а с другой - лица, не обладающие юридическими знаниями и профессиональным опытом по оказанию юридической помощи. В связи с этим юридическую помощь призваны оказывать лица, обладающие необходимыми правовыми знаниями и осуществляющие свою деятельность по защите прав и интересов граждан на профессиональной основе.

Таким образом, в настоящий момент институт представительства в гражданском процессе имеет ряд проблем: определение четкого понятия «представительство в гражданском процессе»; установление сходных и отличительных признаков процессуального представительства и представительства в гражданском праве; участие неквалифицированных представителей в гражданском судопроизводстве; определение полномочий представителя и другие.

Использованные источники:

1. *Халатов, С.А. Представительство в гражданском и арбитражном процессе / С.А. Халатов. – Москва, 2002. - 263 с.*

Колотілова Ілона Олександрівна,
студентка 1-го курсу магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

УЧАСТЬ ПРОКУРОРА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Судово-правова реформа, що розпочалася у 90-ті роки XX ст. із прийняттям Конституції України та Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК), докорінно змінила роль прокурора в цивільному процесі. Прийняттям ЗУ «Про прокуратуру» по суті підведена риска в дискусії про роль і місце прокурора в системі органів державної влади, під спробами ліквідувати прокуратуру як орган загального нагляду за виконанням законів. Збережена сутність прокуратури радянського періоду як органа нагляду за законністю.

У ЦПК УРСР від 18 липня 1963 року прокурору було відведено значну роль у судовому процесі: прокурор мав право звертатися до суду з позовом, вступати в будь-яку цивільну справу незалежно від стадії процесу і давати свої висновки; витребовувати справу з суду та опротестовувати в касаційному порядку або в порядку нагляду судові рішення, ухвали, постанови; подавати до суду заяви про перегляд за нововиявленими обставинами рішень, ухвал, та постанов; здійснювати нагляд за законністю виконання судових рішень (статті 118-120 ЦПК УРСР).

Ґрунтуючись на принципі розподілу влади, де суд є самостійно гілкою державної влади, а прокуратура разом з рядом інших установ створює систему «стримувань і противаг», сприяючи своєю діяльністю не тільки правильному розподілу і балансу різних гілок влади, а й ефективній взаємодії.

Концепція розвитку прокуратури на перехідний період виходила з того, що правосуддя не заміняє і не підміняє прокурорський нагляд за законністю, а судова система не може й не повинна виконувати наглядові функції прокуратури, оскільки суд досить обмежений в своїх можливостях. У зв'язку з судовою реформою прокурор втратив функцію нагляду за діяльністю судів при здійсненні правосуддя, що є одним з проявів конституційного принципу незалежності суддів і підкорення їх лише закону.

Проблемним моментом є те, що покладаючи на органи прокуратури здійснення конституційної функції представництва інтересів громадянина та держави в суді, у випадках визначених ч. 1 ст. 121 Конституції, законодавець не розкрив нормативний зміст цієї функції у ЦПК. Зокрема не розкрито суть і завдання представництва, не визначені приводи і підстави представництва, непослідовно вирішені питання про форму представництва інтересів громадянина або держави у суді.

Згідно ст. 45 ЦПК прокурор здійснює у суді представництво інтересів громадян або держави в порядку, встановленому ЦПК та іншими законами, і може здійснювати представництво на будь-якій стадії цивільного процесу. В теорії цивільного процесу існує родове поняття «представництво прокурора», але ст. 45 ЦПК поєднує правила про участь у процесі не лише прокурора, а й органів державної влади, місцевого самоврядування, фізичних та юридичних осіб, які у випадках, передбачених законом можуть звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб. Статус прокурора в цивільному процесі визначено конституційно, адже представляючи в суді інтереси громадян чи держави прокурор реалізує положення, закріплене у статтях 3 і 19 Конституції України. Прокурор здійснює в суді представництво від імені держави, юридичний інтерес прокурора до процесу завжди має державний характер, а інтерес органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, фізичних і юридичних осіб, зазначених в даній статті ЦПК, зовсім інший.

В теорії цивільного процесуального права питання про правове положення прокурора, який подав позов в інтересах іншої особи, є спірним, адже в такому випадку процесуальне

положення прокурора багато в чого аналогічно положенню позивача, а це приводить деяких дослідників до висновку про те, що прокурор є стороною в справі.

Інші вважають, що прокурор в таких випадках є позивачем в процесуальному розумінні.

Остання точка зору є найбільш правильною. Прокурор, який звернувся до суду з заявою, стороною по справі не є, оскільки звертаючись до суду з заявою на захист прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб, прокурор в такій формі здійснює участь в цивільному процесі. Він є самостійним учасником цивільного процесу, його участь не залежить від інших осіб, які беруть участь у справі. Питання про прийняття участі у конкретній цивільній справі в судах загальної юрисдикції прокурор вирішує по своїй ініціативі виходячи з актуальності, складності, суспільного та соціального значення справи, стану законності в регіоні та керуючись ст. 45 ЦПК.

Визначаючи правову природу представництва прокурора в цивільному судочинстві, необхідно виходити з сутності прокуратури як органу, який здійснює функцію охорони закону, державно-правових відносин. Участь прокурора у цивільному процесі є необхідною для захисту прав та свобод громадян, інтересів держави, дотримання законності в суспільстві, злагодженого функціонування державного механізму в умовах властивого демократії поділу влади. Утім, унаслідок недосконалості законодавства існує багато проблем, пов'язаних з цим інститутом, які потребують невідкладного вирішення, тому що від успішного виконання прокуратурою своїх функції залежить процес побудови правової держави, невід'ємним (якщо не основним) атрибутом якої є утвердження законності.

Короленко Віталій Михайлович
молодший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України,
Київ, Україна

ЗАКОННЕ ПРЕДСТАВНИЦТВО У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Формування інституту представництва в різних галузях права було спричинено необхідністю надання можливості тому чи іншому суб’єкту правовідносин здійснювати свої права та обов’язки через фактичні юридично значимі дії інших осіб.

Представництво в праві розуміють як правовідношення, відповідно до якого одна особа (представник) на підставі належного їй повноваження виступає від імені іншої (яку представляють), безпосередньо створюючи (змінюючи, припиняючи) для неї права і обов’язки. Через представника можуть укладатися різноманітні угоди та вчинятись інші юридичні дії (пред’явлення претензій, отримання заробітної плати, посилок тощо). Не допускається здійснення через представника таких дій, які за своїм характером можуть здійснюватися лише особисто (наприклад, оформлення заповіту, усиновлення). В порядку представництва не можуть вчинятися дії, які не мають безпосередньо юридичного значення (фактичні дії, наприклад, виконання роботи). Повноваження представника можуть ґрунтуватися на довіреності, законі (наприклад, право батьків виступати від імені своїх неповнолітніх дітей, опікунів – від імені підопічних в якості їх законних представників), адміністративному акті (наприклад, наказ про призначення на посаду продавця, касира, приймальника багажу і т. п.). [1, с. 365]

За правовою сутністю цивільно-процесуальне представництво являє собою правовідносини, в силу яких одна особа – представник – здійснює в цивільному судочинстві в межах наданих їй повноважень процесуальні дії від імені та в інтересах іншої особи. Метою судового представництва в цивільному процесі є надання громадянам і юридичним особам правової допомоги при здійсненні ними захисту в суді своїх суб’єктивних прав та охоронюваних законом інтересів. Судове представництво в цивільному процесі

характеризується тим, що дії представника провадяться в інтересах особи, суб'єктивні права чи охоронювані законом інтереси якої підлягають захисту в суді. Представник, беручи участь у справі, не набуває для себе будь-яких благ, пов'язаних із вирішенням спору або інших правових питань. Усі правові наслідки дій представника поширюються лише на особу, яку він представляє [1, с. 231].

Статтею 38 Цивільного процесуального кодексу України передбачено, що сторона, третя особа, особа, яка відповідно до закону захищає права, свободи чи інтереси інших осіб, а також заявники та інші заінтересовані особи в справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника.

Цивільне процесуальне представництво відповідно до підстав його виникнення поділяється на договірне та законне. Представником за договором може бути адвокат або інша особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва. Законне представництво в цивільному процесі може здійснюватися в таких випадках:

– права, свободи та інтереси малолітніх осіб віком до чотирнадцяти років, а також недієздатних фізичних осіб захищають у суді відповідно їхні батьки, усиновлювачі, опікуни чи інші особи, визначені законом;

– права, свободи та інтереси неповнолітніх осіб віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, а також осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть захищати у суді відповідно їхні батьки, усиновлювачі, піклувальники чи інші особи, визначені законом. Суд може залучити до участі в таких справах неповнолітню особу чи особу, цивільна дієздатність якої обмежена;

– права, свободи та інтереси особи, яка визнана безвісно відсутньою, захищає опікун, призначений для опіки над її майном;

– права, свободи та інтереси спадкоємців особи, яка померла або оголошена померлою, якщо спадщина ще ніким не прийнята, захищає виконавець заповіту або інша особа, яка вживає заходів щодо охорони спадкового майна.

Законне представництво ґрунтується на безпосередньому зазначенні закону за наявності певного фактичного складу [1, с. 74]. Випадки законного представництва, передбачені ст. 39 ЦПК України, випливають з положень Цивільного та Сімейного кодексів України, у відповідних статтях яких передбачено право тих чи інших осіб виступати законними представниками у правовідносинах та встановлено порядок визначення таких представників, коли це необхідно.

Однак, згідно зі ст. 15 ЦПК України суди розглядають в порядку цивільного судочинства справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають не лише з цивільних та сімейних відносин, але й, так само, з житлових, земельних, трудових, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. У житлових, земельних, трудових правовідносинах суб'єкти можуть діяти через законних представників, відмінних від передбачених ст. 39 ЦПК України. Так, наприклад, згідно зі ст. 19 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» профспілки, їх об'єднання наділяються правом представляти інтереси своїх членів при реалізації останніми конституційного права на звернення за захистом до судових органів. Таким чином, підставою для здійснення профспілковими організаціями представництва у судах інтересів своїх членів є Закон. За цією ознакою профспілкове представництво інтересів працівника у суді тотожне випадкам законного представництва, передбаченим ст. 39 ЦПК України. Як зазначає Ф. А. Цесарський, профспілкове представництво ґрунтується на законі і є законним представництвом, яке не потребує якогось спеціального доручення чи оформлення [1 с. 19].

Однак чинний ЦПК України закріплює право представництва профспілковою організацією інтересів працівників при зверненні до суду у трудових спорах у ч. 2 ст. 3, згідно з якою у випадках, встановлених законом, до суду можуть звертатися органи та особи, яким надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб або державні чи суспільні

інтереси. Крім того, ст. 45 ЦПК України визначено, що у випадках, встановлених законом, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи можуть звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб або державних чи суспільних інтересів та брати участь у цих справах. При цьому законодавство не вимагає від таких суб'єктів довіреності від особи, на захист прав та інтересів якої вони діють. Однак, якщо особа, яка має цивільну процесуальну дієздатність і в інтересах якої подана заява, не підтримує заявлених вимог, суд залишає заяву без розгляду. Таке представництво іноді називають громадським. Однак ми не можемо однозначно погодитись з такою назвою, адже на рівні з громадськими організаціями воно може здійснюватись також державними органами так само на підставі закону.

На нашу думку, розмежування у ЦПК України законного та громадського представництва є недоцільним. Перше і друге є представництвом на підставі закону. Хоч очевидним є те, що для виникнення правовідносин законного представництва у різних випадках необхідні різні юридичні факти (фактичні склади): рішення органу опіки і піклування про встановлення опіки; батьківство; вступ до профспілки тощо. Так само різними можуть бути і підстави для припинення такого представництва. Проте це жодним чином не нівелює головної спільної ознака цих видів представництва: підставою для їх виникнення є норма закону.

В чинному законодавстві ми можемо знайти приклади об'єднання вказаних вище випадків представництва у законному представництві. Так, ч.8 ст. 56 Кодексу адміністративного судочинства України визначено, що як законні представники діють, крім іншого, особи, яким законом надано право захищати права , свободи та інтереси інших осіб.

З огляду на викладене, вважаємо за доцільне у Цивільному процесуальному кодексі України віднести до законних представників органи та осіб, яким законом надано право представляти та захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Котуха Олександр Степанович
старший викладач кафедри цивільного права та процесу
Львівської комерційної академії,
Львів, Україна

ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ ВІДПОВІДАЧА: ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ

Дослідження питання існування правової презумпції, з'ясування її чільного місця у праві, та набуття нею значної ваги у сфері регулювання суспільних правовідносин дає можливість стверджувати про те, що найбільшої популярності в праві набула презумпція невинуватості особи.

Презумпція невинуватості, у сучасному її розумінні, була сформована у результаті Великої французької революції яка стала засновницею документу історичної ваги – Декларації прав людини та громадянина 1789 року. Декларація вперше уже на законодавчому рівні закріпила принцип формальної рівності всіх громадян перед законом, заклала основи універсальної концепції прав людини. Було проголошено свободу совісті, свободу слова і вперше закріплено презумпцію невинуватості. Що характерно, уперше в світовій практиці саме в Декларації було закріплено загальнодозвільний принцип регулювання правових відносин: «Дозволено все, що прямо не заборонено законом». За наступну більш ніж двохсотлітню історію презумпція невинуватості була сприйнята всіма демократичними державами і знайшла своє закріплення в цілому ряді міжнародних актів – у Загальній декларації прав людини [1], Конвенції про захист прав і основних свобод людини

1950 року [2] та ін. В українському законодавстві презумпція невинуватості сформульована в ч.1 ст. 62 Конституції, а в кримінальному процесі вона сформована у якості принципу кримінального судочинства. Норма, закріплена в ч.2 ст.15 КПК України [3], відповідає конституційному принципу презумпції невинуватості, відповідно до якого особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

Презумпція невинуватості кримінального права є загально відомою, вона стала предметом дослідження багатьох науковців.

Презумпція ж невинуватості відповідача у цивільному судочинстві є мало вивченою. Були спроби її визначення як загального «припущення невинуватості особи», тобто невинуватості як категорії з широким правовим змістом. Однак, презумпція невинуватості відповідача, базується на тій же правовій основі, що й презумпція невинуватості обвинувачуваного. В їх основі лежить загально-правова презумпція добропорядності особи.

У науковій процесуальній літературі презумпцію невинуватості відповідача виділяють такі автори, як Іоффе О.С. [4, с. 138], Юдельсон К.С. [5, с. 79], Воложанін В.П. [6, с. 195], Треушніков М.К. [7, с. 69] та ін.

Презумпція добропорядності бере свій початок з римського права і проявляється в ряді загальних формул: praesumptio boni viri (презумпція добропорядності людини), idiosa et inhonesta non sunt in lege praesumenda (дурні та безчесні речі у праві не презюмуються) [8, с. 139].

Сутність поняття добропорядності у правовому полі є незмінною. На думку Бабаєва В.К., добропорядною в праві можна вважати таку поведінку суб'єкта, що не суперечить приписам правових норм і визнається корисною та потрібною [9, с. 86-87].

Презумпція добропорядності громадянина, стала основою у формуванні законодавцем галузевих процесуальних презумпцій: презумпції невинуватості обвинувачуваного та презумпцію невинуватості відповідача. Презумпція невинуватості відповідача на відміну від свого кримінально-процесуального аналога не має прямого нормативного закріплення й тому її можна вивести лише шляхом безпосереднього тлумачення. В даному випадку, побічно вказують на закріплення розглянутої презумпції ст. 5, 10 ЦПК України, та ст. 4-2, 4-3 ГПК України.

Сутність презумпції невинуватості відповідача полягає в тому, що громадянин (юридична особа) вважається невинуватою у вчиненні цивільного (адміністративного або іншого) правопорушення, поки воно не буде доведено в передбаченому законом порядку та встановлене рішенням суду, що вступило у законну силу.

У процесуальній науці особливої актуальності набуло питання конкуренції презумпції вини та презумпції невинуватості відповідача. Порівнюючи дані категорії, насамперед, необхідно враховувати їх різну цільову та функціональну спрямованість. Презумпція вини (у тому числі і заподіювача шкоди) є матеріально-правовою презумпцією, яка впливає на предмет доказування, звільняючи сторону від доведення факту вини. Презумпція невинуватості відповідача відноситься до категорії процесуальних презумпцій і є процесуальною гарантією учасників справи.

Отже, під час розгляду цивільної справи дані презумпції діючи одночасно, перебувають на різних рівнях. Презумпція вини звільняє від доведення одного з фактів, що охоплюється предметом доказування, а презумпція невинуватості відповідача вимагає доведеності всіх інших фактів, що становлять предмет доказування. Крім того, презумпція невинуватості відповідача, до набрання рішення законної сили не покладає на відповідача жодних обмежень, а тому він не вважатиметься винним.

Аналізуючи презумпцію невинуватості відповідача як процесуального прийому цивільного судочинства, можна виявити наступні функції цієї презумпції в цивільному процесі. Дана презумпція, безумовно, стимулює доказову діяльність позивача, адже саме від його активності залежить формування доказової бази пред'явленого позову. Дана властивість є особливо актуальною в умовах дії принципу змагальності сторін, де

процесуальна пасивність може призвести до відмови в задоволенні заявленої вимоги. Головна функція презумпції невинуватості відповідача у цивільному процесі полягає в охороні та забезпеченні прав та інтересів відповідача від необґрунтованого притягнення до майнової відповідальності. Таким чином, презумпція невинуватості відповідача, виступає однією з найважливіших умов для об'єктивного розгляду справи й здійснення правосуддя вцілому.

***Використані джерела*:**

2. *Загальна декларація прав людини від 10 жовтня 1948 року // Вісник Конституційного Суду України 2006, N3 11.08.2006 року.*
3. *Конвенції про захист прав і основних свобод людини від 4 .11.1950 року // Офіційний Вісник України 2006, N 32, ст. 2371.*
4. *Кримінально-процесуальний кодекс України в редакції від 11.01.2007 р., із змінами і доповненнями // N 1414-VI (1414-17) від 02.06.2009.*
5. *Ответственность по советскому гражданскому праву / Ленингр. гос. ун-т. Отв. ред. А. К. Юрченко. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. - 309с.*
6. *Юдельсон, К. С. Теоретические основы проблемы доказывания в советском гражданском процессе. //Всесоюзный юридический заочный институт. Ученые записки. [Выпуск 1]. -М., 1948. - С. 78 – 98.*
7. *Воложанин В.П. К вопросу о юридических предположениях в советском гражданском праве и процессе //Ученые записки Свердловского юридического института. Т. 3. Свердловск, 1955. С. 186-201.*
8. *Треушников М.К. Судебные доказательства. - М.: Юрид бюро Городец, 1997. – 164с.*
9. *Презумпции в гражданском судопроизводстве Сериков Ю.А. / Сериков Ю.А.; науч ред.. В.В. Ярков. – М.: Волтерс Кливер, 2008. – 184 с.*
10. *Презумпции в советском праве :Учебное пособие.В. К. Бабаев; Министерство внутренних дел СССР. Горьковская высшая школа. -Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1974. – 124 с.*
11. *Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради (ВВР), 1992, N 6, ст.56. (із змінами та доповненнями).*
12. *Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2004, N 40-41, 42, ст.492. (із змінами та доповненнями).*

Кройтор Володимир Андрійович
кандидат юридичних наук, доцент,
начальник кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Харків, Україна

ЩОДО ПРОБЛЕМ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ПРИНЦИПІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

1. Однією з найбільш недосліджених і суперечливих в цивільному процесуальному праві є проблема системи принципів цивільного процесуального права. В науковій літературі відсутня єдність поглядів щодо поняття системи принципів, немає опису структури системи, не досліджені процеси, які відбуваються усередині системи при взаємодії принципів, не вирішене питання про місце і роль кожного з принципів у рамках їх загальної системи, та не вирішена низка проблемних питань, які пов'язані з недоліками реалізації вимог системи принципів на різних стадіях цивільного судочинства.

Уявлення про систему принципів цивільного процесуального права відіграє чи не одну з найважливіших ролей у вченні про принципи цивільного процесуального права, оскільки розгляд будь-якого з принципів у відриві від усіх інших, від системи в цілому, без виявлення його місця в ній не дозволить зрозуміти справжнє значення принципу і його роль у

врегулюванні суспільних відносин. Виключення з системи певного принципу безпосередньо впливає як на зміст кожного з інших принципів, так і на їх взаємодію. В ізоляції принцип не може відігравати ні негативної, ні позитивної ролі, оскільки один принцип не може визначати характер процесуального права. Отже розуміння системи принципів в цілому дозволяє виявити мету і спрямованість кожного з принципів, що входять до системи [1, с. 79-80].

2. Щодо визначення системи принципів цивільного процесуального права то А.В. Андрушко систему принципів цивільного процесуального права визначає як цілісність та єдність її взаємопов'язаних елементів-принципів, які, розвиваючись, взаємодіють із правовим середовищем [2, с. 21]. На думку М.С. Шакарян, система принципів цивільного процесуального права є певним цілісним утворенням, при цьому кожен з принципів послідовно розкриває зміст галузі права в цілому. Система принципів галузі права не є довільним їх набором, арифметичною сумою, а являє собою єдине ціле, якісно нове утворення, що отримало свої властивості в результаті органічного об'єднання клітинок-ланок [3, с. 1209].

Ференс-Сороцький А.О. і Чечина Н.О. визначають систему принципів цивільного процесуального права як зв'язок принципів за змістом, їх взаємообумовленість і взаємодію. Практично система принципів означає, що будь-який окремо взятий принцип є частиною, ланкою, самостійною клітиною їх єдиної структури, кожен принцип є самостійним, але не автономним, тобто він не може існувати і діяти у відриві від системи; принцип може бути включений до системи за умови внутрішнього зв'язку з іншими принципами [4, с. 22].

Сукупність принципів цивільного процесуального права у їх тісному взаємозв'язку і взаємозалежності утворює систему принципів цивільного процесуального права, вважає А.О. Власов [5, с. 22].

Дослідниця проблем трудового права Лаврів О.Я., пропонуючи поняття системи принципів, ототожнює її з класифікацію [6, с. 9]. Такий підхід видається дещо звуженим, хоча зв'язок між системою і класифікацією безперечно має місце. Система як сукупність взаємопов'язаних елементів (принципів) розкривається через класифікацію, тобто зведення принципів в окремі групи за певною ознакою.

3. Науковцями запропоновано різноманітні критерії класифікації принципів цивільного процесуального права. Викликає науковий інтерес традиційний поділ принципів за сферою поширення, або дією в системі права, на три групи – загальноправові, міжгалузеві і галузеві, видається недостатньо обґрунтованим. В науці найбільш поширеним є таке групування принципів цивільного процесуального права: загальноправові принципи, тобто характерні для всіх без виключення галузей права в тому числі цивільного процесу, – демократизм, гуманізм, законність; міжгалузеві, характерні для декількох «споріднених» галузей права, – принципи здійснення правосуддя лише судом, рівності громадян перед законом і судом, поєднання колегіальності і одноособовості в розгляді справ, незалежності суддів і підкорення їх тільки законові, національної мови судочинства, гласності судового розгляду, об'єктивної істини тощо; галузеві, тобто характерні лише для цивільного процесу – принципи диспозитивності, змагальності і процесуальної рівності сторін.

В даній класифікації заперечення викликає виділення окремої групи, що має назву «галузеві принципи цивільного процесу». Думається, що галузевих принципів цивільного процесуального права як і принципів окремих процесуальних інститутів не існує. Дана позиція обґрунтовується тим, що принципи, які включаються до даної групи, властиві не лише цивільному процесу. Так, принцип диспозитивності, окрім цивільного процесу, характерний для цивільного права (ст. 1 ЦК України) і господарського процесу (цей принцип прямо не закріплений в законодавстві, хоча його дія в господарському процесі не викликає сумнівів і заперечень [7, с. 20]), принцип змагальності – для адміністративного процесу (ст. 7 Кодексу адміністративного судочинства України) і господарського процесу (ст. 4-3 Господарського процесуального кодексу України), принцип процесуальної рівності сторін – для господарського процесу (ст. 22 Господарського процесуального кодексу України) і

третейського розгляду справ (ст. 4, ст. 39 тощо Закону України «Про третейські суди»). Отже, означені принципи об'єктивно слід відносити до міжгалузевих.

Дослідник проблем кримінально-процесуального права В. Тертишник стверджує, що «аналіз співвідношення загальноправових, міжгалузевих та галузевих принципів показує, що в юридичній літературі частка галузевих принципів у цілісній системі є дуже малою, що, в свою чергу, унеможливлює подальший науковий пошук» [8, с. 28]. Враховуючи викладене вище, стосовно цивільного процесуального права, думається, можна стверджувати більш категорично: принципи, які можливо включити до «галузевої» групи, відсутні взагалі.

***Використані джерела*:**

1. *Чечина Н. А. Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление //Правоведение. – 1960. – № 3. – С. 78 – 83.*
2. *Андрушко А.В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України: Монографія. – Х., 2006.*
3. *Гражданское процессуальное право/ Под ред. М. С. Шакарян. – М., 2004.*
4. *Гражданский процесс. / Под ред В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. – М., 2001.*
5. *Власов А.А. Гражданское процессуальное право. – М., 2003.*
6. *Лаврів О.Я. Система принципів трудового права України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007.*
7. *Чернадчук В.Д., Сухонос В.В. Основи господарського процесуального права України. – Суми, 2003.*
8. *Тертишник В. Проблеми розвитку концептуальної моделі системи принципів кримінального процесу // Вісник прокуратури. – 2001. – №5(11). – С. 26-34.*

Кучеравенко Тетяна Євгенівна
студентка 2-го курсу магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

Актуальність теми дослідження обумовлена недосконалим законодавчим врегулюванням інституту забезпечення позову у господарському процесі (Розділ Х ГПК України «Забезпечення позову» містить лише три статті), наявністю проектів ГПК України (зокрема № 4157 від 15 вересня 2003 року), що по-іншому підходить до розуміння досліджуваного інституту, та відсутністю ґрунтовних наукових праць щодо даного питання. Актуальність теми обумовлюється також тим, що неправильне застосування інституту забезпечення позову (а така практика має місце бути) може іноді потягнути за собою безпідставне ущемлення як інтересів позивача, так і інтересів відповідача, а в деяких випадках може нанести значну шкоду державі.[5, с. 170]

Господарському процесуальному праву відомі два схожі між собою інститути: інститут запобіжних заходів та досліджуваний інститут забезпечення позову. Варто зазначити, що в російському законодавстві (ч. 1 ст. 90 АПК РФ) та літературі [8, с. 2, 5; 7 с. 8-9] зазначені процесуальні інститути і ряд інших охоплюються поняттям «забезпечувальні заходи». Дані інститути в національному законодавстві принципово відрізняються за такими основними критеріями: 1) за метою (мета запобіжних заходів – попередження (виключення) дій майбутнього відповідача щодо знищення та приховування доказів, які мають істотне значення для вирішення справи по суті; мета заходів до забезпечення позову – забезпечення виконання відповідачем майбутнього рішення суду), 2) залежно від моменту подання заяви (заява про вжиття запобіжних заходів подається до порушення провадження у справі; заява

про забезпечення позову – на будь-якій стадії процесу), 3) залежно від осіб, які мають право ініціювати застосування відповідних заходів (заяву про вжиття запобіжних заходів може подати виключно майбутній позивач; заяву про забезпечення позову мають право подати сторони, прокурор чи його заступник, який подав позов. Ініціатива може виходити також від самого суду). Важливим при розмежуванні даних інститутів виступає положення до ст. 43-3 ГПК України, а саме «після подання заявником позовної заяви запобіжні заходи діють як заходи забезпечення позову». Це стосується лише одного виду запобіжного заходу – накладення арешту на майно, що належить особі, щодо якої вжито запобіжних заходів, і знаходиться в неї або в інших осіб. Цей запобіжний захід кореспондує з одним із заходів забезпечення позову, а саме: накладанням арешту на майно або грошові суми, що належать відповідачеві. Інші запобіжні заходи – витребування доказів та огляд приміщень, в яких відбуваються дії, пов'язані з порушенням прав, – є процесуальними діями, а отже, не можуть діяти як запобіжні заходи.[4, с. 399]

Мінімальне врегулювання законодавцем інституту забезпечення позову залишає поза увагою вирішення низки питань, які, на мою думку, мають важливе значення на практиці:

1. Ст. 66 ГПК України говорить, що зі своєї власної ініціативи господарський суд має право вжити заходів до забезпечення позову. На мою думку, надання законодавцем таких повноважень господарському суду грубо порушує принцип диспозитивності та змагальності. Єдиним випадком, де можлива така ініціатива, правда, з великою долею умовності, є наступний. У заяві зазначено про необхідність застосування, наприклад, накладення арешту на все майно, що належить відповідачу. Однак в силу наданих доказів та з врахуванням «розумності, обґрунтованості і адекватності вимог заявника…; забезпечення збалансованості інтересів сторін, а також інших учасників судового процесу; наявності зв'язку між конкретним заходом до забезпечення позову і предметом позовної вимоги…; імовірності утруднення виконання або невиконання рішення господарського суду в разі невжиття таких заходів; запобігання порушенню у зв'язку із вжиттям таких заходів прав та охоронюваних законом інтересів осіб, що не є учасниками даного судового процесу» (Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 12 грудня 2006 року № 01-8/2776 «Про деякі питання практики забезпечення позову»), суд зробив висновок, що застосовувати саме цей захід є недоцільно і незаконно. Тоді господарський суд може проявити ініціативу та застосувати інший захід до забезпечення позову, наприклад, заборонити відповідачеві вчиняти дії щодо відчуження чітко визначеного майна, яке є предметом спору. Окрім цього, одразу ж виникає питання: на кого у такому випадку покладається обов'язок доказування імовірності утруднення чи неможливості виконання рішення господарського суду без вжиття відповідних заходів забезпечення позову. І якщо, відповідно до вищезгадуваного Інформаційного листа Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики забезпечення позову» йдеться про обов'язок позивача, прокурора тощо подати докази наявності фактичних обставин, з якими пов'язується застосування певного заходу забезпечення позову (п. 1), то щодо застосування досліджуваного інституту з ініціативи самого суду зазначається виключно, що дії останнього мають бути мотивовані з урахуванням припису п. 3 ч. 2 ст. 86 ГПК України (п. 1.2.). Також, для прикладу, в РФ у відповідності з принципом диспозитивності суд не може застосувати заходи до забезпечення позову за своєю ініціативою. [6, с. 358]

Таким чином, на мою думку, шляхом внесення змін до ГПК України потрібно виключити «право господарського суду за своєю власною ініціативою вживати заходів до забезпечення позову».

2. Законодавець не визначив також коло осіб, які мають право оскаржувати ухвалу про забезпечення позову. Вважаю, це право повинно бути надане особам, чиї інтереси «зачіпає ухвала суду», тобто відповідачу та іншим особам. Тут використовується поняття «інші особи» в силу ст. 67 ГПК України «…позов забезпечується забороною іншим особам вчиняти дії, що стосуються предмета спору». При цьому виникають наступні питання «хто такі інші особи?», «чи правомірно використовувати заходи забезпечення позову, які

обмежують права інших осіб, які навіть не є учасниками господарського процесу?». В ГПК України серед осіб, які мають право на апеляційне та касаційне оскарження не зазначені «особи, які не були залучені до участі у справі, якщо суд прийняв ухвалу, що стосується їх прав та обов'язків». У зв'язку з цим, вважаю, потрібно внести зміни до ГПК України, з тим, щоб надати останнім право на оскарження.

3. Найбільш невирішеним і дискусійним питанням на даний час, на мою думку, залишається наступне: «яка юридична доля відповідача у випадку винесення господарським судом рішення, яким відмовлено у задоволенні позову, або ж у випадку відмови позивача від позову?». Тоді заходи забезпечення позову що спричинили сповільнення господарського обороту, виникнення у відповідача збитків, недоцільно застосовані до суб'єкта господарювання.

Відповідно до ст. 98 АПК РФ відповідач і інші осіб, яким спричинені збитки забезпеченням позову, після набрання законної сили рішення суду про відмову у задоволенні позовних вимог чи про часткове задоволення позовних вимог має право вимагати від особи, що заявляла клопотання про забезпечення позову, відшкодування збитків шляхом пред'явлення позову. Практика російських судів показує, що при вирішенні такого спору суд повинен визначити розмір завданих збитків і їх зв'язок з заходами забезпечення позову. Збитки повинні виникнути в період дії останніх (наприклад, збитки у зв'язку із неможливістю продажу майна в період дії арешту чи заборони вчиняти певні дії). [6, с. 399] Вважаю, що подібне положення у національному законодавстві на практиці відігравало б важливу роль. Адже, тоді інститут забезпечення позову у господарському процесі буде гарантією: по-перше, задоволення законних вимог позивача при недобросовісній поведінці відповідача, по-друге, захисту інтересів відповідача у випадку зловживання позивачами (та іншими особами) своїми процесуальними правами та можливостями.

Для прикладу, ст. 43-10 ГПК України передбачає можливість відшкодування шкоди, завданої вжиттям запобіжних заходів за подібних підстав. Отже, на мою думку, аналогічно можна було б вирішити дане питання і щодо забезпечення позову шляхом внесення відповідних змін до ГПК України.

***Використані джерела*:**

1. *Господарський процесуальний кодекс України від 06 листопада 1991 року № 1798-XII (в редакції від 31 березня 2009 року) // ВВР України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.*
2. *Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики застосування заходів до забезпечення позову» від 23 серпня 1994 року № 02-5/611 // Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України. – 1995. – № 1.*
3. *Інформаційний лист Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики забезпечення позову» від 12 грудня 2006 року № 01-8/2776 // Вісник господарського судочинства. – 2007. – № 3.*
4. *Беляневич В.Е. Господарський процесуальний кодекс України. (із змінами і допов. станом на 1 серпня 2007 р.): Наук.-практ. коммент. – Видання друге. – К.: Видавництво «Юстініан», 2008. – 872 с.*
5. *Васильев С.В. Хозяйственное судопроизводство Украины: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. – Харьков: Эспада, 2004. – 408 с.*
6. *Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под редакцией П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2007. – 1135 с.*
7. *Михалина Ю.А. Обеспечительные меры в арбитражном процессе: Автореф. диссерт. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Российская академия государственной службы при Президенте Российской Федерации. – Москва, 2007. – 26 с.*
8. *Обеспечительные меры в гражданском и административном судопроизводстве / С.А. Кузнецов. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 152 с.*
9. *Юсупов Т.Б. Обеспечение иска в арбитражном и гражданском процессе: Диссерт. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. – Москва, 2005. – 165 с.*

10. *Проект 2178 від 06 березня 2008 року, 2 сесія, 6 скликання. Ініціатори Притика Д.М. // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31920*
11. *Арбітражний процесуальний кодекс Російської Федерації від 24 липня 2002 року // http://www.interlaw.ru/law/docs/12027526/*

Кучеренко Дмитро Сергійович
студент 4-го курсу, факультету № 1,
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

ДОСУДОВИЙ (ПРЕТЕНЗІЙНИЙ) ПОРЯДОК ВРЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ: РЕТРОСПЕКТИВА ТА ТЕНДЕНЦІЇ СЬОГОДЕННЯ

Велика кількість норм господарського процесуального права дісталась Україні у спадок від радянських часів. До них, зокрема, необхідно віднести норми, що закріплені у розділі ІІ Господарського процесуального кодексу України (далі - ГПК України) щодо порядку досудового врегулювання господарських спорів. В умовах існування радянської господарської системи практика показала доцільність застосування норм цього розділу, які з'явилися на початку 70-х років. Але істотні зміни господарського законодавства за роки незалежності України суттєво вплинули на процесуальні правовідносини та, у свою чергу, викликали зниження ефективності претензійного порядку врегулювання господарських спорів. Виправданий в умовах централізованого управління економікою претензійний порядок втратив свою колишню актуальність. При цьому, на нашу думку, актуальність даного інституту в цілому не втрачена, а лише трансформувалася.

Метою цієї статті є обґрунтування доцільності збереження практики застосування порядку досудового врегулювання господарських спорів, та визначення напрямів його реформування.

У різні часи порушену проблему аналізували В. Вітрянський, Р. Каллістратова, Ф. Ліберман, М. Фалькович, В. Щербина та ін. Але останні зміни у цій сфері, що скасували обов'язковий порядок досудового врегулювання спорів з будь-яких категорій спорів, вивели вказане питання на новий рівень. Саме тому вважаємо доречним проаналізувати історичний генезис інституту досудового врегулювання господарських спорів, а потім звернутися до тенденцій сьогодення.

Особливий, претензійний порядок розв'язання спорів, що виникали між підприємствами й організаціями, був встановлений постановою Ради Міністрів СРСР від 23.07.1959 р. № 824. Застосування претензійного порядку давало можливість соціалістичним організаціям у короткі строки розв'язувати господарські спори без звернення до арбітра захищати порушені права і законні інтереси. Здійснення претензійного порядку також стало однією з реальних форм контролю за виконанням контрагентом своїх зобов'язань [1, 26-27].

Ключове значення у питанні, що розглядається, мали вказівки Конституційного Суду (далі – КСУ) та Верховного Суду України (далі – ВСУ). Першим спробував врегулювати це питання ВСУ, Пленум якого прийняв постанову «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» № 9 від 01.11.1996 р. де вказувалося, що суд не вправі відмови особі в прийнятті позовної заяви чи скарги із тієї підстави, що її вимоги можуть бути розглянуті в передбаченому законом досудовому порядку.

Деякі дослідники [2, 26] звертали увагу на перевищення Пленумом своїх повноважень у цій постанові, оскільки ВСУ не вправі скасовувати норми законодавства.

Законом «Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України» № 2413-111 від 05.2001 р. скорочено коло справ, в яких повинен застосовуватися претензійний порядок врегулювання спорів.

Рішенням КСУ від 09.07.2002 р. № 15-рп/2002 у справі за конституційним зверненням ТОВ «Торговий Дім Кампус Коттон клаб» (справа про досудове врегулювання спорів) встановлено, що положення ч. 2 ст. 124 Конституції України щодо поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі, в аспекті конституційного звернення необхідно розуміти так, що право особи (громадянина , іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду за рішенням спору не може бути обмежене чи іншими нормативно-правовими актами. Не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист встановлення законом або договором досудового врегулювання спору лише за волевиявленням суб'єктів правовідносин.

Більшість авторів поділяє думку про неефективність даного інституту та виділяє такі фактори [5, 5; 6, 32]:

- з'явилися підприємства різних форм власності, у зв'язку з чим питання добровільного перерахування власних коштів іншому підприємству постає більш гостро (особливо на даний час, в період фінансової кризи);
- для багатьох категорій справ претензійний порядок врегулювання господарських спорів є надто формалізованим, оскільки виникла велика кількість принципово нових суспільних правовідносин;
- у більшості випадків претензії залишаються без відповіді, що зовсім не свідчить про застосування заходів для їх розгляду по суті;
- підприємствам економічно вигідніше не перераховувати кошти кредиторам, а використовувати їх в обігу, отримуючи додатковий прибуток.

Враховуючи позицію КСУ та, імовірно, деякі зазначені фактори, Законом України «Про внесення змін до ГПК України» № 2705-IV від 23.06.2005 р. було виключено перелік справ, щодо яких раніше зберігався обов'язковий досудовий порядок врегулювання господарських спорів.

І хоча означений розділ було збережено в ГПК України, реалізація його положень на даний час є спірною. Як слушно зазначає В. Щербина, норми, які містяться у цих статтях, загалом виконують своє призначення, проте навряд чи доцільно збереження положень ч. 1 ст. 6 і ч. 5 ст. 7 ГПК України щодо обов'язку підприємства-порушника поновити порушене право (задовольнити обґрунтовані вимоги заявника), які, не буду чи забезпечені санкціями, носять, по суті, декларативний характер [7, 78].

Дослідники порушували також питання необхідності складання і строків надсилання та розгляду протоколу розбіжностей, врегулювання розбіжностей самими підприємствами й організаціями [7, 79]. Однак з цим не можна погодитися, оскільки ст. 181 ГК України визначає загальний порядок укладення господарських договорів, у тому числі порядок складання протоколу розбіжностей. При цьому спори щодо доречності існування інституту досудового врегулювання господарських спорів і його реалізації продовжуються.

Деякі науковці та практики вважають, що означений порядок взагалі не потрібен, оскільки він діяв ефективно лише завдяки особливостям радянської господарської системи, а в нових умовах не може ефективно застосовуватись і втратив популярність серед господарюючих суб'єктів [8, 20-22]. Д. Притика стверджує, що цей інститут давно не сприяє оперативності господарського судочинства, а тому його слід скасувати [9, 20]. М. Абрамов не погоджується з таким твердженням, оскільки у претензійному порядку спір може бути вирішений протягом нетривалого часу – з майнових спорів, як правило, протягом місяця, з договірних – 20 днів [2, 26].

В. Чернадчук, В. Сухонос запропонували надати нормам про досудове врегулювання деяких категорій спорів рекомендаційного характеру, який би забезпечив підприємству-кредитору додатковий ступінь свободи у діяльності, а підприємство-боржник спонукав би проводити більш виважене та менш ризикове управління пасивами, оскільки позовна заява

може бути подана до суду без додаткового попередження, безпосередньо після закінчення договірних строків виконання зобов'язань [6, с. 36].

Проте, на нашу думку, інститут досудового врегулювання господарських спорів має право на існування, при цьому необхідно: по-перше, його реформувати, зробити дієвим засобом підтримання господарської дисциплінованості та відповідальності суб'єктів за свою діяльність; по-друге, створити умови для заінтересованості суб'єктів господарювання в ньому; по-третє, вдосконалити господарське процесуальне законодавство. Доцільно поновити положення ст. 9 ГПК України про відповідальність за порушення строків розгляду претензії чи залишення без відповіді, що було скасовано Закон 23.06.2005 р. № 2705-IV. У разі, якщо таким порушником є позивач, навіть у випадку; задоволення позову, до таких порушників слід застосовувати положення про відмову у відшкодуванні судових витрат, зокрема державно мита та витрат на інформаційно-технічне забезпечення судового процесу.

***Використані джерела*:**

1. *Гуляєва Т., Селезньов О. Претензії і позови. – К., 1971.*
2. *Абрамов Н. А. Хозяйственно-процессуальное право Украины. – Х., 2003.*
3. *Лазарев В. Г. Некоторые вопросы претензионного порядка рассмотрения споров. – М., 1977.*
4. *Каллистратова Р. Ф. Разрешение споров в государственном арбитраже. – М., 1961.*
5. *Юридическая фирма «Эдвайзер»: Чтобы не довести до суда // Деловая Украина. – 1999. – № 45.*
6. *Чернадчук В. Д., Сухонос В. В. Основи господарського процесуального права України. – Суми, 2003.*
7. *Щербина В. С. Інститут доарбітражного врегулювання господарських спорів: проблеми вдосконалення // Тези виступів учасників Круглого столу, м. Київ, 17-18 квітня 2001 р. – К., 2001.*
8. *Миргородський Д. Актуальні проблеми; арбітражного врегулювання господарських спорів // Право України. – 1998. – № 3.*
9. *Притика Д. М. Конституційні основи правосуддя і напрями удосконалення господарського правосуддя // Право України. - 1997. – № 1.*

Лічман Леонід Григорович
кандидат юридичних наук, доцент, Заслужений юрист України,
голова Малиновського районного суду м. Одеси,
Одеса, Україна

ЩОДО АКТУАЛЬНОСТІ ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОГО ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Відправлення правосуддя є найважливішою функцією держави, реалізація якої забезпечує впорядкування, стабілізацію та конкретизацію суспільних відносин. Відповідно до ст. 1 ЦПК України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

При розгляді конкретної справи суд поряд з встановленням обставин, що мають значення для справи, визначає які закони та підзаконні нормативні акти підлягають правозастосуванню у відповідності до яких і приймається судовий акт (ст. 8 ЦПК України). Таким чином судочинство є одним з видів правозастосовчої діяльності[4, с.314].

Як слушно зазначалось в літературі судове правозастосування є специфічною формою реалізації права компетентним органом – судом, яка здійснюється у встановленому законом порядку, безпосереднім результатом якої є вирішення правового конфлікту за допомогою видання акту судового правозастосування по конкретній юридичній справі[1, с.92-93].

Досягнення стабільності, впорядкованості існуючих суспільних відносин і забезпечення їх подальшого поступального розвитку неможливе без урахування особливостей різних юридичних явищ, зокрема особливостей правозастосування в цивільному праві та процесі. При розгляді кожної конкретної справи правозастосовний орган повинен керуватися нормою права (або їх сукупністю), строго й неухильно дотримуватись її точного змісту, а також встановленим процедурно-процесуальним формам, діяти в строгих рамках своєї компетенції. Разом з тим, недостатній взаємозв'язок і взаємообумовленість правової теорії і практики призводить зокрема до того, що незважаючи на те, що судова діяльність має бути спрямована на захист цих прав і свобод від будь-яких посягань шляхом забезпечення своєчасного та якісного розгляду конкретних справ, сучасні реалії цивільного судочинства ставлять під правозастовачем низку теоретичних питань без вирішення яких досить складно змінювати ситуацію, що вже склалась. Так, в сучасних умовах особливе значення має дослідження механізму судового захисту суб'єктивних прав та інтересів, що передбачає дослідження взаємодії матеріального і процесуального права, механізму впливу судових рішень на суспільні відносини і т.п. Актуальність дослідження природи та механізмів судового правозастосування також зумовлюється необхідністю визначення його ролі, міста та значення серед інших форм реалізації права, що свою чергу забезпечить вдосконалення та підвищення ефективності власно механізму судового правозастосування.

Важливого значення з такої точки набуває проблема принципів правозастосовчої діяльності, та судового правозастосування зокрема, яка не одержала в літературі належної розробки. В теоретичних розробках останніх років принципи і норми правозастосування (ціннісні нормативи) зводяться до оперативності, справедливості, законності, обґрунтованості, доцільності, професіоналізму[6, с.584-585]. У літературі довгий час взагалі не використовували самого терміну «принципи правозастосування» і не зверталися до їх аналізу, обмежуючись в більшості випадків переліком загальних (основних) вимог, що пред'являються до правозастосовчій діяльності або покликаних забезпечити належне (правильне) застосування права[3, с.55]. Принципи судового правозастосування це різновид принципів права, які визначають його сенс та зміст в єдності матеріально-правових та процедурно-процесуальних начал. В літературі також обґрунтовувалась позиція, відповідно до якої сучасне судове правозастосування повинно підкорятися таким принципам як неприпустимість безсенсового судового правозастосування, воно повинно бути об'єктивним, право законним, доцільним, справедливим, оперативним, змагальним[5, с.138].

Залишаються складними та невирішеними у правозастосовчій судовій практиці питання щодо співвідношення принципів законності та справедливості, реалізації такої засади цивільного законодавства, як справедливість, добросовісність та розумність.

Як свідчить судова статистика якість розгляду справ в апеляційному порядку в 2008 році залишилася майже на рівні аналогічного періоду минулого року, водночас збільшилась як кількість переглянутих у касаційному порядку рішень у цивільних справах та вироків у кримінальних справах, так і їх частка від ухвалених чи постановлених місцевими та апеляційними судами[2]. Суперечливість та непослідовність судової практики по цивільним справам, особливо по окремим категоріям справ, та вищенаведені міркування, намагання вдосконалити існуючий судовий механізм правозастосування – все це обумовлює вибір напрямків подальшого авторського дослідження.

Використані джерела:

1. Аверин А.В. Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики) . Дисс. докт. юрид. наук : 12.00.01. – Саратов , 2004. – С. 92-93.

2. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції у І півріччі 2008 року (за даними судової статистики) //Офіційний сайт верховного суду України. Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua

3. Вязов А.Л. Принцип справедливости в современном российском праве и правоприменении (теоретико-правовое исследование). Дисс. канд. юрид. наук: 12.00.01. - М., 2001.- С.55.

4. Правоприменение: теория и практика / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. – М. : Формула права, 2008. – С. 314.

5. Рафиков Р.Р. Судебное правоприменение теоретико-правовой аналіз. Диск. канд. юрид.наук: 12.00.01. – Уфа, 2006. - С. 138

6. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. Енциклопедичний курс. – Х.: Еспада, 2006. – С. 584-585.

Матвийчук Сергей Борисович
кандидат юридических наук, доцент,
заместитель начальника кафедры Учреждение образования
«Военная академия Республики Беларусь»,
Минск, Республика Беларусь

ОСОБЕННОСТИ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ НЕОПРЕДЕЛЕННОГО КРУГА ПОТРЕБИТЕЛЕЙ

В гражданской процессуальной науке Беларуси исследование проблем судебной защиты неопределенного круга лиц началось в связи с закреплением в материальном законодательстве правовых норм, регламентирующих такую возможность. Закон Республики Беларусь «О защите прав потребителей» от 19 ноября 1993 года был первым, предусматривающим конструкцию иска в защиту неопределенного круга лиц как одной из разновидностей группового иска. Введение данного института было обусловлено тем, что наиболее частыми нарушениями прав потребителей явились: непредставление потребителям информации о продавце, исполнителе, изготовителе в части фирменного наименования, местонахождения, режима работы; ненадлежащее качество и безопасность товаров, работ и услуг; нарушение прав потребителей при приобретении товаров с недостатками не оговоренных продавцом при заключении договоров купли-продажи и т.д. Следует особо подчеркнуть, что от действий юридических и физических лиц, осуществляющих реализацию товаров и оказывающих иные услуги, как правило, страдают не отдельные лица, а многочисленные (в т.ч. неопределенные) группы потребителей.

Во многих странах мира существуют в разных вариациях различные способы судебной защиты прав и охраняемых законом интересов многочисленных групп лиц, пострадавших от действий одного ответчика либо попавших в однотипную негативную для них ситуацию. Как процессуальный институт – групповой иск, которым стало возможно защитить большие группы граждан, был выработан судебной практикой английских судов справедливости в середине XVI в. Наибольшего развития институт групповых исков получил в США. Предъявление такого иска целесообразно в тех случаях, когда нарушаются права большого числа людей и иного, более эффективного способа их защиты не существует. Так, О.Н. Здрок пишет, что «сферу его применения составляют многосторонние отношения, связанные с защитой прав потребителей, охраной окружающей среды» [1, с. 147].

К сожалению, интересная идея оказалась недостаточно проработанной в законодательстве Республики Беларусь. До сих пор, т.е. более чем за семь лет прошедших с момента принятия ныне действующего Закона Республики Беларусь «О защите прав потребителей» от 9 января 2002 года данный способ защиты неопределенного круга потребителей применяется крайне редко. Как справедливо отмечает Ю.И. Крепчук, в первую очередь « … в связи с отсутствием в законодательстве разработанного процессуального механизма, позволяющего внедрить ее в гражданское судопроизводство» [2, с. 86]. Надо объективно признать, что нормы права, которые призваны регулировать защиту неопределенного круга потребителей существенно отличаются от правовых норм, регулирующих институт группового иска в зарубежных государствах, что, по нашему мнению, породило ряд не разрешимых с точки зрения действующего законодательства проблем и противоречий.

В соответствии со ст. 46 Закона Республики Беларусь «О защите прав потребителей» «общественные объединения потребителей имеют право обращаться в суд с иском о защите прав потребителя (неопределенного круга потребителей) и предъявлять иск в суд о признании действий изготовителя (исполнителя, продавца) противоправными, условий договора недействительными в отношении неопределенного круга потребителей и прекращении этих действий» [2, ст. 46]. Отдельный потребитель в соответствии со ст. 3 вышеназванного закона имеет право на обращение в суд и другие уполномоченные государственные органы за защитой только своих нарушенных прав или интересов.

В целях единообразного применения законодательства Пленум Верховного Суда Республики Беларусь в постановлении № 10 от 2003 года разъяснил, что «в защиту неопределенного круга потребителей могут быть заявлены требования только неимущественного характера, целью которого является признание действий продавца (изготовителя, исполнителя) противоправными, условий договора недействительными в отношении всех потребителей (как заключивших, так и имеющих намерение заключить договор на приобретение товара, выполнение работ, оказание услуг) и прекращение таких действий» [4, п. 6].

Анализ данных положений позволяет сделать следующие выводы: право на предъявление исков в защиту неопределенного круга потребителей гражданам не предоставлено, что не соответствует конституционному праву на судебную защиту и требует совершенствования Закона Республики Беларусь «О защите прав потребителей»; возможна защита интересов только неимущественного характера, а для защиты частноправовых интересов каждому потерпевшему потребителю необходимо обратиться в суд с отдельным требованием, вместе с тем процессуальный регламент предъявления таких исков ГПК Республики Беларусь не предусмотрен, что обуславливает необходимость внесения изменений и дополнений в процессуальное законодательство.

Иск в защиту неопределенного круга потребителей предназначен для защиты прав настолько многочисленных групп лиц, что для конкретизации их состава необходимо проведение специальных процессуальных действий. Вместе с тем участие потребителей в рассмотрении гражданского дела, возбужденному по такому иску не предусмотрено, так как правом на обращение в суд в соответствии с вышеназванным законом обладают лишь определенные субъекты. К ним относятся Министерство торговли Республики Беларусь и общественные объединения потребителей.

Следует более подробно остановиться на полномочиях местных исполнительных и распорядительных органов в области защиты прав неопределенного круга потребителей. В соответствии с. ч. 6 ст. 42 Закона Республики Беларусь «О защите прав потребителей» местные исполнительные и распорядительные органы не только имеют право, но и обязаны обращаться в суд с иском о защите прав, но по смыслу формулировки только конкретного потребителя. Однако буквально в следующей статье оговаривается, что от уплаты государственной пошлины освобождаются «местные исполнительные и распорядительные органы, общественные объединения потребителей по искам, предъявляемым от своего имени, о защите прав и законных интересов потребителя (неопределенного круга потребителей)» [3, ст.43]. Такое противоречие, по нашему мнению, вызвано тем, что законодатель не в полной мере понимает существенного различия в защите отдельного потребителя и неопределенного круга потребителей.

Использованные источники:

1. *Здрок, О.Н. Гражданский процесс зарубежных стран: учеб. пособие / О.Н. Здрок. – Минск: Изд-во деловой и учеб. лит., 2005. – 176 с.*
2. *Крепчук, Ю.И. Иск о защите неопределенного круга потребителей / Ю.И. Крепчук // Право Беларуси. – 2004. – № 33. – С. 85-87.*
3. *О защите прав потребителей: принят Палатой представителей 5 дек. 2001 г.: одобр. Советом Респ. 10 дек. 2001 г., № 183-З; в ред. Закона Респ. Беларусь от 20.07.2006 г. // Эталон – Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. –*

Минск, 2008.
4. *О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей: постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь, 25 сент. 2003 г., № 10 // Суд. весн. – 2003. – № 4.– С. 12–14.*

Мокрицька Ірина Ярославівна
старший викладач кафедри галузевих правових наук
Національного університету «Києво-Могилянська академія»,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ І ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ОБВИНУВАЧЕНОГО НА ЗАХИСТ В УКРАЇНІ

Реформування системи правосуддя в Україні, у тому числі кримінального судочинства, становлення системи національного законодавства України привело до оновлення інституту захисту і правового статусу захисника в кримінальному процесі.

Конституція України 1996 років (ст.129) визначає чіткі принципи здійснення правосуддя в Україні [1, с.178-180]. Серед принципів звернемо увагу на: забезпечення обвинуваченого права на захист (п.6, ст.129); змагальність сторін і свобода в наданні ними суду своїх доказів, і в доведенні перед судом їх переконливості (п.4, ст.129); забезпечення апеляційного і касаційного оскарження рішення суду, окрім випадків встановлених законом (п.8, ст.129).

Ці норми і принципи визначені і прописані в КПК України як принципи кримінального судочинства (ст.261, 347, 383)[2, с.123,150,164-165].

Слід вказати, що на сьогодні є різні думки відносно принципів кримінального процесу в науковому середовищі. Так в 1999 р. професором В.Т. Маляренко видано спеціальне дослідження, яке присвячене конституційним принципам кримінального судочинства, в якому, зокрема, визначено обґрунтування принципів кримінального судочинства і на основі дослідження сформульовані пропозиції відносно вдосконалення кримінального процесу [3].

Конституцією України передбачено, що кожен має право на правову допомогу (ст.59) [1,с 65-66]. Оскільки Конституція України є актом прямої дії і вищим законодавчим актом в системі законодавства України, то ця норма конституційно закріплює право обвинуваченого і підсудного на захист в кримінальному процесі.

У Конституції України підкреслено, що для забезпечення права на захист від обвинувачення і надання правової допомоги при вирішенні справ в судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура (ст.59) [1, с. 65-66], яка конкретизує положення про право на захист. Зокрема, вказується на орган, який представляє захист в судах. Ретельніше ця норма розтлумачена Рішенням Конституційного Суду України, в якому, зокрема, наголошується що положення ч. 2 ст. 59 Конституції України про те, що «для забезпечення права на захист від обвинувачення... у Україні діє адвокатура», потрібно розуміти як одну з конституційних гарантій, що надає підозрюваному, обвинуваченому і підсудному можливість реалізувати своє право вільно вибирати захисником в кримінальному судочинстві адвоката - особу, яка має право на заняття адвокатською діяльністю (п.2 Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 року N 13-рп/2000) [4, с. 109].

Гарантуючи підозрюваному, звинуваченому і підсудному право на захист, висловлює думку І. Гловацький, Конституція України виходить з принципу презумпції невинуватості [5, с.105].

З прийняттям Конституції України в 1996 році процеси реформування кримінально-процесуального законодавства, у тому числі інституту захисту, були пов’язані з впровадженням європейських стандартів в контексті дотримання прав людини.

Одним з істотних кроків в процесі реформування стало прийняття в 2001 році Закону України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України»[6], в якому передбачені наступні інновації кримінального процесу:

1. Була відроджена апеляція і реформована касація. Як відзначає Д.В. Філін, апеляція тепер має яскраво виражений диспозитивний характер [7, с.97].

2. Як норма був закріплений принцип змагальності, якому присвячена спеціальна стаття КПК (ст.16-1).

3. Замість попереднього слідства було введено поняття досудового слідства.

4.Переглянуто право оскарження рішення про узяття під варту як запобіжний захід (ст. 43-1).

5. Захист обвинуваченого як право стало більш конкретизоване і може бути використано на всіх стадіях кримінального процесу (ст.44-48).

Законом України «Про внесення змін і доповнень до Кримінально-процесуального кодексу України» від 12.07.2001 р. були виключені з функцій судів обов'язок збирати докази, а також функцій захисту і обвинувачення, залишивши єдину функцію вирішення справ, що стало значним кроком у здійсненні рівності прав учасників процесу.

В той же час, слід визначити напрями подальшого реформування системи і інституту захисту в кримінальному процесі України.

У проекті нового КПК України слід:

- передбачити реальні можливості захищатися обвинуваченому встановленими законом засобами і способами від пред'явленого йому звинувачення

- встановити допуск захисника до підозрюваного до першого допиту, який повинен гарантувати захист від незаконних дій, психологічного тиску з боку слідчих органів.

- на законодавчому рівні заборонити практику, коли захисником є родичі обвинуваченого, окрім тих, які мають відповідну освіту, оскільки вони не можуть забезпечити професійного захисту.

- прописати в конкретній статті КПК України механізм, який забезпечує право оскарження рішення про затримання і узяття під варту.

- передбачити обов'язковість участі захисника у кожній кримінальній справі незалежно від категорії справи або особи хоч би на початковій стадії досудового розслідування, з обов'язковою оплатою праці захисника.

- положення п.2 ст. 45 КПК України конкретизувати відносно обов'язковості захисника для людей з фізичними і психічними вадами.

- пункт 5 ст.45 КПК України допрацювати відносно призначення обов'язкового захисника при здійсненні справи про вживання примусових заходів медичного характеру.

- чітко прописати, що факт участі захисника в судах апеляційної інстанції має бути обов'язковим в кримінальних справах, незалежно від погіршення або поліпшення, положення засудженого або виправданого.

- передбачити норми, згідно з якими в рішенні питання про проведення судового слідства в рамках апеляційного провадження має обов'язково заслуховуватися думка захисника.

***Використані джерела*:**

1. *Конституція України: офіційне видання – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996, 252 с.*
2. *Кримінально-процесуальний кодекс України: Чинне законодавство зі змінами та допов. Станом на 15 квіт. 2008р.6 (відповідає офіц.. текстові). – К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В.2008. – 200 с.*
3. *Маляренко В.Т. Конституційні засади кримінального судочинства. К.: Юрінком Інтер, 1999. – 320 с.*
4. *Офіційний вісник України від 08.12.2000 - 2000 р., № 47, стор. 109*
5. *Гловацький І.Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі. Навч. посібник. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.*
6. *Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №44. – Ст..234*

7. *Филин Д.В. Диспозитивно-публичное начало апелляции в уголовном процессе Украины //Право і безпека. – 2002. - №1. – с.97.*

Музика Леся Анатоліївна
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного, господарського права та процесу
Академії адвокатури України,
Київ, Україна

ЩОДО ОБОВ'ЯЗКОВОСТІ РІШЕНЬ ТРЕТЕЙСЬКОГО СУДУ

Закон України «Про третейські суди» від 11 травня 2004 р. [1] (Далі – Закон) закріпив два важливих правила (ст. 31). По-перше, сторони третейського розгляду завчасно приймають на себе обов'язок виконати рішення третейського суду. По-друге, і сторони, і третейський суд вживають усіх необхідних заходів для того, щоб рішення третейського суду набрало юридичної сили і було виконаним. Будь-яке судове рішення має цінність лише у тому випадку, коли є правова можливість його виконати. Зважаючи на це, вимога юридичного виконання рішень третейських судів є вимогою, що характерна для всіх судів.

У ст. 50 Закону визначено одну із найбільш важливих особливостей третейського розгляду – це принцип добровільності виконання рішення третейського суду. Зазначений принцип виходить із самої суті третейського розгляду, коли сторони за взаємною згодою звертаються до третейського суду і висловлюють йому довіру. Цим самим сторони заявляють про свої зобов'язання виконати прийняте третейським судом рішення добровільно і без будь-якого примусу, не залежно від того, на чию користь воно прийнято. Укладаючи третейську угоду, сторони визнають юрисдикцію обраного ними третейського суду, погоджуються з процедурою третейського розгляду і з висновком по-суті спору (повне або часткове задоволення позову або відмова у позові). Проте обов'язковість рішення третейського суду не виключає можливості його оскарження.

Передбачається, що відповідно до рішення третейського суду сторона зобов'язана виконати його добровільно (тобто без будь-якого примусу) і відновити порушені нею права іншої особи. Цей обов'язок входить у саму природу третейського розгляду – res iudicata facit ius inter partes (винесене рішення є законом для сторін).

Проте не виключається можливі випадки, коли відповідач відмовляється виконувати рішення третейського суду. У такому випадку ст. 57 Закону передбачає примусове виконання зазначеного рішення.

Варто відзначити, що диспозиція аналізованої ст. 50 містить у собі певні протиріччя, оскільки принцип добровільності виконання рішення розглядається як обов'язок. Проте обов'язок за своєю суттю не може базуватися виключно на добровільній згоді сторін. Окрім цього допускається примусове виконання рішення третейського суду. Тобто декларування принципу добровільного виконання як обов'язку сторін є неточним. Правильніше у даному випадку вести мову не про юридичний обов'язок добровільно виконати рішення третейського суду, а про моральний обов'язок. Стимулювання добровільного виконання рішення третейського суду є важливою ознакою високої правової культури і, як наслідок, суттєвого зміцнення інституту третейського розгляду [2, с. 223, 224]. До речі, подібне протиріччя міститься і в Законі Російської Федерації «Про третейські суди в Російській Федерації» від 24 липня 2002 р.

У ч. 2 ст. 50 міститься вказівка на те, що сторони і третейський суд вживають усіх необхідних заходів для забезпечення виконання рішення третейського суду. Дану норму слід трактувати як обов'язок і сторін, і третейського суду вчиняти певні дії (або утриматися від виконання окремих дій). Йдеться про своєчасність і повноту виконання вимог суду.

У контексті даної статті Закону вимагають з'ясування декілька питань, що періодично виникають у практичній роботі третейських судів. Так, потребує розв'язання питання преюдиціальності рішень цих судів.

Звичайно, це питання вирішується у відповідних статтях ЦПК України (ст. 61) [3] і ГПК України (ст. 35) [4]. Проте серед перелічених підстав, що звільняють сторони від доказування будь-яких обставин по справі, відсутні обставини, які встановлені в рішенні третейського суду.

У продовження розглянутого питання необхідно визначити чи мають преюдиціальний характер рішення інших судів для третейських судів. Аналізований Закон, а також ЦПК України і ГПК України не містять норм про преюдиціальний характер цих рішень для третейських судів. Щоправда є вказівка на те, що судові рішення, які набрали законної сили, обов'язкові для всіма органами державної влади і органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями, посадовими чи службовими особами та громадянами і підлягають виконанню на всій території України (ст. 14 ЦПК України і ст. 4^5 ГПК України). Виходячи із цього можна стверджувати про обов'язковість рішень судів цивільного і господарського судочинства для третейських судів. Хоча слід зауважити, що обов'язковість рішення і його преюдиціальність є різними правовими інститутами. Якщо обов'язковість рішення суду передбачає обов'язкове виконання його резолютивної частини, то преюдиціальність є поняттям із галузі доказування і належить до відомостей про обставини, що викладені у мотивувальній частині рішення суду.

Також не менш важливим є питання наслідків рішення третейського суду для третіх осіб, які не є учасниками третейського розгляду. За своєю правовою природою рішення третейського суду не можна розглядати як акт, що є обов'язковим для виконання особами, які не були сторонами третейської угоди. На перший погляд зазначене рішення не повинно зачіпати інтересів інших осіб. Проте, розірвання договору чи визнання угоди недійсної реально може вплинути на права та обов'язки осіб, які вступили у правовідносини зі сторонами з приводу тих об'єктів цивільних прав, що були предметом спору між сторонами.

Виходячи із того, що рішення третейського суду стає обов'язковим для сторін з моменту його прийняття, правовідносини між сторонами визначаються саме цим рішенням. Якщо рішення третейського суду не буде скасоване и воно буде виконане навіть в силу ст. 50 чи ст. 57 Закону, сторони вже не зможуть вплинути на висновки, зроблені третейським судом. У зв'язку із цим спірні правовідносини з цього моменту вважаються встановленими, зміненими чи припиненими з урахуванням винесеного рішення; третім особам потрібно будувати свої відносини зі сторонами вже із врахуванням рішення третейського суду.

Питання щодо примусового виконання рішення третейського суду стали також предметом розгляду у Конституційному Суді України [5].

***Використані джерела*:**

1. *Закон України «Про третейські суди» від 11 травня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 35. – Ст.412.*
2. *Скворцов О.Ю. Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации»: научно-практический. – М.: Омега-Л, 2003. – С. 223, 224.*
3. *Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-41, 42. – Ст.492.*
4. *Господарський процесуальний кодекс України// Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст.56.*
5. *Рішення Конституційного Суду України від 24 лютого 2004 р. № 3-рп/2004 (справа про виконання рішень третейських судів) // [Електронний ресурс] — режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v003p710-04*

Музиченко Анна Василівна
здобувач кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
головний консультант секретаріату Комітету Верховної Ради України з питань правосуддя,
Київ, Україна

СТВОРЕННЯ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ КОМІСІЇ СУДДІВ УКРАЇНИ КРОК ВПЕРЕД ЧИ УЗАКОНЕНИЙ СПОСІБ ВТРУЧАННЯ У СУДОВУ СИСТЕМУ?

10 травня 2006 року Указом Президентом України було схвалено Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні [1] відповідно до європейських стандартів. Основними завданнями цієї Концепції були створення цілеспрямованої, науково обґрунтованої методологічної основи розвитку правосуддя в Україні на найближчі десять років (тобто до 2016 року).

На сьогодні, на розгляді Верховної Ради України знаходиться чимало законопроектів, спрямованих на удосконалення функціонування системи судоустрою. У тому числі і внесені Президентом України з урахуванням положень Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, рекомендовані Венеційською Комісією Ради Європи та Моніторинговим комітетом Парламентської Асамблеї Ради Європи та підготовлені до другого читання Комітетом Верховної Ради України з питань правосуддя законопроекти реєстр. №№ 0916, 0917, які передбачають комплексне реформування судової влади [2].

Погоджуючись з необхідністю приведення діючої судової системи до міжнародних стандартів, відновлення довіри населення до такої гілки влади як судова, слід зазначити, що багато положень вказаних проектів законів потребує ґрунтовного доопрацювання.

Зокрема, не викликає сумнівів необхідність змінення підходів до формування і функціонування органів, уповноважених розглядати справи про дисциплінарну відповідальність суддів, та до самого дисциплінарного провадження як одного з найважливіших кроків до реформування системи судоустрою України. Органи, які приймають рішення про дисциплінарну відповідальність, повинні мати ознаки незалежного і неупередженого суду.

Однак, з запропоновані проектами законів новели у цьому напрямку викликають сумнів у їх доцільності.

Законопроектами пропонується у системі судоустрою створити постійно діючу Дисциплінарну комісію суддів України (далі - ДКС) для суддів місцевих та апеляційних судів, а також запровадити службу судових інспекторів для перевірки наявності підстав для притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів вказаних судів.

По-перше, за чинним Законом дисциплінарне провадження стосовно вказаних суддів здійснюють: щодо суддів місцевих судів - кваліфікаційні комісії суддів загальних судів (їх 10, а за проектом їх має бути 27), кваліфікаційна комісія суддів військових судів і дві кваліфікаційні комісії суддів відповідних спеціалізованих судів; щодо суддів апеляційних судів – Вища кваліфікаційна комісія суддів України. Таким чином дисциплінарне провадження стосовно суддів місцевих і апеляційних судів здійснюється 14 кваліфікаційними комісіями, із яких 10 діють за територіальним принципом. У зазначених комісіях загалом є майже 163 членів, які «обслуговують» більше 7 тисяч суддів місцевих і апеляційних судів.

За проектом питаннями дисциплінарної відповідальності усіх цих суддів будуть займатися 15 членів ДКС і приблизно 10 – 20 судових інспекторів (їх кількість має бути із розрахунку один інспектор на 200 суддів). ДКС буде знаходитись у місті Києві. З огляду на викладене виникають природні запитання: чи зможе ДКС з такою організаційною структурою, кількістю її членів і судових інспекторів (25 – 35 осіб) якісно виконувати

поставлене перед нею завдання? Чи зможуть 10 - 20 судових інспекторів (це прокурори, адвокати, судді у відставці) забезпечити перевірку наявності підстав для притягнення вказаних суддів до дисциплінарної відповідальності в масштабах України?

По-друге, сумнівним видається і подвійне ведення особистих справи щодо суддів, яке виникне у разі прийняття проекту. Адже ведення таких справ буде необхідним як для кваліфікаційних комісій суддів, як проводять кваліфікаційну атестацію суддів, роблять висновки про підготовленість до судової роботи, присвоюють суддям кваліфікаційні класи тощо, так і для ДКС.

Також, діяльність ДКС на постійній основі та створення її секретаріату є економічно необґрунтованим. Це потребуватиме значних бюджетних коштів, тоді як існуючі кваліфікаційні комісії діють на добровільних засадах і загалом успішно справляються з поставленими завданнями.

На нашу думку, порядок розгляду питання про дисциплінарну відповідальність суддів, передбачений чинним законодавством, не слід змінювати так радикально. Варто розглянути варіант про створення палат чи секцій (на зразок секцій Вищої ради юстиції) при кваліфікаційних комісіях суддів з одночасним збільшенням загальної кількості членів комісій, що займатимуться виключно питаннями дисциплінарної відповідальності суддів. Можливим також є розширення кола осіб, які мають право ініціювати дисциплінарну відповідальність суддів, — надати таке право головам апеляційним та вищих спеціалізованих судів (не як членам рад суддів). До роботи кваліфікаційних комісій можуть залучатись судові інспектори (з числа суддів), яким доручатиметься проведення перевірки щодо викладених у поданні обставин.

Отже, більш дієвим механізмом вдосконалення судівництва України, як в цілому, так і щодо дисциплінарної відповідальності зокрема, є врегулювання діючої системи правосуддя не шляхом її кардинальних змін, а шляхом її прозорості, відкритості та демократичності як для кожної особи так і для судді.

Використані джерела:

1. Указ Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» від 10.05.2006 р. № 361/2006 // Офіційний вісник України від 24.05.2006 - 2006 р., № 19, стор. 23, стаття 1376, код акту 36232/2006

2.Текст законопроекту до другого читання [Електронний ресурс]/ http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=30845

Овчаренко Антон Сергійович

студент 5 курсу Інституту підготовки кадрів для органів прокуратури Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна

ПРОБЛЕМА ОСКАРЖЕННЯ РІШЕННЯ ПРО РОЗКРИТТЯ БАНКІВСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ

Банківська таємниця є частиною інституту приватного життя, недоторканість якого гарантується ст. 32 Конституції України. [1, 102]. Проте, не завжди приватноправові інтереси домінують у суспільних відносинах. Так, для у зв'язку з недопущенням шкоди, яка може бути заподіяна державі, трапляються випадки розкриття однієї з вагомих складових репутації банку – банківської таємниці. У зв'язку з цим і виникає конфлікт приватно- та публічно правових інтересів клієнта банку з однієї сторони, та держави в особі уповноважених органів – з іншої.

Проблемі урегулювання провадження щодо розкриття банківської таємниці присвячені праці таких вітчизняних вчених як Балюк М. І., Луспеник [2], Світлична Г. О. [3], Паліюк В. П. [4] та інших. Сьогодні ж проблема розкриття банківської таємниці набуває особливої актуальності у світлі активізації діяльності так званих «колекторських компаній» під час кризи.

Не дивлячись на врегулювання самого процесу розкриття банківської таємниці у Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України) залишається багато питань з цього приводу, особливо це стосується процедури оскарження рішення про розкриття банківської таємниці. Метою дослідження є виявлення проблем у сфері оскарження таких рішень і надання пропозицій по їх вирішенню.

Не можливо не погодитися з думкою Р. Майорова, що вирішення питання випадків та порядку надання відомостей, що складають банківську таємницю, лежить у детальному врегулюванні інституту банківської таємниці [5, 38].

Підставами для розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю є: письмовий запит або дозвіл власника інформації; письмова вимога або рішення суду; письмова вимога уповноважених державних органів. Останні дві підстави науковці розглядають відповідно як судову і адміністративну форму розкриття банківської інформації [4, 47].

Слід зазначити, що на вимоги клієнта, суду, а також службовців Національного банку України у випадку здійснення останніми функцій банківського нагляду або валютного контролю, банк розкриває банківську таємницю у повному обсязі. При розкритті інформації в адміністративній формі, вона подається в обмеженому обсязі [3, 27].

Справи про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю розглядаються, як це передбачено п. 11 ч. 3 ст. 234 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК), у порядку окремого провадження за правилами глави 12 ЦПК, яка присвячена розгляду цього питання.

Оскільки інформація, яка містить банківську таємницю, має режим інформації з обмеженим доступом, тому склад суб'єктів, наділений правом доступу до такої інформації, у тому числі й за рішенням суду, є обмеженим законом.

Зокрема, коло суб'єктів, які вправі звертатися до суду із заявою про розкриття банківської таємниці, визначено в ст.. 62 ЗУ та спеціальним законодавством (наприклад, Закони України «Про Рахункову палату України», «Про державну контрольно-ревізійну службу в Україні). Звідси випливає висновок, що в порядку окремого провадження можуть розглядатися цивільні справи про розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, за заявою лише:

- осіб, які за законом мають право на отримання відповідної інформації, але не наділені правом безпосереднього звернення до банку з вимогою про розкриття банківської таємниці;
- суб'єктів, наділених правом безпосереднього звернення до банку, у випадку відмови банку розкрити банківську таємницю за їх письмовою вимогою [4, 124].

Що стосується оскарження судового рішення, то тут існує низка проблем. Зокрема, із аналізу глави 12 ЦПК «Розгляд судом справ про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб» вбачається, що банк відноситься до осіб, які беруть участь у такій категорії справ.

Водночас, ч. 3 ст. 290 ЦПК наголошує на тому, що особа, щодо якої банк розкриває банківську таємницю, або заявник мають право у п'ятиденний строк оскаржити ухвалене судом рішення до апеляційного суду в установленому порядку (до речі розгляд справи також відбувається у скорочені строки, а саме у п'ятиденний строк).

Отже, із трьох визначених законом осіб, які беруть участь у розгляді судом справ про розкриття банківської таємниці, правом на апеляційне оскарження рішення наділені лише дві особи, а банк у цьому переліку відсутній. Як слушно вважають деякі фахівці, спеціальні норми у даному випадку суперечать положенням загального характеру (ч. 1 ст. 27, ст. 292

ЦПК) [2, 457-458], а тому, продовжують інші, доцільно внести відповідні зміни у ч. 3 ст. 290 ЦПК щодо наділення банку правом на оскарження судового рішення [3, 31].

Що стосується спеціальних правил оскарження та виконання судових рішень, то слід зазначити наступне. По-перше, встановлення скорочених строків оскарження (вищезгадані 5 днів) є недоцільним, оскільки рішення по цій категорії справ підлягає негайному виконанню, тому не впливає на строки його втілення. Єдине, що змінює цей скорочений строк полягає у площині обмеження прав учасника судового розгляду справи, який має намір оскаржити прийняте рішення. По-друге, оскарження рішення не зупиняє його виконання. Тому по цій категорії справ неможливий поворот виконання рішення, чим нігілюється самий сенс апеляційного оскарження. Тому, вважаємо за доцільне, відмінити хоча б незворотній характер розкриття банківської таємниці, щоб не порушувати права учасників справи про розкриття банківської таємниці.

***Використані джерела*:**

1. *Шаповалова А. Правові проблеми банківської таємниці // Право України. – 2007. – № 2. – С. 102-105.*
2. *Балюк М. І., Луспеник Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції. Серія «Судова практика». – Х.: Харків юридичний, 2008. – 708 с.*
3. *Світлична Г. О. Правові аспекти розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 11. – С. 25-31.*
4. *Паліюк В. П. Розгляд судами справ про розкриття банківської таємниці: Практичний посібник. – Миколаїв: ТОВ «Фірма «Іліон», 2008. – 388 с.*
5. *Майоров Р. Институт банковской тайны: понятие и проблемы его практического применения // Гражданское право. – 2008. – № 2. – С. 38-40.*

Охотенко Дмитро Олександрович
студент 4-го курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ДІЯЛЬНОСТІ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ В УКРАЇНІ

Актуальність даної теми дослідження обумовлена тими, що розвиток альтернативних способів вирішення спорів є необхідною умовою створення ефективної системи захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав суб'єктів господарювання. Зокрема мова йде про інститут третейського судочинства, який дозволяє цивілізованим шляхом врегульовувати конфлікти, що виникають між суб'єктами господарювання, які доречі все частіше вважають за краще звертатися до недержавних судів. Наприклад, лише в США близько 80% всіх приватних спорів у підприємницькій сфері розглядаються за допомогою недержавних арбітрів або посередників. Третейське судочинство має багатовікову історію і поширене в більшості країн світу. З іншого боку, в Україні — через недосконалість законодавчої бази — функціонування третейських судів не лише не дає позитивних результатів, а й призводить до істотних проблем і зловживань. За даними соціологічних опитувань суб'єктів господарської діяльності, робота третейських судів ще не є рівноцінним заміщенням державних судів,насамперед, через певні недоліки у правовому регулюванні третейського розгляду спорів, усунення яких є конче необхідним.

І не дивлячись на те, що розгляд справ в третейських судах має низку переваг для суб'єктів господарювання, таких як можливість самому обирати суддю, місце розгляду

спору, мову судочинства, конфіденційність та відносну чесність суддів, чим більше ми досліджуємо специфіку функціонування третейських судів, тим більше нових питань постає перед нами, зокрема: «Як же відбувається розмежування повноважень на розгляд спорів між цими органами? Яку відповідальність несуть такі органи за неправомірні рішення, та на чому ґрунтується імперативний характер їх рішень, яке забезпечення позову?» Окрім підвідомчості багато недоліків міститься і в процедурі розгляду справи за так званою процедурою ad hoc, незрозумілими є також положення про відсутність права оскарження рішень третіми особами у справі, адже це по суті порушує норми Конституції. Ці та ще багато суперечливих питань так і не одержали однозначної відповіді в нашому законодавстві, а тому безумовно підлягають з'ясуванню.

Отже, говорячи про підвідомчість справ третейським судам як кола спорів які на підставі Закону України «Про третейські суди» належать до їх юрисдикції слід перш за все зазначити, що їм підвідомчі лише спори про право, адже в процесі не можуть брати участь заявники і зацікавлені особи у спорах про встановлення фактів (адже в такому разі він би виконував публічно-правову функцію здійснюючи від імені держави визнання фактів, а він не може діяти від її імені), обмеженою є також участь третіх осіб, які не можуть бути притягнуті до розгляду справи всупереч їх волі [1,ст.34]. Законодавець має обов'язково переглянути свій підхід до визначення їх компетенції, адже наприклад неоднозначними є положення ч3 ст.55 «Закону про третейські суди», яке на практиці призвело до ситуацій в яких при розгляді «спору» між двома суб'єктами господарювання третейський суд приймав рішення, за яким державний орган зобов'язувався вчинити певні дії на користь однієї з сторін, але є маленька проблема – такий державний орган до розгляду справи не залучається, та він і не може бути залучений згідно того ж закону, відповідно права на оскарження рішення він теж не має. Тобто в даному випадку третейський суд виданням виконавчого документа по суті виходить за межі своєї компетенції, - це повноваження органів судової системи, а тому дане питання безумовно підлягає врегулюванню.

Цікавою є і специфіка розгляду конкретного господарського спору за процедурою ad hoc [1,ст. 7], адже на відміну від постійно-діючого третейського суду на тимчасовий суд поширюються лише вимоги щодо третейського судді та щодо оформлення його рішення видачею виконавчого документу, а дотримання решти положень закону - щодо оформлення позовної заяви, наданих доказів, представництва і інших виходить залежить безпосередньо від обраного судді і що саме цікаво не може бути оскаржено. Відповідно до ст.34 «Закону про третейські суди» їх рішення підлягає оскарженню тільки сторонами, що беруть участь у справі, треті ж особи такого права не мають, не матиме його і прокурор у випадку коли він наприклад захоче оскаржити рішення, які зачіпають інтереси державного підприємства(приклад вище). Отже, виходить така колізія - коли рішення зачіпає інтереси третіх осіб – вони його оскаржувати не можуть, проте можуть подати позов про визнання третейської угоди між сторонами не дійсною, а потім згідно до п.1 ч.6 ст.56 «Закону про третейські суди» вимагати відмови у видачі виконавчого документу. Тобто істотним недоліком діяльності третейських судів в Україні на мою думку є не тільки факт відсутності права на оскарження рішень всіма учасниками крім сторін, а й те, що державні підприємства не можуть бути сторонами, на відміну від більшості країн Заходу де прямо не передбачено такої заборони.

Хоча з іншого боку - рішення третейського суду не повинні носити імперативний характер, адже вони по своїй суті є актом вирішення спору між суб'єктами господарювання, а тому обов'язково повинні отримати екзекватуру в державному суді і вже після цього забезпечуватися примусом, а до цього мають виконуватись лише на розсуд сторін. На підтвердження цього є положення «Закону України про виконавче провадження» [2,ст.3], де встановлено виконання рішень на підставі виконавчих документів в тому числі третейських судів [2,п1ч2 ст3].

Також на мою думку прогалиною в законодавстві є і те, що досі детально не визначено порядку організації суду, обрання голови та вимоги до його кандидатури все це

встановлюється на розсуд засновника у Положенні про постійно діючий третейський суд. Кваліфікація ж суддів теж має обумовлюватися або в угоді між сторонами, або прямо в Регламенті третейського суду, так як сам закон встановлює необхідність вищої юридичної освіти тільки для голови складу суду і судді котрий одноособово розглядає справу.

Підсумовуючи вищесказане можемо зробити висновок, що хоча третейський суд в Україні і є безумовно дієвим інструментом розв'язання спорів між господарюючими суб'єктами, проте все ж його функціонування не є безхмарним, адже перепоною є ряд суттєвих недоліків законодавства, а розвиватися цей інститут може лише в умовах стабільної економічної ситуації, сталих торговельних зв'язків і звичаїв, цивілізованих форм ведення бізнесу та високого рівня правосвідомості і правової культури суб'єктів підприємницької діяльності.

***Використані джерела*:**

1. *Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР.*
2. *Закон України «Про третейські суди» від 11.05.2004 № 1701-IV.*
3. *Рекомендації Вищого господарського суду від 11.04.2005 № 04-5/639 «Про деякі питання практики застосування господарськими судами Закону України «Про третейські суди».*
4. *Закон України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 № 606-XIV.*

Підвальна Мирослава Зіновіївна
студентка 5 курсу юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

МІСЦЕ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В СИСТЕМІ ПРИНЦИПІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

Принцип верховенства права, закріплений у ч. 1 ст. 8 Конституції України: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права», справедливо можна вважати універсальним принципом, оскільки стосується всіх сфер суспільного життя, і таке формулювання наведеної норми свідчить про те, що принцип верховенства права стосується не лише матеріальних, а й процесуальних відносин. При цьому, на жаль, ні закріплення в Конституції України, ні спроба інтерпретувати принцип верховенства права у Кодексі адміністративного судочинства не можна назвати вдалими у зв'язку з відсутністю уніфікованого розуміння такого складного правового явища у доктрині українського права, відсутністю належних передумов для утвердження ідеального фундаментального поняття і принципу верховенства права в діяльності судової системи.

Однак все-таки надзвичайно важливим для становлення адміністративного судочинства та побудови справді правової держави є закріплення принципу верховенства права в нормах Кодексу адміністративного судочинства і, зокрема, спроба законодавця навести у статті 8 Кодексу адміністративного судочинства тлумачення принципу верховенства права як:

- врахування при вирішення справи судом того, що людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави;
- застосування судової практики Європейського Суду з прав людини;
- гарантоване звернення до адміністративного суду для захисту прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України;
- заборона відмови у розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечності чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини.

Проте вважаємо, що аналіз чинних нормативно-правових актів дає підстави стверджувати, що зміст верховенства права у широкому розумінні включає:

- пріоритет прав людини при вирішенні правових спорів;
- зв'язаність (обмеженість) діяльності держави правами людини;
- поєднання правового регулювання суспільних відносин із застосуванням звичаїв, традицій, норм моралі та принципів справедливості, розумності, добросовісності;
- верховенство закону як нормативно-правового акту вищої юридичної сили і його відмінність від права.

Разом з тим вважаємо, що не зважаючи на важливість принцип верховенства права не може діяти відокремлено від інших принципів, оскільки входить до цілісної системи принципів адміністративного судочинства, взаємодіє з ними, та його реалізація полягає у дотриманні всіх принципів разом, що дає змогу забезпечити винесення правосудних судових рішень та ефективний захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

Так, передбачені в ч. 3 ст. 129 Конституції України основні засади судочинства: законність, рівність всіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості, гласність судового процесу, забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, обов'язковість рішень суду – є одночасно і принципами здійснення правосуддя в адміністративних судах (принципами адміністративного судочинства). Однак при цьому слід відмітити, що відповідно до ч. 4 ст. 129 Конституції України законом можуть бути визначені також інші засади судочинства в судах окремих судових юрисдикцій. І тут не слід забувати і про так звані неписані принципи: доступності до суду, оперативності, процесуальної економії, добросовісності суду й учасників процесу, пропорційності тощо. Крім того, в переліку принципів здійснення правосуддя в адміністративних судах на першому місці в статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України зафіксований саме принцип верховенства права.

Слід відмітити, що конституційні засади судочинства, закріплені в Кодексі адміністративного судочинства України як принципи здійснення правосуддя в адміністративних судах, мають свої особливості, що пов'язано з особливою категорією спорів: фізичних та юридичних осіб з органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими і службовими особами, тобто суб'єктами владних повноважень, у сфері публічно-правових відносин. Очевидно, саме в наданні «підвладним, підпорядкованим» суб'єктам адміністративних відносин особливих процесуальних гарантій і полягає специфіка принципів адміністративного судочинства та власне реалізація принципу верховенства права як пріоритету суб'єктивних прав, інтересів фізичних і юридичних осіб у відносинах по їх захисту, коли вже відбулось їх порушення.

Зв'язок принципу верховенства права з принципом законності проявляється в тому, що основним регулятором суспільних відносин є право, виражене в нормах Конституції та законів України як нормативно-правових актів вищої юридичної сили і прийнятих на їх виконання й реалізацію підзаконних нормативно-правових актів, а також подоланні колізії правових норм та застосуванні аналогії закону й аналогії права з метою забезпечення пріоритету прав, свобод, інтересів фізичних, юридичних осіб та уникнення свавілля з боку державних органів, посадових і службових осіб.

Рівність всіх учасників адміністративного процесу перед законом і судом в контексті реалізації принципу верховенства права проявляється в нормах Кодексу адміністративного судочинства, які урівнюють можливості суб'єктів владних повноважень та фізичних, юридичних осіб, надаючи останнім певні переваги з метою ефективного захисту від зловживань: щодо забезпечення доказів (ст. 73 КАС України); щодо способів забезпечення

доказів (ст. 74 КАС України); щодо порядку розгляду заяви про забезпечення доказів (ст. 75 КАС України); про можливість вжиття заходів щодо невідкладного розгляду і вирішення справи за обґрунтованим клопотанням позивача (ч. 3 ст. 110 КАС України); «докази суду надають особи, які беруть участь у справі. Суд може запропонувати надати додаткові докази або витребувати додаткові докази за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, або з власної ініціативи» (ч. 2 ст. ст. 69 КАС України); «суб'єкт владних повноважень повинен подати суду всі наявні у нього документи та матеріали, які можуть бути використані як докази у справі. У разі невиконання цього обов'язку суд витребовує названі документи та матеріали» (ч. 4 ст. 71 КАС України); щодо сплати судових витрат тощо. Такими положеннями відображається відстоювання і відновлення справедливості, порушеної внаслідок допущених порушень з боку суб'єктів владних повноважень у публічно-правових відносинах.

Змагальність в адміністративному судочинстві виявляється у наявності спору та конфліктуючих сторін, кожна з яких повинна довести ті обставини, на яких ґрунтуються її вимоги та заперечення.

Принцип верховенства права взаємодіє з принципом диспозитивності та офіційного з'ясування всіх обставин у справі в аспекті розпорядження сторін своїми процесуальними правами на власний розсуд, при цьому «суд розглядає адміністративні справи не інакше як за позовною заявою, поданою відповідно до цього Кодексу, і не може виходити за межі позовних вимог. Суд може вийти за межі позовних вимог тільки в разі, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять» (ч. 2 ст. 11 КАС України); «суд вживає передбачені законом заходи, необхідні для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів з власної ініціативи» (ч. 4 ст. 11 КАС України); «суд повинен запропонувати особам, які беруть участь у справі, подати докази або з власної ініціативи витребувати докази, яких, на думку суду, не вистачає» (ч. 5 ст. 11 КАС України).

Отже, принцип верховенства права посідає особливе місце в системі принципів адміністративного судочинства та не може розглядатись як реальний за умови відсутності та нереалізації інших засад здійснення правосуддя.

Послявська Олена Вікторівна
головний державний податковий інспектор
юридичного управління ДПА у Хмельницькій області,
Хмельницький, Україна

СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РЕФОРМУВАННЯ УПРАВЛІННЯ В ДЕРЖАВІ

Конституція України проголосила Україну суверенною, незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою із єдиною системою органів виконавчої влади та закріпила правовий статус і повноваження Кабінету Міністрів та інших органів виконавчої влади, котрі здійснюють державне управління. Такий стан є закономірністю суспільно-політичного і державно-правового розвитку сучасної держави

Термін "державне управління" широко застосовується в юридичній літературі як організаційно-правова категорія та являє собою цілеспрямований, регулюючий вплив держави, який здійснюється за посередництвом відповідних органів та посадових осіб на суспільні процеси, діяльність, свідомість і поведінку громадян. Н.Нижник наголошує, що державне управління здійснюється як управлінський вплив дій одних людей, які організовані у владній структурі, на інших, головним чином зайнятих у сферах відтворення матеріальних, соціальних та духовних цінностей і продуктів [5, с.113].

Варто зазначити, що у цьому випадку, поняття "державне управління" є ширшим від поняття "виконавча влада", будучи видом державної діяльності. Остання у певному розумінні походить від державного управління. Як слушно зауважує В.Б.Авер'янов, вона покликана визначити обсяг і характер державно-владних повноважень, що будуть реалізовані в процесі державно-управлінської діяльності. Виконавча влада, по суті, становить зміст діяльності державного управління, виражаючи передусім її функціональну спрямованість" [2, с. 65].

Сьогодні державне управління здійснюється всіма гілками влади і є категорією організаційно-правовою, тоді як виконавча влада - політико-правовою. А тому співвідношення між ними випливає з організаційно-правової концепції поділу гілок влади та єдності влади як інституту єдиної державної влади, а також з ідеї про баланс між гілками влади, системи стримувань і противаг.

Тож державне управління тісно пов'язане з виконавчою владою, так як воно виражається через державні органи. Що ж до останніх, то їх система є досить розгалуженою й достатньою, оскільки державне управління здійснюється на найнижчому регіональному рівні облдержадміністрацією, райдержадміністраціями та системою органів місцевого самоврядування.

Виявлення змістовного взаємозв'язку виконавчої влади з державним управлінням є однією з ключових передумов правильного розуміння як самої виконавчої влади, так і державного управління.

Сьогодні конституційну модель побудови системи органів виконавчої влади України згідно зі ст. 113 Основного Закону становить Кабінет Міністрів України, який є вищим органом у системі органів виконавчої влади. До цієї системи, крім уряду, входять міністерства, інші центральні органи виконавчої влади. Також до структури органів виконавчої влади відносять, державні комітети, Раду міністрів АРК, обласні державні адміністрації, районні державні адміністрації, виконавчі органи місцевого самоврядування, міністерства АРК.

На момент прийняття Конституції України система органів виконавчої влади була нераціональною та громіздкою. Проект Концепції адміністративної реформи в Україні було прийнято ще у 1998 році . Указом Президента України від 15 грудня 1999 року зроблено позитивні кроки в упорядкуванні статусів центральних органів виконавчої влади.: з 91 органів виконавчої влади залишилось 46.

Указом Президента України від 13 грудня 2000 року №1331 утворено Національну Раду з узгодження діяльності загальнодержавних і регіональних органів та місцевого самоврядування як консультативно-дорадчий орган з метою підвищення ефективності здійснюваних заходів у сфері державного будівництва в Україні, забезпечення узгодженої співпраці органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, поєднання загальнодержавних та місцевих інтересів у вирішенні найважливіших питань суспільного розвитку.

Одним із основних напрямків адміністративної реформи в Україні є забезпечення ефективності управлінської діяльності на місцях. В проекті Концепції адміністративної реформи зазначається, що „існуюча організація територіального устрою і система місцевого самоуправління мають такі недоліки, які суттєво впливають на ефективність управлінської діяльності - „небезпека конкуренції" компетенцій двох центрів публічної влади на обласному та районному рівні, де функціонують одночасно органи виконавчої влади та органи місцевого самоуправління. Зважаючи на це, робиться наголос на можливості оптимального управління лише при взаємодії, а не „конкуренції" норм. [3, с. 65].

Взаємодія в системі публічної влади має здійснюватись на основі конституційних принципів, перш за все на принципах цілісності державної території, поєднання централізації і децентралізації у здійсненні державної влади, збалансованості і соціально-економічного розвитку регіонів, з урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій. А. Крусян розглядає принцип

децентралізації та деконцентрації як основний у визначенні компетенції органів місцевого самоуправління та місцевих органів виконавчої влади. [4, с. 65]. В зв'язку із цим деякі учені розуміють під поняттям „децентралізації державного управління" діяльність незалежного місцевого самоуправління в результаті передачі державою повноважень. В той час, коли процеси деконцентрації поширюються лише на державну виконавчу владу на місцях. [6, с. 88].

Незважаючи на зазначені відмінності „децентралізації" та „деконцентрації", в них є загальна ознака, завдяки якій вони доповнюють один одного – можливість забезпечення максимальної самостійності публічної влади на місцях.

Однак, самостійність органів місцевого самоуправління не повинна протистояти державним інтересам. Тому поряд із децентралізацією державного управління варто згадати централізацію виконавчої влади, яка в певних межах є основою захисту загальнодержавного інтересу та позитивно впливає на здійснення функцій виконавчою владою.

Важливою темою є участь громадян у формуванні і реалізації державної політики. Це дає змогу краще розуміти інтереси і бажання громадян, а отже і задовольняти їхні вимоги. Відповідно цього Кабінетом Міністрів України було прийнято постанову від 15 жовтня 2004 року №1378 про „Деякі питання щодо забезпечення участі громадськості у формуванні реалізації державної політики". Ця постанова визначила порядок проведення консультацій з громадськістю, який визначив основні вимоги до організації проведення органами виконавчої влади консультацій з громадськістю з питань реформування та реалізації державної політики. Метою створення такого заходу є залучення громадян до участі в управлінні державними справами. Ця участь громадян проводиться у формі публічного громадського обговорення(збори, семінари) та шляхом вивчення громадської думки(соціальні дослідження).

Серед інших заходів, проведених у сфері реформування органів виконавчої влади є створення структурного підрозділу з контролю апарату міністерства, інших центральних органів виконавчої влади(Постанова Кабінету Міністрів України від 26 грудня 2003 року №2037 „Про затвердження Типового положення про структурний підрозділ з контролю апарату міністерства, інших центральних органів виконавчої влади".). Метою створення цього підрозділу є здійснення контролю за виконанням законів України, актів та доручень Президента України, Кабінету Міністрів України, наказів, інших актів міністерства, іншого центрального органу виконавчої влади і доручень керівництва центрального органу виконавчої влади. Вищезазначений підрозділ готує інформаційні, довідкові, інші матеріали з питань виконання актів законодавства, наказів і доручень керівництва центрального органу виконавчої влади, проводить моніторинг стану

Сьогодні першочерговим завданням уряду, державних адміністрацій і тих, хто працює над здійсненням реформи державного управління є пошук балансу прав та обов'язків між органами місцевої влади і місцевого самоврядування. Друге завдання – створення можливостей для громади самостійно здійснювати управління на своїй території..

Враховуючи зазначене, відбулося суттєве реформування системи органів виконавчої влади, що покладено в основу проведення адміністративної реформи. Тому так багато уваги влада приділяє саме реформуванню органів виконавчої влади, оскільки це сприяє покращенню загального політичного та соціально-економічного стану країни.

Список використаних джерел:

1. *Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р.-К.: Преса України, 1997.*

2. *Авер'яновВ.Б., Крупчан О.Д. Виконавча влада: конституційні засади і шляхи реформування.-Х.,-1998.*

3. *Концепція адміністративної реформи в Україні. - К., 1998*

4. *Крусян А. Децентрализация и деконцентрация публичной власти: соотношение в теории и законодательстве Укрины //Юридический вестник.-1999.-№1.-116с.*

5. Нижник Н. Дієздатність Української держави та розвиток регіонів. // 36. наук. пр. УАДУ / За заг. ред. Лугового В.І., Князева В.М,-Вип.2.-В 4 ч. - Ч.І.-К.: Вид-во УАДУ, 2000.-337с.

6. Проблеми теорії та практики державного управління і місцевого самоврядування. (Матеріали щорічної науково-практичної конференції професорсько-викладацького складу та слухачів УАДУ 31 травня 1996р.).- К., 1996.-С.88.

Трач Оксана Михайлівна
старший викладачкафедри цивільного права та процессу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ, ЯКЕ НЕ НАБРАЛО ЗАКОННОЇ СИЛИ, ЯК ОЗНАКА АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Подання апеляційної скарги на судове рішення, яке не набрало законної сили, виступає характерною ознакою апеляційного провадження. Відповідно до ст.ст. 292, 293 ЦПК України, предметом апеляційного оскарження є рішення, ухвали суду першої інстанції, що не набрали законної сили. Є. А. Чернушенко зазначає, що рішення виступають основним об'єктом апеляційного оскарження, а ухвали — винятковим [10, с.6].

Об'єктом апеляційного оскарження виступають також додаткове, заочне рішення. Відповідно до ст. 220 ЦПК України на додаткове рішення може бути подано апеляційну скаргу в загальному порядку. Заочне рішення виступає об'єктом апеляційного перегляду у випадках передбачених ч.2 ст. 232, ч. 4 ст. 231 ЦПК України. У разі подання відповідачем до місцевого суду заяви про перегляд заочного рішення з клопотанням про поновлення строку на подання заяви про перегляд, у той час як відповідне рішення оскаржене позивачем в апеляційному порядку й апеляційна скарга прийнята до розгляду, апеляційне провадження не може бути проведене до розгляду місцевим судом цієї заяви [6]. Позивач та відповідач наділені правом апеляційного оскарження повторного заочного рішення.

У судовій практиці мають місце випадки, як виняток, коли в апеляційному порядку переглядаються судові рішення, які набрали законної сили. Це відбувається у тих випадках, коли особи, які беруть участь у справі, пропустили строк апеляційного оскарження, але суд за заявою особи, яка подала апеляційну скаргу, поновив строк апеляційного оскарження у зв'язку з поважністю причин пропуску [1, с .38-39]. Проте порядок поновлення строку процесуально врегульований недостатньо. З положень ст. 294 ЦПК України випливає, що заява про поновлення строків повинна міститись у заяві про апеляційне оскарження або апеляційній скарзі, або може бути оформлена у вигляді окремого процесуального документу. Якщо ж така заява відсутня, то суд апеляційної інстанції повинен постановити ухвалу про залишення заяви про апеляційне оскарження чи апеляційної скарги без розгляду, що не позбавляє права повторного звернення до суду. Якщо право апеляційного оскарження здійснює лише одна особа, яка пропустила встановлений строк, це буде мати своїм наслідком направлення справи до суду першої інстанції. Відповідно до п.6 постанови Пленуму ВС України від 24 жовтня 2008 року №12 в ухвалі може бути зазначено, що заявник не позбавляється можливості звернутися із заявою про поновлення строку оскарження [6]. Після чого, якщо така особа подасть заяву та наведе підстави пропуску строку апеляційного оскарження, суд першої інстанції буде знову направляти справу до суду апеляційної інстанції. Тому з метою процесуальної економії у цьому випадку, на нашу думку, необхідно щоб суд постановляв ухвалу про залишення заяви, скарги без руху, з повідомленням особи, що їх подала, та зазначенням їх можливості на поновлення строків апеляційного оскарження у зв'язку з їхнім пропуском із поважних причин шляхом подання про це відповідної заяви. Якщо особа, яка подала заяву про апеляційне оскарження або апеляційну скаргу відповідно

до ухвали суду у встановлений строк не наведе у заяві поважність причин пропуску строків апеляційного оскарження, апеляційний суд повинен, на нашу думку, постановляти ухвалу про залишення апеляційної заяви, скарги без розгляду. Постановленню вказаної ухвали сприяє й те, що суди апеляційної інстанції іноді помилково приходять до висновку про пропуск строку апеляційного оскарження у зв'язку з допущенням помилок при його обчисленні, не врахування тієї обставини, що суб'єкти, наділені правом апеляційного оскарження, не могли тривалий час ознайомитись та отримати повний текст рішення з вини працівників суду.

ЦПК України встановлює вичерпний перелік ухвал, що підлягають апеляційному оскарженню окремо від рішення (ст. 293). Проте Я. П. Зейкан вказує на можливість оскарження вказаним способом ухвали про відмову у забезпеченні позову [4, с. 392-393], хоча ЦПК України, закріплює право оскарження ухвали про забезпечення позову або його скасування [5; 6]. Ст. 293 ЦПК України не містить посилання на можливість оскарження ухвали про заміну одного виду забезпечення позову іншим, хоча можливість реалізації цього права передбачена ч. 11 ст. 153 ЦПК України. У зв'язку з цим ст. 293 ЦПК України потребує внесення вказаних доповнень. Крім того, у ст. 293 ЦПК не передбачено оскарження ухвали про забезпечення доказів. На думку Я. П. Зейкана, очевидно, що про неї забули, оскільки такі висновки випливають із ст. 135 ЦПК України [4, с. 392-393]. Ця ухвала як об'єкт апеляційного оскарження передбачена постановою Пленуму ВС України від 24 жовтня 2008 року №12 [6]. Незрозумілою є неможливість оскарження у такому порядку ухвали про відмову у забезпеченні доказів, приєднанні доказів до матеріалів справи. До цього переліку не увійшла чомусь і ухвала про відмову в об'єднанні заяв в одне провадження [8, с. 786]. С. Я. Фурса вказує на необхідність внесення змін до ЦПК України, відповідно до яких передбачити можливість оскарження ухвали суду про задоволення заяви про перегляд рішення суду у зв'язку з нововиявленими обставинами [7, с. 35-38]. Не містить ст. 293 ЦПК України посилання на можливість оскарження вказаним способом окремої ухвали, хоча вона випливає із ст. 211 ЦПК України та передбачена постановою Пленуму ВС України від 24 жовтня 2008 року №12[6]. Підлягають оскарженню ухвали про визнання заяви про перегляд заочного рішення неподаною та повернення її заявникові [6].

В апеляційному порядку відповідно до ст. 397, ч. 9 ст. 401 ЦПК України можуть бути оскарженні ухвали про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, ухвали про відмову у задоволення клопотання з цього питання, ухвали про визнання в Україні рішення іноземного суду, ухвали про відмову у задоволенні клопотання про визнання рішення іноземного суду.

Необхідно також передбачити у ЦПК України, як вірно вказує І. Ємельянова, можливість оскарження в апеляційному порядку бездіяльності суду першої інстанції, якщо він відповідно до закону зобов'язаний вчинити певну дію [3, с. 18].

З вищенаведеного випливає необхідність внесення доповнень до ст. 293 ЦПК України. Зокрема, ч. 1 після п. 1 доповнити п. 1-1 такого змісту «відмову в об'єднанні вимог в одне провадження», п. 1-2 — «забезпечення доказів, відмови у забезпеченні доказів, приєднанні доказів до матеріалів справи». П. 2 ч. 1 цієї ж статті потрібно викласти у новій редакції «забезпечення позову, скасування забезпечення позову, заміни одного виду забезпечення позову іншим». П.16 ч. 1 ст. 293 ЦПК України необхідно викласти у новій редакції, зокрема, «визнання заяви про перегляд заочного рішення неподаною та повернення її заявникові, залишення заяви про перегляд заочного рішення без розгляду». П. 17 ч. 1 ст. 293 ЦПК України необхідно викласти у такій редакції «задоволення заяви про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами, відхилення заяви про перегляд рішення суду у зв'язку з нововиявленими обставинами». Ч 1 після п. 28 доповнити п. 28-1 такого змісту «надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, відмови у задоволення клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду», п. 28-2 — «визнання в Україні рішення іноземного суду, відмови у задоволенні клопотання про визнання рішення іноземного».Ст. 293 ЦПК України після частини першої

доповнити новою частиною такого змісту: «Окремо від рішення суду можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвала суду першої інстанції, якою вирішено питання, що не підлягало розгляду в порядку цивільного судочинства, окрема ухвала». У зв'язку з цим частину другу вважати частиною третьою.

Слід зазначити, що у науковій літературі існують різні позиції щодо визначення кола ухвал, що можуть бути оскаржені окремо від рішення в апеляційному порядку. На думку С. Я. Фурси судом апеляційної інстанції повинні переглядатися будь-які ухвали, якщо сторона доведе, що з їх винесенням порушуються її права [7, с. 35-38]. Інше суперечило б ст. 55 Конституції України, оскільки у разі порушення прав громадян ухвалою суду він не може бути обмежений у праві на звернення до суду. Тому встановлений перелік є незаконним та має бути виключений із ЦПК України, оскільки є штучною перепоною для захисту прав осіб, які беруть участь у справі [8, с. 786-787]. Проте ми притримуємося протилежної позиції висловленої в науковій літературі, згідно з якою рішення законодавця про обмеження переліку ухвал, на які може бути подана апеляційна скарга мотивовано комплексом факторів. І дійсно, у випадку надання сторонам процесу можливості оскаржувати всі без винятку ухвали суду, надзвичайно затягнувся би сам процес, це могло б створити тяганину та передумови для неможливості виконання рішення. Сформувалась би ціла система зловживання процесуальними правами, спрямована на затягування судового розгляду. Суть окремих із них могли б проявитися в тому, що особа, яка бажає затягти розгляд справи, з даною метою оскаржує будь-яку ухвалу (як таку, що підлягає оскарженню згідно з законодавством, так і таку, що оскарженню не підлягає) до апеляційної інстанції. При цьому матеріали справи разом із скаргою направляються в апеляційний суд. Коли апеляційний розгляд справи завершиться, його результати оскаржуються в касаційну інстанцію. Мета такого оскарження — створити перешкоду для розгляду спору по суті в першій інстанції [2, с. 25-26].

Заперечення проти ухвал, що не підлягають оскарженню окремо від рішення, можна включити до апеляційної скарги на рішення суду. Тому якщо особа згодна з рішенням суду, але не згодна з ухвалами, які постановив суд під час розгляду справи, то заперечення проти цих ухвал подати вона не зможе. Адже подавати скаргу на правильне по суті рішення, яке влаштовує особу, було б недоцільним [3, с. 16-21].

***Використані джерела*:**

1. *Гусаров К. Апелляционное производство в судах гражданской юрисдикции / К. Гусаров // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 7. — С. 37-40.*
2. *Дем'янова О. В. Ухвала як об'єкт апеляційного оскарження / О. В. Дем'янова // Судова апеляція. — 2006. — № 3 (4). — С. 22-26.*
3. *Ємельянова І. Апеляційний і касаційний перегляд судових рішень в цивільному судочинстві: теоретичні та практичні аспекти / І. Ємельянова // Право України. — 2004. — № 2. — С. 16-21.*
4. *Зейкан Я. П. Коментар Цивільного процесуального кодексу України / Я. П. Зейкан. — К.: Юридична практика, 2006. — 560 с.*
5. *Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову: постанова Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 року № 9 // Вісник Верховного Суду України. — 2007. — № 2.*
6. *Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку: постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 року № 18 // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 11. – С.18-26.*
7. *Фурса С. Я. Цивільний процес України: Проблеми і перспективи: науково-практичний посібник / С. Я. Фурса, С. В. Щербак, О. І. Євтушенко. — К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2006. — 448 с.*
8. *Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 т. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, С. В. Щербак; за заг. ред. С. Я. Фурси. — К.: Видавець Фурса С. Я.; КНТ, 2006 - . - (Серія «Процесуальні науки»). Т. 1. – 2006. – 912 с.*

9. *Цивільний процесуальний кодекс України: за станом на 1 січня 2004 р./ Міністерство юстиції України. — Офіц. видання. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — 208 с.*
10. *Чернушенко Є. А. Апеляційне оскарження в цивільному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03 «цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Є А. Чернушенко. — Одеса, 2004. — 22 с.*

Туманова Екатерина Сергеевна
студентка 5 курса юридического факультета
Волгоградского филиала АНОО ВПО «Международный славянский институт»,
Волгоград, Российская Федерация

ПРИЧИНЫ И ПУТИ УСТРАНЕНИЯ КОЛИЗИЙ ПОДВЕДОМСТВЕННОСТИ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ РОССИЙСКИХ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ

Проблема коллизий подведомственности арбитражных судов актуальна в условиях существования трех самостоятельных ветвей судебной власти в Российской Федерации, когда правильное определения юрисдикции определяет реализацию гарантированного Конституцией Российской Федерации права на рассмотрение дела в том суде и тем судьей, к ведению которых оно отнесено законом.

Несмотря на принятые и действующие АПК РФ и ГПК РФ, на сегодняшний день существует немало коллизий подведомственности при разграничении компетенции между судами общей юрисдикции и арбитражными судами.

В частности, существуют проблемы разграничения подведомственности по делам, возникающим из публичных правоотношений. Согласно ст. 29 АПК РФ, арбитражные суды рассматривают в порядке административного судопроизводства возникающие из административных и иных публичных правоотношений экономические споры и иные дела, связанные с осуществлением организациями и гражданами предпринимательской и иной экономической деятельности. Здесь интерес вызывает разделение компетенции арбитражных судов и судов общей юрисдикции по делам о признании недействительными актов государственных органов, органов местного самоуправления и иных органов. Юрисдикция общих и арбитражных судов по данной категории дел разделена, помимо общих критериев разграничения подведомственности, в зависимости от вида обжалуемого акта. При наличии общих критериев подведомственности дел арбитражным судам, ненормативные акты признаются недействительными в арбитражном суде, а нормативные - в суде общей юрисдикции, кроме случаев, когда федеральным законом их рассмотрение прямо отнесено к компетенции арбитражного суда. Среди ученых нет единства мнений по данному вопросу, так как одни выступают за отнесение к компетенции арбитражного суда рассмотрения дел об обжаловании нормативных правовых актов государственных органов и органов местного самоуправления, регулирующих экономические отношения, независимо от указания на это в законе, а другие - за рассмотрения таких дел только в судах общей юрисдикции. На наш взгляд, целесообразнее рассмотрение дел о признании недействительными нормативных правовых актов государственных и иных органов относить к подведомственности арбитражного суда во всех случаях, когда они отвечают общим критериям подведомственности.

Существуют и проблемы разграничения подведомственности по делам, отнесенным к специальной подведомственности арбитражных судов. Например, разграничение подведомственности по корпоративным спорам, а также по делам о защите деловой репутации в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Согласно п. 4 части 1 ст. 33 АПК РФ, к подведомственности арбитражных судов отнесены дела «по спорам между акционером и акционерным обществом, участниками иных

хозяйственных товариществ и обществ, вытекающим из деятельности хозяйственных товариществ и обществ, за исключением трудовых споров». Эти дела «рассматриваются арбитражным судом независимо от того, являются ли участниками правоотношений, из которых возникли спор или требование, юридические лица, индивидуальные предприниматели или иные организации и граждане», при этом в отношении ряда споров, вытекающих или затрагивающих корпоративные отношения, существует неясность относительно их подведомственности только арбитражным судам или сохраняется подведомственность этих споров, как судам общей юрисдикции, так и арбитражным судом (в зависимости от субъектного состава).

Решение данной коллизии осложняется различной оценкой данной статьи Высшим Арбитражным Судом РФ и Верховным Судом РФ: по одним вопросам имеются прямо противоречащие друг другу разъяснения высших судебных инстанций, а по другим - имеется разъяснение одной инстанции, не обязательное для другой. Например, относительно подведомственности споров, в которых одной стороной выступает единоличный исполнительный орган общества, члены коллегиальных исполнительных органов, а с другой стороны – само общество, Постановление Пленума ВС РФ от 20.01.2003 № 2, данные отношения относит к основанным на трудовых договорах и, следовательно, они подведомственны судам общей юрисдикции. При этом согласно позиции ВАС РФ, такие споры не являются трудовыми, а относятся к внутрикорпоративным и должны рассматриваться арбитражными судами.

Неразрешенным является вопрос о подведомственности споров с участием граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, о недействительности и (или) применении последствий недействительности сделок с акциями (долями в уставном капитале), или споров, связанных с формированием органов хозяйственных обществ. В целях разрешения подобных коллизий представляется необходимым точно определить круг корпоративных споров, которые должны рассматриваться исключительно арбитражными судами независимо от их субъектного состава.

Касаясь разграничения подведомственности по делам о защите деловой репутации, в настоящее время согласно ч. 5 п. 1 ст. 33 АПК РФ только арбитражные суды рассматривают дела данной категории в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности и независимо от субъектного состава. Но и здесь возникают проблемы, в связи со сложностью правильного определения характера спорных правоотношений, поскольку деловая репутация может быть связана, как с экономической, так с иными сферами деятельности лица, (например, общественной деятельности), когда спор уже не будет подведомственен арбитражному суду.

Отмеченные, а также иные проблемы разграничения подведомственности обуславливают необходимость их разрешения. Как правило, в литературе выделяют три направления решения коллизий подведомственности: нормотворческое, правоприменительное и организационное. Все названные способы должны сочетаться при решении проблем подведомственности. При этом очень важно, например, создавая проект изменений в законодательство относительно разрешения коллизии согласовывать позиции, как Высшего Арбитражного Суда РФ, так и других высших судебных органов.

Используя правоприменительные способы разрешения коллизий подведомственности, следует помнить, что толкование нормативного акта, данное Пленумом ВАС РФ, может не совпадать с толкованием этого же акта, данного Пленумом ВС РФ, поэтому более эффективным в данном случае является принятие совместных постановлений в целях единообразного толкования.

Относительно организационного направления, в качестве наиболее действенных мер в решении проблем подведомственности могут выступить, например, введение законодателем коллизионных норм, установление последствий неподведомственности дела при обращении в определенный судебный орган, определение процедуры разрешения споров о

подведомственности между несколькими судебными органами, а также создание специальных органов по разрешению коллизий подведомственности.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что в настоящее время в Российской Федерации существует реальная проблема коллизий подведомственности между судами общей юрисдикции и арбитражными судами, а, следовательно, и в разработке эффективного механизма их разрешения. При этом целесообразным является согласованность и взаимодействие самих судебных органов в использовании всех имеющихся способов преодоления коллизий в целях повышения эффективности функционирования правосудия в целом.

Ференц Ольга Ігорівна
аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДВІДОМЧОСТІ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ

За загальним правилом земельні спори розглядаються за правилами цивільного судочинства, проте, звичайно, з кожного правила існують виключення.

З прийняттям Кодексу адміністративного судочинства питання визначення підвідомчості земельних спорів надзвичайно ускладнилося, оскільки зазвичай такі спори виникають саме із бездіяльності, неправомірних дій чи рішень органів місцевого самоврядування чи органів державної влади. На сьогоднішньому етапі розвитку ринкових відносин з огляду на значну зацікавленість землею та іншою нерухомістю кількість спорів, що випливають із земельних правовідносин, стрімко зростає, що зумовлює нагальну проблему вирішення спірних питань, пов'язаних із підвідомчістю таких категорій справ, оскільки різноманітна судова практика в аналогічних справах не сприяє належному захисту прав людини у суді, а також тягне за собою певну обмеженість особи у її праві на належний судовий розгляд компетентним судом.

При вирішенні питання про розмежування підвідомчості земельних спорів між загальним та господарськими судами найчастіше помилки трапляються при наданні переваги такому критерію підвідомчості як суб'єктний склад учасників спору, адже не виключено, що суб'єкт підприємницької діяльності може укладати звичайний цивільно-правовий договір не пов'язаний із підприємницькою діяльністю. Проте у випадках, коли відносини виникають навіть між двома суб'єктами підприємницької діяльності, суди як правило уже не з'ясовують характер спільних правовідносин, що в подальшому цілком вірогідно може призвести до процесуальної помилки, яка є підставою для скасування судового рішення. Про таку поверхневу оцінку критеріїв підвідомчості зазначав навіть Пленум Верховного Суду України у своїй постанові від 16 квітня 2004 за № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних прав» [1. с.22].

Аналогічним чином не можна в повній мірі покладатися і на характер та зміст спору, оскільки тут може виникнути колізія між двома критеріями, яка буде вирішуватися суб'єктивно, так як характер спору є поняттям оціночним і в кожному конкретному випадку буде залежати від ряду побічних обставин та характеристик. Тому при розмежуванні цивільної та господарської юрисдикції судів слід виходити з комплексного аналізу критеріїв, не надаючи переваги жодному з них, оцінювати не лише той факт, що сторони є суб'єктами господарювання, а й в кожному окремому випадку з'ясовувати, в якій сфері діяла така особа, на реалізацію яких прав та інтересів були спрямовані її дії - як цивільної особи у сфері цивільного права, чи як особи-підприємця у сфері господарського та комерційного права. Проте, знову ж таки, не слід характер таких відносин ставити в повну залежність від того, яким актом вони регулюються, оскільки, як влучно зазначав Осипов Ю.К., джерела тієї чи

іншої галузі права містять правові норми, які регулюють відносини різної галузевої приналежності. А тому для визначення характеру спірних правовідносин не можна покладатися на таку їх зовнішню ознаку як урегульованість тим чим іншим кодифікованим актом, а слід виходити із аналізу елементів спірних правовідносин і таким шляхом встановлювати його дійсну галузеву приналежність [2. с.125].

Набагато більше проблем виникає на сьогодні із розмежуванням підвідомчості земельних спорів між адміністративними та загальними судами, що пов'язано із тим, що відносини у земельній сфері в більшій мірі регулюються саме відповідними органами місцевого самоврядування.Дослідження виключно суб'єктного складу учасників такого процесу знову ж таки не дасть нам достовірної відповіді про належність справи до компетенції того чи іншого суду, оскільки як Цивільний кодекс України, так і Земельний кодекс України передбачають, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування можуть бути учасниками цивільних правовідносин на рівні з фізичними та юридичними особами. А тому крім встановлення суб'єктного складу учасників процесу слід достатньо багато уваги приділити тому, яку роль у даних відносинах відіграє той чи інший орган державної влади чи місцевого самоврядування, адже не усі відносини за їх участю є публічними.

З огляду на наведене насувається висновок, що лише на підставі комплексного аналізу усіх критеріїв підвідомчості земельних спорів можна належним чином визначити суд, компетентний розглядати дану справу, та уникнути ситуацій, коли аналогічні земельні спори розглядаються судами різних юрисдикцій.

***Використані джерела*:**

1. *Постанова Пленуму Верховного суду України «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» від 16 квітня 2004р. за № 7 // Вісник Верховного суду України – 2004р., № 6.*
2. *Гражданский процесс: Учебник для вузов. Отв. редактор проф. Осипов Ю.К. – М.: Издательство БЕК, 1995.*

Череватенко Ірина Миколаївна
апірантка Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

ПОНЯТТЯ НОТАРІАЛЬНОГО АКТУ-ДОКУМЕНТУ ТА ЙОГО ОЗНАКИ

Процес реформування нотаріату, що триває останнім часом, має стосуватися не тільки організаційних засад нотаріальної діяльності, але й передбачати належне унормування процедурно-процесуальних аспектів вчинення нотаріальних дій. Вирішення цього завдання можливе за умови уточнення концепції нотаріального процесу як різновиду правозастосовної діяльності. При вчиненні конкретної нотаріальної дії нотаріус має дослідити докази, встановити наявність або відсутність певних юридичних фактів, і з урахуванням цього застосовувати відповідну правову норму. І результат такої діяльності, і окремі процесуальні дії нотаріуса мають набувати відповідного процесуального оформлення у вигляді окремих нотаріальних актів-документів.

У сучасній теорії нотаріального процесу дослідженню інституту нотаріальних актів-документів, їх основних ознак, не приділялося достатньої уваги. Поняття нотаріального акту-документу у спеціальній літературі визначається по-різному.

Так, О. В. Романовська визначає нотаріальний акт як офіційний документ, що приймається уповноваженою особою, складений у відповідності з встановленими правилами, на підставі індивідуального звернення, що створює відповідні права та обов'язки, є

обов'язковим до виконання, що виявляється в застосуванні норми матеріального права до виявлених фактичних обставин [1;с.32]. Наведене визначення не є вільним від недоліків. Так, воно не містить вказівки про суб'єктний склад осіб, яким надається право здійснювати нотаріальні дії. Не можна також погодитися з тим, що обов'язковість до виконання є невід'ємною ознакою кожного нотаріального акту, оскільки примусово виконуватися можуть тільки виконавчі написи нотаріуса, а всі інші нотаріальні акти реалізуються в добровільному порядку самими заінтересованими особами.

Баранкова В.В. розглядає нотаріальний акт як процесуально оформлене рішення нотаріуса або іншого уповноваженого на вчинення нотаріальних дій суб'єкта щодо застосування норм права до конкретної правової ситуації за участю відповідної особи чи осіб, на яких поширюється юридична сила цього акту [2;с.16]. У наведеному визначенні відсутня вказівка про те, що такий акт постановляється від імені держави, адже саме державою надаються владні повноваження на вчинення нотаріальних дій визначеним у законі суб'єктам, хоча, на жаль, у чинному законодавстві це положення безпосередньо не закріплено. Вчинення нотаріальних дій можливо лише від імені держави, а інакше не можна було б говорити про юридичну силу нотаріальних актів взагалі.

Вважаємо за доцільне запропонувати визначення нотаріального акту як документу, що процесуально оформлює рішення нотаріуса або іншого спеціально уповноваженого на здійснення нотаріальних дій суб'єкта щодо застосування норм права до конкретної правової ситуації стосовно офіційного визнання юридичних прав чи фактів, що тягне за собою настання певних правових наслідків, постановлюється від імені держави та має володіти особливою доказовою силою.

З наведеного визначення випливають основні ознаки, притаманні нотаріальним актам-документам.

По-перше, нотаріальний акт - це юридичний документ нотаріального органу. Нотаріальний акт складається тільки уповноваженим суб'єктом. Перелік суб'єктів, яким надано право здійснювати нотаріальну діяльність, вичерпно визначений у Законі України «Про нотаріат» та має виключний характер і може бути змінений тільки законом. Нотаріальні органи є центральними й обов'язковими суб'єктами нотаріального процесу, вони наділені повноваженнями складати обов'язкові для всіх інших суб'єктів нотарільні акти [3;с.92].

Нотаріальні акти приймаються на підставі відповідних норм права, а отже, виступають як юридична форма реалізації норм матеріального і процесуального права. При цьому норма матеріального права здійснює вплив на зміст правозастосовчого акту, а процесуальна - визначає його форму.

Як вже зазначалося, нотаріальний акт-документ постановляється від імені держави, попри відсутність вказівки про це в Законі України «Про нотаріат». Отже, він носить державно-владний характер. Це наближує його до інших правозастосовчих актів, що виходять від юрисдикційних органів держави і мають своїм призначенням правове регулювання суспільних відносин.

Нотаріальні акти як результат нотаріальної діяльності мають юридичну силу та офіційний характер. Визнати недійсність нотаріальних актів-документів можливо тільки в судовому порядку.

Нотаріальні акти-документи наділені характером веління, що індивідуалізується загальним правилом поведінки – нормою права, і спричиняють виникнення, зміну або припинення різних правовідносин. Таким чином, наявне державне визнання конкретного права або обов'язку у стадії фактичної реалізації.

Ще одною ознакою нотаріальних актів-документів є те, що вони викладаються у письмовій формі, що передбачає наявність у них певних реквізитів (Наказ Мін'юсту від 31.12.2008 № 2368/5 «Про затвердження Правил ведення нотаріального діловодства»).

Нагального законодавчого врегулювання наразі потребують такі ознаки нотаріальних актів-документів, як їх державно-владний характер та особлива доказова сила.

Процесуальне законодавство держав, які входять у Міжнародний союз нотаріату, передбачає, що в силу здійснення публічної функції актам нотаріуса надається аутентичний характер. Поняття аутентичності нотаріального акту базується на визнанні особливої достовірності, безспірності, дійсності та гарантій походження [4; с.163]. Надання такої специфічної доказової сили нотаріальному акту є цілком виправданим, оскільки постановляється акт суб'єктом, що уповноважений правом на вчинення нотаріальних дій державою. Крім того, в багатьох країнах класичної моделі нотаріату, наприклад у Франції, оскарження нотаріального акту можливо лише у тому випадку, коли сторона відкрила та позитивно провела проти нотаріуса надзвичайно складну процедуру «заява про підробку» [5; с.116].

Вітчизняні дореволюційні правники також відносили нотаріальні акти до категорії публічних, за наступних умов: такий акт здійсненний чи хоча б посвідчений певним спеціально уповноваженим суб'єктом (урядовою установою, одноособовим органом державної влади чи офіційною, уповноваженою на це особою (нотаріусом, консулом); зазначені органи влади чи особи діяли в межах передбаченої законом компетенції та при цьому дотримувалися встановленого законом порядку. Справедливо стверджувалось, що оскільки в здійсненні публічних актів приймають участь органи публічної влади чи офіційні особи, уповноважені законом, то ці акти заслуговують особливої довіри та мають перевагу перед домашніми: по відношенню до них не допускається заявлення сумнівів у дійсності і змісті, вони не можуть бути спростовані ані домашніми актами, ані показаннями свідків [6;с. 374].

Цивільне процесуальне законодавство України не наділяє нотаріальний акт-документ особливою (більш значущою) доказовою силою, ігноруючи складну процедуру його формування та особливий характер нотаріальної діяльності.

Вважаємо, що у сучасному законодавстві доказова сила нотаріального акту-документу має означати, що надання його до суду в якості доказу є достатнім для підтвердження зазначених в ньому фактів та обставин. Нотаріальний акт-документ має розглядатися як письмовий доказ, наявність якого унеможливлює необхідність дослідження інших засобів доказування.

Нотаріальний акт має розглядатися як спеціально утворений письмовий доказ, що постановляється з урахуванням правових позицій заінтересованих осіб за умови відсутності будь-яких суперечок. Виходячи з цього, представляється доцільним закріпити положення про особливу доказову силу нотаріального акту-документу, а саме, про те, що він може прийматися судом (суддею) як самодостатній акт, зміст якого не може оспорюватися показаннями свідків.

***Використані джерела*:**

1. *Романовская О.В. Нотариат в Российской Федерации: Учеб. пособие. – М.: РИОР, 2008. – 139 с.*
2. *Баранкова В.В. Нотариальные акты-документы // Бизнесинформ, № 20, 1998. – С. 16-19.*
3. *Нотаріат в Україні: Підручник / За ред. В. В Комарова. –К.: Юрінком Інтер, 2006. – 320 с.*
4. *Черемных И.Г. Нотариат и нотариальное право России: учебное пособие / под ред. Г. Г. Черемных. – М.: Эксмо, 2007. – 272 с.*
5. *Пиепу Ж.-Ф., Ягр Ж. Профессиональное нотариальное право / Пер. с франц. – М.: Юристь, 2001. – 223 с.*
6. *Васьковський Е. В. Учебник гражданского процесса / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. - М. : Зерцало, 2003. - 417 с.*

Шевчук Володимир Іванович
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ АСПЕКТИ УЧАСТІ ПРОКУРОРА В НАКАЗНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Захист суб'єктивних прав та законних інтересів є однією із важливих функцій цивільного процесу, реалізації якої сприяють основні інститути цивільного процесуального права, що забезпечують можливість багатостороннього, повного та об'єктивного розгляду і вирішення цивільних справ, винесення законних і обґрунтованих судових рішень. Варто відмітити, що для осіб заінтересованих у вирішенні справи по суті важливі не лише багатосторонній і правильний розгляд та вирішення справи у повній відповідності з діючим законодавством, але й своєчасний захист їх прав та охоронюваних законом інтересів.

Наказне провадження – це особливий спрощений вид цивільного процесу, спрямований на швидкий та ефективний захист безспірних прав осіб шляхом видачі судового наказу, що одночасно є судовим рішенням та виконавчим документом [1].

ЦПК 1963 року, не містив положень щодо наказного провадження, тому до набрання чинності кодексом 2004 року питання про участь прокурора в наказному провадженні не було предметом наукових досліджень вітчизняних науковців. Водночас нагальні проблеми практики застосування відповідних положень чинного кодексу саме в контексті можливості здійснення прокурором правозахисних функцій в порядку цієї спрощеної процедури висуває на перший план необхідність аналізу і цього аспекту досліджуваної проблематики.

Так зокрема, згідно зі ст. 36^1 Закону від 5 листопада 1991 р. № 1789-XII «Про прокуратуру» підставою для представництва у суді інтересів громадянина є його неспроможність через фізичний чи матеріальний стан, похилий вік або з інших поважних причин самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження. Отже, прокурор, подаючи заяву про видачу судового наказу, повинен вказати підстави, у зв'язку з якими він представляє інтереси особи. З огляду на це питання про особливості участі прокурора при вирішенні цивільних справ в порядку наказного провадження потребує окремої уваги.

Загальні правила порушення наказного провадження відповідають принципові диспозитивності - провадження розпочинається за ініціативою зацікавленої особи - кредитора, яка в новому ЦПК України називається стягувачем. Суб'єкт, до якого адресована вимога заявника, називається боржником (ст. 103 ЦПК України). Позивача і відповідача в наказному провадженні немає. З огляду на це питання щодо участі у наказному провадженні прокурора, як і інших правозахисників як суб'єктів, що можуть ініціювати наказне провадження є дискусійним.

Тому варто звернутися до положення з ч. 2 п. 6 ст. 20 Закону «Про прокуратуру», відповідно до якого до повноважень прокурора у межах нагляду за додержанням і застосуванням законів належить звертатися до суду з заявами про захист прав і законних інтересів громадян, держави, а також підприємств та інших юридичних осіб. Отже, у випадку звернення до суду прокурора з заявою про видачу судового наказу, судам слід розглядати такі заяви.

Слід відмітити, що у більшості випадків заяви прокурорів про видачу судових наказів подаються за результатами здійснення прокурорського нагляду за дотриманням законодавства та за умови виявлення порушень. Водночас звертаючись до суду на захист прав інших осіб в порядку наказаного провадження, прокурори не завжди попередньо ретельно вивчають обставини справи, що призводить до того, що в порядку наказного провадження вони з вертаються з хоча й з безспірними., але позовними вимогами.

Деякі суди за однозначно безспірними вимогами, щодо яких законодавством прямо не встановлена можливість видання судового наказу, такі накази видають. Досить часто ці

вимоги стосуються виплати нарахованих, але не виплачених грошових сум: вихідної допомоги, підйомної допомоги, допомоги по непрацездатності, допомоги при народженні дитини, аліментів, виплати авторського гонорару тощо. Водночас, слід пам'ятати, що наказне провадження як спрощена та автономна судова процедура, має певні особливості. З однієї сторони воно є процесуальною формою захисту прав і інтересів стягувача, що спираються на безспірні письмові докази проти сторони, яка не виконує свої зобов'язання. А з іншої – цей вид судочинства можливо застосовувати не до всіх безспірних вимог, а лише тих, які перелічено в законі [2]. Тобто незалежно від того, чи є вимоги безспірними, суд має відмовити у прийнятті заяви про видачу судового наказу, якщо така вимога не передбачена ст. 96 ЦПК.

Слід відзначити, що у судовій практиці тлумачення змісту ст. 96 ЦПК викликає певні труднощі, що призводить до неоднакового застосування судами України вказаної норми.

Так, наприклад, пунктом 1 ч. 1 ст. 96 ЦПК до підстав порушення наказного провадження віднесено вимоги, яка ґрунтуються на правочині вчиненому в письмовій формі.

У разі необхідності звернення до суду з підстав визначених п. 1. ч. 1 ст. 96 ЦПК слід виходити з того, що відповідно до ст. 207 ЦК України правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксовано в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони і якщо воля сторін висловлена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку. Зазначена стаття ЦК України також встановлює спеціальні вимоги щодо підпису зазначеної форми правочину залежно від особи, яка його підписує, та від способу його фіксування, що має перевірятися судом при наданні оригіналу правочину з огляду на положення ст. 59 ЦПК України щодо допустимості доказів.

За правилами ст. 209 ЦК у випадках, встановлених законом або за домовленістю сторін правочин, який вчинений у письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню. Хоча про це не має прямої вказівки в ЦПК, але в п. 1 ч. 1 ст. 96 мається на увазі не лише проста письмова, але й нотаріальна форма правочину.

Слід підкреслити, що судовий наказ видається не з будь-якого правочину, посвідченого нотаріально, а лише тоді, коли такий правочин передбачає сплату грошових сум, передачу або повернення майна, а також право звернення стягнення на заставлене майно, як це передбачено чинним законодавством[3]. В усіх інших випадках спори, що виникають на підставі інших вимог (наприклад, про визнання правочину недійсним) розглядаються за правилами позовного провадження.

Тому звертаючись до суду з заявою про видачу судового наказу відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 96 ЦПК прокурору необхідно надати оригінал письмового, а у необхідних випадках, нотаріально посвідченого правочину та його копії відповідно до кількості боржників, а також документи, що підтверджують безспірність заборгованості боржника та встановлюють прострочення виконання зобов'язання (якщо такі є).

Судовий наказ також може бути видано, якщо заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати (п. 2 ч. 1 ст. 96 ЦПК). Перш ніж звернутися до суду на захист прав особи з вказаних підстав прокурор повинен попередньо перевірити факт перебування її в трудових відносинах з боржником та нарахування особі грошових сум, проте не сплачених їй. Ці обставини може бути підтверджено наприклад, випискою з трудової книжки та довідкою з бухгалтерії підприємства, установи, організації про заборгованість по заробітній платі чи іншим документом, який обов'язково повинен додаватися до заяви про видачу судового наказу.

У деяких випадках особа, яка звертається до прокуратури на захист свого порушеного права на оплату праці ставиться питання про стягнення з боржника компенсації за порушення строків виплати заробітної плати. Вважаємо, що щодо таких вимог прокурором також може бути заявлено заяву про видачу судового наказу на підставі п. 2 ч. 1 ст. 96 ЦПК України.

Щодо такої підстави видачі судового наказу як вимога про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника (п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК України), то юридичній доктрині немає єдиної точки зору щодо можливості вирішення цього питання саме в порядку наказного провадження.

Так автори одного з коментарів чинного ЦПК України стверджують, що витрати пов'язані із розшуком відповідача належать до витрат пов'язаних з розглядом справи і питання про їх розподіл вирішується судом під час ухвалення рішення в порядку позовного провадження (ст. 214 ЦПК України) або шляхом ухвалення додаткового рішення (п. 4 ч. 1 ст. 220 ЦПК України), тому в порядку наказного провадження воно вирішуватись не може [4].

На нашу думку з таким твердженням не можна погодитись в повній мірі. Адже відповідно до положень ст. 78 ЦПК України, якщо місцеперебування відповідача невідоме, суд повинен оголосити його розшук, але тільки при розгляді двох категорій цивільних справ, а саме за позовами про стягнення аліментів; та відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи. В такому випадку питання про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача дійсно буде вирішене судом в судовому рішенні у цих справах.

Проте оголошення розшуку боржника, дитини або транспортних засобів боржника може мати місце з причин не пов'язаних з судовим провадженням, наприклад у зв'язку з необхідністю примусового виконання судового рішення. В такому випадку особа, яка понесла затрати у зв'язку з розшуком може звернутися з заявою про видачу судового наказу.

Враховуючи вищевказане прокурор може ініціювати наказне провадження на захист прав та інтересів інших осіб з підстав передбачених п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК тільки за умови, що питання про компенсацію витрат на розшук боржника, дитини або транспортних засобів боржника не пов'язане з судовим розглядом цивільної справи. У всіх інших випадках він повинен вступати в процес шляхом подання заяви про ухвалення додаткового рішення або за наявності підстав ініціювати апеляційне провадження.

***Використані джерела*:**

1. *Бурлай О. Є., Охрімчук Л. І. Практика розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/2A588DD61838F27BC22573DF0033FF3A?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=2A588DD61838F27BC22573DF0033FF3A&Count=500&*
2. *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / За аг ред.. В. В. Комарова. – Х.: Харків юридичний, 2008. – С. 283*
3. *Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів: постанова КМУ № 1172 від 29.06.1999 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 26. – ст. 69.*
4. *Бичкова С.С., Білоусов Ю.В., Бірюков В.І., та ін. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. С.С. Бичкової. — К. : Атіка, 2008. – С. 225-226*

Якимчук Світлани Олексіївни
здобувач кафедри цивільного процесу
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,
асистент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ ЯК ЧАСТИНА СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Конституція України, прийнята 28 червня 1996 року, проголосила, що Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава (ст.1). Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову (ст.6).

Однією із визначальних ознак дієвості будь-якої гілки державної влади та відповідно її авторитету, як в суспільстві, так і на міждержавному рівні є забезпечення своєчасного та повного виконання її рішень.

Кожен громадянин країни має відчувати себе під захистом держави і значна вага створення умов для цього захисту лягає на судову владу.

Складовою частиною судового розгляду, а також важливим фактором, що забезпечує захист прав і законних інтересів громадян є виконання судових рішень з цивільних, господарських, адміністративних (КАСУ) справ майнового характеру.

Відповідно до ст. 124 Конституції України та ст. 11 Закону України «Про судоустрій України» рішення суду ухвалюється іменем України і є обов'язковим до виконання усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, об'єднаннями громадян та іншими організаціями, громадянами та юридичними особами на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, угода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, - і за її межами (ст. 14 Цивільного процесуального кодексу (ЦПК) України.

Виконання судових рішень - це важливий етап, без якого сам факт прийняття рішення втрачає сенс, і тому залишення проблем їх виконання поза увагою ставить під загрозу мету здійснення судочинства - захист прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб.

24 березня 1998 року був прийнятий Закон України «Про Державну виконавчу службу», на яку покладено завдання своєчасного, повного і неупередженого примусового виконання рішень, передбачених Законом.

На виконання цього Закону в Україні, на початку 1999 року в системі органів Міністерства юстиції України була утворена Державна виконавча служба та сформовані її органи.

На даний час Департамент Державної виконавчої служби є структурним підрозділом Міністерства юстиції України, а відділи Державної виконавчої служби - структурними підрозділами відповідних управлінь юстиції.

Закон України «Про виконавче провадження», який визначає умови і порядок виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), що підлягають примусовому виконанню у разі невиконання їх у добровільному порядку, був прийнятий у 1999 році. Стаття 1 цього Закону зазначає, що виконавче провадження, як завершальна стадія судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) - це сукупність дій органів і посадових осіб, зазначених у цьому Законі, спрямованих на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які здійснюються на підставах, у спосіб, та в межах повноважень, визначених цим законом, іншими нормативно-правовими актами, виданими відповідно до цього закону та інших законів, а також рішеннями, що відповідно до цього Закону підлягають примусовому виконанню.

Згідно з статистичними даними у 2007 році примусовому виконанню, органами Державної виконавчої служби, підлягало понад 7,3 млн. виконавчих документів на загальну

суму 52,2 млрд. грн., це на 179 тис. виконавчих документів та 1,7 млрд. грн. більше, ніж за аналогічний період 2006 року.

Фактично у 2007 році виконано 4,4 млн. виконавчих документів, що викликає занепокоєння, оскільки невиконаними залишилися 2,9 млн. виконавчих документів.

У 2008 році виконанню підлягало 7,9 млн. виконавчих документів на загальну суму 61,2 млрд. грн., виконано лише 5,1 млн. виконавчих документів на загальну суму 21 млрд. грн.

Така ж картина спостерігається і у 2009 році. Так, за статистичними даними протягом 9 місяців 2009 року виконанню підлягало 7 млн. виконавчих документів на загальну суму 85 млрд. грн., фактично виконано 3,4 млн. виконавчих документів на суму 20,5 млрд. грн. В той час як за аналогічний період у 2008 року виконанню підлягало 6,5 млн. виконавчих документів на загальну суму 52 млрд. грн., виконано 3,4 млн. виконавчих документів (на суму 13 млрд. грн.).

Як вбачається з наведеної статистики, спостерігається тенденція до збільшення залишків невиконаних виконавчих документів.

Результатами такої діяльності органів Державної виконавчої служби є те, що за період з 2001 по 2009 рік до Європейського суду з прав людини надійшло понад 22 тисячі заяв, а також винесено 550 рішень у справах, відповідачем у яких є Україна. Основна кількість справ провадиться стосовно порушення пункту 1 статті 6 «Конвенції з прав людини» у зв'язку з невиконанням або тривалим виконанням рішень судів, а також стосовно тривалого розгляду справ у судах України. Так, з 550 рішень, прийнятих Європейським судом, половина стосується саме невиконання рішень національних судів.

Є низка об'єктивних та суб'єктивних чинників, які перешкоджають належному виконанню органами Державної виконавчої служби рішень судів та інших органів (посадових осіб).

Серед таких чинників треба виділити прогалини у законодавстві та недостатнє регулювання певних правовідносин, що призводить до неоднозначного тлумачення норм законодавства, породжує умови для ухилення від виконання рішення. При цьому, більшість осіб, які не виконують рішення суду, не несуть достатньої відповідальності.

Проблеми виконання судових рішень і виконавчого провадження досліджувались у працях таких вчених: В. Комарова, Ю.Білоусова, С.Фурси, П.Заворотька, О.Кононенка, В.Тертишнікова, М.Штефана, С.Штефана, М.Юркова, М.Авдюкова, Р.Валеєвої, Ю.Гринько, В.Пастухова, А.Ширишкова, М. Омельченка та ін.

За роки незалежності України проведено такі дисертаційні дослідження: в 1995 році В.Афанасьєвим на тему «Організаційно-правові основи виконавчого провадження»; у 2002 році С.Щербак на тему «Адміністративно-правове регулювання виконавчого провадження в Україні; в 2006 році О.Хотянською на тему «Обов'язковість судових рішень як конституційна засада судочинства України».

За таких обставин це питання потребує глибокого та об'ємного дисертаційного дослідження з метою теоретичного розроблення основних засад, принципів та методів правового регулювання виконання судових рішень у цивільних справах як частини судового розгляду.

У зв'язку з цим слід:

- проаналізувати поняття виконання судових рішень та виконавчого провадження;
- дослідити історичний розвиток виконання судових рішень (виконавчого провадження) у процесуальному законодавстві;
- визначити правовий статус органів примусового виконання;
- охарактеризувати моделі примусового виконання (виконавчого провадження);
- дослідити принцип верховенства права і що є його складовими;
- розглянути можливість доступу громадян до цивільного судочинства;
- дослідити реалізацію судових рішень в аспекті права на справедливий судовий розгляд;
- обґрунтувати місце виконавчого провадження у структурі цивільного процесу;
- дослідити природу виконавчого провадження;

- охарактеризувати процесуальну форму виконання провадження;

- дослідити питання транснаціонального виконання судових рішень;

- сформулювати та обґрунтувати пропозиції і рекомендації до чинного законодавства щодо виконання судових рішень.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають з приводу виконання судових рішень у цивільних справах (судового розгляду цивільних справ в частині виконання судових рішень).

Предметом дослідження є норми чинного українського та зарубіжного законодавства, а також чинного раніше у сфері виконання судових рішень; матеріали практики судів та виконавчих органів, викладені в монографічній та іншій спеціальній літературі положень, що стосуються досліджуваної проблематики.

Практичне та теоретичне значення одержаних результатів полягає в тому, що висновки та пропозиції, викладені в роботі, можуть бути використані:

1) у науково-дослідній роботі як матеріал для подальшого дослідження частини судового розгляду в цивільних справах - виконання судових рішень;

2) у правотворчості - для вдосконалення норм українського законодавства, що стосується виконання судових рішень;

3) у навчальному процесі - на лекціях і практичних заняттях з курсу цивільно-процесуального права та спецкурсу виконавчого провадження, які викладаються студентам вищих навчальних закладів, для підготування підручників і навчальних посібників.

ЗМІСТ

Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право ……. 3
Абраменков М. С. Проблема юридической квалификации в наследственных отношениях международного характера …… 4
Авсієвич А. В. Деякі положення форм захисту суб'єктивних цивільних прав……... 8
Авдєєва М. К. Проблеми нормативного визначення і змісту поняття цінного папера……. 10
Антошкіна В. К. Правова природа судових інтерпретаційних актів …… 12
Амангельды А. А. Аналогия закона как способ регулирования патентно-лицензионных отношений……. 14
Ампілогов Д. Ім'я фізичної особи та його роль у цивільних правовідносинах…….. 15
*Андрияшко М. В.*Органы, осуществляющие защиту семейных прав…….. 17
Андрусів У. Б. Право телерадіомовних організацій на публічне сповіщення своїх програм та передач: проблеми удосконалення правової охорони ……. 19
Анікіна Г. В. Особливості правової регламентації трансплантації органів від померлого донора….. 22
Артемьев Н. Г. О Целесообразности введения института акционерных соглашений в Республике Бєларусь…… 24
Бааджи Н. П. Відшкодування збитків як одна із форм цивільно - правової відповідальності за порушення умов авторського договору …… 25
Баньковская А. А. Особенности регистрации юридических лиц по законодательству некоторых стран СНГ (сравнительно-правовой аспект)……. 27
Батрин С. В. Організація, юридична особа та корпорація: співвідношення понять у національному законодавстві …… 29
Белоушко Т. В. Товарный знак и интернет – правовая ситуация в Республике Бєларусь…… 31
Берестова І. Е. щодо способів самозахисту у договірних відносинах …….. 33
Бесарабчик В. О. Право на спрямовану відмову від спадщини ……. 35
Биканова А. В. Правовий режим майна суб'єктів господарювання: поняття та зміст…….. 37
Боднар М. Я. Права і обов'язки патронатного вихователя…….. 38
Булеца С. Б. Право на інформацію та відмова від неї…….. 42
Ватрас В. А. Рішення Конституційного Суду України по справі про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї» як джерело сімейного права …… 45
Венедіктова І. В. Приватний інтерес і публічні послуги в цивільному праві……... 48
Виноградова О. Ю. Кредитодавець як сторона кредитного договору ……... 50
Вінічук Є. О. Співвідношення ліцензування та патентування господарської діяльності в Україні… 52
*Віраг Е. О.*Правові засоби протидії незаконному підвищенню процентних ставок по кредитним договорам……... 54
Воєводін Б. В. До проблеми визначення реклами як оферти……... 57
Воловик В. В. Правове регулювання діяльності садівницьких товариств…….. 59
Воркун О. І. Режим окремого проживання подружжя як інститут сімейного права……. 60
Гаврилов Е. В. Диффамация и СМИ……... 62
*Гелецька І. О.*Окремі аспекти представництва недієздатних осіб…….. 64
Гелич А. О. права та обов'язки особи, які не входять до складу спадщини……... 66
Глупак А. В. Особливості ліцензування посередницької діяльності……... 68
Глущенко Є. М. перехід права власності за договором купівлі-продажу з торгів (аукціонів)……. 69
Гнатів О. М. Ознаки корпоративних прав, посвідчених акціями……... 71
Годулян Н. С. Проблемные вопросы закона украины «Об акционерных обществах»…….. 73
Головатий П. О. Окремі аспекти початку перебігу строку позовної давності в справах про розподіл майна подружжя…….. 75
Гончарова А. В. Цивільно – правова охорона спадку та захист спадкових прав та інтересів в процесі переходу прав на спадщину…….. 77
Горда Ю. І. Специфіка правової природи договору прокату в Україні……. 80
Горобець Н. О. Щодо питання втручання у приватність житлового простору фізичної особи…….. 82
Грабовець Н. О. Деякі аспекти реєстрації права власності на земельну ділянку ……. 83
Григоренко Д. В. Деякі аспекти визначення спеціальних (вільних) економічних зон як заохочувального режиму господарювання…… 85
Грудинская И. В. Пожизненное содержание с иждивением как самостоятельная договорная конструкция ……. 87

Грушка Л. І. Договір факторингу як новела цивільного законодавства України: особливості застосування……. 88
Грушкевич Т. В. Окремі випадки відшкодування шкоди, завданої правомірними діями внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище…….. 90
Гуменюк О. І. Право фізичної особи на індивідуальність…… 92
Данилюк О. В. Правостворюючі фактичні склади у трудовому праві України ……. 94
Данілкович О. М. Нотаріат у механізмі захисту земельно-правових відносин: можливості та перспективи…….. 96
Демиденко В. П. До питання про досягнення соціального ефекту як можливої мети інвестування будівництва об'єктів нерухомості……... 98
Джочка О. П. Істотні умови договору управління цінними паперами та грошовими коштами …… 100
Джуринський О. О. Поняття та способи захисту від недобросовісної конкуренції……. 102
Длугош О. І. Воля і волевиявлення у цивільно – правовому договорі…… 104
Довженко М. О. До питання уточнення підстав позбавлення батьківських прав……. 105
Долинська О. В. Способи захисту корпоративних прав учасників господарських товариств …… 107
*Дрішлюк А. І.*Щодо зміни ролі закону як джерела цивільного права та законодавства України …… 108
Дрішлюк О. П. Вплив судового рішення на динаміку розвитку договірного зобов'язання……. 110
Желіховська Ю. В. Вжиття заходів щодо охорони спадкового майна…… 111
Жилінкова О. В. Розпоряджання майновими правами на службові твори…… 115
Зайцева - Калаур І. В. Плагіат як вид порушення авторських прав в діяльності засобів масової інформації……. 117
Захарченко Я. В. Окремі цивільно-правові аспекти договору ренти……... 118
Заярний О. А. Підстави розмежування оперативно-господарських санкцій і господарсько-правової відповідальності…….. 120
Звонарьова Ю. В. Окремі питання механізму фінансово-правового регулювання обігу цінних паперів в Україні ……. 122
Зеленовский Е. А. Ограничения и обременения права собственности: гражданско-правовой аспект 124
Зеліско А. В. Правовий режим майна фермерських господарств ……... 126
Зозуляк О. І. Вплив ліцензування на обсяг цивільної правоздатності юридичної особи……. 127
Іваненко О. А. Проблеми регулювання депозитних зобов'язань…… 130
Іваницька Н. А. Предмет ліцензійного договору на використання торговельної марки……... 132
Іванів А. Р. Нікчемні правочини: окремі дискусійні питання……... 134
Івановський П. О. Звичаєві витоки цивільного права……... 136
Ігнат Г. А. Правове регулювання транспортного експедирування у сфері господарювання ……. 137
Ігнатенко О. С. Окремі аспекти удосконалення дозвільної системи в сфері господарської діяльності (щодо діяльності малих і середніх підприємств)……... 138
Ізрайло А. Я. Правова природа договору кредиту…… 142
Казанцев Е. Ю. Имущественные отношения супругов – учредителей частного унитарного предприятия в Республике Бєларусь……... 143
Каплюк М. В. Припинення господарських зобов'язань зарахуванням зустрічної однорідної вимоги або страхового зобов'язання……... 146
Карнаух Т. П. Право на зміну статі: перспектива закріплення у Цивільному кодексі України як особистого немайнового права……... 148
Карнаух Б. П. «Чинність», «дійсність» та «укладеність» як субстанціональні характеристики договору ……... 151
Катеринчук І. П. Пріоритетні напрями співробітництва України та ЄС…….. 153
Кирилюк А. В. Окремі аспекти укладення, зміни та припинення ліцензійного договору на використання літературних творів……. 155
Кісель В. Й. Унгурян І. С. До питання про історію становлення договору позики……... 157
Ковалёнок М. А. К вопросу о субъекте права собственности на землю в Республике Бєларусь……. 159
Ковальська В. С. Класифікація юридичних фактів у сімейному праві України…… 160
Ковальчук А. М. Розміру обов'язкової частки майна у спадщині за ЦК України…….. 163
Ковальчук Я. В. Механізми законодавчого обмеження свободи заповіту в країнах СНД ……... 165
Козачук М. О. Співвідношення понять «принципи господарського права» та «принципи господарювання»…….. 167
Козачук Ю. С. Сфера застосування Конвенції ООН 1988 р. про міжнародні переказні та міжнародні прості векселі……... 169

Козьяков Д. І. Проблеми визначення розміру компенсації моральної шкоди в Україні…….. 171
Коломієць-Людвіг Є. П. Особливості здійснення злиття та поглинання суб'єктів господарювання в Україні…… 172
Корнеева Ю. В. Правовая основа торговых споров с США и способы их разрешения…… 174
Корнелюк А. В. Обязательное страхование строений, принадлежащих гражданам…….. 176
*Корнієнко Ю. І.*Правове регулювання іпотечних прововідносин за англосаксонською та континентальною системами права……... 178
Кошелев Д. К. Правові проблеми утримання багатоквартирного будинку на балансі……. 180
Красна О. В. Банківська таємниця у колекторській діяльності……... 181
Крюк О. В. Проблемні аспекти відсоткової ставки в кредитних договорах ……. 183
Кузнецова А. А. Регулирование отношений в сфере семьи и брака в контексте правовых культур стран различных правовых семей……... 185
Кузьменко Т. С. Структурні компоненти бренду…….. 187
Куликовський В. В. Механізми інвестування житлового будівництва: невирішені питання цивільно-правових договорів……... 189
Кулініч О. О. Умови надання правової охорони персонажам літературних творів……... 191
Кульгавий Д. В. Характеристика істотних умов банківського кредитного договору з точки зору позичальника…… 192
Лавріненко І. А. Актуальні питання, пов'язані зі спадкуванням частки учасника ТОВ…….. 195
Лапечук П. І. , Попович Т. Г. Питання врахування сервітутних прав у земельних договірних відносинах…… 196
Лис Г. І. Проблемні питання, що виникають при закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти……. 198
Лисюк О. Ю. Порівняльний аналіз підходів до визначення поняття інсайдерської інформації…….. 200
Лічман Л. В. До питання про правову природу недійсних правочинів, що суперечать актам податкового законодавства……. 202
Лоза Н. Г. Правове становище жінки в країнах східної деспотії…… 205
Лозицька К. О. Кредитний договір в Україні сьогодні: проблемні питання……... 206
Лозова Г. О. Шлюбний договір та цивільно-правові договори ……... 208
Лялікова А. А. Авторський договір зі сценаристом…….. 212
Мазяр О. В. Правове регулювання інвестиційних договорів в законодавстві України…… 213
Макарова Е. В. Основание и момент возникновения права собственности на доходы от имущества, извлеченные незаконным владельцем, при его виндикации…….. 214
Максимович Р. О. Проблема законодавчого регулювання факторингу…… 216
Малышева Т. И. Правовое регулирование отношений в сфере экономической деятельности холдинговых структур в современной россии……... 218
Манышев Е. В. Правовая природа договора лизинга……... 220
Марковник Н. Р. К вопросу о понятии имущества в гражданском праве…….. 221
Мацюк Г. Р. Причини та наслідки самочинного будівництва…… 222
Машаров Р. Н. Понятие механизма гражданско-правового регулирования отношений, возникающих по поводу жилищных сбережений……. 224
Михайлик Р. Р. Щодо питання доцільності перевезення вантажів трубопроводами за господарським кодексом України……... 226
Михалюк О. В. Підстави виконання цивільно-правового зобов'язання третьою особою……. 228
Мітяй О. Д. Особливості цивільно-правової відповідальності банків за порушення цивільних прав клієнтів……. 230
Молявко О. М. Корпоративна відповідальність членів виробничого кооперативу……... 232
Морозова С. Є. Правове регулювання захисту цивільних прав нотаріусом шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі……... 233
Нагнибіда В. І. Припинення прав на чужі речі в світлі нормативних положень зарубіжного законодавства……... 235
Нестор В. Р. Проблемні питання визначення правової природи договору лізингу……. 237
Нечаева О. В. Понятие гражданско-правовой ответственности в медицинской деятельности…….. 240
Нечипоренко В. В. Щодо вдосконалення правового регулювання перестрахування в Україні…….. 242
Нечипорук А. М. Вчинення протестів векселів…… 243
Нижник Н. С. Институционализация отношений в сфере семьи и брака в условиях становления правовой системы республики советского типа……... 245

Оксанюк Н.М. Принципи УНІДРУА як результат уніфікації норм міжнародного договірного права……. 249
Опанасик В. В. Дефект волі та волевиявлення…….. 250
Оприско М. В. Особливості відчуження частки в статутному капіталі товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю……. 252
Отраднова О. О. Правове регулювання деліктних зобов'язань: сучасні тенденції……. 254
Павліченко К. В. Правова природа корпоративно-правової відповідальності……... 256
Панченко Д. В. Цивільно-правовий режим об'єктів культурної спадщини……... 258
Пастернак О. Особливості правового регулювання захисту прав споживачів…… 260
Петен Я. Л. Визначення поняття житлово-комунальної послуги…….. 261
Петруненко Я. В. Стадії державних закупівель…… 264
Піхурець О. В. Правова природа засобів індивідуалізації учасників цивільного обігу, товарів та послуг (робіт), які вони виготовляють чи надають…….. 266
Пленюк М. Д. До питання про правове регулювання строків (термінів) у цивільному праві…….. 267
Подовоцька Н. О. Ліцензування як засіб державного регулювання підприємницької діяльності….. 269
Поєдинок В. В. Про співвідношення інвестиції та кредиту…… 271
Поліщук Т. В. Зміст і складові цивільної правосуб'єктності неповнолітніх осіб…….. 273
Полянек К. М. Генезис речового права на нерухомість……... 275
Присяжнюк В. П. Методологія врегулювання відносин із відшкодування шкоди, що завдана співробітнику ОВС…….. 277
Прудко А. В. Предмет, зміст та форма ф'ючерсного контракту як особливого виду біржового договору…… 278
Ракова Е. Г. Договор в контексте теории правоотношений: сущностные характеристики, субъектный состав и особенности процедуры…….. 282
Рєзнікова В. В. Значення та сутність біржі…… 284
Різник Ю. Правова природа цінного паперу……. 287
Розгон О. В. Значення останнього місця проживання спадкодавця для регулювання відносин міжнародного спадкування …… 289
Романова А. О. До питання правового регулювання договору про надання медичних послуг…….. 291
Романовская О. В. Нотариат и предпринимательство: проблемы взаимоотношений…….. 292
Романовский Г. Б. Система репродуктивных прав……... 294
Романченко А. А. Відповідальність продавця за евікцію в цивільному праві України та зарубіжних держав……... 296
Саванець Л. М. доктринальні підходи до визначення статусу бездокументарних цінних паперів…. 298
Саврук С. М. Деякі способи захисту права на забудову та особливості їх практичної реалізації….. 300
Самойленко Г. В. Цивільно-правовий аналіз зобов'язань з перевезення……... 302
Самойлова І. А. До питання про систему розрахунків у цивільному праві…… 304
Сараев А. Г. Некоторые вопросы кодификации международного частного права в Российской Федерации …… 306
Свіжа О. О. Дитячий будинок сімейного типу в системі форм улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування…… 310
Сергійко О. В. Державна допомога суб'єктам господарювання як один із засобів державного регулювання господарської діяльності …….. 313
Серегина О. Л. Признание права как способ защиты абсолютных прав ……... 315
*Ситницький А.*Особливості визначення поняття договору простого товариства……. 318
Сірошган Ю. В. Порівняльна характеристика консенсуального договору доручення в римському праві та в сучасному цивільному праві України……... 320
Слипченко С. А. Некоторые аспекты характеристики права на изображение физического лица…… 322
Слободян О. М. Правові проблеми біоетики у сфері застосування біотехнологій…… 323
Смірнова І. С. Концесія на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг……... 326
Солтис Н. Б. Спадкування неподільної нерухомої речі…….. 328
Спирина Е. О. Договор коммерческой концессии в российском гражданском праве: проблемы и преимущества его использования (на примере создания и развития деятельности салонов красоты)…… 329
Стусенко М. Л. Форс-мажорные оговори……. 331
Стусяк В. І. Правові проблеми укладення договору на водопостачання об'єднанням співвласників багатоквартирного будинку…… 333

Сук О. В. Проблеми нормативного регулювання змісту договору будівельного підряду за Цивільним кодексом України……. 334
Тараненко Л. С. Історичний розвиток дорадчих служб у зарубіжних країнах…….. 336
Тарасенко Л. Л. Становлення інституту найму транспортного засобу…….. 339
Тарасюк Н. В. Основания прекращения опеки и попечительства: сравнительно-правовой аспект… 340
Тевелева В. Н. Проблемы квалификации договора создания объекта долевого строительства…….. 342
Терещенко И. В. К вопросу принятия изменений и дополнений в закон республики беларусь «Об авторском праве и смежных правах»……. 344
Тимчак А. Д. Охорона прав на фірмове найменування…… 346
Тітарчук о. І. Деякі особливості окремих видів застави……. 348
Томилова Л. Н. К вопросу о государственно-частном партнерстве…… 350
Тристан А. В. Право особи на зображення як особисте немайнове право особи в цивільному законодавстві України……. 354
Тріскач В. С. Особливості відчуження частки в праві спільної часткової власності у випадку смерті одного зі співвласників…… 356
Труба В. І. Окремі проблеми вирішення правового режиму майна подружжя при розірванні шлюбу…… 358
Ушакова Ю. А. Поняття права користування…… 359
Файєр О. А. Договір страхування професійної відповідальності…… 361
Фёдорова Е. П. Правовая природа акционерного соглашения: соотношение обязательственных и корпоративных правоотношений……... 362
Фок Ю. В. Евтаназія: правові та етичні аспекти……... 364
Фоитор Т. М. Правова природа шлюбного договору: історичний досвід та сучасність…… 366
Хабибуллина А. Ш. К вопросу о корпоративном управлении……. 369
Хватик Ю. А. О правовой природе кредитного договора…… 371
*Хіміч С. П.*Садиба як об'єкт спадкового правонаступництва ……. 372
Ходырев П. М. Высшие учебные заведения как субъекты гражданских правоотношений…….. 375
Хомич Т. М. Профілактика конфліктних ситуацій як метод запобігіння насильства в сім'ї…… 377
Цегельник О. В. Содержание некоторых категорий инвестиционного права: сравнительная характеристика……. 379
Цимбаленко В. М. Правова природа конкурсу як підстави виникнення зобов'язальних правовідносин …….. 381
Цюра В. В. Поняття та принципи інституту представництва в цивільному праві…… 382
Черновалюк Ю. Ю. Недоліки виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування в умовах інтернатних установ……. 384
Черногоренко І. Л. Засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг у цивільному праві України……... 385
Черняк О. Ю. До питання про класифікацію обов'язків споживача в контексті адаптації цивільного законодавства України до законодавства Європейського Союзу…….. 387
Чорна Ж. Л. Дострокове розірвання договору оренди державного і комунального майна…… 389
Чугунов П. В. Наследственные права нетрудоспособных иждивенцев…….. 391
Чудик-Білоусова Н. І. Поняття та функції управління соціальним забезпеченням……... 395
Чупрун О. С. Щодо окремих питань притягнення аудиторів до відповідальності ……... 397
Шаркова Г. Ю. Різновиди договору консалтингу…… 399
*Шевченко О. В.*Співвідношення цивільного і трудового права в системі вітчизняного права…… 401
Шелков О. В. Использование зарубежного опыта для совершенствования форм жилищного обеспечения военнослужащих Республики Бєларусь…….. 403
Шемшур О. В. Деякі проблемні питання щодо визнання торговельної марки добре відомою…….. 405
Шимон С. І. Правочин і фактичний склад як підстави виникнення цивільних прав і обов'язків….. 406
Широка Н. О. «Право людини на смерть»: проблеми правової регламентації……. 408
Шкльода Я. А. Проблеми здійснення права на вибір роду занять особами, що страждають на психічний розлад..... 410
Щепанський Е. В. Туристична послуга як предмет правового регулювання …… 412
Ющенко І. С. Розбіжності господарського і цивільного кодексів, щодо істотних умов договору оренди…… 414
Яковець Л. В. Правотворчість як основа соціального забезпечення безробітних……. 416

Цивільний, господарський та адміністративний процес……... 419
Авдеев Д. Д. Международно-правовое регулирование института признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений по хозяйственным спорам в Республике Бєларусь…. 420
Багінський А. О. Ст. 51 Закону України «Про третейські суди»: дослідження на предмет відповідності основному закону (конституційності). правова природа третейського суду……. 422
Байдеріна К. Л. Принцип добросовісності в цивільному судочинстві: поняття та правова природа. 425
Богач А. А. Щодо використання оціночних понять в цивільному процесі…… 427
Бондаренко-Зелінська Н. Л. Правосуб'єктність банків у справах про розголошення інформації, що містить банківську таємницю в порядку окремого провадження……... 429
Бурданова Н. А. Особенности рассмотрения судом дел о выезде несовершеннолетнего за границу Российской Федерации…… 432
Васильєва-Шаламова Ж. В. Проблемні питання процесуальних стороки для проведення експертизи в цивільному процесі……... 434
Гаврік Р. О. До питання про сутність преюдиційності фактів, встановлених рішенням суду першої інстанції, що набрало законної сили…… 435
Гарієвська М. Б. До питання співвідношення судового розсуду і законності…….. 437
Голобородько Ю. Г. К проблеме разграничения компетенции хозяйственных и административных судов…….. 438
Данилишина М. О. Гласність судового процесу та його повне фіксувння технічними засобами…… 440
Дрейзина Д. В. Судебное представительство адвоката и правовая помощь в гражданском судопроизводстве……. 441
Дубіна М. М. Спеціалізація судових органів Західноукраїнської народної республіки (1918-1919рр.) ... 443
Дульська А. В., Боярський Є. Д. Особливості визначення підсудності судам справ з іноземним елеметом…… 445
*Иванцова Ю. Г.*Порівняльний аналіз принципів міжнародного цивільного процесу в Україні та в Республіці Білорусь……. 447
Іванченко О. П. Попереднє судове засідання за цивільним процесуальним законодавством США... 449
Каримов Д. А. Административная юстиция как способ контроля над исполнительной властью: некоторые аспекты……... 451
Князь Ю. Ю. Особенности представительства в гражданском процессе……... 454
Колотілова І. О. Участь прокурора у цивільному процесі ……. 456
Короленко В. М. Законне представництво у цивільному процесі……... 457
Котуха О. С. Презумпція невинуватості відповідача: цивільно-процесуальні аспекти……. 459
Кройтор В. А. Щодо проблем систематизації принципів цивільного процесуального права……. 461
Кучеравенко Т. Є. До питання забезпечення позову у господарському процесі……... 463
Кучеренко Д. С. Досудовий (претензійний) порядок врегулювання господарських спорів: ретроспектива та тенденції сьогодення……. 466
Лічман Л. Г. Щодо актуальності дослідження судового правозастосування…… 468
Матвійчук С. Б. Особенности судебной защиты неопределеннного круга потребителей……. 470
Мокрицька І. Я. Проблеми реформування кримінального процесу і забезпечення права обвинуваченого на захист в Україні……... 472
Музика Л. А. Щодо обов'язковості рішень третейського суду…… 474
*Музиченко А. В.*Створення дисциплінарної комісії суддів України крок вперед чи узаконений спосіб втручання у судову систему?..... 476
Овчаренко А. С. Проблема оскарження рішення про розкриття банківської таємниці…… 477
Охотенко Д. О. Проблемні аспекти діяльності третейських судів в Україні…… 479
Підвальна М. З. Місце принципу верховенства права в системі принципів адміністративного судочинства……... 481
Пославська О. В. Стан та перспективи реформування управління в державі ……... 483
Трач О. М. Апеляційне оскарження судового рішення, яке не набрало законної сили, як ознака апеляційного провадження……. 486
Туманова Е. С. Причины и пути устранения колизий подведомственности в деятельности российских арбитражных судов …… 489
*Ференц О. І.*Проблеми визначення підвідомчості земельних спорів……... 491
Череватенко І. М. Поняття нотаріального акту-документу та його ознаки……... 492
Шевчук В. І. Окремі аспекти участі прокурора в наказному провадженні..... 495
Якимчук С. О. Виконання судових рішень у цивільних справах як частина судового розгляду……. 498

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ:
Збірник тез міжнародної наукової конференції
«Восьмі осінні юридичні читання»
(м. Хмельницький, 13-14 листопада 2009 року):
у 4-х частинах

ЧАСТИНА ТРЕТЯ:

Цивільне право
Сімейне право
Міжнародне приватне право
Комерційне право
Цивільний, господарський та адміністративний процес

Підписано до друку 27.10.2009 року. Формат 60х90 $^{1}/_{16}$.
Гарнітура Times New Roman. Друк різографічний. Папір офсетний.
Облік. друк арк. 45,4. Умовн. друк. арк. 39,18.
Наклад 280 прим. Зам. № 325.

Комп'ютерне складання — Сапотніцький Д.О., Гарієвська М.Б.
Відповідальний за випуск — Сапотніцький Д.О.

Видавництво Хмельницького університету управління та права
Свідоцтво Державного комітету інформаційної політики, телебачення та радіомовлення України про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 2105 від 21.02.2005 р.

29013, м. Хмельницький, вул. Театральна, буд. 8
Тел.: (0382) 71-75-91
Ел. адреса: nauka@univer.km.ua
www.univer.km.ua